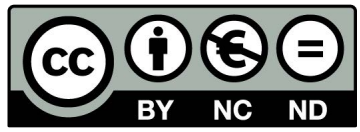
CÁTEDRA «MIGUEL DEL MOLINO»

REVISTA · DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVII ♦ 2011

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3229



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
XVII
AÑO 2011

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
Acreditado como Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho Civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

Consejo Asesor

Manuel Asensio Pallás
Abogado
Zaragoza

Adolfo Calatayud Sierra
Notario
Zaragoza

Francisco Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

Saúl Gazo Ortiz de Urbina
Abogado
Huesca

Manuel Giménez Abad †
Diputado autonómico y Senador

Carmen Maestro Zaldívar
Procuradora
Zaragoza

Ignacio Martínez Lasierra
Magistrado
Tribunal Superior de Justicia

Jesús Morales Arrizabalaga
Profesor Titular de Historia del Derecho.
Facultad de Derecho
de Zaragoza

Ana María Iguácel Pérez
Asesora del Justicia de Aragón

Mauricio Murillo García-Atance
Magistrado.
Audiencia Provincial
de Zaragoza

Honorio Romero Herrero
Notario
Zaragoza

Rafael Santacruz Blanco
Abogado del Estado
Zaragoza

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVII

AÑO 2011

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2012

Publicación número 3.169
de la Institución «Fernando el Católico»
Organismo Autónomo de la Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
Tff.: [34] 976 28 88 78/79 - Fax: [34] 976 28 88 69
ifc@dpz.es
http://ifc.dpz.es

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Civil Aragonés / Institución «Fernando el Católico». Año I, N.º 1 (1995).— Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1995.— 24 cm

Anual

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: 1.º, los palos (cuatro) de Aragón; 2.º, la cruz de San Jorge con las cuatro cabezas de moros; y 3.º, 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: ARPIrelieve. Zaragoza
Impresión: INO, Reproducciones

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE
RDCA, 2011, XVII

ESTUDIOS

López azcona, Aurora: «La experiencia aragonesa y catalana en materia de contratos de integración ganadera» 11

Barrio gallardo, Aurelio: «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón» 45

Sanagustín Sánchez, Jesús: «La relaciones de vecindad en el Código de Derecho Foral de Aragón: luces y sombras» 93

Gónzalez Campo, Francisco de Asís: «Relación entre el régimen aragonés de luces y vistas y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar: revisión de la jurisprudencia a la luz del Código de Derecho Foral de Aragón» 139

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

Serrano García, José Antonio: «Efectos de la desheredación parcial sin causa legal y derechos de los legitimarios de grado preferente por sustitución legal del absolutamente excluido» 181

Bayod López, María del Carmen: «Capacidad de los aragoneses menores de edad y mayores de catorce años. Disposición de dinero en cuenta corriente» 195

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Bayod López, María del Carmen y Pérez Milla, Javier: «Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de Leyes españolas. Reflexiones a la Sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña» 207

BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen: «Mantenimiento de uso de vivienda en régimen de comodato de la madre heredera del comodante fallecido frente al usufructo de viudedad aragonés de la viuda. A propósito de la Sentencia del TSJA de 18 de septiembre de 2008» 227

MATERIALES

I. Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación familiar de Aragón (BOA núm. 70, de 7 de abril de 2011, pp. 7659 a 7668) 269

II. Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la personan en el proceso de morir y de la muerte (BOA núm. 70, de 7 de abril de 2011, pp. 7669 a 7682) 285

III. Código del Derecho Foral de Aragón. Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título de «Código del Derecho Foral de Aragón» el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63, de 20 de marzo de 2011) 307

IV. Dictamen núm. 33/2011, del Consejo Consultivo de Aragón sobre el Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Derecho Foral de Aragón 309

V. Proposición no de Ley núm. 43/11-VIII, sobre tributación de la fiducia aragonesa, para su tramitación ante la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública. (BOCA núm. 12, de 29 de septiembre de 2011, p. 361) 327

VI. Proposición no de Ley núm. 78/11-VIII, sobre la divulgación y conocimiento del Derecho Foral Aragonés. (BOCA núm. 16, de 2 de noviembre de 2011, p. 635) 329

NOTICIAS

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN 333

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS..... 337

C) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL 340

D) NOTICIAS SOBRE LA ACADEMIA ARAGONESA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA 348

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía..... 353

JURISPRUDENCIA

A) Resoluciones del TSJA (2009, 2010, 2011)..... 383
B) Resoluciones de las Audiencias Provinciales de Aragón (2009)..... 495
C) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Aragón (2008, 2009, 2010) 573
D) Índices de Jurisprudencia..... 591
1. Índice de las resoluciones publicadas en este número..... 591
2. Índice acumulado de jurisprudencia (desde el año I al XVII de la RDCA) 615

ESTUDIOS

LA EXPERIENCIA ARAGONESA Y CATALANA EN MATERIA DE CONTRATOS DE INTEGRACIÓN GANADERA

Aurora López Azcona
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo aborda desde una perspectiva jurídica el reciente fenómeno de los contratos de integración ganadera, ya que constituyen la modalidad más importante de contratos de ganadería entre los celebrados en la actualidad en Aragón. Como aspecto más relevante interesa destacar la parquedad normativa existente a fecha de hoy en Aragón sobre esta materia, ya que el CDFA le dedica un solo precepto (el art. 599) para fijar sus fuentes reguladoras, si bien no renuncia a reconocer expresamente la competencia del legislador aragonés para desarrollar esta materia –competencia esta indiscutible al amparo de los arts. 148.1.7 y 149.1.8 CE–, dejando para el futuro su regulación específica. Ello contrasta con la situación normativa catalana, donde ya hace unas décadas el legislador catalán aprobó en 1984 una primera Ley de Contratos de Integración, que fue sustituida hace unos años por la vigente Ley 2/2004 de Contratos de Integración. La importancia de la Ley catalana resulta incuestionable no ya sólo como texto a tener en cuenta por el legislador aragonés cuando aborde el desarrollo de esta materia, sin duda, necesario ante el elevado número de contratos de integración que se celebran en nuestra Comunidad Autónoma; sino, además, porque en el momento actual es el texto legal por el que se rigen los integrados aragoneses cuando contratan con empresas integradoras catalanas, en cuanto que aquellos suelen renunciar a su fuero propio. Ello justifica, por consiguiente, que este trabajo no se limite a un estudio de la normativa y práctica contractual aragonesa en materia de contratos de integración ganadera, sino que ofrezca, asimismo, un análisis de la Ley catalana de Contratos de Integración.

Palabras clave: Integración ganadera. Modalidades contractuales. Derecho aragonés. Título competencial. Práctica contractual aragonesa. Derecho catalán.

ABSTRAT

This work addresses the recent phenomenon of livestock integration contracts from a legal perspective, as they are the most important livestock contract modality of those signed today in Aragon. The most relevant aspect to be pointed out is the scarcity of regulations that exist to date in Aragon on this subject, as the CDFA (Regional Code of Law of Aragon) devotes just one precept to it (art. 599), in order to establish its regulatory sources, although it does not relinquish expressly acknowledging the competence of the Aragonese legislator to develop this subject –competence that is indisputable under arts. 148.1.7 and 149.1.8 EC–, leaving its specific regulation for the future. This contrasts with the Catalan regulatory situation, where some decades ago the Catalan legislator approved a first Integration Contract Law in 1984, which was replaced some years ago by the applicable Law 2/2004, on Integration Contracts. The importance of the Catalan law is unquestionable not just as a text to be taken into account by the Aragonese legislator when it addresses the development of this subject, –undoubtedly necessary faced with the large number of integration contracts that are signed in our Autonomous Community–, but also because at the present time it is the legal text that the Aragonese integrated parties are governed by when they contract with Catalan integrating enterprises, as they usually relinquish their own jurisdiction. Consequently, this justifies the fact that this work does not just study the Aragonese contractual practice and regulation on livestock integration contracts, but that is also offers an analysis of the Catalan Integration Contract Law.

Keywords: Livestock integration. Contractual modalities. Aragonese Law. Powers used. Aragonese contractual practice. Catalan law.

SUMARIO

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ECONÓMICO: VENTAJAS E INCONVENIENTES. II. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES DE CONTRATOS DE INTEGRACIÓN GANADERA. III. LOS CONTRATOS DE INTEGRACIÓN EN ARAGÓN. 1. Antecedentes normativos y Derecho vigente. Título competencial. 1.1. *El Cuerpo de Fueros y Observancias.* 1.2. *El Apéndice Foral de 1925.* 1.3. *La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.* 1.4. *La Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2010.* 1.5. *El Código del Derecho Foral de Aragón de 2011.* 2. La práctica contractual aragonesa. IV. LOS CONTRATOS DE INTEGRACIÓN EN CATALUÑA. 1. Antecedentes normativos. 2. La Ley 2/2005 de contratos de integración. 2.1. *Principios inspiradores.* 2.2. *Noción legal de integración.* 2.3. *Caracteres de los contratos de integración.* 2.4. *Fuentes normativas.* 2.5. *Forma del contrato y comunicación registral.* 2.6. *Contenido mínimo del contrato.* 2.7. *Obligaciones derivadas del contrato.* A) *Obligaciones del integrador*, a) Obligación de entrar el ganado y los medios de producción y servicios pactados, b) Obligación de retirar el ganado, una vez terminado el periodo de tiempo y peso pactados, c) Obligación de hacerse cargo de los costes de entrada, retirada y transporte al matadero, con asunción de bajas y depreciaciones por este hecho, d) Obligaciones

de índole económica, e) Obligación de hacerse cargo de la dirección y gestión técnica de la explotación, f) Obligación de comunicar a la Administración competente las enfermedades y explotaciones integradas, g) Obligación de aportar espacios para apacentar el ganado; B) *Obligaciones del integrado*, a) Obligación de aportar las instalaciones y su mantenimiento, b) Obligación de disponer de la mano de obra necesaria y de asumir los pagos del personal que trabaja en explotación, c) Obligación de desarrollar todas las actuaciones necesarias para el cuidado del ganado, d) Obligación de facilitar el acceso al integrador y a los vehículos para entrada y retirada del ganado, e) Obligación de comunicar por escrito a la Administración compente la explotación en régimen de integración, f) Obligación de comunicar al integrador sospecha enfermedades infecciosas en los animales integrados, C) *Otras obligaciones derivadas del contrato*, 2.8. *Régimen retributivo*; 2.9. *Duración del contrato. Causas de extinción*; 2.10. *Régimen de tenencia del ganado*; 2.11. *Régimen de responsabilidad*; 2.12. *Régimen de indemnizaciones*; 2.13. *Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración*. V. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA. VI. ANEXO.

I. LA INTEGRACIÓN COMO FENÓMENO ECONÓMICO: VENTAJAS E INCONVENIENTES

El reciente fenómeno de la integración, de naturaleza fundamentalmente económica, responde a un impulso de colaboración empresarial que surge de la necesidad de adecuar la producción al mercado. En efecto, fue el paso de una economía de subsistencia a una de mercado, la concentración de la población en las ciudades y la introducción de mecanismos de transformación y conservación de los productos para la satisfacción de dicha demanda la que generó la necesidad de abastecer de materia prima a las empresas de transformación y comercialización y reveló la inadecuación de las tradicionales estructuras agrarias para los fines de mercado. Ello provocó que los sectores implicados acudiesen a soluciones novedosas, como las que conforman los contratos de integración.

Este fenómeno de la integración presenta características que resultan comunes tanto en su vertiente agrícola como ganadera. Así, por medio de estos contratos se trata de conseguir una relación estable de colaboración en el ejercicio de una actividad que vienen desarrollando empresas pertenecientes a un mismo ciclo productivo (producción y elaboración, transformación o comercialización de los productos), con el fin último de producir más y a menor coste en el caso del integrador, y con el objeto de rentabilizar sus instalaciones y trabajo por parte del integrado.

En el concreto sector de la ganadería, las relaciones entre integrados (ganaderos) e integradores (industriales) revisten características peculiares. La cambiante realidad económica y la necesidad de cierto grado de especialización de la actividad pecuaria ha propiciado la introducción de los piensos en el proceso de engorde del ganado, así como el desarrollo de la ingeniería genética. En este contexto la práctica demuestra que los contratos de integración ganadera se conciertan normalmente por iniciativa de empresas suministradoras de animales

y/o piensos, por lo que la colaboración irá encaminada a la obtención de productos pecuarios al menor coste para el industrial y con reparto del riesgo empresarial, mientras que el ganadero procurará con el contrato alcanzar la plena ocupación de sus instalaciones y un ritmo de entradas satisfactorio para el ejercicio de la actividad ganadera.

No obstante, como dato negativo, no puede obviarse que en este tipo de contratos las partes no suelen concurrir en situación de igualdad. En efecto, la realidad contractual revela un integrador promotor de la contratación con ganaderos de una determinada zona geográfica en la que desea implantarse o receptor de ganaderos acuciados por la crisis del sector. Esta situación le permite erigirse en parte dominante e imponer las condiciones técnicas y económicas del contrato. Por añadidura, la capacidad de negociación del integrado se ve disminuida en un contexto donde, por un lado, impera cierta vaguedad (muchos contratos son verbales) y, por otro, se acrecienta la tendencia a la concentración de empresas integradoras del sector pecuario de que se trate (avícola o porcino), lo que posibilita la concertación de precios y condiciones en perjuicio del integrado. De este modo, los contratos de integración adoptan habitualmente la forma de contratos de adhesión, con cláusulas predeterminadas por el integrador, en los que la libertad del integrado se reduce a aceptar o rechazar el contrato.

II. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES DE CONTRATOS DE INTEGRACIÓN GANADERA

1. Concepto

Los contratos de integración pueden definirse como aquellos contratos de colaboración entre productores agrícolas o ganaderos y empresarios industriales, en virtud de los cuales el empresario integrador se obliga a proporcionar medios necesarios para el cultivo o el cuidado del ganado, a prestar asistencia técnica y a adquirir la producción obtenida; y el productor integrado se obliga a realizar el cultivo o el cuidado del ganado con vistas a su engorde o reproducción bajo el control del integrador y a entregarle la producción obtenida en el periodo pactado a cambio de contraprestación.

2. Naturaleza jurídica

Con base en esta definición, puede afirmarse con la generalidad de la doctrina que los contratos de integración son contratos de naturaleza mixta o compleja, en cuanto en los mismos concurren elementos característicos de otras modalidades contractuales y, en especial, del contrato de aparcería (la participación en los resultados de la actividad y en los riesgos), del contrato de depósito (la custodia de la cosa) y del contrato de sociedad (la relación de colaboración).

3. Modalidades de contratos de integración ganadera

Centrando nuestra atención en los contratos de integración ganadera de acuerdo con Nuñez Zorrilla, podemos distinguir diferentes modalidades.

Así, una primera variante es aquella en que el propietario de las cabezas de ganado –que habitualmente es también productor de piensos– las deposita en manos del ganadero integrado con el fin de que las alimente y engorde, lleve a cabo una actividad de cría u obtenga derivados pecuarios, de manera que una vez terminado el ciclo productivo el industrial coloque la producción en el mercado, compensando al integrado mediante un precio preestablecido o haciéndole participar de una parte del precio de venta de los productos pecuarios. Esta modalidad contractual es la única tipificada por la Ley catalana 2/2005, de contratos de integración.

En la segunda variante, el integrador vende al integrado cabezas de ganado, comprometiéndose a recomprar los animales transmitidos una vez engordados, siempre que hayan sido alimentados con el pienso del integrador, entre otros requisitos. Luego el integrador introduce en el mercado los animales recomprados al integrado, haciéndole participar en el precio de venta. Este tipo contractual no se encuentra contemplado en la Ley catalana 2/2005, de contratos de integración.

La tercera modalidad contractual consiste, asimismo, en la venta de cabezas de ganado por parte del integrador al integrado, confiriendo este al integrador un mandato irrevocable para que lleve a cabo la venta de los animales en el mercado una vez alcancen el peso previsto, participando ambos del precio de venta. Esta variante contractural tampoco se encuentra regulada en la Ley catalana 2/2005, de contratos de integración.

III. LOS CONTRATOS DE INTEGRACIÓN EN ARAGÓN

1. Antecedentes normativos y derecho vigente. Título competencial

En Aragón, aunque el peso de la ganadería y de la agricultura se ha ido reducido con el paso del tiempo, dichos sectores económicos hasta fechas muy recientes han ocupado un papel central en la economía aragonesa, por lo que resulta lógico que el Ordenamiento civil aragonés haya acogido y acoja regulaciones que tienen por objeto negocios jurídicos vinculados a actividades agropecuarias.

En efecto, al amparo de la libertad de pactos se han formalizando a lo largo del tiempo numerosos y muy variados contratos en materia de ganadería. La utilización reiterada de estos contratos por los aragoneses ha cristalizado en una serie de usos y costumbres que han pasado a formar parte del Derecho consuetudinario, cuya importancia en el sistema de fuentes constituye, como resalta Joaquín Costa en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, uno de los ejes del Derecho aragonés.

De este modo, el Derecho aragonés sobre contratos de ganadería tiene fundamentalmente base consuetudinaria, de manera que los diversos contratos acuñados con el paso del tiempo han permanecido prácticamente al margen del Derecho escrito.

1.1. *El Cuerpo de Fueros y Observancias*

Los Fueros y Observancias sólo se ocuparon de solventar ciertas cuestiones referidas a determinados tipos contractuales en materia de ganadería. En particular, el fuero único *Commodati* y el fuero 2º *Locati et Conducti,* ambos de 1247, establecían en materia de comodato y arrendamiento de bestias unas normas de responsabilidad para el supuesto de pérdida del animal prestado o alquilado. Por su parte, la observancia 9ª *De Privilegio Generali*, en relación a la compraventa de bestias, formulaba la regla de la irreivindicabilidad de la bestia comprada en feria.

1.2. *El Apéndice foral de 1925*

Siglos después, la derogación del Cuerpo de los Fueros y Observancias por el Apéndice foral de Aragón de 1925 supuso la introducción de una regulación general relativa a los contratos de ganadería. En efecto, posiblemente por influjo de Costa –quien en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 había defendido la inclusión en un futuro Código Civil aragonés del régimen de los contratos de ganadería– los redactores del Apéndice incorporaron un precepto de amplio contenido sobre esta materia.

En concreto, el Apéndice dedicó a los contratos de ganadería su artículo 77, integrado por dos párrafos. En el primer párrafo se fijaban, de modo prácticamente idéntico a la legislación hoy vigente, las normas de regulación de este tipo de contratos. Así, se establecía que, en defecto de pacto expreso, estos contratos se regirán por «los usos consuetudinarios que tengan actual observancia en el lugar de cumplimiento» del contrato y, subsidiariamente, por «las normas ordinarias de la ley común».

Por su parte, el segundo párrafo contenía una enumeración descriptiva de algunos –que no todos– contratos de ganadería que se venían celebrando tradicionalmente en Aragón, a los que había de aplicarse el sistema de fuentes del párrafo anterior. Así las cosas, los contratos enunciados en el Apéndice podían ser clasificados en función de su pertenencia (o no) a la categoría de la aparcería pecuaria.

En particular, eran aparcerías pecuarias: 1) la *aparcería de ganados destinados a la reproducción*: contrato por el cual el dueño de reses de vientre las entrega a otro para que las cuide y destine a la reproducción, dividiéndose entre ambos las crías. 2) la *aparcería de ganados susceptibles de granjería*: contrato por el cual el dueño de un ganado lo entrega a un aparcero para que lo alimente y lo conserve hasta su venta, bajo condición de repartir el precio obtenido de su venta. 3) los

contratos de tornayunta y conyunta, calificados por el Proyecto de 1904 de aparcerías sobre ganados de aplicación directa a la agricultura. La *tornayunta* es el contrato en virtud del cual dos agricultores propietarios cada uno de una res de labor se la prestan alternativamente para formar una yunta (pareja) y así poder labrar sus tierras respectivas. La *conyunta* presenta dos variantes: en una primera modalidad, el dueño de un animal de labor lo cede a otro individuo, dueño de otro animal de igual clase, para que, formando pareja, utilice ambos todo el año, salvo determinado número de días que deberá labrar las fincas del cedente; también se contrae conyunta cuando varios condueños de una bestia de labor se asocian con quienes poseen otro animal en idénticas condiciones para constituir yunta, distribuyéndose los días de trabajo en proporción a la cuota que tiene cada uno en la propiedad del animal.

Otros contratos diferentes a la aparcería pecuaria eran: 1) el *arrendamiento de ganado*: contrato por el cual el dueño de un animal de labor, montura o tiro cede su uso a otra persona a cambio de precio o prestación de servicios. 2) la *dación como préstamo a diente o a mota*: contrato por el que el dueño de reses lanares o cabrías entrega a otra persona un cierto número de reses para que las destine a lo que tenga por conveniente, con la obligación de retribuir anualmente al dueño en dinero o en especie y de devolverle, al finalizar el contrato, el mismo número de reses de igual edad y condiciones o el valor de estas. 3) el *seguro mutuo de ganado*: contrato por el cual varios propietarios de ganado vacuno apto para la labor se obligan a responder mancomunadamente de la pérdida o siniestro que cada uno de ellos pueda sufrir en sus respectivas cabezas de ganado. 4) el *pupilaje de animales, conlloc o invernil*: contrato por el cual el dueño de ganado caballar, mular o vacuno de recría que carece de hierba o heno para alimentarlo en los establos durante el invierno confía a su cuidado a otra persona que dispone de pienso abundante, pagándole por el pupilaje una cantidad determinada.

1.3. *La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967*

En la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 la materia de los contratos de ganadería se regulaba en el art. 153, precepto que se limitaba al establecimiento de su sistema de fuentes, sin que se procediese a enumerar o definir contrato alguno. La concreta opción del legislador en este punto merece algún comentario, habida cuenta de que tal precepto se ha mantenido sin modificaciones sustanciales en la reciente reforma de que ha sido objeto el Derecho aragonés de obligaciones en virtud de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial.

En primer lugar, y como ya se ha indicado, el art. 153 Comp. establecía, de modo similar al Apéndice de 1925, las fuentes reguladoras de los contratos de ganadería que no eran otras que las estipulaciones de las partes, los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato y la legislación común.

En relación con la segunda cuestión enunciada, interesa señalar que la Compilación adoptó una fórmula muy amplia para definir el ámbito de aplicación del precepto, aludiendo genéricamente a «cualesquiera contratos relativos

a la ganadería». La mencionada expresión legal junto a la ausencia de una lista de concretos contratos de ganadería permite entender que posiblemente la voluntad del legislador estuviese orientada a dar amparo normativo en la legislación aragonesa a todos los contratos en materia de ganadería que se celebrasen en Aragón, tanto los tradicionales –hubiesen sido o no recogidos en el Apéndice de 1925– como los nuevos tipos contractuales que pudiesen surgir en la práctica.

1.4. *La Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2010*

En fechas recientes, las Cortes de Aragón han aprobado la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial, cuya importancia resulta indudable, ya que, como puede leerse en su Preámbulo, con la misma «se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina el entonces anunciado proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés».

En concreto, el articulado de la Ley ha desarrollado el contenido de los Libros III y IV de la Compilación de Derecho civil de Aragón, dedicados respectivamente al Derecho de bienes y al Derecho de obligaciones. Como es sabido, dichos Libros, lejos de regular toda la materia de los derechos reales y de las obligaciones y contratos, se circunscribían a instituciones muy concretas, a saber: las relaciones de vecindad, las servidumbres, el derecho de abolorio y los contratos de ganadería. Sólo estas instituciones constituyen el objeto de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, sin que le haya parecido oportuno al legislador aragonés en este momento regular otras materias de Derecho civil patrimonial, al amparo de la competencia que en materia de Derecho civil propio le reconoce el art. 149.1.8 CE.

Por añadidura, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha renunciado a regular *in extenso* la materia de los contratos de ganadería, dedicándole, por contra, un solo precepto, el art. 63, que reproduce con mínimas variantes el antiguo art. 153 Comp. Ciertamente esta opción de política legislativa puede resultar cuestionable, en cuanto que esta parquedad normativa no acaba de armonizar bien con el amplio desarrollo normativo de que han sido objeto las restantes instituciones objeto de la Ley y, en especial, las relaciones de vecindad y servidumbres. Con todo, interesa destacar que en el Preámbulo de la Ley se reconoce expresamente la competencia del legislador aragonés sobre esta materia –competencia esta incuestionable al amparo del art. 148.1.7 CE y art. 149.1.8 CE– dejando para el futuro su regulación específica, quizá en una ley especial, como se ha hecho en Cataluña.

1.5. *El Código del Derecho foral de Aragón de 2011*

Hace unos meses, la Ley de Derecho Civil Patrimonial ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho foral de Aragón aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar su Libro IV bajo el título *Derecho patrimonial*,

sin variante alguna en cuanto a su contenido. El Código ha entrado en vigor el pasado 23 de abril.

En concreto, la materia de los contratos de ganadería se regula en el art. 599, precepto que reproduce el art. 63 de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, cuyo contenido paso a comentar brevemente.

Al igual que el art. 153 Comp., el art. 599 del Código del Derecho Foral de Aragón se limita a enunciar las fuentes reguladoras de los contratos de ganadería, en línea con lo que prevé el art. 1 del mismo cuerpo legal, relativo a las fuentes del Derecho Civil aragonés. En efecto, el art. 599 determina las normas a las que deberá acudirse ante las lagunas de las estipulaciones que las partes pueden acordar en aplicación del principio *standum est chartae*. Para colmar estas omisiones, será preciso acudir, en primer lugar, a los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato. Dos matizaciones pueden hacerse a este respecto: la primera tiene que ver con la utilización del término «usos», lo que –de acuerdo con la interpretación que ofrece Lacruz del art. 1287 Cc– quizá permita entender comprendidos en la mención legal no sólo las costumbres, sino también los llamados «usos del tráfico». En segundo término, cabe constatar la importancia que el Código otorga a la costumbre, lo que debe interpretarse conjuntamente con el régimen del sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, en el que se invita a los órganos judiciales a investigar las costumbres existentes (art. 2.2 CDFA).

En defecto de los referidos usos, el art. 599 observa que es aplicable el Derecho general del Estado. Sin embargo, surge la duda de si, con carácter previo, será oportuno indagar sobre la existencia de principios generales del Ordenamiento civil aragonés, de modo que, sólo en defecto de tales principios, pueda traerse a colación la norma estatal. Aunque la cuestión no está expresamente resuelta, parece que la actual redacción del sistema de fuentes aragonés y, en particular, del art. 1.2 CDFA, abona una interpretación que dé entrada a los principios generales, aunque sólo sea a la hora de interpretar la normativa civil estatal. Igualmente, importa destacar que, con independencia de la cuestión anterior, la regulación estatal directamente aplicable no es muy profusa, encontrándose prácticamente reducida al art. 1579 Cc donde se regula el contrato de aparcería en general y a ciertos preceptos de la Ley 8/2003 de Sanidad Animal, relativos a los contratos de integración. En cualquier caso, esta remisión deberá entenderse subsistente en tanto la Comunidad Autónoma de Aragón no disponga de una regulación propia en la materia.

Por lo demás, interesa señalar que el art. 599, en línea con la Compilación y a diferencia del Apéndice, renuncia a hacer una lista de contratos de ganadería, optando, en su lugar, por una fórmula muy amplia para definir el ámbito de aplicación del precepto, en cuanto alude genéricamente «a cualesquiera contratos relativos a la ganadería». El carácter abierto del precepto analizado merece un juicio positivo, en cuanto posibilita que tengan amparo normativo las nuevas relaciones contractuales surgidas como consecuencia de las actuales condiciones de la actividad pecuaria, que se caracteriza esencialmente por el auge de la ganadería intensiva y por la eliminación de las pequeñas explotaciones y su concen-

tración en unidades económicas más competitivas. En consonancia con estos cambios experimentados por la ganadería, cabe constatar que, junto a la desaparición de algunos de los contratos tradicionales (el seguro mutuo de ganado) y la adecuación de otros a las nuevas circunstancias socioeconómicas (así, la conyunta y tornayunta tienen por objeto tractores), el fenómeno más importante ha consistido en la transformación de las antiguas formas de aparcería pecuaria en los contratos de integración, hoy en día los más habituales en Aragón, en detrimento de los demás contratos de ganadería que resultan más bien escasos. De hecho, según datos proporcionados por el Gobierno de Aragón, la integración alcanza más del 80% de la producción porcina y el 100% de la producción aviar[1].

Ante esta nueva realidad, no cabe duda de que el legislador aragonés tendrá que valorar la oportunidad de desarrollar el precepto analizado dentro de la necesaria labor de actualización del Derecho civil aragonés que deben continuar los poderes públicos autonómicos, adoptando, en su caso, una regulación propia en materia de contratos de integración, como hizo hace ya tiempo el Parlamento de Cataluña con la Ley catalana 21/1984 de Contratos de Integración, sustituida posteriormente por la Ley 2/2005. Para ello, y como ya se ha indicado anteriormente, nuestra Comunidad Autónoma cuenta con plenas competencias sobre el desarrollo del Derecho civil propio, existiendo una realidad social a la que razonablemente es preciso proporcionar el marco jurídico adecuado, dado el elevado numero de contratos de este carácter que se formalizan en Aragón.

2. La práctica contractual aragonesa

Expuesto el marco legislativo aplicable en Aragón, interesa exponer brevemente la práctica contractual aragonesa en materia de contratos de integración. *A priori*, conviene reparar en la circunstancia de que en Aragón la integración se documenta mediante contratos celebrados, mayoritariamente en especial en la Franja constituida por el Bajo Cinca, Los Monegros y la Litera. Por añadidura, son rasgos definitorios de los mismos su parquedad, indefinición y la ausencia de garantías para el integrado. También importa señalar que en casi todos ellos se fija como normativa supletoria la Ley de Contratos de Integración catalana, lo que se justifica por la habitual renuncia por parte del integrado a su fuero propio.

La lectura de sus cláusulas revela que en estos contratos la parte débil siempre es el integrado, en cuanto se encuentra condicionado a la voluntad del integrador para que este deposite su ganado en su explotación. El integrado ha realizado una costosa inversión en su explotación, que en muchas ocasiones constituye un complemento de la actividad agraria; ha de hacerse cargo de la gestión de los animales una vez depositados en sus instalaciones; debe cuidar el buen estado

[1] Los datos que aquí se reproducen han sido proporcionados por Ramón Nasarre Grúas, veterinario del Servicio de Recursos Ganaderos del Gobierno de Aragón. Vid. en Anexo las tablas de datos proporcionadas, igualmente, por este técnico.

sanitario del ganado; y, asimismo, es responsable de la destrucción de los cadáveres y de la gestión de los residuos animales, lo que constituye un enorme sobrecoste. Por lo demás, buena parte de las normas ambientales, de sanidad y bienestar animal, trazabilidad y seguridad alimentaria redundan en perjuicio del integrado, que ve aumentar los costes de funcionamiento de la explotación.

Por el contrario, el integrador puede depositar los animales en el estadio de desarrollo que más le convenga, modular la formulación de los piensos a su conveniencia, retrasar los pagos y establecer fechas para la retirada de los animales en el momento que mas le convenga. Es posible que las situaciones de crisis puedan justificar ocasionalmente un retraso en la retirada del ganado, pero la ampliación de los plazos de permanencia supone un coste añadido para el integrado (que puede derivarse p.e. de daños en las instalaciones, incremento en el número de bajas o dificultades en el manejo de los animales). Por añadidura, los aumentos en la retribución del integrado suelen ser arbitrarios y obedecer a estrategias de *fidelización*.

Finalmente, uno de los apartados más preocupantes lo constituye la pérdida de animales debido a alguna situación de grave epizootia, entendiendo por tal aquella enfermedad infecto-contagiosa de los animales que determina un aumento notable y relativamente rápido del número de casos en una región o territorio determinados (art. 3.10 Ley 8/2003 de Sanidad Animal). Y es que en tales casos las pérdidas las suele sufrir el ganadero integrado, mientras que las indemnizaciones otorgadas por la Administración por tal causa las percibe el integrador en su condición de dueño del ganado[2].

IV. LOS CONTRATOS DE INTEGRACIÓN EN CATALUÑA

1. Antecedentes normativos

En Cataluña, al igual que en Aragón, la actividad ganadera se ha venido desarrollando tradicionalmente al socaire de normas consuetudinarias, de tal manera que los diversos contratos surgidos con el paso del tiempo han permanecido prácticamente al margen del Derecho escrito.

De hecho, la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 se limitaba a recoger en sus arts. 337 a 339 algunas modalidades de los contratos de ganadería practicados en Cataluña (tales como la masonería, el *terratge*, la *soccida* o el *conlloc*) para fijar sus fuentes de regulación, a saber: los pactos entre las partes y, en su defecto, los usos y costumbres del lugar.

---

[2] Debo estos datos a Álvaro Enrech Val, abogado de Ballobar (Huesca) y gran conocedor de la práctica aragonesa en materia de contratos de integración. Vid., asimismo, en Anexo los modelos contractuales facilitados por este jurista.

Con posterioridad, la evolución experimentada en materia de contratación ganadera y, en particular, la importancia y complejidad que adquirió en Cataluña el fenómeno de la integración pecuaria, llevó al legislador catalán a aprobar una primera Ley de Contratos de Integración el 28 de noviembre de 1984, con la finalidad de disponer de una normativa general y supletoria de las diversidad de contratos existentes, muchos de ellos de carácter verbal, para dar transparencia a las relaciones y seguridad a las partes. Dicha Ley fue objeto de desarrollo reglamentario en virtud del Decreto 54/1985.

Esta ley ha sido sustituida hace unos años por la vigente Ley 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de Integración.

2. La ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integracion

2.1. *Sistemática y principios inspiradores*

De la lectura de su Preámbulo resulta que la Ley obedece a los principios inspiradores que se enuncian a continuación:

A) Ofrecer respuesta normativa a los cambios en las formas de producción e incremento de la producción mediante contratos de integración.

B) Lograr una mayor transparencia y seguridad jurídica.

C) Conseguir una mayor garantía de igualdad entre las partes: forma escrita de los contratos, fijación de las obligaciones respectivas, régimen de responsabilidad y régimen retributivo.

D) Adecuar la integración a la normativa sectorial sanitaria y medioambiental.

E) Contribuir a la consolidación de las explotaciones ganaderas.

F) Carácter intervencionista de la Ley: modelo homologado de contrato, deberes registrales y control administrativo.

En orden a su sistemática, la nueva Ley de Contratos de Integración consta de catorce artículos, cuyo contenido es el siguiente:

Art. 1. Definición de integración.

Art. 2. Características y delimitación del contrato de integración.

Art. 3. Régimen jurídico del contrato de integración.

Art. 4. Forma y duración del contrato de integración.

Art. 5. Comunicación registral del régimen de integración.

Art. 6. Contenido mínimo del contrato de integración.

Art. 7. Régimen de tenencia del ganado.

Art. 8. Extinción del contrato de integración.

Art. 9. Obligaciones del integrador.

Art. 10. Obligaciones del integrado.

Art. 11. Otras obligaciones que se derivan del contrato.

Art. 12. Responsabilidad por daños o infracciones.

Art. 13. Indemnizaciones.

Art. 14. Junta Arbitral de contratos de integración.

2.2. *Noción legal de integración*

La actual Ley de Contratos de Integración introduce novedosamente una noción legal de integración. En efecto, en su art. 1 dispone que la integración es el sistema de gestión de la explotación ganadera destinado a obtener productos pecuarios en colaboración entre dos partes, el integrador que proporciona los animales y los medios de producción y los servicios que se pacten en el contrato correspondiente; y el integrado que aporta las instalaciones y los demás bienes y servicios necesarios y se compromete al cuidado y mantenimiento del ganado.

De esta definición pueden extraerse las siguientes notas caracterizadoras:

1ª. La integración se configura como un *sistema de organización de la explotación*. De este modo, la Ley contempla la integración como un fenómeno económico, más que jurídico.

2ª. *Esta gestión se lleva a cabo en régimen de colaboración*. Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno de colaboración para el desarrollo de una actividad económica.

De este modo, el contrato de integración es el instrumento a través del cual las partes implicadas (integrador e integrado) fijan las condiciones para esa colaboración.

3ª. *Organización de la actividad ganadera*. La gestión recae sobre una actividad de explotación ganadera. En este marco, cada una de las partes tiene atribuidos unos compromisos muy genéricos en el art. 1 LCI, de manera que las obligaciones específicas serán fijadas en el correspondiente contrato.

4ª. *El objetivo es la obtención de productos pecuarios*. La integración no tiene como objetivo inmediato el mercado ni el suministro de productos entre las partes, sino la obtención de productos de animales o derivados.

5ª. *Partes del contrato: Integrador e integrado*

El integrador proporciona los animales y los medios de producción y los servicios que se pacten en el contrato correspondiente. No es necesario que ostente la propiedad de los animales, puesto que la Ley a lo que le obliga es a ceder su posesión.

El integrado aporta las instalaciones y los demás bienes y servicios necesarios para la actividad y se compromete al cuidado y mantenimiento del ganado. Normalmente, será un profesional de la ganadería, aunque la Ley no exige esta

condición explícitamente. Puede ser dueño de las instalaciones o bien tener la posesión de unas instalaciones que pertenezcan en propiedad a un tercero, las cuales quedaran afectadas a la actividad pecuaria.

2.3. *Caracteres de los contratos de integración*

Tras ofrecer una descripción genérica de la integración, la Ley en su art. 2 enuncia los caracteres que permiten calificar un contrato como de integración. Tales caracteres son los siguientes:

A) Es un *contrato civil*. Lógicamente, la calificación legal del contrato como civil excluye otras modalidades contractuales que conllevan la adquisición y reventa del ganado, habida cuenta de su naturaleza mercantil y, por ende, de la falta de competencia del legislador catalán para regularlas.

B) Se configura como un *contrato de colaboración para la obtención de productos pecuarios*. Partiendo de esta caracterización genérica, el contrato tipificado por la Ley tiene por objeto fijar las condiciones en que se llevará a término la cooperación. Por lo demás, interesa aclarar que por producto pecuniario debe entenderse cualquier producto de los animales susceptible de ser obtenido a través de la reproducción (proceso de producción de otros de su misma especie), cría (nutrición, alimentación y cuidado del ganado en periodo de lactancia) o engorde (aumento de peso, crecimiento del ganado).

C) *No* es una *relación laboral*, en cuanto el integrado no tiene la condición de asalariado.

La gestión de la explotación corresponde al integrado, quien mantiene su poder de decisión y actúa a su riesgo y ventura. En otras palabras, las obligaciones del integrado constituyen el objeto de su empresa y es este el que organiza los medios y las operaciones de conducción de la actividad y decide el personal a su cargo

Obviamente, sobre la actividad desarrollada por el integrado existe un cierto poder de injerencia del integrador, pero esta injerencia queda circunscrita al conjunto de la actividad en orden a asegurar el buen fin del proceso y no tanto, al menos en principio, a la imposición de directrices al ganadero en cuanto a la forma de conducción de la actividad. Ello no obsta para que en la práctica el integrado pueda quedar marginado de cualquier decisión que pueda tener influencia en el ámbito de las condiciones de producción, convirtiéndole *de facto* en un asalariado.

D) En cuanto al régimen retributivo, el pago de las prestaciones no consistirá en una cantidad fija sino en una *participación económica que se hace depender de la producción obtenida y de las aportaciones respectivas de las partes.*

En cualquier caso, son nulos los pactos que impongan al integrado una participación superior en las pérdidas que en las ganancias.

2.4. *Fuentes normativas*

La actual Ley procede a enumerar las fuentes de regulación de este tipo de contratos en su art. 3, precepto según el cual los contratos de integración se rigen por los pactos convenidos entre las partes, siempre que no sean contrarios a las normas imperativas de la LCI y a la normativa sectorial aplicable en función de la actividad desarrollada en el contrato.

A) *Normas imperativas de la LCI*

Son fundamentalmente las siguientes:

a) La sanción de nulidad de pleno derecho de los contratos de integración formalizados verbalmente (art. 4.3)

b) La sanción de nulidad de los pactos que hagan participar al integrado en proporción superior a la que le corresponde en las ganancias (art. 3.2).

c) La prohibición de celebración de contratos por los que el integrado resulte compensado mediante el pago de una cantidad fijada independientemente de la producción objetiva (arts. 2.1 y 3.2).

d) La previsión relativa a que la duración del contrato debe coincidir con la del ciclo productivo (art. 4.2).

B) *Normas imperativas de carácter sectorial*

A este respecto interesa advertir que la normativa sectorial ha devenido en la actualidad una fuente normativa de primer orden en la actividad ganadera, habida cuenta de la necesidad de regular ciertos aspectos referidos, por un lado, a la sanidad y salud de los animales; y por otro, a la seguridad y calidad de los productos pecuarios.

C) *Pactos convenidos entre las partes*

En este punto es de destacar el amplio poder de autonomía que la Ley confiere a las partes para regular su relación contractual. Ello explica que la Ley sea en buena medida de naturaleza descriptiva, contemple la voluntad de las partes como fuente principal de la integración ganadera y contenga muy pocas normas imperativas.

Por añadidura, interesa advertir que la Ley renuncia a establecer una disciplina completa supletoria para que el caso de que las partes no regulen de forma completa su relación contractual, pero sí ofrece un marco indicativo de las obligaciones de las partes (arts. 9 y 10).

D) *Normas dispositivas de la LCI*

Las disposiciones de la Ley son, con excepción de algún artículo de naturaleza imperativa, de carácter dispositivo, aunque predisponen a las partes. De este modo, el tipo contractual definido legalmente, por un lado, adquiere virtualidad cuando un contrato reúne las características enumerados en los arts. 1 y 2, al

margen de cómo las partes hayan designado el contrato; y por otro, sus previsiones son aplicables cuando los pactos convenidos resulten insuficientes.

2.5. *Forma del contrato y comunicación registral*

Por lo que se refiere a la forma de los contratos de integración, la Ley vigente se desvincula de la anterior para establecer como requisito de validez del contrato la forma escrita. Con ello se pretende, de un lado, garantizar la seguridad del tráfico jurídico y, de otra, la igualdad entre las partes. Por consiguiente, los contratos verbales son nulos de pleno derecho (art. 4.3 LCI).

En concreto, el art. 4.1 LCI establece la obligación de formalizar el contrato por escrito según un modelo homologado, aprobado por la Resolución ARP 2974/2005, de 13 de octubre. El contrato, que debe ajustarse a dicho modelo homologado, ha de respetar el contenido mínimo que establecen los arts. 6 y 11 LCI.

Una vez formalizado el contrato, debe comunicarse al Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña, a los efectos de su debida inscripción en el Registro de Explotaciones Agrarias de Cataluña, creado por la Ley 18/2001 de Orientación Agraria. Pero esta comunicación se establece sólo a efectos informativos, sin que afecte a la validez del contrato (art. 5.3 LCI).

Adicionalmente, la LCI prevé otras obligaciones formales que responden a las crecientes prevenciones en el ámbito sanitario. Tales obligaciones son las siguientes:

1. Obligación del integrador de comunicar por escrito a la Administración la relación de explotaciones que tiene integradas en plazo máximo de quince días desde la celebración del contrato (art. 5.1).

2. Obligación del integrado de comunicar por escrito a la Administración la explotación de ganado en integración: datos del integrador, nombre y tipo de animales (art. 5.2).

3. Obligación indistinta del integrador e integrado de inscribir la información relativa al régimen de integración en un Registro específico de contratos de integración –que forma parte del Registro de Explotaciones Agrarias de Cataluña– (art. 5.3).

2.6. *Contenido mínimo del contrato*

El art. 6 LCI fija como contenido formal mínimo de todos estos contratos los siguientes extremos:

1. Identificación de las partes.

2. Objeto y duración del contrato y condiciones de renovación y resolución.

3. Emplazamiento y descripción de las instalaciones de la explotación.

4. Identificación de la especie, tipo y edad de los animales aportados por el integrador, número, fechas de entrada, tiempo de estancia y edad o peso de salida, condiciones de carga y descarga del ganado.

5. Régimen de gestión de la explotación, con indicación del sistema de producción y de las condiciones técnico–sanitarias y de bienestar animal en que esta se lleva a cabo.

6. Suministros y servicios que aporta cada parte y atribución de responsabilidades derivadas de su uso incorrecto.

7. Sistema de gestión de las deyecciones, subproductos ganaderos y residuos generados por la explotación.

8. Pactos económicos en función de la producción obtenida.

9. Sistema de compensación por daños ocasionados por la muerte o sacrificio del ganado o por interrupción del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes,

10. Régimen de responsabilidades, que se deriva de la asunción de obligaciones por ambas partes.

2.7. *Obligaciones derivadas del contrato*

Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del contrato, la LCI distingue entre las obligaciones que corresponden a cada de las partes y aquellas que pueden asumir indistintamente cualquiera de ellas.

A) *Obligaciones del integrador*

a) Obligación de entrar el ganado y los medios de producción y servicios pactados

El integrador tiene la obligación principal de aportar los animales. En concreto, según resulta del art. 9 letra a) LCI, el integrador debe transferir la posesión de los animales al integrado para que este puede desarrollar su actividad, sin que en ningún momento le transfiera la propiedad, la cual seguirá en manos del integrador (de ser este el propietario) o un tercero (de ser el integrador mero poseedor de los animales). Según resulta de la práctica contractual, esta obligación suele acompañarse de estipulaciones que exigen mantener un ritmo de entradas adecuado a fin de mantener la explotación a plena producción.

Adicionalmente, el integrador deberá entregar al integrado los medios de producción y servicios pactados. En la práctica suele forma parte de esta obligación el deber del integrador de suministrar el pienso necesario para los animales, así como los servicios de atención veterinaria, cuando así se haya pactado.

En cualquier caso, el integrador cumplirá con su obligación de entrega del ganado y de los demás bienes y servicios pactados mediante su puesta a disposición a favor del integrado en el lugar y momento pactados.

Por añadidura, la obligación de entrega del ganado y de los demás bienes pactados debe cumplirse en las condiciones sanitarias y de identificación adecuadas. Este deber tiene una doble vertiente, a saber:

De una parte, por aplicación de los arts. 1.493 y 55 del Código civil, puede comportar la obligación del integrador de responder frente al integrado del saneamiento por vicios ocultos cuando los animales presenten defectos que provoquen que no pueda dárseles el destino pactado o que estos sean inservibles para alcanzar los objetivos perseguidos en el contrato.

De otra, junto a esta responsabilidad de tipo civil, el incumplimiento de este deber puede acarrear para el integrador una responsabilidad frente a la Administración por la infracción de las normas administrativas especiales que regulan el control de las condiciones de la sanidad animal y de los productos alimentarios.

b) Obligación de retirar el ganado, una vez terminado el periodo de tiempo y peso pactados

Otra de las obligaciones del integrador radica en retirar el ganado una vez finalizado el periodo de tiempo y peso pactados (art. 9 letra b LCI). En los términos en que se expresa la Ley parece resultar, por un lado, que si llegado el periodo pactado, los animales no han alcanzado el peso pactado, la obligación del integrador de retirar el ganado sólo surgirá a partir del momento en que el ganado alcance tal peso; y por otro, que el integrador puede mantener los animales en las instalaciones del integrado durante el periodo pactado, hayan o no alcanzado el peso pactado.

Asimismo, la obligación de retirada de los animales permitirá al integrado exigir al integrador que proceda al desalojo de sus instalaciones ocupadas. De negarse injustificadamente el integrador a dicho desalojo incurrirá en incumplimiento contractual y responderá por los daños causados.

En cualquier caso, en atención a lo dispuesto en el art. 7.2.a.4 de la Ley de Sanidad Animal, la retirada de los animales deberá verificarse en las condiciones de sanidad y protección animal previstas en la normativa aplicable.

c) Obligación de hacerse cargo de los costes de entrada, retirada y transporte al matadero, con asunción de bajas y depreciaciones por este hecho

En tercer lugar, la LCI en su art. 9 letra c) impone al integrador la obligación de hacerse cargo de todos los gastos que se generen tanto por la actividad de entrada y retirada de los animales en las instalaciones del integrado, como los que sean consecuencia de su transporte al matadero y retirada del mismo.

Si además se producen bajas y depreciaciones de los animales que traigan causa en las mencionadas operaciones de transporte, entrada o salida las mismas (muerte anticipada o lesiones durante las operaciones de carga y descarga, animales que desaparezcan durante el trayecto a instalaciones del integrado o el transporte al matadero, etc.) deberán ser asumidas por el integrador.

d) Obligaciones de índole económica

Entre las obligaciones económicas correspondientes al integrador a que se refiere genéricamente el art. 9 LCI en su letra d) se encuentra principalmente la obligación de retribuir al integrado por la realización de su actividad, obligación esta de carácter imperativo en el sentido de que no puede excluirse por voluntad de las partes el derecho del integrado a ser remunerado por su labor. Esta exclusión convertiría el contrato en gratuito, quedando fuera de la regulación legal.

En todo caso, la retribución del integrado debe fijarse de una forma determinada, en cuanto que debe calcularse en función de dos factores concretos como son la producción obtenida; y los costes de los servicios o aportaciones asumidas por cada una de las partes (art. 6 letra h LCI).

Por añadidura, desde el momento en que el integrador conserva la propiedad del ganado, habrá que entender que será él en su condición de propietario quien deba satisfacer los tributos o impuestos derivados de esta circunstancia.

e) Obligación de hacerse cargo de la dirección y gestión técnica de la explotación

En quinto lugar, el integrador tiene la obligación de hacerse cargo de la dirección y gestión técnica de la explotación (art. 9 letra f LCI). Ahora bien, pese a los términos en que se expresa el precepto, dicha obligación no parece que debe entenderse como una función de dirección, sino mas bien como una función de asesoramiento y asistencia técnica –y también sanitaria– a desarrollar por el integrador a través de técnicos con conocimiento de las prácticas ganaderas.

Esta función implica que el integrador debe facilitar al integrado los servicios técnicos necesarios para el buen funcionamiento de la explotación durante todo el tiempo de vigencia del contrato. Pero sin que ello implique un poder de injerencia tal que impida al integrado dirigir su propia explotación. De esta forma puede decirse que integrador e integrado participan en la dirección de la explotación.

f) Obligación de comunicar a la Administración competente las enfermedades y explotaciones integradas

Asimismo, el integrador tiene la obligación de comunicar al Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de la Generalitat las enfermedades de los animales objeto del contrato, tanto las que

se detecten durante el proceso de producción como en el de comercialización de los animales ya salidos de la explotación [art. 9 letra g) LCI y art. 7.2.a.3 Ley 8/2003 de Sanidad Animal].

Adicionalmente, el art. 5.1 LCI le impone la obligación de comunicar a dicho Departamento la relación de explotaciones que tiene integradas en el plazo de quince días desde la celebración del contrato, al objeto de su inscripción en el Registro de Explotaciones Agrarias de Cataluña, con la finalidad de que tanto la Administración como los particulares tengan conocimiento de su existencia y, por añadidura, en el caso de la Administración pueda ejercer un control sobre las mismas especialmente en lo concerniente al cumplimiento de la normativa en materia de sanidad animal.

g) Obligación de aportar espacios para apacentar el ganado

Finalmente, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6.2 LCI, el integrador puede obligarse a aportar espacios para apacentar el ganado. Ahora bien, según matiza dicho precepto, este pacto no desvirtuará el carácter de integración del contrato, siempre y cuando las instalaciones fijas sean aportadas por el integrado.

B) *Obligaciones del integrado*

a) Obligación de aportar las instalaciones y su mantenimiento

En lo que se refiere a las obligaciones del integrado, una de sus obligaciones principales radica, junto al cuidado del ganado, en aportar las instalaciones y ocuparse del mantenimiento de las mismas.

Esta obligación se concreta en una serie de obligaciones dirigidas a garantizar el buen funcionamiento de la explotación, a saber: la obligación de mantener la explotación en las condiciones legales y administrativas requeridas para ejercicio de la actividad (art. 10 letra a LCI); la obligación de mantener los espacios e instalaciones en condiciones ambientales, de higiene y sanidad adecuadas (art. 10 letra b) LCI); y la obligación de hacerse cargo de los pagos correspondientes a los espacios y instalaciones destinados a la producción (art. 10 letra c LCI).

b) Obligaciones de disponer de la mano de obra necesaria y de asumir los pagos del personal que trabaja en explotación

En segundo lugar, el integrado debe disponer de la mano de obra necesaria para el manejo y cuidado del ganado [art. 10 letra d) LCI]. De esta obligación se infiere, por tanto, que la Ley no exige que el integrado lleve a cabo la actividad personalmente, sino que puede acudir a mano de obra ajena. Será responsable, eso sí, de contratar los servicios de terceros en número adecuado para atender a las necesidades propias de la actividad, en caso de que no pueda llevarla a cabo por sí mismo.

En cualquier caso, estos terceros estarán unidos al integrado por una relación de dependencia, de tal manera que si incumplen sus obligaciones frente al integrado y, como consecuencia de ello, este incumple su prestación frente al integrador, el integrador no tiene acción directa contra el personal del integrado, sino sólo contra este. Ello sin perjuicio de que el integrado pueda repetir contra sus empleados.

Adicionalmente, y como consecuencia de la obligación anterior, el integrado deberá asumir los pagos del personal que trabaje en la explotación.

c) Obligación de desarrollar todas las actuaciones necesarias para el cuidado del ganado (alimentación, bebida, sanidad y bienestar)

Esta obligación, a que se refiere el art. 9 letra e) LCI, constituye la segunda de las prestaciones esenciales del integrado y radica en el cuidado y mantenimiento del ganado, ya sea con la finalidad de engorde de los animales o con el objeto de obtener crías (reproducción) u otros productos pecuarios.

d) Obligación de facilitar el acceso al integrador y a los vehículos para entrada y retirada del ganado

Obligación adicional del integrado es la de facilitar el acceso del integrador y de las personas designadas por él a las instalaciones de la explotación con objeto de realizar las actuaciones que le corresponden, así como de las personas y vehículos que designe el integrador para la entrada y retirada del ganado (art. 9 letra f).

Esta obligación se corresponde con las correlativas obligaciones del integrador consistentes, de una parte, en la entrada, retirada y transporte del ganado [art. 9 letras a) y b) LCI], así como en la entrada de los medios de producción y servicios pactados [art. 9 letra a) LCI]; y de otra, en la dirección y gestión técnica –y, en su caso, sanitaria– de la explotación [art. 9 letra h) LCI].

e) Obligación de comunicar por escrito a la Administración competente la explotación en régimen de integración

El integrado tiene obligación, asimismo, de notificar por escrito al Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de la Generalitat el hecho de llevar a cabo la explotación en régimen de integración, al objeto de que la Administración pueda ejercer el control correspondiente. Asimismo, deberá comunicar a dicho Departamento los datos identificativos del integrador, el número y tipo de animales integrados y cualquier cambio que se produzca en el futuro sobre esa situación (art. 5.2 LCI).

f) Obligación de comunicar al integrador sospecha de enfermedades infecciosas en los animales integrados

Finalmente, el integrado deberá comunicar la sospecha de enfermedades infecciosas en los animales integrados al integrador [art. 10 letra h) LCI y art. 7.2.b.3 Ley de Sanidad Animal]. Este, a su vez, deberá poner en conocimiento de

la Administración dicha circunstancia, a fin de que adopte las medidas oportunas para la prevención y erradicación de las referidas enfermedades (art. 7.2.a.3. Ley de Sanidad Animal).

C) *Otras obligaciones derivadas del contrato*

Junto a las obligaciones correspondientes a integrador e integrado, el art. 11 LCI prevé una serie de obligaciones que pueden asumir indistintamente cualquiera de las partes. Tales obligaciones son las relativas a:

a) *El suministro de alimentos, productos zoosanitarios, servicios de atención veterinaria, así como de otros bienes y servicios necesarios para la producción, en las condiciones de calidad y sanidad adecuadas* (obligación que en la práctica suele asumir el integrador).

b) *La dirección y gestión sanitaria de la explotación* (obligación que en la práctica suele asumir el integrador).

c) *El cumplimiento de las obligaciones de bienestar y sanidad animal exigidas por la normativa sectorial, el de los programas de actuación agroambientales y el de las buenas prácticas ganaderas.*

Esta previsión debe matizarse con lo dispuesto en el art. 7 Ley de Sanidad Animal que, de una parte, impone conjuntamente al integrador e integrado la obligación de velar por el cuidado sanitario del ganado (art. 7.2.a.2º y b.2º); y de otra, impone al integrador la obligación de cerciorarse de que los animales o productos obtenidos están en condiciones sanitarias adecuadas al ponerlos en el mercado (art. 7.2.a.4º).

d) *La gestión de las deyecciones ganaderas, así como del resto de subproductos ganaderos o residuos generados por la explotación, así como el coste derivada de la misma* (obligación que en la práctica suele asumir el integrado).

2.8. *Régimen retributivo*

En atención a lo dispuesto en los arts. 2.1 y 6.1 letra h) LCI, la contraprestación a que tiene derecho el integrado habrá de consistir necesariamente en una participación económica, a calcular en función tanto de la producción obtenida como de las aportaciones a que se han obligado ambas partes.

Partiendo de esta premisa, la LCI contempla distintas formas de retribución, a saber:

1. Una participación económica en función de la producción obtenida.

2. Una retribución a tanto fijo por plaza y período de tiempo calculados en función capacidad de producción de la granja y costes de los servicios asumidos.

3. La adquisición, al final del ciclo productivo, de la propiedad de una parte de la producción.

4. Una participación en el precio de venta.

5. Una cantidad económica por unidad de producto.

Por lo que se refiere a las modalidades de pago, este podrá efectuarse en moneda o en especie, según la forma de retribución pactada. El pago en moneda podrá consistir en una cantidad de dinero por unidad de producto o en una participación en el precio de venta. El pago en especie se traduce en la adquisición de la propiedad de una parte de la producción, la cual le será transmitida por el integrador.

En todo caso, a la hora de pactar la retribución las partes están sujetas a los siguientes límites:

En primer lugar, será nulo de pleno derecho el pacto en virtud del cual se haga participar al integrado en las pérdidas en una proporción superior a la que le correspondería en los beneficios (art. 3.2 LCI).

En segundo término, las partes no podrán fijar un sistema de retribución que consista en una cantidad fija independientemente de las aportaciones y de la producción obtenida (art. 2.1 LCI).

Cualquiera que sea el pacto alcanzado en orden a la retribución, de la lectura del art. 7 LCI resulta que el contrato no genera una copropiedad sobre la producción obtenida, sino que tanto los animales como los productos obtenidos permanecerán en propiedad del integrador. De este modo, el integrado no tiene un derecho real sobre la producción, sino un derecho de crédito frente al integrador, consistente bien en la entrega de un porcentaje sobre el producto final, bien en la transmisión de la propiedad sobre una parte de la producción.

2.9. *Duración del contrato. Causas de extinción*

En orden a la duración del contrato, rige el principio de libertad de pacto con un solo límite consistente en que su duración mínima debe coincidir con la del ciclo productivo correspondiente (art. 4.2 LCI), ciclo que, obviamente, será diferente según los animales integrados (el ciclo de producción del vacuno es más prolongado que el correspondiente al porcino o a la cría de aves). De ello resulta, por tanto, la posibilidad de que la duración pactada comprenda más de un ciclo productivo.

En principio, el transcurso del término de duración del contrato conllevará la extinción del mismo. No obstante, la Ley contempla su posible prórroga, bien porque se haya pactado en el contrato, aunque en este caso exige expresamente que se incluya en el contenido mínimo del contrato las condiciones de la renovación [art. 6.1.b LCI]; bien cuando la parte que quiera resolver el contrato incumpla el deber de preavisar a la otra parte por escrito con una antelación mínima a la mitad del ciclo productivo (art. 8.a LCI).

Junto al transcurso del tiempo de duración del contrato, el art. 8 prevé como causa de extinción específica del contrato de integración la defunción –tratán-

dose de persona física– o la extinción de una de las partes –cuando sea persona jurídica–, aunque no haya finalizado la duración pactada, pero siempre que haya acabado el ciclo productivo en curso. Si la duración pactada abarca varios ciclos productivos, el contrato se extinguirá al final del proceso productivo en el que haya tenido lugar la muerte o extinción del contratante.

El hecho de que la muerte o extinción de una de las partes se contemple como causa de extinción del contrato lo convierte en *intuitu personae* o celebrado en atención a la persona del otro contratante. No obstante, el art. 8 LCI introduce dos excepciones a este carácter:

Por un lado, permite el acuerdo de no extinción entre la parte supérstite y los sucesores del premuerto, subrogándose estos en la posición contractual del premuerto.

Por otro, sin necesidad de acuerdo, reconoce a los sucesores del premuerto la facultad de subrogarse en el lugar de su causante, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) ser profesionales de la agricultura; y b) haber sido colaboradores principales y directos en la producción afectada a la integración.

2.10. *Régimen de tenencia del ganado*

El régimen de tenencia del ganado por parte del integrado se regula en el art. 7 LCI, precepto del que se derivan las reglas siguientes:

1. El contrato de integración no transmite la propiedad del ganado al integrado.

2. Durante la vigencia del contrato el integrado sólo detenta la posesión de los animales en concepto de depósito. Ahora bien, ello no significa que el contrato de integración pueda identificarse con el contrato de depósito. El rasgo esencial que los distingue es la actividad a desarrollar por el depositario y el integrado: mientras que en el depósito la obligación principal del depositario radica en la custodia de la cosa, en el contrato de integración esta función constituye una prestación accesoria de la principal que no es otra que la obtención de productos pecuarios.

3. El integrado no puede disponer o gravar el ganado, salvo pacto en contrario.

Por añadidura, por aplicación del art. 569-3 de la Ley 5/2006 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, el integrado podrá retener la posesión del ganado hasta que el integrado en garantía del pago de la retribución. Asimismo, en atención a lo dispuesto en el art. 569–7 del mismo cuerpo legal, el integrado podrá realizar el valor del ganado, una vez transcurridos dos meses desde la notificación notarial de su decisión de retener al integrador sin que medie oposición judicial.

2.11. *Régimen de responsabilidad*

El art. 12 LCI establece el régimen en materia de riesgo y responsabilidad. De este precepto resulta que:

1. La asunción de los riesgos producidos durante la vigencia del contrato es compartida y se determina en función del alcance de las obligaciones contraídas por cada una de las partes.

2. El integrador responde frente al integrado por las siguientes acciones constitutivas de incumplimiento contractual –lista abierta–: a) los daños causados por la muerte o enfermedades del ganado cuando sean consecuencia de su estado sanitario o de la operación de descarga de los animales; y b) el retraso en la entrega o recogida del ganado.

3. Por su parte, el integrado responde frente al integrador por los daños que resulten de su actuación, cuando esta sea probada.

4. Frente a terceros, el integrador y el integrado responden solidariamente si el poder de decisión corresponde al integrador y su ejecución al integrado, salvo posible atribución de responsabilidad a una de las partes.

5. En caso de que en la carne de los animales en el matadero se detecten residuos de antibióticos u otras sustancias prohibidas, la responsabilidad corre a cargo del integrador, salvo que se acredite que la actuación es imputable al integrado.

2.13. *Régimen de indemnizaciones*

El art. 13 LCI prevé una serie de supuestos que generan un derecho a indemnización a favor del integrador, conforme a lo establecido en el art. 21 Ley de Sanidad Animal. Tales supuestos son los siguientes:

a) El sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción contaminados.

b) Los animales que mueran por causa directa tras haberlos sometido a tratamientos o manipulaciones preventivos o con fines de diagnóstico.

c) En general, los animales que mueran en el contexto de medidas prevención o lucha contra una enfermedad, como consecuencia de la ejecución de actuaciones impuestas por la autoridad competente.

d) Cualesquiera otros perjuicios graves que se produzcan, tales como abortos o incapacidades productivas permanentes, siempre que se acredite la relación causa-efecto con el tratamiento aplicado.

En todo caso, el derecho del integrador–propietario a la indemnización se encuentra condicionado al cumplimiento de la normativa de sanidad animal aplicable. Y de percibir la indemnización, habrá de compensar al integrado de forma proporcional a los días de estancia de los animales en la explotación y, en su caso, a los demás perjuicios derivados de la situación causante de la indemnización.

2.14. *La Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración*

Con el objeto de resolver todas las cuestiones litigiosas derivadas de la aplicación de la LCI, su art. 14 y último crea la Junta Arbitral de Contratos de Integración.

Posteriormente, dicha Junta –que se encuentra adscrita al Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de la Generalitat– ha sido unificada, en virtud del Decreto 170/2009, con la Junta Arbitral y Mediación para los contratos de cultivo, pasando a denominarse Junta de Arbitraje y Mediación de los contratos de cultivo y de los contratos de integración, a la par que ha visto ampliadas sus funciones al ámbito de la mediación.

En orden a su estructura, la Junta consta de los siguientes órganos: el Presidente, el Pleno y dos secciones, la de arbitraje y mediación de contratos de cultivo y la de arbitraje y mediación de contratos de integración (art. 3 Decreto 170/2009).

Corresponde al Presidente (art. 6 Decreto 170/2009): a) representar la Junta y sus secciones; b) presidir y coordinar el funcionamiento y la actividad de las secciones; c) elaborar el orden del día, así como dirigir las deliberaciones y moderar los debates; d) emitir voto de calidad dirimente en caso de empate en la toma de acuerdos; e) firmar los laudos; f) delegar la presidencia de las secciones en alguna de las personas vocales que formen parte; y g) cualquier otra función que le otorgue la Junta.

El Pleno tiene las siguientes funciones (art. 6 Decreto 170/2009): a) aprobar el reglamento de régimen interno; b) establecer normas organizativas de la Junta no incluidas en el reglamento de régimen interno; c) informar sobre las actuaciones de la Junta a petición del Departamento de Agricultura, Ganadería, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, del Gobierno o del Parlamento de Cataluña; d) elaborar una memoria anual; e) promover la colaboración con los colegios profesionales y la Administración para facilitar que la información y el acceso al arbitraje y a la mediación llegue a todos los ciudadanos; f) fomentar y difundir el arbitraje y la mediación; y g) cualquier otra no atribuida a las secciones.

En cuanto a las funciones de las secciones, en materia de arbitraje son las siguientes (art. 8.1 Decreto 170/2009): a) el análisis y estudio de las peticiones de arbitraje presentadas; b) la admisión o no a trámite de las demandas de arbitraje; c) la resolución sobre las recusaciones y abstenciones de personas miembros de la sección; d) la coordinación, el impulso y la tramitación del procedimiento arbitral. e) la planificación del calendario de las audiencias y de la práctica de pruebas; f) la redacción y la aprobación de los laudos arbitrales; g) la elaboración de propuestas y emitir los informes sobre el procedimiento de arbitraje que le pida el Pleno; h) Cualquier otra que le encargue el Pleno. Y en materia de mediación (art. 8.2 Decreto 170/2009): a) el análisis y el estudio de las peticiones de mediación presentadas; b) la admisión o no a trámite de las peticiones de mediación; c) la resolución sobre las recusaciones y abstenciones

de personas miembros de la sección; d) el asesoramiento que requiera la persona mediadora o las partes, con el fin de llegar a un acuerdo; e) el seguimiento del procedimiento de mediación y arbitrar la solución de las cuestiones; f) el impulso y la tramitación del procedimiento; g) la designación de persona mediadora; y h) cualquier otra que le encargue el Pleno.

En cualquier caso, la intervención de la Junta en materia de arbitraje sólo se produce a instancia de parte, en particular, cuando una o ambas partes de un contrato de integración en el que se haya pactado expresamente la cláusula de sumisión arbitral solicite por escrito la instrucción del procedimiento arbitral. En defecto de cláusula de sumisión arbitral, si solicita su intervención una de las partes, la Junta dará traslado de la solicitud de arbitraje a la otra parte a fin de que manifieste su conformidad a someterse al arbitraje. Si en el plazo de diez días no se ha comunicado su sumisión a la Junta, la demanda de arbitraje será admitida (art. 12 Decreto 170/2009).

El procedimiento arbitral se rige por los principios de igualdad, audiencia, contradicción y confidencialidad. La demanda de arbitraje se presenta ante la sede de la Junta mediante escrito en el que se deben determinar los hechos de la controversia y las pretensiones formuladas. La Junta debe inadmitir la demanda en defecto de cláusula de sumisión arbitral o de acuerdo de sumisión posterior, cuando las cuestiones litigiosas no se fundamenten en la aplicación de la LCI o cuando la cláusula de sumisión arbitral contravenga el Ordenamiento Jurídico. En caso de admisión de la demanda, la Junta notificará a las partes la resolución de incoación del expediente y dará traslado de la demanda a la otra parte al objeto de que formule su contestación por escrito (art. 13 Decreto 170/2009).

El laudo, que contenga el pronunciamiento de la Sección correspondiente de la Junta (en nuestro caso, la Sección de arbitraje y mediación de contratos de integración) sobre la controversia, ha de dictarse por escrito en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de presentación de la contestación de la demanda o de la expiración del plazo para presentarla (art. 14 Decreto 170/2009). Dicho laudo produce efectos de cosa juzgada y contra el mismo se puede solicitar la revisión, de acuerdo con lo previsto en la LEC para las sentencias firmes, así como la anulación por los motivos previstos en la Ley 60/2003 de Arbitraje.

Si durante el procedimiento de arbitraje las partes llegan a un acuerdo, la Sección correspondiente dará por finalizada su actuación y si ambas partes lo solicitan, y los árbitros no aprecian motivos de oposición, harán constar este acuerdo en forma de laudo. Por otra parte, en cualquier momento antes de dictarse el laudo, las partes podrán desistir del arbitraje de mutuo acuerdo. Dicho acuerdo deberá comunicarse a la Sección competente en el plazo de tres días a fin de que dicte un acuerdo de finalización del procedimiento (art. 14 Decreto 170/2009).

Al igual que el arbitraje, la mediación de la Junta en los conflictos que puedan surgir entre las partes a fin de que los solucionen por sí mismas sólo se produce a instancia de parte y, en principio, siempre que las partes hayan pactado una cláusula de sumisión a la mediación. De no ser así, se aplicará lo dispuesto en el

art. 12 Decreto 170/2009 en materia de arbitraje En concreto, la mediación se puede llevar a cabo tanto antes de iniciarse el procedimiento judicial o arbitral, como cuando haya un proceso judicial o arbitral pendiente (arts. 19 y 20 Decreto 170/2009).

Una vez solicitada la mediación de la Junta, la Sección competente nombrará a una persona encargada de la mediación, que podrá tratarse de uno de los miembros de la Sección o una persona externa experta en mediación en materia de contratos de integración (art. 21.1 Decreto 170/2009).

La mediación se puede desarrollar en un número aleatorio de sesiones, cuya fijación corresponde al mediador en función de la naturaleza o complejidad del conflicto o el número de personas implicadas, si bien en ningún caso puede superar el plazo de dos meses desde la primera sesión (art. 23 Decreto 170/2009). En la primera sesión el mediador convocará a las partes a una reunión en la que les habrá de informar del procedimiento, principios, objeto y alcance de la mediación, de la previsión del número de sesiones y del derecho de cualquiera de ellas a dar por terminada la mediación. Las sesiones posteriores se desarrollarán bien conjuntamente con ambas partes o bien por separado con cada una de ellas, a criterio del mediador. Este durante el transcurso de las sesiones podrá presentar una propuesta mediadora a las partes, con el fin de ayudarles a alcanzar un acuerdo (art. 21.3 Decreto 170/2009). La última sesión se cerrará con un acta en la que constarán los acuerdos alcanzados o, en su caso, la imposibilidad de las partes de llegar a los mismos. Finalizado el procedimiento, el mediador deberá informar de su resultado a la Sección correspondiente (art. 22 Decreto 170/2009).

En cualquier caso, el mediador deberá desarrollar su actividad mediadora con arreglo a las siguientes pautas: a) facilitar el diálogo entre las partes implicadas; b) velar por el cumplimiento de los plazos del procedimiento de mediación; c) velar para que las partes dispongan de la información y asesoramiento suficientes al objeto de que puedan alcanzar un acuerdo de forma libre y consciente; c) y desarrollar su función con imparcialidad y lealtad hacia las partes (art. 21.2 Decreto 170/2009).

VI. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Con anterioridad a la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, Costa, Joaquín, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, en *Obras de Joaquín Costa*, Ed. Guara, Zaragoza, 1981; y De La Fuente Pertegaz, Pedro, *Contratos especiales sobre cultivo y ganadería*, Madrid, 1916.

Vigente la Compilación aragonesa, Bergua Camón, Jesús, «Ganadería y pastos», *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XIII, 1965-1966-1967, pp. 469-470, y voz «Ganadería, contratos sobre», *Gran Enciclopedia Aragonesa*, t. VI, p. 1485; Merino Hernández, José Luis, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtor. M.

Albaladejo, t. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 302-309; y LÓPEZ AZCONA, Aurora, «Los contratos de ganadería», en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 2ª ed., dtor. J. Delgado Echeverría, coord. M. A. Parra Lucán, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 711-716.

Un análisis de la regulación catalana de los contratos de integración, en particular, de la LCI de 1984 puede verse en LUNA SERRANO, Agustín, «El contrato de integración en la legislación catalana», en *La agroindustria. Décimas Jornadas Cooperativas,* Lérida, 1992, pp. 183-206; y MALUQUER DE MOTES, Carlos, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtor. M. Albaladejo, t. XXX, Edersa, Madrid, 1987, pp. 744-774. Sobre la LCI de 2006 puede consultarse Aura VILALTA NICUESA, Esther, *Contratos de integración ganadera: de los primeros pactos a la Ley de Cataluña 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de integración,* Ed. Bosch, Barcelona, 2006; y NÚÑEZ ZORRILLA, Mª del Carmen, *El contrato de explotación ganadera. Análisis Jurídico de la integración pecuaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

VI. ANEXO

1. TABLAS DE ANIMALES INTEGRADOS EN ARAGÓN

CENSOS DE REPRODUCTORES DE PORCINO		
	Nº EXPLOTACIONES	Nº PLAZAS
Huesca	459	169.794
Teruel	329	82.007
Zaragoza	396	217.709
Aragón	**1.184**	**469.510**

CENSOS DE CEBO DE PORCINO		
	Nº EXPLOTACIONES	Nº PLAZAS
Huesca	1.453	2.049.178
Teruel	554	669.466
Zaragoza	761	1.263.008
Aragón	**2.768**	**3.981.652**

CENSOS DE AVES (BROILERS)		
	Nº EXPLOTACIONES	**Nº PLAZAS**
Huesca	147	6.150.316
Teruel	95	2.771.540
Zaragoza	184	6.516.663
Aragón	**453**	**15.348.519**

ANIMALES INTEGRADOS	
• Porcino:	
— Cebo	3.527.743 (88,6 %) plazas
— Reproductoras	334.291 (71,2 %) plazas
— 208 integradoras	(20 + 50 % y una 13,5 %)
• Aves (broilers)	15.348.519 (100 %)
— 21 integradoras de producción de carne	

2. Modelos Contractuales

2.1. *Modelo 1*

CONTRATO INTEGRACIÓN / REFERENCIA Nº

En la ciudad de Lleida, a 03 de Enero de 2005.

REUNIDOS : De una parte, como Gerente de , mayor de edad, industrial de esta vecindad; y de otra con N.I.F. nº domiciliado en

CONCURREN: Por su propio derecho y reconociéndose respectivamente, capacidad legal contratar y obligarse.

EXPONEN

I.- Que ., es fabricante de alimentos para toda clase de ganado.

II.- Que , es dueño de 1100 cerdos para cebo (lechones).

III.- Que posee unos locales de su propiedad, dotados las instalaciones necesarias para la adecuada crianza de 1100 cerditos, sitos en

PACTOS

PRIMERO.- , entrega en este acto a quien los recibe 1100 cerdos de cebo (lechones) para su crianza en los locales e instalac que se han referido en el antecedente III, del presente convenio, facilitados por el segundo.

SEGUNDO.- se obliga a equipar la granja y prestar cuidados necesarios, que la adecuada crianza de los cerdos exija, y por todo el tiempo que dure la m y hasta su venta, debiendo solicitar el suministro de pienso con suficiente antelación a la fecha que precise, acondicionar el acceso a vehículos, no tener otro ganado en la granja y comunicar con mayor brevedad posible a , cualquier anormalidad que en dicha cr observase, percibiendo por tal causa y por la facilitación de los locales e instalaciones que se descrito precedentemente la cantidad de ocho euros con setecientos catorce céntimos (8,714 €) de p base, más incentivos por conversión, bajas y manejo hasta un máximo de diez euros con quini diecisiete céntimos (10,517 €) más IVA, por cada uno de los cerdos que puedan, venderse, cuya suma le será satisfecha por , en el momento de procederse a su venta.

TERCERO.- ., suministrará con carácter exclusivo, todo el pienso que los cerdos estabulados hayan de consumir, periódicamente en la medida de tal necesidad y según albarán que firmará a la recepción de cada una de las partidas del referido pienso.

CUARTO.- se obliga a cumplimentar todas las normas sobre alimentación y manejo que dicten los servicios técnicos veterinarios de y en especial las relativas al suministro de pienso. Así mismo autoriza expresamente para que durante la vigencia del contrato los técnicos designados por ., puedan visitar, observar y comprobar en cualquier momento los cerdos estabulados en la granja. De incumplirse por otra parte las expresadas normas ., podrá dar por rescindido el presente contrato, sin derecho a indemnización alguna a favor del criador.

QUINTO.- Se establece como duración del presente contrato un plazo de UN CICLO DE ENGORDE a partir del día de la fecha. Dicho plazo será prorrogado tácitamente y por períodos iguales, siempre que una de las dos partes no avise a la otra de forma auténtica y por escrito su voluntad de darlo por finalizado, antes de la entrada del siguiente ciclo y siempre y cuando de produzca dicha renuncia en el plazo máximo de un mes a contar desde el momento de la salida de la totalidad de los animales del ciclo anterior.

SEXTO.- CLAUSULA DE GARANTIA, El criador acepta a todos los efectos, que mientras esté vigente el presente contrato, los cerdos objeto del mismo que se hallen en su granja, los tendrá en depósito, con la obligación de entregarlos al comprador designado por ., al final del engorde respectivo, sin que pueda aquél enajenarlos ni gravarlos por título alguno, bajo sanciones establecidas por la Ley.

SEPTIMO.- se compromete a cumplir la normativa vigente reflejada en el Real Decreto 1.749/1.998 de 31de Julio, publicado en el B.O.E. número 188 del 7 de Agosto de 1.998, referente al control de determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos a su cargo. Se asegurará a respetar los plazos de espera de los tratamientos medicamentosos efectuados en los cerdos siguiendo fielmente las indicaciones del veterinario responsable de la granja.

Asimismo, D se responsabiliza del manejo y eliminación del purín, las bajas y de los residuos zoosanitarios, de acuerdo con la normativa establecida o que se establezca, así como obtener y mantener en vigor, bajo su responsabilidad y a su entero cargo, cuantas licencias, permisos y autorizaciones requieran las autoridades de cualquier instancia.

OCTAVO.- En todo lo no previsto en este contrato se estará a lo que dispone la Ley de la Generalitat de Cataluña, sobre contratos de integración.

NOVENO.- Para cuantas cuestiones e incidentes surjan del presente contrato, ambas partes contratantes se someten al fuero de los tribunales de esta ciudad de Lleida, con renuncia y domicilio que pudiera corresponderles.

Así lo aprueban de conformidad en la ciudad y fecha al principio indicados.

EL INTEGRADO

p.p.

2.2. *Modelo 2*

CONTRATO DE INTEGRACION

En la ciudad de Lleida, a 10 de MARZO de m novecientos noventa y NUEVE

REUNIDOS: De una parte, D. como Director General de ., mayor de edad, industrial de esta vecindad; y de otra D. ..... , mayor de edad, con D.N.I. nº. ..... domiciliado en CASTELFLORITE calle ..... nº. .....

CONCURREN: Por su propio derecho y reconociéndose respectivamente, capacidad legal para contratar y obligarse

EXPONEN

I.- Que ., es fabricante de alimentos para toda clase de ganado.

II.- Que , es dueño de 1.100 cerdos para cebo (lechones).

III.- Que D. ..... posee unos locales de su propiedad, dotados de las instalaciones necesarias para la adecuada crianza de 1.100 cerditos sitos en .....

PACTOS

PRIMERO.- ., entrega en este acto a D. ..... quien los recibe 1.100 cerdos de cebo (lechones) para su crianza en los locales e instalaciones que se han referido en el antecedente III, del presente convenio, facilitados por el segundo.

SEGUNDO.- D. ..... se obliga a equipar la granja y prestar los cuidados necesarios, que la adecuada crianza de los cerdos exija, y por todo el tiempo que dure la misma y hasta su venta, debiendo solicitar el suministro de pienso con suficiente antelación a la fecha que lo precise, acondicionar el acceso para vehículos, no tener otro ganado en la granja y comunicar a la mayor brevedad posible a ., cualquier anormalidad que en dicha crianza observase, percibiendo por tal causa y por la facilitación de los locales e instalaciones que se han descrito precedentemente, la cantidad de 1.100 pesetas de precio base, más

incentivos por conversión y bajas hasta un máximo de 1.400 pesetas + IVA, por cada uno de los cerdos que puedan venderse, cuya total suma le será satisfecha por ., en el momento de procederse su venta.

TERCERO.- ., suministrará con carácter exclusivo, todo el pienso que los cerdos estabulados hayan de consumir, periódicamente, en la medida de tal necesidad y según albarán que firmará D. a la recepción de cada una de las partidas del referido pienso.

CUARTO.- D. se obliga a cumplimentar todas las normas sobre alimentación y manejo que dicten los servicios técnicos veterinarios de , y en especial las relativas al suministro de pienso. Así mismo autoriza expresamente para que durante la vigencia del contrato los técnicos designados por , puedan visitar, observar y comprobar en cualquier momento los cerdos estabulados en la granja. De incumplirse por otra parte las expresadas normas , podrá dar por rescindido el presente contrato, sin derecho a indemnización alguna a favor del criador.

QUINTO.- Se establece como duración del presente contrato un plazo de UN CICLO DE ENGORDE a partir del día de la fecha. Dicho plazo será prorrogado tácitamente y por períodos iguales, siempre que una de las dos partes no avise a la otra de forma autentica y por escrito su voluntad de dado por finalizado, antes de la entrada del siguiente ciclo y siempre y cuando se produzca dicha renuncia en el plazo máximo de un mes a contar desde el momento de la salida de la totalidad de los animales del ciclo anterior.

SEXTO.- CLAUSULA DE GARANTIA.- El criador acepta a todos los efectos, que mientras esté vigente el presente contrato, los cerdos objeto del mismo que se hallen en su granja, los tendrá en depósito, con la obligación de entregarlos al comprador designado por ., al final de engorde respectivo, sin que pueda aquél, enajenarlos ni gravarlos por título alguno, bajo sanciones establecidas por la Ley.

SEPTIMO.- Para cuantas cuestiones e incidentes surjan del presente contrato, ambas partes contratantes, se someten expresamente al fuero de los tribunales de esta ciudad, con renuncia al fuero y domicilio que pudiera corresponderles.

Así lo aprueban de conformidad en la ciudad y fecha al principio indicadas.

ESTUDIO HISTÓRICO-COMPARADO DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN INGLATERRA Y ARAGÓN

Aurelio Barrio Gallardo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El trabajo pretende perfilar a grandes rasgos la evolución de la libertad de testar en las distintas etapas tanto del Derecho inglés como del foral aragonés y resaltar qué similitudes guardan entre sí estos sistemas. Se pone de relieve cómo ambos están inspirados por unos mismos principios, tendentes a la concentración del patrimonial casal en una sola mano y que, por lo tanto, no es difícil encontrar paralelismos abundantes así como multitud de instituciones cuya naturaleza es afín al compartir idénticos objetivos. El hecho de que hayan terminado por converger en unas restricciones flexibles a la autonomía de la voluntad, las pensiones familiares en el *Common Law* y un derecho sucesorio de alimentos en nuestra tierra, podría servir, además, de inspiración a una futura reforma del Código civil en materia de legítimas.

Palabras clave: Libertad de testar, restricciones flexibles, pensión familiar, derecho sucesorio de alimentos.

ABSTRACT

This paper attempts to outline in broad strokes the evolution of freedom of testation at various historical stages of both the English and Aragonese Law and highlight the similarities between these two legal systems. It stresses how both are inspired by the same principles, aimed at the concentration of wealth in one hand and, therefore, is not difficult to find abundant parallelism as well as many institutions whose nature is akin because of sharing same goals. The fact that they ended up converging in flexible restraints on private autonomy, the family provi-

sion in the Common Law and inheritance rights to alimony in our land, could provide, moreover, an inspiration for a future reform of the Civil Code regarding fixed shares.

Keywords: Freedom of testation, flexible restraints, family provision, successorial alimony.

SUMARIO

I. ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARADO DE LA LIBERTAD DE TESTAR. 1. La Baja Edad Media. Los siglos XII y XIII. A) *Los padres de los Derechos inglés y aragonés*, a) Vida y obra de Henry de Bracton, b) Un apunte sobre Vidal de Canellas; B) *La legítima hasta el siglo XIII: una etapa de luces y sombras*, 2. Desde la Recepción hasta el apogeo de la libertad de testar, A) *El período de la Recepción en Inglaterra*, B) *Los siglos XIV a XVI en el Derecho inglés*, C) *Los Fueros aragoneses del siglo XIV*; 3. La Edad Moderna. Los siglos XVI y XVIII, A) *El Reino aragonés entre los siglos XV y XVII*, B) *El Aragón ilustrado*, C) *La Inglaterra del* Enlightment, 5) *La Edad Contemporánea. Los Siglos XIX y XX*, A) *La última restricción: la* Dower, B) *El Derecho inglés durante este período*. 6. Desde el XX hasta la actualidad: correcciones a la libertad de testar; A) *La génesis de la pensión familiar*, B) *El Aragón decimonónico y el derecho de alimentos*, C) *La consolidación del sistema sucesorio durante el XX*. II. ESTUDIO CONJUNTO DE LA EVOLUCIÓN EN AMBOS DERECHOS. 1. La vigencia de la libertad de testar. 2. Convergencia de ambos sistemas en una fórmula mixta: las restricciones flexibles. III. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARADO DE LA LIBERTAD DE TESTAR

1. La Baja Edad Media. Los siglos XII y XIII

A) *Los padres de los Derechos inglés y aragonés*

Las figuras más relevantes de ese Renacimiento cultural experimentado en toda la Europa del siglo XII, como lo ha llamado Helmut Coing[1], y autores del cuerpo doctrinal más acabado en sus respectivos Derechos guardan notorios parecidos entre sí. Como la mayoría de los hombres cultos de su tiempo Henry de Bracton y Vidal de Canellas tomaron los hábitos. Ambos, clérigos de voca-

[1] Coing, Helmut. *Derecho privado europeo*. T. I. *Derecho común más antiguo*, Fundación Cultural del Notariado, D. L., Madrid, 1996, p. 34.

ción, redactaron sus obras en latín, la *lingua franca* de la jurisprudencia universal en palabras de H. S. MAINE[2]. Grandes cultivadores del Derecho, recibieron instrucción en Bolonia y Oxford, centros consagrados al estudio del Derecho romano, y la influencia de los glosadores se dejó sentir en sus obras, aunque quizá de forma más acusada en el maestro inglés.

Sus nombres son sinónimos de los grandes compiladores del saber jurídico de su tierra y de su época; para acometer obra tan colosal se sirvieron de los moldes latinos, los más perfectos y depurados del momento. Usaron categorías conceptuales romanas y romana fue también la ordenación sistemática de sus tratados[3], principalmente el *Codex* Justiniano y las *Pandectas*, asumidos como canon, incluso estético, durante la Edad Media. Pero el elemento foráneo sólo tuvo en su cometido carácter puramente instrumental, pues en la esencia de sus obras predomina el sustrato autóctono y su contenido fue siempre netamente nacional. La célebre frase de POLLOCK y MAITLAND, «romano en la forma, pero inglés en la sustancia», aplicada a «De Legibus»[4], bien pudiera hacerse extensiva también al cuerpo de los Fueros de Aragón; así, no es de extrañar que historiadores de este Derecho foral, LALINDE entre otros, hayan distinguido en ellos un romanismo normativo y otro instrumental[5].

a) Vida y obra de Henry de Bracton

Henrici de Bracton fue clérigo y compaginó sus ocupaciones dentro la jerarquía eclesial, como archidiácono de Barnstaple (1264) y, después, *Chancellor* o Deán de la Catedral de Exeter[6], con una meteórica trayectoria como jurista, entre cuyos destinos destacaría haber sido secretario de William of RALEIGH, y en calidad de tal custodio de los *Plea Rolls* o expedientes judiciales, a quien sucedería en el cargo, según marcaba una costumbre inveterada, para ser nombrado *Chief Jus-*

---

[2] STEIN, Peter G. *El Derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica* (prólogo de Juan Pablo Fusi), S. XXI de España Editores, Madrid, 2001, pp. 176 a 178. La cita textual, tras consultar la lección impartida por el Profesor inglés, sería «The Roman law is, therefore, fast becoming the lingua franca of universal jurisprudence» (MAINE, H. S. Village *Communities in the East and West with other Lectures*, Addresses and Essays, 3rd ed., Henry Holt & Co., New York, 1880, p. 332).

[3] Cfr. STEIN, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge Press, 1999 p. 64; SHERMAN, Charles Phineas. *Roman Law in the Modern World*, F.B. Rothman, Littleton (Colorado), 1993, p. 357; o, en España, vid. HERRERA BRAVO, Ramón. *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007, p. 42.

[4] "Romanesque in form, English in substance», así comienzan los Catedráticos de Cambridge su descripción de la obra de Bracton (POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed., Vol. I, Cambridge: at the University Press, 1968, p. 207). Sobre «el tratado llamado Glanvill –apunta Caenegem algo semejante–: su sustancia no es en modo alguna romana pero alguna inspiración boloñesa es inconfundible». CAENEGEM, Raoul van. *The Birth of the English Common Law,* Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 1988, p. 102.

[5] LALINDE ABADÍA, Jesús. «Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa», *AHDE*, núm. 55, 1985, p. 345.

[6] HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. Vol. II, Methuen & Co. Sweet & Maxwell, London, 5th impression, 2003, p. 234.

ticiar of England. Logró con ello, bajo el reinado de Enrique III, de quien fue consejero fiel en el *coram rege* alcanzar el cénit de la carrera judicial: un puesto equivalente, haciendo las debidas transposiciones, a lo que en tiempo presente y en nuestro país sería ocupar la presidencia del Tribunal Supremo.

Ya alejado de la arena política y durante su exilio en la década de 1250, mientras se libraba la Segunda Guerra de los Barones, comandados por Simón de Monfort, compuso en latín *De legibus et consuetudinibus Angliae*, que fue traducida mucho más tarde como *On the Laws and Customs of England*. A diferencia de las obras anteriores, Bracton no se limita a glosar el *Corpus Iuris Civilis* al estilo de Vacario, ni a realizar una recopilación destinada a la *praxis* forense, como Glanvill, sino que con ese acopio ingente de resoluciones judiciales, dictadas en los tribunales del Rey, cercano a los cuatrocientos pronunciamientos, va mucho más allá al componer el primer tratado de Derecho inglés en sentido moderno[7]. *De legibus* es una obra única en su especie, una exposición sistemática, científica y ordenada de materias propias del Derecho nacional de la época, construida sobre la base del examen del *case-law* previo y coetáneo a Enrique III, que Bracton sistematiza, depura, aclara y explica empleando categorías dogmáticas y conceptos que toma prestados del *Civil Law*[8].

En ella se traslucen las enseñanzas que había recibido en Oxford –la «Bolonia inglesa»– donde, al parecer, se doctoró en ambos derechos, romano y canónico[9], lo que probaría el contacto intenso de Bracton con el *Ius Commune*, así como la penetración, más allá del hermetismo jurídico tradicional, de las ideas jurídicas del Continente en Inglaterra, según defiende la moderna historiografía[10], frente a la tesis del noble aislamiento patrocinada por J. Hamilton Baker[11], que presentaba este Derecho como particularmente extraño e idiosincrásico fruto de su carácter insular[12]. Esta labor colosal que sentará los cimientos del *Common Law* hace que Bracton haya pasado a los Anales de la Historia como la flor y nata del Derecho inglés[13] o

---

[7] Sherman, Charles. Op. cit., p. 356; Rabasa, Óscar. *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law* (Prólogo S. Urbina), Fondo de Cultura Económica, México, 1944, p. 85.

[8] Vid. Wesenberg, Gerhard & Wesener, Gunter. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. J. J. De los Mozos Touya), Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 129; Stein, Peter. *Roman Law in European History*, Cambridge Press, 1999 p. 64.

[9] Spence, George. *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, V. and R. Stevens and G. S. Norton, 1849, p. 119; Kent, James y Comstock, George Franklin. *Commentaries on American law*, Vol. 1, Little, Brown & Co., Boston, 1866, pp. 541-542.

[10] Cfr. Barrio Gallardo, Aurelio. *La evolución de la libertad de testar en el «Common Law» inglés*, The Global Law Collection, Aranzadi-Thomson, El Cano (Navarra), 2011, pp. 102 y ss.

[11] La cita textual, tomada del original anglófono es: «And so English law flourished in noble isolation from Europe». Baker, J. H. *An Introduction to English Legal History*, 3rd ed., Butterworths, London, 1990, p. 35.

[12] El Derecho inglés –dice un distinguido autor actual en su monografía «El nacimiento del Common Law inglés»– es «una isla en un mar romanista» Vid. Caenegem, Raoul van. *The Birth of the English...*, op. cit., p. 105.

[13] Plucknett, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., Little, Brown and Company, Boston, 1956, p. 258.

fuera bautizado, más adelante, como el «Blackstone del siglo XII» por investigadores de la talla de SHERMAN[14].

b) Un apunte sobre Vidal de Canellas

Vidal DE CANELLAS (1190-1252) fue consejero real, amén de pariente consanguíneo del monarca y se le tiene por autor de la Compilación de los Fueros de Aragón, dada por Jaime I «El conquistador» en las Cortes de Huesca de 1247. Jurista eminente, fue canónigo en Barcelona y obispo de Huesca, desde 1238 a 1252, así como de Jaca, Vic y Lérida. No se ejercitó en el *ars bellis,* pero lo compensó con sus dotes diplomáticas: su intercesión fue decisiva en varias contiendas, entre ellas, el sitio y la ulterior rendición de Valencia en 1238. Su formación romano-canónica parece evidente a raíz de la exploración de su obra y consta que en torno a 1220 se encontraba estudiando en Bolonia, donde trabó una profunda amistad con su maestro, Raimundo DE PEÑAFORT, relación que se prolongaría a lo largo de toda su vida.

Se le considera el principal artífice, como acreditan las citas de autores posteriores[15], de la colección de los Fueros de Aragón, obra colosal, singular y primera en la historia de nuestra Comunidad Autónoma de semejantes características, que reúne en un único cuerpo legal todos los fueros precedentes. La escritura del texto, redactado en latín clásico, la sitúa a finales del siglo XIII, y es lógico ubicarla en fecha próxima a las Cortes y día anterior al de su muerte, que reduce la franja cronológica a un momento incierto entre 1247 y 1252, aunque hay autores que la datan en fecha más tardía[16].

La instrucción en el *Ius Commune* se deja sentir en ella; el mismo relator reconoce cuáles son sus fuentes de inspiración y la obra contiene explicaciones eruditas de Derecho culto y europeo, lo que tal vez hizo que fracasara como proyecto legislativo, según sostiene DELGADO ECHEVERRÍA[17]. La obra, que lleva por título *In excelsis Dei Thesauris*, no se halla redactada en lengua vernácula, sino en latín, siendo el «Vidal Mayor» una traducción anónima y posterior de la obra al romance aragonés. La ordenación sistemática de las materias, aunque de sustrato netamente patrio[18], como la de Bracton, se ajusta al arquetipo propio de la época y se presenta dividida en nueve libros, imitando el modelo que ilustran el Código de Justiniano y el Digesto.

---

[14] Cfr. SHERMAN, Charles Phineas. *Roman Law...*, op. cit., p. 357.

[15] Una cita del Justicia Exea y Talallero atribuyen en 1674 un fuero a Canellas: «único compilador de los fueros escogidos por Jaime I y la Corte del año 1248». DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «El Vidal Mayor», don Vidal de Canellas y los Fueros de Aragón», *RDCA*, XIV, 2009, p. 13.

[16] Las fechas oscilarían entre 1276 y 1290 como recoge DELGADO tomando como referencia las dataciones de LACARRA DUCAY y el museo Paul Getty en Malibú (cfr. «El «Vidal Mayor»…, loc. cit., p. 13).

[17] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. El «Vidal Mayor»…, loc. cit., p. 18.

[18] En la Compilación, bajo el ropaje formal del *Codex*, se albergan ya algunas de nuestras instituciones más sobresalientes, como la viudedad foral, la comunidad conyugal continuada, la fiducia o los pactos sucesorios.

B) *La legítima hasta el siglo XIII: una etapa de luces y sombras*

Antes del siglo XII es muy difícil precisar cuál era estado legal de las cosas y tan sólo cabe aventurar teorías acerca de cómo pudo estar regulada esta cuestión. La escasez documental y las interpolaciones fuerzan a bautizar esta etapa, con POLLOCK y MAITLAND, como the *Darke Age of Legal History*[19]. Tan oscuro pudo ser este período en el Derecho anglosajón, inmediatamente anterior al nacimiento del *Common Law*, como faltos están de luz estos mismos tiempos en Aragón. Varios autores presuponen la existencia de una libérrima libertad de testar[20], como también, sucedía en las Islas, pero por desgracia no se nos ha conservado ninguna evidencia documental que pueda acreditar fehacientemente este dato[21]. LACRUZ mantiene que, durante el siglo VIII, existía una comunidad familiar, con fuertes expectativas hereditarias a la muerte del padre de familia, en donde no existiría una sucesión a causa de muerte tal como se entiende hoy[22], lo que parece más acorde con las raíces germanas de estos dos pueblos[23].

El relato de Bede apodado «El venerable», un cronista del siglo VIII[24], narra cómo en el Reino de Northumbria cierto cabeza de familia murió una tarde, pero resucitó a la mañana siguiente. Se dirigió entonces a la iglesia de la villa y, tras mantenerse un rato en oración, dividió toda su fortuna en tres partes; una de ellas se la entregó a su esposa, otra a sus hijos, y la restante se la reservó para sí, y en el acto la distribuyó entre los pobres[25]. El hecho de que la mayoría de los expositores dejen testimonio de esta breve historia en sus obras le atribuye una cierta credibilidad[26]. El protagonista actuó como si concibiera su propiedad consistente

---

[19] Cfr. POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law...*, op. cit., pp. 1 a 24.

[20] Vid. FUENTE PERTEGAZ, Vicente de la. *Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón. Período constituyente*, Impr. de M. Tello, 1885, p. 401.

[21] VIDIELLA Y JASSÁ, Santiago. «De la legítima de descendientes en Aragón», *RDP*, T. V., 15 mayo 1918, p. 10.

[22] LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Las legítimas en la Compilación», *RCDI,* núm. 465, 1968, p. 505.

[23] BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico,* 8ª ed. (al cuidado de Claudius von Schwerin y trad. por José Luis Álvarez López), Labor, Barcelona, 1936, p. 237 y PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico* (trad. Carlos Melón Infante), Bosch, Barcelona, 1957, p. 343. En nuestro país, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», *AHDE*, T. XXXVI, 1966, p. 204 y LALINDE ABADÍA, Jesús. *Derecho histórico español*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1983, p. 488.

[24] Las hipótesis barajadas por los especialistas conducen a pensar que la obra pudo ser escrita en 731 d. C y su autor habría nacido el 672 ó 673 d. C. Vid. MOBERLY, George Herbert. «Introduction», en SAINT BEDE (the Venerable), *Venerabilis Baedae Historia ecclesiastica gentis Anglorum*, Oxford University Press, Oxford, 1869, p. xiii.

[25] Vid. BEDE, *Historia Ecclesiastica Gentis Anglorum*, Sumptibus Societatis, Londini, 1838, accesible en abierto en la siguiente dirección web: www.archive.org.

[26] SOMNER, William (1598-1669). *A Treatise of Gavelkind, both name and thing*, F. Gyles, J. Woodman, D. Lyon and C. Davis, London, 1726, p. 92; YOUNG, Ernest. «The Anglo-Saxon Family Law», *Essays in Anglo-Saxon Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1905, p. 135; HOLDSWORTH, Sir William. Op. cit., T. II, p. 94; POLLOCK y MAITLAND. Op. cit., T. II, p. 314.

en la parte de la esposa (*wife's part*), la parte de la descendencia (*bairns' part*) y la parte del muerto (*dead's part*), la que, quizá movido por las prédicas de S. Agustín concernientes al valor expiatorio de la limosna, encomendaría a la Iglesia para que a su vez procediera a su distribución entre los más necesitados. Poco más se sabe del Derecho inglés durante esta etapa.

En Aragón, ya a finales del XII (1187), en virtud del Fuero de Jaca, entroncado familiarmente con el de Estella de 1164[27] –este sí, con constancia escrita–, Alfonso II autorizaba a los jacetanos para que distribuyeran sus bienes, tuvieran o no hijos, *sicut eis placuerit* o, lo que es lo mismo, a su libre albur, como se desprende del texto recogido por Jerónimo DE BLANCAS[28]. Ponen en duda, sin embargo, buena parte de los autores que se hiciera en la práctica uso de esta facultad, de concesión regia, para favorecer a extraños instituyéndoles herederos en detrimento de los hijos; así pues esta libertad de testar tan amplia se materializó siempre a través de disposiciones intrafamiliares[29].

Pero quizá el hecho de estar ante un Fuero local hace que no quepa conferirle toda la importancia que por tradición se le ha venido dando, en la medida en que otras partes del Reino parecen contradecir este poder irrestricto de testamentifacción, y tal vez se debiera únicamente a una política expansionista propia de un territorio reconquistado[30]. Así, el anterior Fuero de Daroca (1142), fiel a la tradición concejil, establece una participación igualitaria de la descendencia sobre la herencia paterna[31], sin que quepa desigualar a los hijos, y con limitadísimas facultades dispositivas a favor del alma, circunscritas a la modesta cantidad de seis maravedises[32].

No se puede hablar, por tanto, de un régimen sucesorio unificado en Aragón durante este período, sino que cundió la dispersión normativa hasta la Compilación de Huesca que, con cierto talante conciliador y uniformador, optó por una vía intermedia, al decir de la moderna doctrina[33], una vez que el Reino hubo alcanzado la estabilidad y normalidad necesarias y con su aprobación todos los precedentes quedaron abrogados. En esta concreta materia, al menos, los Fueros

---

[27] ARVIZU Y GALÁRRAGA, Fernando de. «La desheredación por cinco sueldos en la Alta Edad Media de Aragón y Navarra», *ADF*, T. II, 1976-1977, p. 68.

[28] «Que los hombre de Jaca, de los bienes que Dios les diere, tengan o no tengan hijos, pueden ordenar sus bienes y heredades *sicut eis placuerit*, sin contradicción de nadie».

[29] Según relata un cronista de la época, los documentos aragoneses del siglo XII confirman, en general, la amplia libertad de testar de que gozaban los ciudadanos, aunque no son testimonios ni seguros ni claros, porque, cuando el testador tiene descendientes, no suele olvidarse de ellos. BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo. «El Derecho aragonés en el siglo XII. Apuntes y documentos», *II Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Huesca, 1920, p. 213.

[30] VIDIELLA, Santiago. «De la legítima de descendientes», loc. cit., p. 138.

[31] Vid. GARCÍA AMIGÓ, Manuel, «De las legítimas», *Comentarios al Código civil*, T. XXXIV. Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, p. 5.

[32] LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Las legítimas en la Compilación», loc. cit., p. 506.

[33] GIL NOGUERAS, Luis Alberto. «De la legítima», *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, Sonlibros, Zaragoza, p. 547.

de Aragón concedieron mayor peso al Fuero concejil de Daroca que al burgués de Jaca, como ha puesto de manifiesto SÁNCHEZ-RUBIO[34].

Se estatuye el principio de distribución igualitaria, que se extiende asimismo a los bienes de procedencia familiar con la posibilidad excepcional de mejorar a uno de los hijos con muebles y no en más de una heredad; quedan establecidas, además, las justas y graves causas de desheredación en el Fuero 2º *De exheredatione filiorum*[35], lo que implica indirectamente el reconocimiento de un derecho no sólo formal, sino también sustantivo de la prole en los bienes paternos y de ahí que los hijos sólo pudiesen ser privados de la herencia en casos muy limitados y excepcionales, previstos expresamente en dicho texto normativo, como por ejemplo el maltrato a sus progenitores.

2. Desde la Recepción hasta el apogeo de la libertad de testar en los siglos XIV a XVI

A. *El período de la Recepción en Inglaterra*

El siglo XIII vino precedido por una marcada influencia latina, fruto del renacimiento cultural del siglo anterior; una época floreciente de intercambio cultural entre todos los Reinos de Europa. Inglaterra experimentó una profunda romanización, quizá no materializada en la recepción de un Código, pero sí en cuestiones metodológicas, amén de que cuando no se hallaba norma propia para colmar lagunas se recurrió, como es natural, al *Ius Commune*. Tanto es así que Charles PHINEAS sostuvo que el Derecho inglés no atravesaría otra época en la que el Derecho romano fuera igual de decisivo. Mientras gobernó Enrique II de Plantagenet[36] Inglaterra se impregnó del *Civil Law* cuyo influjo se prolongaría, cuando menos, hasta el reinado de Enrique III.

Por aquel entonces, GLANVILLE y BRACTON[37], inspirados en las ideas del Derecho continental, y haciendo, además, uso de los antiguas costumbre teutónicas, habían descrito en sus tratados cómo debía procederse a partir la herencia de un hombre, sancionando la que más adelante sería conocida como «teoría de las partes razonables» y canalizada procesalmente merced a la *writ de rationabili parte*

---

[34] SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «La legítima», *Manual de Derecho civil aragonés* , 1ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 572.

[35] Cfr. MARTÓN Y GAVÍN, Joaquín y SANTAPAU Y CARDOS, Francisco. *Fueros correspondientes á los diversos tratados que contiene el tomo primero. Vertidos del latín al castellano por los autores del Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la Legislación de Castilla*, Imp. de Vicente Andrés, Zaragoza, pp. 27 y 28.

[36] Cfr. MCCULLOCH, John Ramsay. *A Treatise on the Succession to Property Vacant by Death*, Longman, Brown & Green, London, 1848, pp. 6 y 7.

[37] Vid. GLANVILLE, VII, c. 5; BRACTON, 60 a) y 60 b); BEALE, Joseph Henry y BEAMES, John. *A translation of Glanville*, John Byrne & Co., Washington D.C., 1900, pp. 134-135; WOODBINE, George E. *Bracton de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, T. II, Yale University Press-Oxford University Press, London, 1922, pp. 177 y 178.

bonorum. Estas tesis prescribían una división tripartita, tras haber reducido sólo a activo la herencia: había un tercio reservado a la viuda (*widow's part*), otro que iría a parar a la prole (*bairn's part*) y la fracción restante que quedaría a la libre disposición del causante (*death's part*). En este contexto de pujanza de las ideas romano-canónicas, una restricción de naturaleza prácticamente semejante a la legítima continental, brilló con luz propia en el Derecho sucesorio inglés[38].

B) *Los siglos XIV a XVI en el Derecho inglés*

Si hay un fenómeno que caracteriza al régimen sucesorio de esta etapa sería la profusa dispersión jurídica. En ciertas regiones de Inglaterra una parte de las restricciones a la libertad de testar empezaron a decaer a comienzos del siglo XIV, como explican los autores[39]. En otras, sin embargo, la *writ de rationabili parte bonorum* continuaría presente y sobreviviría en ciertas zonas geográficas escogidas hasta mediados del siglo XVIII. Bajo el reinado de Eduardo III (1312-1377) la teoría de las partes razonables no sólo estaba en vigor, sino que gozaba de buena salud y mantenía su carácter universal, y las pretensiones del cónyuge e hijos del testador se sustentaban aún en el *Common Law*[40]. Con el tiempo se empezará a hacer referencia tímidamente a las costumbres regionales, en un principio como refuerzo y, luego, como única base de la acción judicial canalizada mediante la *breve de rationabili*.

Sin embargo, estos aires universales-continentales, que revelaban la recepción y tolerancia del *Civil Law* en Inglaterra[41], cedieron enseguida en beneficio del designio uniformador nacional, encabezados por los Reyes de las dinastías Tudor y Estuardo, quienes mostraron una ferviente oposición a las ideas jurídicas procedentes del extranjero[42]. Durante la Era Tudor, un tiempo en el que la distancia entre Inglaterra y la Europa continental se acrecentó sobremanera, este Derecho –el *Civil Law*– vivió seriamente amenazado, según revelan fuentes de la época, como el tratado testamentario de Henry SWINBURNE. Posiblemente a este clima jurídico enrarecido contribuyera también el cisma anglicano y la abierta ruptura de Enrique VIII con el papado de Clemente VII; SHEEHAN y HELMHOLZ explican la desaparición de la legítima como una desviación de la práctica eclesiástica inglesa respecto de las fuentes pontificias[43].

---

[38] Por todos, vid. HELMHOLZ, Richard H. *The Ius Commune in England: Four Studies*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 175. Esta tesis sacaría a relucir un punto de convergencia importante entre las dos familias jurídicas.

[39] Cfr. HELMHOLZ, Richard H. «Legitim in the English Legal History», *Canon Law and the Law of England*, Hambledon & London, London, 1987, pp. 247 y ss.

[40] BARRIO GALLARDO, Aurelio. *La evolución de la libertad de testar...*, op. cit., pp. 217-218.

[41] "La writ, de rationabili parte bonorum, nos demuestra que el civil law fue recibido y tolerado en Inglaterra» (WEST, M. John. *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery*, Butterwoths, London, 1827, p. 381).

[42] WESENBERG, Gerhard & WESENER, Gunter. *Historia del Derecho privado moderno...*, op. cit., p. 129.

[43] Cfr. HELMHOLZ, Richard H. «Legitim in the English Legal History», op. cit., pp. 247 y ss.

A partir de la promulgación del *Statute of Wills* de 1540, la reducción de todo el Reino a un único estándar legislativo[44], obsesión de Enrique VIII, como lo fue también de los Reyes Católicos, concibiendo la libertad de testar como expresión de libertad individual frente a las antiguas restricciones tiránicas del sistema feudal, fue una preocupación constante en este período según la mayoría de los expositores[45]. Pero la *praxis* pronto empezó a contradecir, en el terreno de los hechos, lo que el legislador proclamaba en teoría: una parte del territorio continuaba apegada, aún en tiempos de Sir Edward COKE (1552-1634), a la legítima que GLANVILL y BRACTON habían descrito en sus tratados.

La pervivencia de este residuo del régimen precedente y acaso vestigio del *Common Law* inglés original, de sustrato teutónico pulido con moldes romanos, se antoja claro si se desciende al examen de las *charters*. Estos documentos que, como las cartas aragonesas, recogen y retratan casi con precisión fotográfica el Derecho realmente vivido por las gentes, reflejan un antagonismo claro entre teoría y práctica, traducido en la aplicación real del antiguo método de distribución hereditaria en un número importante de condados y ciudades, tales como Canterbury, York o País de Gales[46]. Incluso hallamos algunas alusiones a las *reasonable parts* en los *Plea Rolls* y *Yearbooks* de la época de Carlos I lo que ha conducido a parte de la doctrina inglesa a creer que continuaba siendo entonces la norma general de la tierra[47], pero quizá esta afirmación sea ya excesiva.

C) *Los Fueros aragoneses del siglo XIV*

El *Quattrocento* fue también, curiosamente, la centuria en la que se asentó definitivamente la libertad de testar en Aragón aunque no se hallara huérfana de precedentes normativos que habrían allanado el terreno, entre los que se habría de destacar el ya conocido Fuero de Jaca (1187). Después de unos cien años de vigencia del fuero *De exheredatione filiroum* que recogido en la Compilación oscense había sentado un principio de distribución igualitaria entre los descendientes, aunque estableciendo una tímida posibilidad de mejorar[48], la balanza se inclinaría del lado de la libertad de testar; aunque el paso decisivo se daría sólo una vez que se hubo rebasado el año 1300.

---

[44] Vid. BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Vol. II, Garland Publishing, New York-London, 1978, p. 493; Vid. SAUNDERS, Edmund y WILLIAMS, John. *The Reports of the Most Learned Sir Edmund Saunders of Several Pleadings and Cases in the Court of King's Bench*, Vol. 2. Part I, Joseph Butterworth and Son, London, 1824, p. 66, n. x.; FISHER, Richard Trott. «The History of Testamentary Power», en *An Act for the Amendment of the Law with respect to Wills (1 Vict. c. 26.)*, Saunders & Benning, London, 1837, p. 31; WILLIAMS, Edward Vaughan y FISH, Asa Israel. *A Treatise on the Law of Executors and Administrators*, 1858, pp. 2-3.

[45] BARRIO GALLARDO, Aurelio. *La evolución de la libertad...*, op. cit., p. 203.

[46] Vid. STEPHEN, James. *New Commentaries on the Laws of England: (partly founded on Blackstone). In four volumes*, 4th ed., Vol. II, Butterworths, London, 1858, p. 194.

[47] FISHER, Richard Trott. «The History of Testamentary Power», op. cit., p. 30.

[48] Se puede mejorar sobre los muebles, en los inmuebles condicionadamente. Vid. ALONSO Y LAMBÁN, Mariano. «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *RDN*, jul-dic., 1954, p. 83.

Tras el panorama normativo favorable a la partición casi igualitaria, que había estado en vigor siglo y medio antes, en el inicio del XIV se promulgaron sucesivamente dos normas muy significativas para la libertad de testar. El Fuero *De testamentum nobilium*, otorgado o quizá previamente pactado[49] con la aristocracia en las Cortes de Alagón (1307), suponía un retorno, en cierta medida, al primer y originario fuero de Jaca, olvidado en la *compilatio minor*. Se estaba ante una petición de marcados tintes señoriales, una conquista del estamento nobiliario, que hasta ese momento asistía impertérrito a la pérdida del poderío político y militar de sus casas[50], fruto de su desmembración tras el fallecimiento del cabeza de familia[51], mientras el *hereu* catalán aglutinaba todo el patrimonio en un sola mano y se perpetuaba en su persona la continuidad del linaje, que no menguaba así a cada relevo generacional.

Los motivos del otorgamiento se antojan preclaros a poco que se dé lectura al Preámbulo que antecede al texto de este Fuero: «para que sus casales se conserven en buen estado, y como por la división de patrimonios pueden fácilmente desmerecer (…) establecemos que en lo sucesivo pueden instituir heredero a uno de sus hijos, al que quisieren, dejando de sus bienes a los demás lo que les plazca». Existe una libertad de testar muy amplia, no cabe duda, pero no es absoluta, sino entendida como libertad de distribución entre los legitimarios y, por tanto, diferente, en este aspecto, según precisan los doctores, de la sancionada por el Fuero de Jaca. LACRUZ apunta «con esto quedaba transformado el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva»[52].

La elección debe producirse entre los descendientes del causante, para que uno de ellos sostenga el poderío y cuide del buen nombre de la casa, sin que quepa orillar a la prole en beneficio de un extraño. El primogénito no debería ser siempre el elegido, como era tradición con el mayorazgo castellano, sino que esa elección podría recaer en el más apto entre los hijos para sostener el peso de la administración y el gobierno de la comunidad, en aquel que por sus buenas cualidades se ha hecho más acreedor a esa distinción[53], dejando al resto de her-

---

[49] El pactismo es históricamente nota común a ambos Reinos. Se ha comparado la constitución y política del pueblo aragonés en la Edad Media a la política de Inglaterra. Vid. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario y economía popular de España,* T. I. Guara Editorial, Zaragoza, 1981, p. 64.

[50] En realidad la idea de conservación y transmisión de la casa está en la esencia de todas nuestras instituciones e «invade cuantas normas del Derecho de familia y sucesorio han sido tradicionalmente consideradas como típicas de Aragón» (MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis. *La Casa en el Derecho aragonés*, Artes Gráficas E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1944, p. 31); a ella responde el sistema de legítimas, cuya finalidad es mantener su prestigio y su economía.

[51] Vid. OTTO Y CRESPO, Nicolás de. «Cuantía de la legítima de los hijos en Aragón», *RGLJ*, T. XXIX, 1866, p. 281.

[52] LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Las legítimas en la Compilación», loc. cit., p. 507.

[53] Amén de la tesis doctoral de MARTÍN BALLESTERO, resulta indispensable la descripción que hace COSTA de la comunidad doméstica del Alto Aragón, que también vino a suceder a la comunidad por tribus (*village-community*) de los ingleses. Cfr. *Derecho consuetudinario*, op. cit., pp. 54 a 57; idea que se repite en las pp. 110 y 118. Además, se deja sentir en la pluma de polígrafo aragonés su lectura de *Maine on Village Communities*.

manos *quantum eis placuerit*. Dicho *quantum* era una cantidad a la discreción del padre, semejante a la fórmula inglesa posterior del *father knows best*, confiando en que fuera él quien la fijase a su buen criterio, justamente por ser el más próximo y mejor conocedor de la realidad económica de su entorno familiar.

Vino después la envidia y el orgullo de los plebeyos por no ser menos –así lo atestigua la narración de acontecimientos que nos hace llegar DE LA FUENTE–, y cuatro años más tarde, en 1311, las Cortes de Daroca, presididas también por Jaime II, extendieron este privilegio nobiliario al resto del pueblo aragonés, dado a instancias de los procuradores de ciudades y villas; fue un Fuero con clara vocación de generalidad. Se hace extensiva ahora también esta posibilidad al estamento llano, dirigiéndose a normar el testamento de los ciudadanos y otros hombres aragoneses, según reza su título en latín (*de testamentum civium*); aunque no llega a ser de aplicación para los habitantes de la extremadura aragonesa, Teruel y Albarracín, que contaban ya con un régimen jurídico propio.

Se sientan durante esta etapa y con carácter definitivo las bases del sistema legitimario aragonés moderno, al decir de GARCÍA AMIGÓ, que luego recogerá la Compilación[54], en el que no se llega a instaurar una libertad de testar absoluta, pero que sí posibilita la figura del heredero único, aunque quizá su uso no estuvo tan extendido como pudiera parecer, y con él se originan también algunas de las cuestiones más controvertidas que acompañarían a la historia de la legítima aragonesa de ahí en adelante, derivadas principalmente de la indeterminación de su cuantía[55] y de esa dudosa identificación entre *quantum* y *parte* que subrayara con gran tino VIDIELLA[56].

3. LA EDAD MODERNA

A) *El Reino aragonés entre los siglos XV y XVII*

En el siglo XV comienzan a aparecer en el Reino las recopilaciones de la aplicación e interpretación de las reglas jurídicas en los Tribunales, bajo el nombre de Observancias, que recogen de forma sistemática la práctica forense. Entre ellas, destaca la 1ª *De rebus vinculatis* por ser la primera vez que el término «legítima» es empleado en Aragón. Dice VIDIELLA que este nuevo género normativo sostuvo la doctrina foral castiza y se hallaba lejos de haber falsificado nuestro Derecho, pues en nada contradicen la reforma de la Compilación de 1247, operada en las Cortes de Alagón y Daroca entre 1307 y 1311[57].

---

[54] Cfr. GARCÍA AMIGÓ, Manuel, «De las legítimas», op. cit., p. 4.

[55] ¿En cuánto debe cifrarse ese «lo que le plazca» al padre? Cfr. una aproximación crítica a esta distribución discrecionalidad en FUENTE Y PERTEGAZ, Pedro de la. «La distribución de la legítima en Aragón», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1942, p. 83. Este sistema es seguido en la actualidad en el Inglaterra. Vid. p. ej. SCHAUL-YODER, Richard. «British Inheritance Legislation: Discretionary Distribution at Death», *Boston College of International & Comparative Law Review*, 1985, pp. 205 y ss.

[56] Origen del problema es que el *quantum* y la parte no son una misma cosa; ahí estriba la dificultad, el punto oscuro (VIDIELLA, Santiago. «De la legítima de descendientes…», loc. cit., p. 140).

[57] Ibid, p. 141.

Sin embargo, ya en esta centuria la problemática es más acusada si cabe dado el divorcio que se venía produciendo entre la *lexis* y *praxis*: mientras la teoría, recogida en el Derecho de Fueros y Observancias, sancionaba el derecho de los hijos a su parte y legítima –«*pro parte et pro legitima*»– en la práctica, a través de las cartas –recuérdese que en el *standum est chartae*, la carta es un instrumento notarial–, la realidad se antojaba bien distinta. En el ya clásico estudio que hace BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA de los protocolos notariales desde el siglo XVI hasta la actualidad, se pone de relieve, a través de un examen minucioso de los archivos, cómo la norma fue desoída por los aragoneses, lo que parece un signo distintivo de nuestros antepasados, que siempre vivieron el Derecho a su manera[58].

Era bastante corriente, a juicio de la autora, que los cónyuges se instituyeran recíprocamente herederos en testamento mancomunado a despecho de las restricciones legitimarias[59]. Esa petición tan usual a día de hoy «del uno para el otro y el resto para los hijos», según relatan los fedatarios públicos[60], y a la que no cabe acceder en la actualidad, debió de ser, por el contrario, práctica frecuente en los instrumentos ordenadores de la sucesión de nuestros ancestros[61], entendiendo que el padre cumplía con el *quantum* del Fuero *De testamentum civium* con una simple manda simbólica. Se inicia la costumbre de escribir los diez sueldos jaqueses u otras fórmulas similares, tales como las robadas de tierra en los montes comunes, compartidas por todo el Derecho cispirenaico[62].

De esta práctica, no obstante, recelaban con profusión gran número de tratadistas y aunque raro es el fuerista que no se hace eco de ella en sus obras, lo habitual es recogerla para criticarla. Tal fue el caso de Miguel DEL MOLINO, en su *Repertorio*, a inicios del siglo XVI[63]. Todos parecen coincidir en que se está ante una adulteración del recto entendimiento del Fuero. Se la estimaba una costumbre poco foral, tal vez por considerarla inhumana; otros como PORTOLÉS, ya a

---

[58] Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «La vida del Derecho», en «El Derecho aragonés del siglo XXI: una visión de conjunto», conferencia pronunciada el 21 octubre 2001 dentro del ciclo «Aragón en el siglo XXI» (Dir. J. Mª Barceló y A. Cristóbal), Obra Social y Cultural de Ibercaja.

[59] "Antes del Apéndice de diciembre de 1925 (…) la libertad de testar en Aragón (…) se manifiesta en la habitualidad de la institución recíproca de herederos en testamentos otorgados por testadores con hijos, comunes o no, disponiendo y vinculando sin limitación la propia herencia» BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *El testamento mancomunado: estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, p. 570. Cfr. además SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. «La legítima», op. cit., p. 573.

[60] GIMÉNEZ VILLAR, Fernando. «Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado», *RDCA*, V, 1999, núm. 2, p. 233.

[61] Aunque carente de regulación en los Fueros y Observancias, como advierte la propia autora, era usual que el cónyuge supérstite fuera instituido heredero con vinculación del resto de la herencia a favor de los hijos y descendientes legítimos. BELLOD FERNÁNDEZ PALENCIA, Elena. «La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el Apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales», *RDCA*, III, 1997, núm. 2, pp. 37 y 42.

[62] Cfr. el trabajo de Fernando DE ARVIZU Y GALÁRRAGA ya citado.

[63] MOLINO, Miguel del. *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Caesaraugustae, 1585.

mediados de siglo, desconfían de ella y apuntan que se trata de una interpretación torticera del Fuero[64]. No satisface la idea de que un tercero suceda en todos los bienes del patrimonio del causante mientras los hijos son excluidos completamente de la herencia.

Los mejores expositores del siglo XVII, a pesar de los dictados del Derecho consuetudinario, entendieron que la marginación de toda la prole, aunque acontecía en la realidad de su época, no se correspondía con la correcta interpretación del Fuero pues no era adecuado privarles *in totum* de la legítima[65]. Además, se desliza nuevamente la asociación entre la cuantificación del *quantum* les plazca con el derecho de alimentos que conservaban incluso los hijos a pesar de que hubieran sido desheredados[66]. Lo que el disponente juzgue adecuado no puede ser así algo irrisorio, sino que, aunque escaso, debe tener un contenido sustancial y servir de sustento al descendiente excluido del haber hereditario.

B) *El Aragón ilustrado*

En el siglo XVIII persisten las disensiones doctrinales y también el desencanto con el abuso de poder consistente en dejar en la práctica todos los bienes a un tercero y condenar a los hijos a la miseria más absoluta, a través de los sueldos, según relatan algunos autores posteriores[67]. Continúa viva y se ha extendido la costumbre de apartar a los hijos con una legítima simbólica, conocida en diversas partes de Europa, también en el mediodía francés, como sabemos por los estudios de ROUSSIER, descritos en el trabajo de ARVIZU Y GALARRAGA[68], y también bajo el dominio jurídico inglés, que registra una mención análoga a la navarro-aragonesa denominada *cutt off with a shelling*.

LISSA está conforme con la legítima de un solo hijo mientras se dejen garantizados los alimentos al resto, no así cuando el instituido es un extraño[69]. MARTÍNEZ apunta la existencia en nuestro sistema de una facultad para desheredar, con causa o sin ella, contraria al Derecho natural –ese intervalo de licencia testamentaria desenfrenada de la que hablara Lord SIMON OF GLAISDALE[70]– y de la que un

---

[64] PORTOLÉS, Jerónimo. *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Laurentii & Didaci Robles fratum, Zaragoza, 1587.

[65] SESSÉ Y PIÑOL, José de. *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Justitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium*, Ioam de Larumbe, 1611-1624. Cfr. Decisión 26, n. 78; Dec. 251, n.11.

[66] VIDIELLA Y JASSÁ, Santiago. «De la legítima...», loc. cit., p. 143.

[67] Vid. p. ej. PLANO, Juan Francisco del. *Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza*, Imprenta de A. R. Calleja, 1842, pp. 213 y 214.

[68] ARVIZU Y GALÁRRAGA, Fernando de. «La desheredación por cinco sueldos...», loc. cit., p. 67.

[69] LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio. *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Animadversiones theorico-practicae juxta foros aragonum in IV libros Institutionum iuris imperatoris Iustiniani*, Emmanuelem Roman, 1703, Lib. II. Tit. 7.

[70] Cfr. *Schaefer v. Schumann* (1972) 46 *ALJR* 82 at 90.

hombre prudente no debería servirse para hacer agravio a su mujer e hijos[71]. Asso y de Manuel recogen opinión parecida a Hallifax en Inglaterra[72]: no se puede acusar un testamento de inoficioso, pues basta con apartar a los descendientes con una legítima simbólica, pero ello no exonera al padre de la obligación de alimentarlos[73].

C) *La Inglaterra del* Enlightment

En Inglaterra, pese a los esfuerzos legislativos realizados a través de los *Enactments*, que iban desplazando progresivamente la institución a golpe de sanción regia, la legítima sobreviviría por vía consuetudinaria en varios enclaves. Podría afirmarse que su declive comenzó en el siglo XIV y sufrió un largo proceso de erosión en virtud de varios *statues*, que se sucedieron en cascada y que terminaron por debilitarla[74] hasta que la libertad de disposición *mortis causa*, concebida como una expresión de la soberanía individual, se asentó definitivamente en el territorio. Primero desapareció en Canterbury, luego en York (1692), y finalmente, en País de Gales (1696), existiendo dudas fundadas acerca de si llegó o no a abrogarse expresamente para el distrito de *Cheshire*, a decir del prestigioso Sir Edward Coke.

La abolición de la llamada costumbre de Londres, con toda probabilidad un residuo del régimen anterior, en virtud de un *Act of Parliament*, dada por el Monarca Jorge I[75], hace que la teoría de las partes razonables (*reasonable parts*), influida sobremanera por la legítima continental, tocara definitivamente a su fin a mediados del siglo XVIII[76]. Ya en los albores de la Edad Contemporánea cayó derrocado el último enclave de supervivencia de la *writ*, la capital londinense, y la totalidad del Reino sucumbió entonces a las presiones de la estandarización legislativa. Proliferaron durante esta centuria las que Vallet de Goytisolo califica en sus estudios como «legítimas simbólicas»[77] y que tan familiares nos son en la evolución de la historia jurídica de Aragón.

---

[71] Martínez, Manuel Silvestre. *Librería de Jueces*, T. II, Imp. de Blas Román, Madrid, 1774, p. 170.

[72] Hallifax, Samuel. *An Analysis of the Roman Civil Law: in which a comparison is, occasionally, made between the Roman law and those of England*, 2nd ed., Cambridge, 1775, p. 42.

[73] Jordán de Asso y del Río, Ignacio y Manuel y Rodríguez, Miguel de. *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Imp. de Ramón Ruiz, Madrid, 1792, pp. 123 y 124.

[74] Todavía no existe un *statute* que afecte a la Ciudad de Chester, que es parte de la Provincia de York; o en otros lugares fuera de esa Provincia, o en Londres y Gales, podrían tener esa costumbre, pero ello no me consta con certeza Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes*, L. III. C. 2. Sect. 267, 176 b, n. 5.

[75] Cfr. II George. I. c. 38. Vid. Sharpe, R. R. «Introduction», *Calendar of Wills proved and enrolled in the Court of Husting, London: Part 1: AD 1258-1358*, J.C. Francis, 1889, pp. ii-xiviii; Holdsworth, William. Op. cit., p. 552.

[76] La mejor doctrina sostiene que «la libertad de testar no fue universal en Inglaterra hasta 1724, cuando se extendió a la ciudad de Londres». Vid. Baker, J. H. *An Introduction…*, op. cit., p. 436.

[77] Cfr. Vallet de Goytisolo, Juan. «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *ADC*, T. XIX, Fas. I, pp. 3 y ss; y «Clasificación de los sistemas legitimarios», *RGLJ*, 1968, pp. 812 y ss.

Mientras duró el *Enlighment*, la autorizada voz del Juez W. BLACKSTONE señala que era práctica común entre los ingleses de dicha época apartar a los descendientes de la herencia paterna mediante un patrón que podría estimarse coincidente con la legítimas formularias continentales. La expresión, variable en sus términos, según la moneda de curso legal en cada época[78], tenía por misión la exclusión deliberada de un hijo salva de todas dudas. En la obra del Magistrado inglés se alude a «*cut off with a shilling*»[79], expresión idiomática también usada hoy para señalar que alguien ha sido desheredado y que encontraría su equivalente en español al dejar a alguien sin un centavo.

A partir de entonces a un hombre le era dado disponer de los *chattels*, o de su patrimonio personal, con la misma libertad que antaño pudo hacerlo de su *moiety*, o cuota de libre disposición, que entroncaba con la antigua cuota del muerto germánica. Aunque continuaban en vigor otra clase de restricciones, entre ellas la *dower* y *courtesy*, que tenían su origen en el matrimonio y afectaban al *realty*, estableciendo un usufructo de alcance diverso, en beneficio no sólo de viuda sino también del viudo si bien algo más limitado en este último caso. Ésos se convirtieron ya en los únicos derechos a los que el cónyuge supérstite podía aspirar sobre el patrimonio de su consorte difunto, pues la antigua *widow's share* se había erradicado por completo.

5. La Edad Contemporánea. Los Siglos XIX y XX

A. *La última restricción: la* Dower

Alrededor del siglo XVIII, en Inglaterra los hombres y mujeres solteros tenían derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, como apunta la doctrina[80], encontrándose relativamente exentos de toda obligación económica hacia la parentela[81]. Una vez conquistada la capital, y sometido el último bastión de la antigua –y antaño general– costumbre particional, la voluntad del causante encontraba el camino expedito para disponer de la herencia a su entero y prudente arbitrio. Sin embargo, aún en el curso de esta centuria subsistían otra clase de restricciones, que pesaban sobre el *realty* y que se prolongarían hasta el primer tercio del siglo venidero.

Si el patrimonio mobiliario era completamente libre, no sucedía lo mismo con el inmobiliario, que arrastraba, ya desde antiguo, el gravamen de un usufructo de origen legal atribuido recíprocamente a cada cónyuge merced a la celebración del matrimonio. Así la *dower* confería a la viuda un derecho real a usufruc-

---

[78] Penny, farthing, shilling, etc.

[79] BREWER, Ebenezer Cobham. *Wordsworth Dictionary of Phrase and Fable*, Wordsworth Ed., Kent, 2001, p. 310; COSTIGAN, George Purcell. *Cases on wills, descent, and administration: selected from decisions of English and American courts*, West publishing company, 1910, p. 320.

[80] DAVIES, James B. *Personal Wealth from a Global Perspective*, Oxford University Press, 2008, p. 360.

[81] Vid. NIMKOFF, Meyer Francis. *Comparative Family Systems*, Houghton Mifflin, 1965, p. 331.

tuar un tercio del patrimonio inmobiliario que su marido fallecido hubiese adquirido constante matrimonio o, con mayor precisión, sobre los bienes que el finado hubiese poseído mientras la esposa revestía la cualidad de *femme covert* y veía su campo de actuación constreñido por los efectos de la *coverture*[82].

Se trataba de un *marital legal life estate*, esto es, de un usufructo de origen legal, otorgado en razón del matrimonio a favor de la viuda, orientado a proporcionarle un medio de subsistencia digno, muerto el cabeza de familia, para que atendiera tanto a su propio sustento como a la crianza y educación –*nurture and education*– de la prole común, en expresión que recuerda nuevamente a los deberes inherentes a la autoridad familiar en el Derecho civil aragonés, además de la posibilidad de morar durante cuarenta días –de ahí llamarla *quarentine*– en la mejor de las residencias que hubiese tenido el difunto marido en vida, aun cuando se tratara incluso de un castillo[83].

No sólo la función y la terminología, crianza y educación, guardaban un parecido razonable con los usufructos viduales de las regiones cispirenacias, sino, que además, el derecho, conocido como *dower* en Inglaterra, se desmembraba en dos fases, al igual que venía sucediendo en nuestra tierra, al menos desde el siglo XIV[84]. La primera, llamada *dower inchoate*, actuaba como un *ius ad rem* mientras el *de cuius* continuaba con vida[85], en tanto que la segunda, *estate of dower consumate*, tomaba cuerpo sólo una vez producido el óbito del causante[86]. Es una institución que se quiere presentar a modo de creación peculiar del *Common Law*, a juzgar por la lectura de determinados comentarios[87], pero lo cierto es que guarda un parecido verdaderamente asombroso con la viudedad aragonesa, no sólo en su fase de usufructo vidual sino también en la previa de derecho expectante.

---

[82] Acerca de la razón de ser de esta institución, cfr. BARRIO GALLARDO, Aurelio. *La evolución de la libertad…*, op. cit., pp. 245 y ss.

[83] Cfr. THOMSON, Richard. *An Historical Essay on the Magna Charta of King John: John Major*, 1829, pp. 172 y 173; y WOERNER, John Gabriel. *Treatise on the American Law of Administration*, 2nd ed., Little, Brown, 1899, p. 172.

[84] Cfr. apartado 24 del Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011.

[85] El comprador sólo podía adquirir la tierra sujeta a la posibilidad de que la esposa pudiera sobrevivir al marido y hacer valer su derecho a un tercio de las tierras por el resto de su vida. HOLDSWORTH, William Searle. *An Historical Introduction to the Land Law*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004, p. 88. El derecho se asegura contra una eventual destrucción (»defeasance») por parte del marido a través de su concepción como un derecho real (»property interest»), un «ius in rem», que se acumula a la esposa a través de su derecho expectante (»dower inchoate»). Vid. RHEINSTEIN, Max & GLENDON, Mary Ann. *International Enclycopedia of Comparative Law*. Vol. IV. *Persons and Family*. Cap. IV. *Interspousal Relations*, p. 34 y RHEINSTEIN, Max. *The Law of Decedents' Estates: intestacy, wills, probate, and administration; text, cases, and other materials*, 2nd ed., Bobbs-Merrill, Illinois, 1955, p. 73.

[86] La esposa, tras el fallecimiento de su marido, habría de ser dotada con una tercera parte de tales tierras que fueran de su marido durante la *coverture*. COKE, Edward Sir. Liber I, cap. 5, Sect. 36 «Of Dower», *The First Part of the Institutes of the Laws of England, or, A Commentary upon Littleton*, Johnson, Warner & Samuel R. Fisher, Philadelphia, 1812.

[87] LOEB, Isidor. *The Legal Property Relations of Married Parties: A Study in Comparative Legislation*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004, p. 137.

Inspirado quizá en normas religiosas, que imponían a los fieles el deber de mantener en vida a su esposa y que perduraría tras su muerte, se está ante una institución familiar secular, pues aparece recogida ya en la *Magna Charta* del Rey Juan de 1215[88] e, incluso, queda constancia de ella en los libros de autoridad, tanto en los tratados clásicos de GLANVILL y BRACTON[89], como en las obras más modernas de LITTLETON y COKE[90]. Tal vez la figura pueda traer causa del compromiso de dotar a la novia para el caso de que esta enviudara, obligación que durante el Medievo se solía materializar en una donación hecha por el novio a su futura esposa a las puertas de la Iglesia[91], aunque hay quien se retrotrae todavía más y la emparienta con un ancestro germánico-sajón remoto: la *morgen gifu*, rebautizada después en inglés como *morning gift*, un derecho que se originaba con las nupcias[92] y que podría explicar igualmente su singular naturaleza familiar en vez de sucesoria.

B) *El Derecho inglés durante este período*

Durante el siglo XIX Inglaterra se adentra en la esplendorosa etapa victoriana, coincidiendo con su período de máximo apogeo y hegemonía mundiales, y todavía entonces subsisten estas prerrogativas impuestas por el *marital land law*. Estudiosos de la época, como L. TILLARD, afirmaban que «el testador no conocía otras obligaciones más que las que imponían la *curtesy* y la *dower*[93], mencionadas igualmente por el internacionalista SIMÓ SANTONJA al trasladar esta misma visión a España: un hombre podía disponer de sus bienes a su antojo e incluso dejar a su familia sumida en la miseria excepto varias antiguas doctrinas, entre las que citaba: *dower, escheat* y *curtesy*[94], que tuvieron como efecto limitar la de otro modo omnímoda libertad de testar.

La entronización del individualismo y su correlativa concepción absolutista del dominio, también consagrada en las codificaciones continentales[95], hicieron igualmente acto de aparición en Inglaterra, quizá con mayor vehemencia, fruto

---

[88] Cfr. vgr. CRUISE, William. *A Digest of the Laws of England respecting Real Property*, Vol. 1-2, Collins & Hannay, New Cork, 1827, p. 119.

[89] GLANVILL, Lib. VI, Cap. I; BRACTON, f. 92.

[90] LITTLETON; 177; COKE, Edward Sir. *The First Part of the Institutes*, op. et loc. cit.

[91] POLLOCK, Frederick & MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law*, op. cit., p. 420.

[92] Así lo recogen dos de los mayores expertos en la material: HASKINS, George L. «The Development of Common Law Dower», *Harvard Law Review*, Vol. 62, 1948-1949, p. 42; ADAMS, Henry et al. *Essays in Anglo-Saxon Law*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004, p. 174.

[93] TILLARD, Laurence. *Family Inheritance*, The Thames Bank Publishing Company Limited, London, 1950, p. 2.

[94] La cita textual vertida en la lengua materna de estos derechos maritales era: «a man could dispose of his property as he wished (destitute his family) except several old doctrines (dower, escheat and curtesy)». SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis. *Derecho sucesorio comparado: conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968.

[95] CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. Luis Díez-Picazo), Tecnos, Madrid, 1974, p. 222.

de una reacción adversa desencadenada a los varios siglos de feudalismo lacerante y vasallaje normando, que aún pesaban sobre la conciencia colectiva del pueblo inglés[96]. La remoción del último obstáculo, considerado una rémora para el librecambismo, interpuesto entre la herencia y el designio libérrimo del testador se produjo con la entrada en vigor de la *Dower Act* en 1833, norma que dejaba la subsistencia de este derecho marital al pleno albur del marido. Bastaba así con disponer de los *lands and tenements* en vida o realizar una simple previsión testamentaria[97] para dar al traste con seis siglos de longeva solidaridad conyugal.

La medida fue acogida mayoritariamente como un gran triunfo y desencadenó manifestaciones jubilosas entre los autores, quienes celebraron lo que para ellos era la conquista de la mayor de las libertades civiles. Aunque también halló detractores entre algunas corrientes doctrinales que no podían ocultar su disgusto y consternación por haber suprimido una figura que, de una parte, dispensaba adecuada tuición a las viudas en una era en que este colectivo todavía no gozaba de la suficiente comprensión social, y de otra, porque destruía, de un solo plumazo, una institución típicamente inglesa que había logrado perdurar durante seis siglos y conformaba parte de la tradición, tan apreciada por los *Englishmen*[98].

Esta licencia para desheredar, como se la ha denominado no sin cierta connotación peyorativa, contó con el abierto beneplácito de la magistratura, en especial, a partir de mediados del siglo XIX. Entre las décadas de 1850 a 1870 se estatuye en la jurisprudencia inglesa[99], y luego se extiende también a la norteamericana[100], el *testator' right to be capricious*, como apuntara SPENCE[101]. Este derecho del testador a ser caprichoso no encuentra reparos a que se pueda excluir[102] de la herencia a la totalidad de la parentela, así como al cónyuge supérstite, y destinarlo todo a la atención y cuidados de un animal doméstico, un ejemplo bastante pintoresco casi digno de la parodia cinematográfica que, sin embargo, reflejaría a la perfección cuanto era perfectamente lícito en la disciplina del Derecho angloamericano.

---

[96] BARRIO GALLARDO, Aurelio. *La evolución de la libertad…*, op. cit., pp. 248 y ss.

[97] «Ninguna viuda tendrá derecho a la dower sobre ninguna tierra de la que se marido hubiese dispuesto totalmente en vida o por testamento». Dower Act, 3 and 4, Wm. IV, c. 105, & 4.

[98] Cfr. COVENTRY, Thomas. *On Conveyancers' Evidence*, J. & W. T. Clarke, 1832, pp. 260 y ss.; y HOLDSWORTH, William Searle. *An Historical Introduction to the Land Law*, op. cit., p. 88.

[99] Vid. «Warbutton v. Warbutton», *The Jurist*, Vol. London, June, 10, 1854, p. 198; CLARK, Charles & FINNELLY, William. *The House of Lords Cases on Appeals and Writs of Error, Claims of Peerage, and Divorces: during the sessions 1847 [-1866]*, Vol. 7, Little, Brown and Company, London, 1871, p. 61; DE GEX, John Peter & MACNAGHTEN, Steuart et al. *Reports of Cases Heard and Determined by the Lord Chancellor, and the Court of Appeal in Chancery [1851-1857]*, Vol. 2, Little, Brown and Company, 1871, p. 245; HARE, Thomas. *Reports of Cases Adjudged in the High Court of Chancery*, Vol. 2, Maxwell & Son, London, 1844, p. 366.

[100] *Reports of Cases decided in the Court of Appeals of the State of New York*, Vol. 126, Banks and B., 1891, p. 424.

[101] SPENCE, George. *The Equitable Jurisdiction...*, op. cit., p. 544.

[102] Los *Common Lawyers* emplean el término desheredar (*disinherit*) que yo prefiero reservar para los países en los que aún perdura la legítima continental.

Junto al derecho de capricho del propietario existe el correlativo deber, de parte de la viuda y parientes del difunto, de tener que pechar estoicamente con las excentricidades del causante; incluso una conocida sentencia llegará a afirmar: «*one has the right to make an unjust will, an unreasonable will, or even a cruel will*»[103], pronunciamiento del que se hizo eco la doctrina[104]. Mientras el difunto no se hubiese hallado falto de juicio, por muy censurables o mezquinos, frívolos o irracionales que pudieran parecer sus motivos a los ojos de terceros, se debe pasar por lo dispuesto en el testamento y acatar, acaso a veces estupefactos, todos sus deseos.

Algo debió de suceder en el XIX: el Imperio Británico deificó la voluntad del causante, quiso reproducir en cada hogar inglés la situación de Inglaterra en el globo. Londres era la capital de un Imperio que gobernaba el mundo con mano férrea y así, en una suerte de paralelismo a escala menor, cada caballero inglés podía regir con igual libertad sus posesiones y hacer respetar sus dictados en ámbito doméstico cual soberano: *An Englisman's house is his castle*[105]. Se aplica en este terreno, como en tantos otros, la máxima popular «*father knows best*», que deposita una confianza casi ciega en el individuo y se ampara en su buen hacer, concediéndole al testador unos márgenes de discrecionalidad sin igual: el padre sabe lo que está bien, lo que conviene hacer en cada caso. Esta creencia duraría poco tiempo, menos de lo que usualmente suele pensarse en nuestro país.

6. Desde el XX hasta la actualidad: correcciones a la libertad de testar

A) *La génesis de la pensión familiar*

Sin embargo, el pasado y traumático siglo forzó un proceso de catarsis colectiva en el que los lazos de la solidaridad humana salieron reforzados. En la Inglaterra del XX, tras la experiencia nefasta de la I Guerra Mundial, la antesala de la II Gran Guerra y vistas las trágicas consecuencias del Crack de 1929, hubo cierta preocupación acerca de la suerte que pudieran correr unos familiares desprovistos de los recursos necesarios para su propia manutención y, a resultas de la imprevisión del causante, dependientes del erario público. Este contexto hizo recapacitar a los magistrados ingleses, así como a los juristas aragoneses, y se volvió la vista atrás hacia los postulados que se forjaron durante el *Enlighment* y el Iusnaturalistmo racionalista.

La idea de una atemperación de la libertad de testar está presente en los expositores de la Escuela Liberal, baluartes del *Laissez Faire* (Grocio, Smith, Mill...)

---

[103] «El testamento puede parecer caprichoso, irracional o incluso cruel e injusto». Vid. *Proceedings of the Annual Meeting*, Virginia State Bar Association, p. 188.

[104] «Hasta el 13 de julio de 1939 un hombre tenía completa libertad de testar. Podía hacer una disposición cruel y caprichosa […]». Vid. Hanbury, Harold Greville. *Modern Equity: the Principles of Equity*, 4th ed., Stevens and Sons Limited, 1946, p. 507.

[105] Green, Kate. «The Englishwoman's Castle- Inheritance and Private Property Today», *Modern Law Review*, 1988, p. 191.

que COSTA, un adalid del krausismo, introduce y reproduce en España, pese a no ser por él compartida[106]. E incluso, mucho antes, en las formulaciones medievales de algunos de los doctores italianos[107], al igual que en las Partidas alfonsinas, encontramos que se tiene a la legitima por un débito *ius naturae*, al menos, en la parte coincidente con el derecho de alimentos, lo que hace pensar en la existencia de una zona de superposición entre ambas instituciones en lo tocante a su función de protección familiar.

Comienza a estar presente en el imperio jurídico del *Common Law* la idea de que es preciso detraer una cantidad del haber relicto a modo de pensión alimentaria con la que se pretende mitigar las inequidades más extremas y corregir posibles desviaciones[108] fruto de una libertad de testar absoluta[109]. Este es el *leit motiv* que recorre el texto escueto –apenas veintidós líneas– de la *Testator's Family Maintenance Act*, 1900[110], aprobada con la finalidad de asegurar el sustento de los familiares del testador[111] aunque sin llegar a fijar un mínimo indisponible[112], alejándose así del resto de restricciones imperantes en los Derechos occidentales basados en un sistema de cuotas fijas[113] o *civilian fixed shares*. La pensión familiar tendría la gran virtud de introducir una tercera vía que, sin suponer una exclusión general de la libertad de testar, la atenuaba, pero sólo cuando las circunstancias del caso concreto lo hicieran estrictamente necesario.

Las *Family Provision Acts* no se gestaron por vez primera en la antigua Metrópoli, sino en los Dominios, siendo los neozelandeses los verdaderos artífices del

---

[106] COSTA apuntaba que la escuela liberal abogaba en España por «distraer del patrimonio del padre difunto, con o contra su voluntad, la cantidad necesaria para alimentar y educar a sus hijos menores o impedidos, sin entender por esto que les asigna una legítima». Vid. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pp. 500 y 501.

[107] *Legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis»*. Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las Legítimas*. T. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 21 y 22.

[108] El prejuicio de eventuales abusos es una constante cíclica en la historia de esta figura, casi comparable al eterno retorno nietzscheano, al mismo tiempo, un argumento muy manido para sus detractores y fervientes defensores de la legítima como sistema de freno a la libertad de estar. Vid. p. ej. el Preámbulo de la *Lex Dum Inlícita* de CHINDASVINTO.

[109] KIRALFY, Albert Kenneth Roland. *Comparative Law of Matrimonial Property*, Sijthoff International Publishing Co., Leiden (Netherlands), 1971, p. 211.

[110] GROOT, John K. de y NICKEL, Bruce W. *Family Provision in Australia*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, Australia, 2007, p. 4.

[111] STEPHENS, Aubrey Counsell. *The Law relating to Testator's Family Maintenance in New Zealand*, Butterworth, Wellington, 1934, p. 11.

[112] DAINOW, Joseph. «Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada», *Michigan Law Review*, Vol. 36, núm. 7, (May, 1938), p. 1107; GZELL, Ian V., «Family Provision», «Contesting Testamentary Instruments and Intestacies in Australia and New Zealand», *Families and Estates: a Comparative Study, International Academy of Estate and Trust Law. Annual Conference* (Ed. Rosalind Frances Croucher), Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 218.

[113] Vid. BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Atemperar la rigidez de la legítima», *Aranzadi Civil*, núm. 21, 2008, Vol. 21, marzo 2008, p. 37.

invento[114]. Fueron unos auténticos pioneros en el arte de la ciencia jurídica pues desarrollaron *ex novo*, sin antecedentes conocidos, un procedimiento que atribuía al Juez la facultad perentoria de «reescribir» los términos del testamento[115] cuando no se hubiera atendido razonablemente a las peticiones de la familia más cercana del testador[116]. En tales casos se podía acordar la atribución de unos alimentos *mortis causa* a quienes en vida hubieran dependido económicamente del fallecido y una prestación semejante a la pensión por desequilibrio económico a favor del cónyuge supérstite. Dicho esto, y sin restar mérito a esta técnica revolucionaria, no puede dejar de advertirse la existencia de una curiosa reminiscencia hacia la *querela inofficiosi testamenti*.

Sólo con cierta inexactitud, en consecuencia, podría afirmarse que la *family provision* es un descubrimiento netamente inglés, aunque en ocasiones se haya querido hacer pasar por tal[117]; quizá sí pudo sostenerse antaño que la libertad de testar fuera manifestación única del genio inglés, aunque el *popupulus romanus* la practicase en virtud de la *interpretatio* de las XII Tablas[118] o, incluso, una nota conformante de «El Espíritu del Common Law», para Maurice Sheldon Amos[119]. Pero es evidente que la pensión familiar llegó a Inglaterra después de diez años de campaña (1938) y sólo de la mano de las antiguas colonias tras haberse descartado el sistema legitimario escocés por la *Great Britain Law Commission*[120]. La razón esgrimida para su rechazo fue que se reputaba poco acorde con la tradición inglesa; imaginamos que tal consideración se circunscribía al período inmediatamente anterior puesto que el régimen sucesorio inglés y escocés llegaron a converger en los tiempos de los primeros tratados[121].

En Norteamérica sólo el Derecho de Luisiana, de tradición continental, permanecía fiel a la legítima de inspiración hispano-gala[122], aunque hoy bastante más

---

[114] Gzell, Ian V., «Family Provision», «Contesting Testamentary Instruments…», op. cit., p. 222; Rabel, Ernst. *The Conflict of Laws: a Comparative Study*, Vol. 4, University of Michigan Law School, 1960, p. 327.

[115] Vid. Cretney, Stephen Michael. *Family Law in the Twentieth Century: a History*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 478; Nadaraja, Tambyah. *The Legal System of Ceylon in its Historical Setting*, E. J. Brill, Leiden (Netherlands), 1972, p. 266, n. 122.

[116] Finch, Janet. *Wills, Inheritance, and Families*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 24.

[117] Cfr. Gutteridge, H. C. *Comparative Law. An introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge Universtity Press, 1946, pp. 31 y 32.

[118] Vid. Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho romano*, 5ª ed., Reus, Madrid, 2002, p. 643; y Mayr, Robert von. *Historia del Derecho romano* (trad. Wenceslao Roces). T. I, 2ª ed., Labor, Barcelona, 1930, p. 241.

[119] Sheldon Amos, Maurice. «The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations», *The Future of the Common Law*, Harvard University Press, 1937, p. 43 y homónimo en *Harvard Law Review*, Vol. 50, 1937, núm. 8, p. 1266. Cfr además Seagle, William. *The Quest for Law*, A. A. Knopf, 1941, p. 156; y *The History of Law*, Tudor Pub. Co., 1946, p. 156.

[120] Charlesworth, Stephanie; Turner, J. Neville & Foreman, Lynne. *Disrupted families: the Law*, The Federation Press, Leichhardt, NSW, 2000, pp. 203 y 204.

[121] Cfr. Barrio Gallardo, Aurelio. *La evoluciónd de la libertad de testar...*, op. cit., p. 198.

[122] McKnight, Joseph W. «Spanish Legitim in the United States-Its Survival and Decline», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, núm. 1 (Winter, 1996), pp. 75 a 107 y Rougeau, Vincent

limitada que antaño[123], pero en una parte importante de los Estados la *dower* continuaba en vigor, pues la reforma de 1833, medio siglo posterior a la independencia del país, no había alcanzado esta antigua colonia. Y más aún, los tribunales norteamericanos, a pesar de las palabras pronunciadas por HALLIFAX, bien entrado el XX habían empezado a rescatar una suerte de reinterpretación de la doctrina romana del *color insaniae*, en aquellos casos en que el contenido del testamento dejaba a los descendientes en una situación verdaderamente drástica -los «pauperiza»[124]– próxima a la miseria y a merced de la caridad pública. Pasó entonces la *freedom of testation* a convertirse en tan sólo un mito contradicho por lo usos y la práctica forense[125].

B) *El Aragón decimonónico y el derecho de alimentos*

Hasta el siglo XVIII parece que en Aragón el respeto a la autoridad paterna fue absoluto y se impuso la costumbre de instituir un único heredero entre los hijos para defender la indivisibilidad de la Casa[126]. Según ISÁBAL, bajo el Cuerpo de Fueros y Observancias, nadie se atrevía a pedir el suplemento de legítima[127]. Pero durante el XIX sobreviene en nuestra tierra una reacción adversa y general frente a la inexistencia de ninguna clase de restricción contra el apartamiento de todos los descendientes del causante. La libertad de exclusión es ahora corregida y se vuelve a la interpretación prístina u original de los Fueros del siglo XIV: es nula la institución de un extraño, pues los padres deben dejar los bienes dentro del círculo de los hijos[128] o la conocida sentencia de RIPOLLÉS: el patrimonio entero es legítima de los hijos, toda la herencia debe repartirse entre ellos, aunque puede hacerse desigualmente, retomada por muchos autores posteriores, entre ellos ORTEGA[129].

D. «No Bonds but Those Freely Chosen: An Obituary for the Principle of Forced Heirship in American Law», Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper núm. 09-18, *Civil Law Commentaries*, Vol. 1, núm. 3, Winter 2008, http://ssrn.com/abstract=1396678.

[123] En la actualidad, sin embargo, el vigente art. 1493(a) del Cc de Luisiana únicamente reconoce como legitimarios a los descendientes de primer grado que, al tiempo del fallecimiento del causante, tuviesen menos de 24 años de edad o padecieran una enfermedad física o mental que les incapacitase permanentemente para gobernar su persona o administrar sus bienes.

[124] Cfr. LAUBE, Herbert D. «Right of a Testator to Pauperize His Helpless Dependents» *Cornell Law Quarterly*, Vol. 13, 1927-1928, pp. 559 y ss.

[125] LESLIE, Melanie B. «The Myth of Testamentary Freedom», *Arizona Law Review*, Vol. 38, 1996, pp. 235 y ss.

[126] RICO GAMBARTE, José Javier. «Alimentos como suplemento de legítima», *ADA*, VI, 51-52, p. 223.

[127] ISÁBAL Y BADA, Marceliano. *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del reino de Aragón» derogado por el Apéndice al Código civil español*, Imprenta del Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1926 p. 285.

[128] FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARABANTES, Felipe. *Instituciones de Derecho civil aragonés*, edición facsimilar de la Institución «Fernando el Católico» (Exma. Diputación de Zaragoza), Zaragoza, 1841-2000, p. 194, n. a.

[129] Tal sería el caso, verbigracia, de ORTEGA SAN ÍÑIGO, Julio. «Las sustituciones en Aragón», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1942, p. 47.

Se termina, además, de forjar la conexión entre el *quantum eis placuerit* y una prestación de naturaleza alimentaria, ya latente en los siglos anteriores, que ahora se exterioriza para relativizar cualquier libertad de testar, antes tolerada por los usos y el Derecho consuetudinario. En esta época resulta aún más evidente, aunque en mi opinión estuvo siempre presente, tanto en la mente del legislador como en la de los mejores fueristas, que nunca terminaron de estar plenamente convencidos ni de que cupiera instituir a un extraño ni de que el apartamiento pudiera dejar a la prole en situación de necesidad; en realidad, era el sucesor quien asumía la obligación de dotarlos al haber y poder de la casa, de proporcionarles medios de subsistencia.

De nuevo, la lúcida opinión de FRANCO Y LÓPEZ en su obra conjunta «Instituciones» sienta cátedra: el *quantum placuerit* es lo necesario para los alimentos del hijo y dote de la hija, con arreglo a la posición de la casa[130]. Pero, a diferencia de lo sucedido en el pasado, en estas fechas, el parecer es prácticamente uniforme, a juzgar por las manifestaciones de los foralistas, como revelan pasajes escogidos de las obras de multitud de autores, además de las conclusiones alcanzadas por la escuela liberal en el Congreso de Zaragoza. Las palabras de COSTA, pese a su opinión discrepante y crítica sobre este extremo, son reflejo fiel del sentir de la época: debería medirse y regularse la cuantía de la legítima, no por la fortuna del padre, sino tan sólo por el cálculo de lo que pudiera costar la alimentación, educación y curación de la persona a quien fuera debida[131].

No cabría decir lo mismo, sin embargo, de la jurisprudencia emanada de los Tribunales durante la segunda mitad del siglo XIX. Los órganos jurisdiccionales, tal vez influidos en demasía por los trabajos preparatorios del Código civil y su art. 815, mantuvieron criterios muy dispares a la hora de aplicar en el foro el Derecho sucesorio aragonés. La historia de la aplicación práctica de las legítimas simbólicas es extremadamente convulsa durante esta etapa[132], en especial desde mediados del XIX e inicios del siglo siguiente hasta la consolidación en el Apéndice al Cc de 1925.

Las decisiones se revelan vacilantes e incluso contradictorias; no hay un línea exegética bien definida sino, muy al contrario, casi podría afirmarse que existen opiniones para todos los gustos[133]. Estas circunstancias incrementaron extremadamente la litigiosidad[134]. No se discute la libertad de instituir heredero en el patrimonio casal a uno solo de los hijos, pues la facultad de desigualación es

---

[130] FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARABANTES, Felipe. *Instituciones…*, op. cit., p. 194, n. a.

[131] COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el congreso…*, op. cit., p. 501.

[132] Cfr. MOREU BALLONGA, José Luis. «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones Foro de Derecho Aragonés», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 154.

[133] El confusionismo es mayor durante el período que media entre la promulgación del Código civil y el Apéndice de 1925. Cfr. BELLOD, *La tradicional libertad…*, loc. cit., p. 41, n. 17.

[134] Vid. gráfica-resumen de ligiosidad de la legítima foral en BIESA HERNÁNDEZ, María. «La legítima foral a través de la jurisprudencia», *RDCA*, Vol. II, 1996, núm. 2, p. 89.

generalmente admitida[135], sino que se cuestiona hasta qué punto llega la libertad de testar del padre respecto de los no favorecidos, si se puede llegar a reducir la cantidad de otros hijos a una atribución meramente simbólica o si la dotación debe guardar una cierta proporción con el haber de la casa[136].

En unas se asegura que todo el caudal es legítima, como sostenía RIPOLLÉS, luego no es dable al padre apartar a ninguno de sus hijos[137]; en otras, más fieles a la tradición del Fuero de 1311 se establece un criterio de legítima colectiva, circunstancia que permite al disponente instituir heredero a uno solo de sus descendientes legítimos, dejando al resto cuanto le plazca[138]. Ahora bien, continúan las disensiones acerca de a cuánto debe ascender dicho *quantum;* en unas no se puede conceder, por equidad, ningún suplemento de legítima[139], pero en otras se asevera que esa cantidad debe ser proporcionada al caudal del testador, pues, en otro caso, cabría acudir a reclamar tal suplemento[140].

Algunas, quizá más escasas en número, dan pie a demandar una suerte de legítima en alimentos, que se identifican con la instrucción y carrera del hijo, o la dote de la hija[141], en forma semejante a como la habían recogido los autores. Pongamos por caso la STS de 31 de diciembre de 1909: «que el hijo que ha recibido alimentos, carrera, redención del servicio militar y cantidad para establecerse, nada puede pedir a sus hermanos, porque aquellos gastos son anticipaciones de legítima, si el padre los hace valer por tales». En otras resoluciones, es imprescindible acudir a la fórmula de los diez sueldos para evitar la preterición y nulidad testamentaria, pero una vez recogida, ya no cabe que el hijo reclame nada más por este concepto[142].

C) *La consolidación del sistema sucesorio durante el XX*

En el Apéndice de 1925 se opta por recoger una facultad de distribución de la legítima que permite al causante desigualar libremente a los descendientes a su entera discreción, pero esta prerrogativa no es del todo absoluta, sino que se suaviza a través de un derecho sucesorio de alimentos, que adquiere carta de naturaleza en su art. 30. Así, el legitimario que tras la distribución resultara en

---

[135] Sólo ISÁBAL, COSTA, JUNCOSA y RICO GAMBARTE defienden una libertad de testar sin ninguna clase de restricción.

[136] OTTO Y CRESPO, Nicolás de. «Cuantía de la legítima de los hijos en Aragón», *RGLJ*, T. XXIX, 1866, p. 283; y LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Las legítimas...», loc. cit., p. 508.

[137] Vid. SS. ATZ 1858, 1860, 1877, 1890.

[138] Cfr. STS 15 diciembre 1838, STS 11 marzo y 17 junio 1864.

[139] Amén de las ya citadas del Supremo en la nota anterior, siguen también un criterio semejante: las posteriores de 1864, 1864, 1901, 1905.

[140] SS. ATZ 1848, 1853, 1859, 1876 y 1891.

[141] La parte o legítima de los hijos consiste en sus alimentos completados con la instrucción y enseñanza de oficio o carrera; si son hembras, alimentos completados con la dote, todo ello con arreglo a la clase y posición de la familia.

[142] SS. TS 1879 y 1900.

situación legal de pedir alimentos, podía accionar contra los sucesores del ascendiente en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa.

Parece responder así a una justa combinación entre la facultad discrecional y de libre distribución del causante, que puede instituir heredero único y universal a uno solo de sus hijos, y el derecho de alimentos[143], que impone al continuador del patrimonio casal, en su calidad de nuevo cabeza de familia, la obligación de mantener al resto de legitimarios no beneficiados ni en vida ni en la herencia paterna, si los hubiere y en verdad lo necesitaren, según el haber y poder de la casa. Es así fiel a la costumbre del Alto Aragón y, al mismo tiempo, se deduce de su texto una voluntad transaccional de conciliar miméticamente el sistema del Código civil con el Derecho histórico aragonés[144], en previsión de una futura unificación jurídica nacional que nunca se llegó a producir.

El sistema perfilado se alinea con la mejor doctrina que impide instituir heredero a un extraño –luego también al cónyuge–, apartando a todos los hijos del patrimonio familiar. Rechaza la práctica de la legítima foral de los diez sueldos y exige que el *quantum* no sea tan irrisorio que sólo tenga por finalidad hacer patente la exclusión hereditaria, sin tacha de preterición, sino que si otro descendiente se ve necesitado, para evitar que se vea empujado a la inopia, puede exigir, con cargo al caudal, no una adjudicación de bienes hereditarios, que desmembraría la Casa y amenazaría su supervivencia, sino que le satisfaga una prestación de naturaleza análoga a la recogida en los arts. 142 y ss. Cc.

Este sistema, incluida la permanencia del derecho sucesorio de alimentos, con ligeras variantes y precisiones tendentes a su mejora técnica, aunque postergando su prestación, y reduciendo sensiblemente la cuota legitimaria, será el imperante hasta nuestros días, tanto en la Compilación de 1967, como en la recodificación actual, a través de un texto refundido elaborado por la CADC, que es heredero en estos extremos de la Ley de sucesiones de 1999. Así, en el año en curso, el vigente Código del Derecho Foral de Aragón, bajo la denominación ya clásica de legítima colectiva, sigue fiel a los postulados descritos en los arts. 486 y 515 CDFA[145].

---

[143] Vid. García-Atance, Mauricio. «Libertad de testar y legítimas en Aragón», Comentarios de prensa sobre la Compilación de 1967, *ADA*, XIII, 1967, p. 445.

[144] Cfr. Martín-Ballestero y Costea, Luis. *La Casa…*, op. cit., p. 126.

[145] Vid. entre los últimos trabajos, estando ya el Código en vigor, Serrano García, José Antonio. «La legítima en Aragón», *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1959 a 2027. Con anterioridad al CDFA, del mismo autor y también en esta revista: «La legítima en Aragón», *RDCA*, XVI, 2010, p. 67 a 114.

II. ESTUDIO CONJUNTO DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN AMBOS DERECHOS

1. La vigencia de la libertad de testar

Los siglos precedentes al reinado del *Ius Commune Europeaum* están sumidos en la más profunda oscuridad y sólo caben conjeturas que toman como base interpolaciones o relatos míticos. Desde quienes defienden que existió una comunidad de raigambre germánica entre los miembros de una misma unidad familiar, con nulas facultades dispositivas *mortis causa*, y cargadas de expectativas hereditarias sobre aquella tierra que se había trabajo en vida, hasta aquellos que sostienen, incluso desde tiempos remotos e inmemoriales, que existió una libertad de testar omnímoda, que la aproximaría en evolución a la civilización más avanzada de la época, esto es, la romana. No existe ninguna prueba fehaciente, comúnmente admitida por la doctrina, ni de una tesis ni de la contraria, siendo casi imposible contrastar las hipótesis habida cuenta de tal carencia documental.

En realidad sólo a partir de los siglos XI y XII, con los primeros fueros aragoneses, ya conservados por escrito, y luego unificados bajo la magna obra del obispo compilador, Vidal de Canellas, o los tratados clásicos de Glanvill y de Bracton –que recogen y compendian, en una labor ingente y colosal, cientos de resoluciones, preludio de lo que más adelante será el precedente judicial, ambas agrupadas por materias y conceptos con el auxilio instrumental del Derecho romano– se ilumina un poco un mundo donde hasta entonces predominaba la oralidad. Es de interés resaltar que las dos compilaciones, *De Legibus* y *In Excelsis*, casi coetáneas de adoptarse sus fechas convencionales, son recopilaciones privadas, redactadas en latín, que alcanzan valor oficial: una es encargada en las Cortes de Huesca y la otra se eleva al rango de *Book of Authority*.

En ambos casos es muy difícil reconstruir la evolución del sistema legitimario[146] o, quizá, precisar, en qué momento exacto se dio una absoluta libertad de testar. Si bien parece habitualmente admitido por la comunidad científico-jurídica que una facultad testatoria carente de toda restricción sí existió durante un período de tiempo más o menos amplio y que si no fue reconocida con sanción regia, al menos, así fue entendida por sus gentes, que se tomaron dicha licencia, no lo es tanto llegar al convencimiento pleno de que tal práctica alcanzara un ámbito de aplicación general. La dispersión normativa en el régimen sucesorio es nota común y característica de los Derechos inglés y aragonés: en ciertas regiones queda constancia de que se disponía *mortis causa* sin restricciones, en otras las cosas probablemente se sucedieran de forma bien distinta.

---

[146] Cfr. Delgado Echeverría, Jesús. «El «desafillamiento» en el Derecho aragonés», *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, p. 30; Bellod, Elena. «Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional y contemporáneo aragonés», *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 46 a 51 y Moreu Ballonga, José Luis. «El sistema legitimario…», op. cit., p. 151.

En este punto sostengo, con apoyo en la mejor y más reciente doctrina (OUGHTON, MARTYN, ALBERY…)[147], que la vigencia de una libertad de testar plena en Inglaterra estuvo muy limitada temporalmente y no habría rebasado la media centuria, en concreto, el breve lapso que mediaría entre la *Mortmain and Charitable Uses Act* de 1891 –o, incluso, en el más benévolo de los supuestos desde la *Dower Act* de 1833[148] –; hasta la aprobación de la *Inheritance (Family Provision) Act* de 1938 que incorpora, tras la supresión del usufructo vidual característico y secular del *Common Law*, una restricción semejante a la de una pensión alimenticia.

Aunque por un período muy breve, casi anecdótico, que no sobrepasó la medida centuria, como me he ocupado de demostrar en otro lugar[149], se disfrutó en Inglaterra de una libertad de testar absoluta, la más amplia que ha conocido jamás el hombre, casi una rareza en Europa, según algún autor[150], una anomalía o accidente histórico, para otros, como DAINOW y ALBERY[151]. Esta libertad criticada por unos, envidiada por otros, pero admirada por todos, también en nuestra tierra[152], es quizá sólo comparable a la del Derecho republicano romano, donde se dieron unas circunstancias similares a las que estimularon su génesis en el Imperio Británico. Así se pronunciaba Max WEBER «evidencias de una completa o casi completa libertad de testar sólo las hallamos dos veces en la Historia: en la República romana y en Inglaterra, dos pueblos fuertemente expansivos y ambos gobernados por un estrato de terratenientes *honorationes*»[153].

---

147 Vid. OUGHTON, R. D. *Tyler's Family Provision*, 2nd ed. Professional Books, London, 1984, p. 3; MARTYN, John G. Ross. *Family Provision: Law and Practice* (2nd ed.), Sweet & Maxwell, London, 1985, p. 2; y MARTYN, John Ross & CADDICK, Nicholas. *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Sweet & Maxwell, London, 2008, p. 858; y ALBERY, Michael. *The Inheritance (Family Provision) Act*, Sweet & Maxwell, London, 1950, p. 3.

148 RHEINSTEIN, Max & GLENDON, Mary Ann. *International Enclopedia…*, op. cit., p. 132; GLENDON, Mary Ann. *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States*, The University of Chicago, Chicago-London, 1989 (rep. 1996), p. 241; ZOPPNI, Andrea. *Le successioni in Diritto comparato*, UTET, Torino, 2002, pp. 75 y 76. Vid. también la opinión de GUEST. «Family Provision and Legitima Portio», *Law Quarterly Review*, 1957, pp. 81-82; Kate. «The Englishwoman's Castle. Inheritance and Private Property Today», *The Modern Law Review*, Vol. 51, No. 2, (Mar., 1988), p. 191 y DAINOW, «Limitations of Testamentary Freedom in England», *Cornell Law Quarterly*, Vol. 25, 1940, pp. 337 y ss.

149 BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Atemperar la rigidez...», loc. cit., pp. 288 y ss.

150 Vid. CRETNEY, Stephen. *Elements of Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1990, p. 108.

151 DAINOW, Joseph. «Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada», loc. cit., p. 1107; ALBERY, Michael. *The Inheritance (Family Provision) Act,* op. cit., p. 3.

152 «La libertad de testar existe hoy día en las naciones más libres del mundo: Inglaterra, con su monarquía constitucional, y los Estados Unidos de la América del Norte, con sus instituciones republicanas» (DURÁN Y BAS, Manuel. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña: escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4ª. del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883, p. 218) Cfr. también COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso...*, op. cit., pp. 501 y 509.

153 WEBER, Max. «Sociology of Law», *Economy and Society: an Outline of Interpretive Sociology*, Vol. 1, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1978, p. 69. Cfr. también edición española al

En Aragón se practicó, sobre todo merced al Derecho consuetudinario, una libertad de testar casi irrestricta, canalizada a través de la fórmula de los diez sueldos jaqueses[154], si bien podría haber respondido al cumplimiento previo de las obligaciones paternas[155]. Aunque el uso de las legítimas simbólicas no fue patrimonio exclusivo de nuestro antiguo Reino, sino también conocidas en Francia e Inglaterra, servían al fin de excluir a un hijo evitando que el testamento acusase preterición, cometido también presente en el sistema anglo-americano[156]. Pero pronto se puso en duda que este modo de actuar, aunque muy extendido, fuera en realidad acorde con el sentido prístino del Fuero[157], que cuando dejaba discrecionalidad al disponente para distribuir la herencia a su buen juicio nunca se llegó a pensar que esta fuera empleada para sumir a la prole en la miseria o instituir heredero en todos los bienes a un extraño.

De hecho, las voces más acreditadas sostienen que esto sucedía en muy contadas ocasiones, tanto en Aragón, donde la parvedad de los patrimonios no permitía su desmembración[158], como en Inglaterra, país en que la perpetuación del linaje rara vez se concebía al margen de la propia sangre y la institución de la primogenitura y el mayorazgo llegó a gozar de cierto arraigo en el siglo XIX[159]. Las disposiciones extrafamiliares, aunque autorizadas, de ser fiel al estricto tenor literal de la normas[160], eran muy inusuales en la práctica[161] y acaso de ser emplea-

---

cuidado de José Medina Echavarría: Weber, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, 17ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Sucursal para España, México-Madrid, 2008, p. 553.

[154] Tal es la conclusión alcanzada por la Profª. Bellod tras la lectura de cerca de un millar de testamentos mancomunados en el período comprendido entre el S. XVI y 1926, Bellod, Elena. «La tradicional libertad de testar…», loc. cit., p. 45.

[155] Vid. Lalinde Abadía, Jesús. «Precisiones conceptuales…», loc. cit., p. 355.

[156] «En EEUU se repite constantemente, a propósito de la preterición, que la finalidad de los estatutos no es impedir que un testador pueda desheredar a sus hijos ni compelerle a efectuar disposiciones a su favor. Su propósito es únicamente evitar que un hijo sea desheredado por descuido o inadvertencia del testador al otorgar testamento». Miquel González, José María. «La preterición», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. 4, Madrid, 2002, p. 5358.

[157] Se concedía excepcionalmente el suplemento de legítima por ser «muy conforme a los principios de equidad y justicia y al genuino sentido del Fuero» (S. ATZ 4 junio 1859). En sentido similar, SS. 30 agosto 1848 y 4 junio 1853.

[158] Cristóbal Montes, Ángel. «De la sucesión paccionada», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. 3º (Dir. J. L. Lacruz y J. Delgado), Gobierno de Aragón, Zaragoza, p. 264.

[159] Davies, James B. *Personal Wealth from a Global Perspective*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 360.

[160] En el Derecho inglés decimonónico un padre podía disponer mediante testamento de su entero patrimonio a favor de extraños de modo que excluya a su esposa e hijos de cualquier parte de la propiedad dejada a su muerte. Vid. Mackenzie, Lord. *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, 2nd ed., William Blackwood, Edinburgh-London, 1865, p. 142. En el Derecho aragonés, los Tribunales, sobre todo el Supremo, mantuvieron durante todo el s. XIX y principios del XX la tasa voluntaria del «quantum placuerit» en su puro tenor literal. Biesa Hernández, María. «La legítima foral...», loc. cit., p. 68.

[161] Según Pellicer y Guíu, así como Isábal, la situación era llevadera en Aragón gracias a la honradez natural del país y sus buenas costumbres, siendo poco frecuentes los casos en los que los padres dañaban a su prole.

das para beneficiar a un extraño, este sería, sin duda, el cónyuge supérstite, en tanto que los hijos son aún menores de edad y resulta complicado determinar quién de ellos será el más apto para suceder en la herencia familiar, pero se hace difícil concebir que el heredero pudiera ser persona distinta del viudo[162].

En ambos, nuevamente, existió desde antiguo un único límite secular al disfrute de todo el patrimonio casal: los usufructos viduales, que se originaban a favor del supérstite tras la celebración del matrimonio. Tanto la *dower* inglesa como la viudedad aragonesa guardan entre sí asombrosos parecidos, incluso en cuanto a la técnica empleada para su defensa en vida de ambos cónyuges: el derecho expectante. A pesar de tener repercusiones sucesorias, las dos son instituciones netamente familiares, de origen germano, que abarcan todos los bienes de algún valor dentro del matrimonio, se defienden mediante un gravamen real y acaban materializándose en usufructo *post mortem* que, originariamente, afectaba tan sólo a los bienes raíces, esto es, a la *real property*.

El examen de los protocolos notariales revela que esa tendencia favorable a suprimir cualquier traba que impida o dificulte la omnímoda libertad del causante comienza durante el siglo XIV, a pesar del divorcio patente entre *lexis* y *praxis* en Aragón, pero se afianza con total claridad, al igual que sucede en Inglaterra, en torno al siglo XVI[163], centuria en la que la *freedom of testation* continúa su avance imparable hasta el sitio de la capital en el siglo XVIII, previa la conquista de otras plazas y condados, cuando cae finalmente la capital y con ella la bautizada como «costumbre de Londres» en 1724[164].

Es de interés subrayar el contraste producido en esta evolución histórica entre los dos Derechos. En las tierras aragonesas es la costumbre la que impone el conducirse al propio albur y la interpretación del Fuero la que acaba por restringirla, mientras que en Inglaterra, el sentir de las gentes continúa apegado a la antigua

---

[162] Cfr. SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. *Manual de Derecho…*, op. cit., p. 573. Lo mismo cabría decir hoy en Inglaterra. «Los últimos estudios estadísticos (agosto de 2010) realizados en el Reino Unido reflejan las siguientes preferencias: de entre aquellos encuestados que habían otorgado testamento, el 75 por 100 incluyó a sus hijos como beneficiarios de sus disposiciones mortis causa, mientras que el 65 por 100 había hecho lo propio con su cónyuge o pareja. Más de la mitad (50 por 100) de los participantes en el estudio había especificado que la totalidad de su patrimonio debería ir a su cónyuge o compañero o, en otro caso, a sus descendientes. La proporción se elevaba de la mitad (50 por 100) a tres cuartos (75 por 100) cuando los encuestados están casados». Cfr. HUMPHREY, Alun, MORRELL, Gareth, MILLS, Lisa, DOUGLAS, Gillian and WOODWARD, Hilary. *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy* (August 16, 2010). National Centre for Social Research Working Paper, p. 37. Accesible en http://ssrn.com/abstract=1677869.

[163] Cfr. BUCKLAND, William Warwick & MCNAIR, Baron Arnold Duncan. *Roman Law & Common Law: a Comparison in Outline*, 1st ed., 1936; 2nd ed., The Cambridge University Press, Cambridge, 1952, p. 167; GUEST, A. G. «Family Provision and the Legitima Portio», *The Law Quarterly Review*, Vol. 73, 1957, p. 80; UNGER, J. «The Inheritance Act and the Family», *The Modern Law Review*, Vol. 6, núm.. 4, (Dec., 1943), p. 215.

[164] "La costumbre de reservar una parte razonable de los bienes (*goods*) para la viuda y los hijos del testador todavía está en vigor en la ciudad de Londres, por lo que respecta a la esposa e hijos del hombre libre; pero en otras partes del Reino, donde esta costumbre imperó con anterioridad, fue abolida por una *Act* del Parlamento». COOPER, Thomas y HARRIS, George. *The Institutes of Justinian*, Voorhies, New York, 1852, p. 518.

costumbre particional, entroncada con los usos de los anglosajones, quizá como un signo distintivo de identidad frente al pueblo invasor, y son los *enactments* promulgados por los normandos, desde el advenimiento de Guillermo «el Conquistador», los que pretenden unificar todo el Reino bajo una misma premisa: la libertad de testar.

2. Convergencia de ambos sistemas en una fórmula mixta: las restricciones flexibles

Tanto en un sistema como en otro se concedió una especial relevancia al arbitrio individual en la creencia de que el padre, por el ser mejor conocedor de la realidad familiar del caso concreto, haría un uso adecuado de ella. Las fórmulas forales «*sicut eis placuerit*» o «*quantum eis placuerit*», de Jaca, Daroca y Alagón[165] se corresponden con el «*father knows best*» anglo-americano[166]. De forma semejante a como el pueblo romano se condujo, reinterpretado el *uti legassit* de las XII Tablas, al disponer de la herencia *secundum bonos mores*, de una forma más equitativa y más justa, igualmente, el pueblo inglés y el aragonés terminaron por separarse de las costumbres de sus mayores, y se hubieron, entonces, de tomar precauciones para paliar los excesos cometidos[167].

La desviación del poder testamentario aconsejó adoptar medidas para corregir excentricidades y prevenir posibles abusos, que siempre, desde el inicio de los tiempos, han servido para justificar el cercenamiento de la libertad de testar, como evidencian las palabras de acérrimos defensores de la legítima en nuestro país, por ejemplo, García Goyena o Alonso Martínez[168], pero también de foralistas como Franco y López[169]. En ambos casos fue la intervención estatal, en la esfera privada sucesorio-familiar, mediante la legislación o el *enactment*, la que puso fin al margen de discreción otorgado al *paterfamilias* o la cabeza rectora de la economía doméstica y aclaró las dudas que podía suscitar la aplicación dispar y vacilante acerca del recto entendimiento del Fuero.

En un principio, coincidiendo con la etapa victoriana, los órganos jurisdiccionales fueron celosos guardianes de la costumbre popular y se mostraron muy

---

[165] El padre para cumplir con el *quantum placuerit* del Fuero debe obrar conforme a un criterio racional, teniendo en cuenta la importancia de su caudal y las necesidades y condiciones de los legitimarios. Vid. STS 31 diciembre 1909.

[166] Vid. Croucher, Rosalind F. *Families and Estates: A Comparative Study*, International Academy of Estate and Trust Law, Annual Conference in Rome, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. x.

[167] Entre la legislación represora del lujo y la ostentación ocupa un lugar señalado la *Lex Falcidia*.

[168] García Goyena, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974, pp. 345 y ss.; y Alonso Martínez, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1ª ed., Nuñez, 1884 y 2ª ed., Editorial Plus-Ultra, Madrid, 1947, pp. 111 y 141 y ss.

[169] El Barón de Mora pretende evitar los abusos que puedan cometer los padres dadas las grandes facultades testatorias que ahora tienen. Vid. Franco y López, Luis. *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil aragonés*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886, pp. 51 y 52.

proclives a conservar, en la práctica en el foro, una libertad de testar casi absoluta, a salvo de meras formalidades que aseguraban la auténtica intención del causante. Son varias las sentencias que institucionalizan la arbitrariedad del testador, sentenciando que el *Englishman* tenía un perfecto derecho a ser caprichoso[170] o que no podían existir mínimos, pues en ese caso, habría dejado de ser lo que le pluguiese, según el Fuero *De testamentis civium*, que abarcaba la fórmula de los diez sueldos jaqueses[171]; luego era enteramente ajustada a Derecho y, aunque irrisoria, habría de reputarse válida en cualquier caso[172].

Sin embargo, entre la doctrina esta práctica produjo un movimiento de animadversión[173] y finalmente el legislador promulgó con ella, a comienzos del siglo XX, unas normas que con mayor o menor renuencia los tribunales hubieron de acatar. Llegó un punto entre finales del siglo XIX, en Aragón, y comienzos del XX, en Inglaterra, en el que los tratadistas se manifiestan mayoritariamente contrarios a la posibilidad de instituir heredero a un extraño, orillando a toda la prole con mandas simbólicas[174]. Pareció este un modo de proceder *contra natura*, que colisionaba frontalmente con los sentimientos de afecto que impone la naturaleza, según los foralistas del siglo XIX[175] y, entre los *Common Lawyers*, una autora norteamericana afirmó que el concepto de legítima estaba escrito en el corazón de todos los hombres[176].

Esa *caritas sanguinis* vuelve una y otra vez como un eterno retorno nietzscheano a la tradición jurídica occidental. Algo se conmueve en nuestro interior cuando un pariente cercano se ve abocado a la penuria y no se le permite ni tan siquiera satisfacer sus necesidades más básicas y perentorias, frente a un vasto patrimonio familiar del que se encuentra privado por la sola decisión de su actual

---

[170] Cfr. las resoluciones citadas en las n. 99 y 100.

[171] Vid. SS. ATZ. 21 enero 1861, 7 junio 1862, 28 noviembre 1867, 6 noviembre 1878, 7 junio 1883 y 17 junio 1867.

[172] El padre que al morir dejase a cada uno de sus hijos los diez sueldos jaqueses por legítima paterna, cumplía lo prescrito en la legislación especial de Aragón. Cfr. SS. TS 11 marzo, 17 y 28 junio 1864, 8 octubre 1877 y 10 diciembre 1879.

[173] Precisamente, en Aragón, las mandas simbólicas se tildan de arbitrarias y caprichosas para censurarlas. Así las califican p. ej. MARTÓN, BLAS y CASAJÚS. Lo mismo cabría decir de una parte de los tribunales que habían seguido esta orientación: «La legítima de los diez sueldos jaqueses obedece a un práctica absurda, arbitraria y caprichosa, disconforme con el espíritu del Fuero y está en pugna con las inspiraciones de la razón, con los fines sociales y con los sentimientos de la naturaleza, y tratándose de un caudal considerable sería siempre infundada, abusiva y reclamable» (S. ATZ 29 mayo 1891).

[174] Indignado se mostraba GIL BERGES ante la posibilidad de preterir a la prole y postergarla instituyendo heredera a la madre o a cualquier otro extraño.

[175] Era incompatible con la equidad, contraria a la sana moral, nula e insostenible la práctica de los diez sueldos y poco razonable y justa la institución de herederos a favor de extraños en detrimento de los hijos (DIESTE Y JIMÉNEZ, en su *Diccionario de Derecho civil aragonés*); la práctica de los diez sueldos es «disconforme con el espíritu del Fuero y en pugna con las inspiraciones de la razón, con los fines sociales y con los sentimientos de la naturaleza» (MARTÓN).

[176] Cfr. SPRING, Eileen. *Law, Land, & Family. Aristocratic Inheritance in England, 1300 to 1800*, University of North Carolina Press, Chapell Hill & London, 1993, p. 68.

titular, y que ha acabado por heredar uno de sus hermanos. El parecido entre la pensión familiar y el antiguo *officium pietatis* romano ha sido resaltado por J. K. GROOT[177] y en España algún autor, como LASARTE ÁLVAREZ, ha sugerido un retorno al Derecho romano clásico, a la visión romana anterior a Justiniano, como criterio inspirador de los límites a la autonomía de la voluntad en este ámbito, con el respeto del deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones sociales de la época[178].

En los dos sistemas, inglés y aragonés, conceptos tales como el abuso, la falta de piedad o la inequidad[179] generaron una suerte de miedo a la libertad e hicieron nacer una desconfianza en el obrar individual hasta entonces desconocida. Comenzó a parecer inapropiado el dejar sólo a merced del buen criterio del testador el cómo disponer de su herencia sin sujeción a ninguna clase de control de parte de la autoridad pública. Se incorporaron límites para el caso de que la discrecionalidad, que por tradición exigía conducirse con prudencia y mesura en la distribución hereditaria[180], fracasase en ocasiones aunque no se estableció, en un principio, una legítima tasada, sino una prestación cercana a un crédito de alimentos por causa de muerte.

Algunos tribunales norteamericanos recurrieron al *color insaniae* para enmendar testamentos que, si bien con arreglo a derecho eran perfectamente válidos, contrariaban la moral pública imperante en la época[181]; otros en la antigua metrópoli, tras la *family provision*, se hallaban revestidos de facultad para rescribir el testamento. En Aragón, a finales del siglo XIX, se suceden igualmente pronunciamientos en los que se concede una más que dudosa acción de complemento de legítima a imitación de cuanto acontecía en los territorios donde regía el

---

[177] El sistema neozelandés y australiano de las *family provisions* es visto por la doctrina de aquel país como una resucitación del antiguo «*officium pietatis*». GROOT, J. K. de. *Family Provision in Australia*, op. cit., p. 2 y CASTELEIN, Christoph. *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, p. 112.

[178] Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 366.

[179] Los Tribunales, según DE LA FUENTE, comienzan a apreciar la legítima simbólica como una práctica abusiva (cfr. S. ATZ 4 junio 1859) y los autores la habían calificado de iniquidad antiforal, una depravación que constituía, a su vez, una torcedura feroz e irrisoria del «quantum placuerit».

[180] Como afirmó LORENTE SANZ si esta clase de liberalidades quedaban al arbitrio y discreción de los padres, era porque nuestros mayores, respetuosos ante el santuario de la familia y haciendo honor a los padres aragoneses, no creyeron necesario establecer un límite matemático, que nunca podría ajustarse a los supuestos o necesidades de cada caso particular. LORENTE SANZ, José. «Dictamen (sobre Derecho de sucesiones)», *ADA*, XII, 1963-64, p. 369.

[181] Vid. EPSTEIN, Edwin M. «Testamentary Capacity, Reasonableness and Family Maintenance: A Proposal for Meaningful Reform», *Temple Law Review*, Vol. 35, núm. 3, Spring 1962, pp. 231 y ss.; FALKER, Michael. «A Case against Admitting into Evidence the Dispositive Elements of a Will in a Contest Based on Testamentary Incapacity», *Connecticut Law Review*, Vol. 2, 1969-1970, pp. 616 y ss.; FROLIK, Lawrence A. «The strange interplay of testamentary capacity and the doctrine of undue influence: are we protecting older testators or overriding individual preferences?», *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 24, núm. 2-3, March-June 2001, pp. 253 a 266. La crítica mejor elaborada a esta forma de proceder por parte de los Tribunales norteamericanos la encontramos en LESLIE, Melanie B. «The Myth of Testamentary Freedom», *Arizona Law Review*, Vol. 38, 1996, pp. 235 y ss.

Código civil, a quienes eran totalmente excluidos de la herencia paterna sin motivo aparente, mediante los diez sueldos jaqueses, cinco por sitios y cinco por muebles: una legítima cuya cuantía, en ocasiones, era proporcional al caudal relicto[182] y procuraba al excluido tan solo medios de subsistencia.

En ambos Derechos, fruto de una evolución tortuosa, se ha llegado, desde el reconocimiento inicial de una suerte de legítima, descrita en las obras culmen, casi coetáneas de BRACTON y CANELLAS, durante el período de la Recepción en el siglo XIII, hasta alcanzar una fórmula transaccional en la actualidad. Una gran virtud de los *Common Lawyers* es que siempre han sabido compaginar el mantenimiento incólume de sus tradiciones e instituciones con la adaptación al signo de los tiempos. Creo que el ciudadano aragonés tampoco se halla falto de sentido práctico, y de amor por sus instituciones[183], y echa la vista atrás para tratar de resolver los problemas del presente y rescata con frecuencia antiguas figuras a las que encuentra nueva utilidad.

Con este derecho de alimentos se permite aunar, de una parte, una cuidada dedicación y cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la relación paterno-filial, que creo siempre ha encontrado una cálida acogida en la tradición occidental judeo-cristiana, y de otra, la experiencia aquilatada de siglos, favorable al obrar individual, en dos regiones en las que el ansia de libertad civil ha sido comparativamente mayor a la de otros pueblos circundantes[184] y así se ha visto reflejada en las *cartas*, a veces a despecho de la legislación regia, ya fueran fruto del *standum est chartae* aragonés o de los llamados testamentos anglosajones –*anglo-saxon wills*–, dos manifestaciones documentales que son reflejo fiel del sentir popular y sin las que es difícil comprender cómo era concebido el Derecho en cada época[185].

Se llega, de este modo, en las postrimerías del siglo XIX a un noble entendimiento entre dos corrientes adversas que, sin desvirtuar la tradición, apegada al individualismo pragmático del titular de los bienes, trata de colmar las aspiraciones legítimas de la familia del causante evitando situaciones de extrema pobreza, en una época catastrófica donde se forja el *Welfare State* cuya denominación anticipó William TEMPLE. Se asegura, en ciertos casos, un mínimo indisponible que fluctuará según las dimensiones del patrimonio relicto y las necesidades vitales del concreto actor. En sus inicios, durante el siglo XIV, su cuantificación dependía del buen juicio individual, y ahora, entrados ya en el XX, se encomienda al arbitrio del juzgador dictaminar si la cantidad dejada en el testamento se ajusta o no a tales exigencias, en una lógica parecida a como operaba el Tribunal centumviral en la antigua Roma.

---

[182] Un *quantum* equivalente a una cosa proporcionada al caudal del testador, pudiendo pedirse de otro modo un suplemento (Ss Audiencia Territorial de Zaragoza: 30 agosto 1848, 4 junio 1853, 4 junio 1859 ó 27 mayo 1891).

[183] Vid. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario*, T. I., op. cit., p. 61.

[184] Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa y el Derecho aragonés (libertad civil, costumbre y codificación)*, Universidad de Zaragoza, 1978, pp. 9 y ss.

[185] Vid. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. «Importancia del estudio del Derecho consuetudinario», *Derecho consuetudinario...*, op. cit., pp. 33 a 42; BELLOD, Elena. «La importancia del documento notarial», *El testamento...*, op. cit., pp. 5-6.

En Inglaterra y, con carácter general, en todas las *Common Law Jurisdictions*, esa confianza, tras las *Inheritance Acts*, sigue quedando bajo la salvaguardia de los tribunales, y así sucede con la *Testator's Family Maintenance*, 1900 y la análoga *Inheritance Act* inglesa de 1938 que reformulada daría lugar a la vigente Ley de 1975. Pero en el Apéndice aragonés de 1925 acaba por fijarse el *quantum*, indeterminado desde el siglo XIV, en los dos tercios del caudal, influido en demasía por la aprobación del Código de 1889, y acaso por una parte de la doctrina que consideraba toda la herencia legítima, con cuyo sistema de freno quiso congraciarse, alejándose quizá de nuestra tradición, que imponía dejar totalmente abierta la cuantía que se podía reclamar[186]. No se llega, por el contrario, en Inglaterra al extremo de reincorporar la legítima, que en tiempos de GLANVILL y BRACTON nos consta que sí existía al menos sobre el patrimonio mobiliario, sino que apartándose por completo de la tradición continental, o del *Civil Law*, como gustan en llamarlo ellos, se opta por esa creación *ex novo*, importada de Nueva Zelanda, que se materializa en un crédito, con cargo a la herencia, a favor de aquellas personas que en vida dependieran económicamente del fallecido.

En realidad, tanto en un sistema como en otro la única legítima material individual que cabe apreciar, si es que es adecuada tal denominación[187], residiría justamente en esa prestación contingente de cuantía oscilante y naturaleza análoga a la obligación recogida en los arts. 142 y ss. del Código civil español: no existe una cuota fija, sino un crédito variable [188]. El límite no es rígido, sino flexible, no tiene por qué darse en todos los supuestos y se hace depender, con buen juicio, de las circunstancias del caso concreto, apreciables conforme a las reglas de la sana crítica por el Tribunal, y con máximo respeto a la voluntad del causante, sólo entra en acción cuando es estrictamente indispensable. Es lo que se ha dado en llamar las *flexible restraints on freedom of testation*[189], legítima pagadera en alimentos[190] o simplemente derecho sucesorio de alimentos.

---

[186] Se señalaba por los foristas, y así se ha recogido en la primera parte de este trabajo de investigación, que los padres podían instituir heredero universal a uno de sus hijos, dejando *quantum eis placuerit* a los demás; en ese *quantum* se halla implícita la facultad de apreciar, según su prudente arbitrio, con arreglo a su fortuna y las necesidades de cada hijo, lo que debe ser su legítima. Cfr. COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *Derecho consuetudinario…*, op. cit., p. 154.

[187] El Profesor LACRUZ encontraba más adecuado reservar este término para el resultado de individualizar la global y llamar, como hizo la Comisión de Codificación, derecho a alimentos a esta prestación, de naturaleza muy distinta a la legítima ordinaria. Vid. «Las legítimas en la Compilación», loc. cit., p. 525.

[188] El Apéndice siguiendo algún precedente clásico estableció no un derecho de alimentos invariable y automático, pero sí la posibilidad de pedirlos en caso de inopia. Se trata, como señaló el maestro LACRUZ, de una especie de legítima material eventual, que no es cuota de la herencia, y que puede reclamarse contra los colegitimarios. LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Las legítimas en la Compilación», loc. cit., pp. 524 y 525.

[189] LAUFER, Joseph. «Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation», *Harvard Law Review*, Vol. 69, núm. 2 (Dec., 1955), pp. 277 a 314; GLENDON, Mary Ann. «Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law», *Tulane Law Review*, Vol. 60, 1985-1986 pp. 1165 y ss.

[190] Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Panorama del Derecho de sucesiones*, T. I., Civitas, Madrid, 1982, p. 542.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y PROPUESTAS DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Verdaderamente la existencia de restricciones flexibles a la libertad de testar se justifica hoy más que con base a la transmisión indivisa de un patrimonio familiar, generación tras generación, tendencia a la que no se puede sustraer el actual titular como vinculado por una suerte de fideicomiso tácito[191], en la composición actual de la fortunas debida mayormente al esfuerzo del propietario y, en menor medida, al patrimonio recibido por título de herencia de los ancestros, como sostienen CALATAYUD SIERRA y PARRA LUCÁN[192]. Tal circunstancia otorga una mayor legitimidad al propietario para hacer con ellos lo que le plazca, una vez hayan sido atendidos en vida los deberes inherentes a la paternidad. Así, liberados de los deberes de protección de sus hijos, por haber cumplido los mandatos constitucionales del artículo 39, después de un tercio o más de vida de sacrificios, los padres deben gozar de la plena libertad de testar[193].

Este crédito de naturaleza alimentaria, no tan distinto de esa concesión sugerida por los foralistas decimonónicos[194], o de la *family provision* inglesa, cuya indeterminación fue creada a propósito[195] e, incluso, de algunos países de nuestra antigua órbita cultural, como Cuba, Chile, México o Costa Rica, está en la base de muchas de las propuestas actuales de reforma del Código civil español[196]. Algunas de esas iniciativas que han partido del colectivo notarial, encontraron previo acomodo en las Cátedras, y son más acordes con el signo de los tiempos y las demandas de una sociedad moderna y urbanita, como ha explicado con suma

---

[191] COSTA Y MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso…*, op. cit., p. 512; VALLET DE GOYTISOLO, Juan en CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. VI. Vol. 2º, 8ª ed., Reus, Madrid, 1979, p. 490.

[192] CALATAYUD SIERRA, Adolfo. «Consideraciones acerca de la libertad de testar», *AAMN*, T. IX, 1995, p. 247; PARRA LUCÁN, María Ángeles. «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», separata, p. 24. Vid también BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. «Situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho español», *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 47, 2009, pp. 393 y 409.

[193] RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. «Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales», *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4899 y 4900.

[194] Señalan FRANCO y GUILLÉN que el *quantum placuerit* es lo necesario para alimentos del hijo y dote de la hija, con arreglo a la posición de la Casa. DEL PLANO advertía que se podía «pedir lo correspondiente a las circunstancias y a la situación y estado de la Casa para su acomodo y alimentos como obligación indispensable del padre» o COSTA cuando nos traslada el sentir general de la época: se defiende «por equidad el derecho a un suplemento de legítima, en relación con la fortuna de la Casa y las circunstancias personales de cada hijo» (*Derecho consuetudinario…*, T. I, Guara, p. 153).

[195] Es por esta misma razón por la que, en palabras de LAWSON, la ambigüedad en la redacción del título habilitante de la *Inheritance Act* de 1938 que introdujo la *family provision* en el Derecho inglés fue pretendida: «el Parlamento deliberadamente dejó al arbitrio judicial si reconoce un derecho de crédito a favor del actor y a cuánto debe ascender el montante». LAWSON, F. H. *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958, p. 167.

[196] Podría servir de modelo como he puesto de relieve en BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Atemperar la rigidez»..., loc. cit., pp. 28 y ss.

precisión VALLADARES RASCÓN[197], en los que el patrimonio familiar, sumido en un cierto declive, ha quedado relegado a un segundo plano, frente a la relevancia histórica que pudiera haber tenido en otras épocas[198].

SALVADOR CODERCH proponía en una comunicación redimensionar la legítima[199] y VAQUER ALOY reducir sensiblemente la cuota y exigir ciertos requisitos a sus beneficiarios[200]; CATALAYUD SIERRA sustituirla por un derecho sucesorio de alimentos, tanto en el sistema aragonés[201] como en el Código[202], idea a la que se han sumado después y defendido otros compañeros de profesión, con fundados argumentos, entre los que destacarían MAGARIÑOS BLANCO o DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ[203]. Todos abogan por instaurar un sistema de libertad de disposición *mortis causa*, aunque atenuada mediante un derecho de esta naturaleza. Es muy probable, además, que para articular técnicamente dicha propuesta –la de una pensión de alimentos en reemplazo de la legítima material– fuera imprescindible proceder a la reforma del art. 150 para hacer esa obligación transmisible por causa de muerte al heredero[204].

---

[197] Vid. VALLADARES RASCÓN, Etelvina. «Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores-Universidad de Murcia, 2004, pp. 4893 a 4902.

[198] Se asiste a una progresiva pérdida de importancia del concepto de «Casa» frente a la época en que Martín Ballestero y Costea redactara su espléndida tesis doctoral. Cfr. VAQUER ALOY, Antoni. «Reflexiones sobre una eventual reforma…», loc. cit., p. 8.

[199] A la que yo daría un espectro de actuación más amplio, no limitado exclusivamente a las parejas de hecho. Si bien es cierto que Pablo SALVADOR es el primer autor que, en Derecho español, aventuró una propuesta tomando como modelo la Inheritance Act inglesa de 1975, no lo es menos que las circunscribió a las parejas de hecho (cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo, LLOVERAS I FERRER, Marc-Roger y SEUBA I TORREBLANCA, Carles. «Amor et caritas. La parella de fet en el Dret successori de Catalunya», *El nou Dret successori de Catalunya. Setenes Jornades de Dret català a Tossa*, PPU, Barcelona, 1994, p. 221).

[200] VAQUER ALOY, Antoni. «Reflexiones sobre una eventual reforma…», loc. cit., p. 2; y «Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance based on Lack of Family Relationship», *The Law of Succession: Testamentary Freedom: European Perspectives* (Ed. M. Anderson & E. Arroyo), Europa Law Publishing, Amsterdam, 2011, p. 89.

[201] Cfr. CALATAYUD SIERRA, Adolfo. «Las legítimas en Aragón», *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 49 a 82.

[202] CALATAYUD SIERRA, Adolfo. «Consideraciones acerca de la libertad de testar», *AAMN*, T. IX, 1995, pp. 241 a 264.

[203] MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. «La libertad de testar», *RDP*, Vol. 89, 2005, mes 5º, pp. 3 a 30 (separata Asociación de Notarios «Joaquín Costa», p. 30); DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo. «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, T. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 1116; LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2000, p. 156. Vid. p. ej. LEÑA, Rafael. «Libertad De Testar. Hacia Una Solución Justa y Equilibrada», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 22, noviembre-diciembre 2008; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Pablo. «La legítima no es intocable», *El Notario del siglo XXI*, núm. 22, noviembre-diciembre 2009; Editorial «¿Son legítimas las legítimas?», *El Notario del siglo XXI*, núm. 28, noviembre-diciembre 2009.

[204] PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Legítimas de alimentos», *Escritura Pública*, Vol. 21, may-jun. 2003, p. 13.

De hecho, la conexión entre ambas instituciones, legítima y alimentos, pese a no estar exenta de polémica[205], ha existido siempre, como pusieron de relieve MANRESA NAVARRO y ROYO MARTÍNEZ[206] y bajo nuestro Derecho foral aragonés, es más evidente si cabe, pues existe toda una pléyade de ilustres autores que, durante los siglo XVIII y XIX la defienden con ahínco por motivos idénticos, a mi juicio, a aquellos que servían antaño para tachar un testamento de inoficioso y que quizá hoy cupiera recuperar por razones no tan diferentes a las que originaron su nacimiento. No obstante, la experiencia de dos grandes civilizaciones –únicas en las que han concurrido las circunstancias socioeconómicas necesarias para practicar una libertad de testar absoluta– pone de relieve que su vigencia fue muy corta, lo que desaconsejaría su instauración en la actualidad.

La idea subyacente en los dos Derechos sujetos a este análisis histórico-comparatista, el inglés y el aragonés, y de la que cabría extraer una lección para el futuro, es que, de establecer la libertad de testar, el sucesor en todos los bienes debería asumir quizá si no como progenitor, sí como cabeza rectora de la casa, las obligaciones del difunto[207], entre ellas, cuando menos, la de proporcionar un *modus vivendi* a aquellos no favorecidos, que antaño quedaban a su cuidado y hoy continúan al del sucesor; algo que el padre ya pudo haber pagado en vida proporcionándoles un medio autónomo de ganarse el sustento: carrera, educación, aprendizaje de un oficio...[208]. Estas premisas están presentes en la *reasonable financial provision*, es muy probable que se encontraran en el auténtico espíritu de nuestros antiguos Fueros y no deberían pasarse por alto si se quiere abordar con seriedad una profunda reforma de la legítima en tiempo presente.

---

[205] Vid. la crítica de COSTA en *La libertad civil y el Congreso…*, op. cit., pp. 500 y ss.

[206] Son dos formas distintas de un solo e idéntico deber y, por consiguiente, no hay dificultad alguna en que por altas consideraciones se estime preferible al establecimiento de una legítima la obligación de los alimentos por parte del heredero durante cierto tiempo. Vid. MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. T. VI. Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 545. Las legítimas se fundan en el *officium pietatis* o deber de amor entre parientes consanguíneos, deber que se manifiesta, en vida, a través de la institución de los alimentos y *post mortem*, en las legítimas. ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, pp. 181 y 182.

[207] Se da continuidad a la casa a través de un nuevo jefe de la misma pero este ocupa la personalidad y las funciones que representó y ejerció en ella el titular desaparecido. Vid. RAMS ALBESA, Joaquín. «Libertad civil, libertad de testar, notas para su formulación», *Jornadas internacionales sobre instituciones forales vascas*, Univ. de Deusto, Bilbao, 1991, p. 108.

[208] En nuestra tierra defendió el maestro Lacruz que esa suerte de legítima alimentaria no podía ser un mero símbolo sino una cantidad de cierto valor, aunque modesta en relación con el valor de todo el patrimonio, y que habría de comprender prestaciones equivalentes al pago de una carrera, aprendizaje de un oficio, etc. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Derecho de sucesiones por causa de muerte», *BCAZ*, núm. 26, 1967, p. 148.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, Henry et al. *Essays in Anglo-Saxon Law*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004.

ALBERY, Michael. *The Inheritance (Family Provision) Act, 1938*, Sweet & Maxwell, London, 1950.

ALONSO MARTÍNEZ, Manuel. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 1ª ed., Nuñez, 1884 y 2.ª ed. (al cuidado de J. Castán Tobeñas), Editorial Plus-Ultra, Madrid, 1947.

ALONSO Y LAMBÁN, Mariano. «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, año II, jul-dic., 1954, pp. 7 a 196.

ARCO, Ricardo del. «El jurisperito Vidal de Canellas, obispo de Huesca», *Cuadernos de Historia J. Zurita*, Vol. 1, 1951, pp. 23 a 112.

ARVIZU Y GALÁRRAGA, Fernando de. «La desheredación por cinco sueldos en la Alta Edad Media de Aragón y Navarra», *Anuario de Derecho Foral (ADF)*, Tomo II, 1976-1977, pp. 65 a 77.

BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Atemperar la rigidez de la legítima», *Aranzadi Civil*, núm. 21, 2008, Vol. 21, marzo 2008, pp. 15 a 42.

— *La evolución de la libertad de testar en el «Common Law» inglés*, The Global Law Collection, Aranzadi-Thomson, El Cano (Navarra), 2011 (378 pp.).

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. «Situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿Un modelo a exportar?, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 47, 2009, pp. 203 a 466.

BEALE, Joseph Henry y BEAMES, John. *A translation of Glanville*, John Byrne & Co., Washington D.C., 1900.

BEDE, *Historia Ecclesiastica Gentis Anglorum*, Sumptibus Societatis, Londini, 1838. Accesible en abierto en la siguiente dirección web: www.archive.org

BELLOD FERNÁNDEZ PALENCIA, Elena. *El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.

— «La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el Apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales», *RDCA*, III, 1997, núm. 2, pp. 31 a 50.

— «Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional y contemporáneo aragonés», *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragonés, Zaragoza, 2000, pp. 46 a 51.

BIESA HERNÁNDEZ, María. «La legítima foral a través de la jurisprudencia», *Revista de Derecho Civil Aragonés* (*RDCA*), Vol. II, 1996, núm. 2, pp. 61 a 96.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DERECHO ARAGONÉS (BIVIDA). Accesible en abierto: www.bivida.es

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Vol. II, Garland Publishing, New York-London, 1978.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de Derecho romano* (trad. Bacci y Larrosa), 5ª ed., Reus, Madrid, 2002.

BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo. «El Derecho aragonés en el siglo XII. Apuntes y documentos», *II Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Huesca, 1920, pp. 173 a 294.

BRUNNER, Heinrich. *Historia del Derecho germánico*, 8ª ed. (al cuidado de Claudius von Schwerin y trad. por José Luis Álvarez López), Labor, Barcelona, 1936.

BUCKLAND, William Warwick & MCNAIR, Baron Arnold Duncan. *Roman Law & Common Law: a Comparison in Outline*, 1st ed., 1936; 2nd ed., The Cambridge University Press, Cambridge, 1952.

CAENEGEM, Raoul van. *The Birth of the English Common Law,* 1st ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2nd ed., 1988.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo. «Las legítimas en Aragón», *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 47 a 94.

— «Consideraciones acerca de la libertad de testar», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado (AAMN)*, T. IX, 1995, pp. 241 a 264.

CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. Luis Díez- Picazo), Tecnos, Madrid, 1974.

CASTELEIN, Christoph et al. *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009.

CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín. «De la legítima», *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (Coord. J. Delgado), Librería Gerneral, Zaragoza, 1999, pp. 139 a 152.

CHARLESWORTH, Stephanie; TURNER, J. Neville & FOREMAN, Lynne. *Disrupted families: the Law*, The Federation Press, Leichhardt, NSW, 2000.

CLARK, Charles & FINNELLY, William. *The House of Lords Cases on Appeals and Writs of Error, Claims of Peerage, and Divorces: during the sessions 1847 [-1866]*, Vol. 7, Little, Brown and Company, London, 1871.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. T. I. *Derecho común más antiguo*, Fundación Cultural del Notariado, D. L., Madrid, 1996.

COKE, Edward Sir. *The First Part of the Institutes of the Laws of England, or, A Commentary upon Littleton*, Johnson, Warner & Samuel R. Fisher, Philadelphia, 1812.

COOPER, Thomas y HARRIS, George. *The Institutes of Justinian*, Voorhies, New York, 1852.

COSTA MARTÍNEZ, Joaquín. *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses* (Intro. J. Delgado), Guara Editorial, Zaragoza, 1981.

— *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (Intro. L. Martín Retortillo). T. I. Guara Editorial, Zaragoza, 1981.

COVENTRY, Thomas. *On Conveyancers' Evidence*, J. & W. T. Clarke, London, 1832.

CRETNEY, Stephen Michael. *Elements of Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1990.

— *Family Law in the Twentieth Century: a History*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel. «De la sucesión paccionada», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. 3º (Dir. J. L. Berdejo y J. Delgado), Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 261 a 352.

CROUCHER, Rosalind F. *Families and Estates: A Comparative Study*, International Academy of Estate and Trust Law, Annual Conference in Rome, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

CRUISE, William. *A Digest of the Laws of England respecting Real Property*, Vol. 1-2, Collins & Hannay, New Cork, 1827.

DAINOW, Joseph. «Restricted Testation in New Zealand, Australia and Canada», *Michigan Law Review*, Vol. 36, núm. 7, (May, 1938), pp. 1107 a 1130.

— «Limitations of Testamentary Freedom in England», *Cornell Law Quarterly*, Vol. 25, 1940, pp. 337 y ss.

DAVIES, James B. *Personal Wealth from a Global Perspective*, Oxford University Press, Oxford- New York, 2008.

DE GEX, John Peter & MACNAGHTEN, Steuart et al. *Reports of Cases Heard and Determined by the Lord Chancellor, and the Court of Appeal in Chancery [1851-1857]*, Vol. 2, Little, Brown and Company, 1871.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Joaquín Costa y el Derecho aragonés (libertad civil, costumbre y codificación)*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1978.

— «El «desafillamiento» en el Derecho aragonés», *Revista de Derecho Civil Aragonés* (*RDCA*), VII-VIII, 2001-2002, pp. 23 a 46.

— «El Vidal Mayor», Don Vidal de Canellas y los Fueros de Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés* (*RDCA*), XIV, 2009, pp. 11 a 21.

DURÁN Y BAS, Manuel. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña: escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4ª. del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883.

EPSTEIN, Edwin M. «Testamentary Capacity, Reasonableness and Family Maintenance: A Proposal for Meaningful Reform», *Temple Law Review*, Vol. 35, núm. 3, Spring 1962, pp. 231 y ss.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la. «Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, T. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1097 a 1116.

FALKER, Michael. «A Case against Admitting into Evidence the Dispositive Elements of a Will in a Contest Based on Testamentary Incapacity», *Connecticut Law Review*, Vol. 2, 1969-1970, pp. 616 y ss.

FINCH, Janet. *Wills, Inheritance, and Families*, Oxford University Press, New York, 1996.

FISHER, Richard Trott. «The History of Testamentary Power», en *An Act for the Amendment of the Law with respect to Wills (1 Vict. c. 26.)*, Saunders & Benning, London, 1837.

FRANCO Y LÓPEZ, Luis. *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo á lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de Febrero de 1880*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886.

FRANCO Y LÓPEZ, Luis y GUILLÉN Y CARABANTES, Felipe. *Instituciones de Derecho civil aragonés*, edición facsimilar de la Institución «Fernando el Católico» (Exma. Diputación de Zaragoza), Zaragoza, 1841-2000.

FROLIK, Lawrence A. «The strange interplay of testamentary capacity and the doctrine of undue influence: are we protecting older testators or overriding individual preferences?», *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 24, núm. 2-3, March-June 2001, pp. 253 a 266.

FUENTE Y PERTEGAZ, Pedro de la. «La distribución de la legítima en Aragón. Concurrencia y prelación de retractos», *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1942, pp. 83 a 86.

FUENTE PERTEGAZ, Vicente de la. *Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón. Período constituyente*, Impr. de M. Tello, Madrid, 1885.

GARCÍA AMIGÓ, Manuel. «De las legítimas», *Comentarios al Código civil*, T. XXXIV. Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 3 a 10.

GARCÍA-ATANCE, Mauricio. «Libertad de testar y legítimas en Aragón», Comentarios de prensa sobre la Compilación de 1967, *Anuario de Derecho Aragonés* (*ADA*), XIII, 1965, 1966 y 1967, pp. 445 a 447.

GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, al cuidado del Prof. Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974.

GIL NOGUERAS, Luis Alberto. «De la legítima», *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 545 a 635.

GIMÉNEZ VILLAR, Fernando. «Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado», *Revista de Derecho Civil Aragonés* (*RDCA)*, V, 1999, núm. 2, pp. 233 a 235.

GLENDON, Mary Ann. «Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law», *Tulane Law Review*, Vol. 60, 1985-1986, pp. 1165 a 1197.

— *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States*, The University of Chicago, Chicago-London, 1989 (rep. 1996).

GREEN, Kate. «The Englishwoman's Castle. Inheritance and Private Property Today», *The Modern Law Review*, Vol. 51, No. 2, (Mar., 1988), pp. 187 a 209.

GUEST, A. G. «Family Provision and the Legitima Portio», *The Law Quarterly Review*, Vol. 73, Stevens and Sons, 1957, pp. 73 y ss.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Pablo. «La legítima no es intocable», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 22, noviembre-diciembre 2009.

GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law. An introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge Universtity Press, Cambridge, 1946.

GROOT, John K. de y NICKEL, Bruce W. *Family Provision in Australia*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths, Australia, 2007.

GZELL, Ian V., «Family Provision», «Contesting Testamentary Instruments and Intestacies in Australia and New Zealand», *Families and Estates: a Comparative Study, International Academy of Estate and Trust Law. Annual Conference* (Ed. Rosalind Frances Croucher), Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 203 a 222.

HALLIFAX, Samuel. *An Analysis of the Roman Civil Law: in which a comparison is, occasionally, made between the Roman law and those of England*, 2nd ed., Cambridge, 1775.

HANBURY, Harold Greville. *Modern Equity: the Principles of Equity*, 4th ed., Stevens and Sons Limited, London, 1946.

HARE, Thomas. *Reports of Cases Adjudged in the High Court of Chancery*, Vol. 2, Maxwell & Son, London, 1844.

HASKINS, George L. «The Development of Common Law Dower», *Harvard Law Review*, Vol. 62, 1948-1949, pp. 42 y ss.

HOLDSWORTH, William Searle. *A History of English Law*. Vol. II, Methuen & Co. Sweet & Maxwell, London, 5th impression, 2003.

— *An Historical Introduction to the Land Law*, The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004.

HERRERA BRAVO, Ramón. *El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007.

HELMHOLZ, Richard H. «Legitim in the English Legal History», *University of Illinois Law Review*, 1984, pp. 659 a 674; y en *Canon Law and the Law of England*, Hambledon & London, London, 1987, pp. 258 y ss.

— *The Ius Commune in England: Four Studies*, Oxford University Press, New York, 2001.

HUMPHREY, Alun, MORRELL, Gareth, MILLS, Lisa, DOUGLAS, Gillian and WOODWARD, Hilary. *Inheritance and the Family: Attitudes to Will-Making and Intestacy* (August 16, 2010). National Centre for Social Research Working Paper. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1677869

JORDÁN DE ASSÓ Y DEL RÍO, Ignacio y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de. *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Imp. de Ramón Ruiz, Madrid, 1792.

KENT, James y COMSTOCK, George Franklin. *Commentaries on American law*, Vol. 1, Little, Brown & Co., Boston, 1866.

KIRALFY, Albert Kenneth Roland. *Comparative Law of Matrimonial Property*, Sijthoff International Publishing Co., Leiden (Netherlands), 1971.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Derecho de sucesiones por causa de muerte (De la legítima. De la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión)», *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza* (*BCAZ*), núm. 26, 1967, pp. 145 a 194.

— «Las legítimas en la Compilación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (*RCDI*). año XLIV, núm. 465, 1968, pp. 505 a 540.

LALINDE ABADÍA, Jesús. *Derecho histórico español*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1983.

— «Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa», *Anuario de Historia del Derecho Español* (*AHDE*), núm. 55, 1985, pp. 333 a 387.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. «Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea», *La protección de las personas mayores* (Coord. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 363 a 383.

LAUBE, Herbert D. «Right of a Testator to Pauperize His Helpless Dependents», *Cornell Law Quarterly*, Vol. 13, 1927-1928, pp. 559 y ss.

LAUFER, Joseph. «Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation», *Harvard Law Review*, Vol. 69, núm. 2 (Dec., 1955), pp. 277 a 314.

LAWSON, F. H. *Introduction to the Law of Property*, Clarendon Press, Oxford, 1958.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales* (Coord. R. Martínez Díe), Civitas, Madrid, 2000, pp. 149 a 218.

— «Libertad de Testar. Hacia una solución justa y equilibrada», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 22, noviembre-diciembre 2008.

LESLIE, Melanie B. «The Myth of Testamentary Freedom», *Arizona Law Review*, Vol. 38, 1996, pp. 235 y ss.

LOEB, Isidor. *The Legal Property Relations of Married Parties: A Study in Comparative Legislation,* The Lawbook Exchange, Clark (New Jersey), 2004.

LORENTE SANZ, José. «Dictamen (sobre Derecho de sucesiones)», *Anuario de Derecho Aragonés* (*ADA*), XII, 1963-64, pp. 379 a 391.

LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio. *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Animadversiones theorico-practicae juxta foros aragonum in IV libros Institutionum iuris imperatoris Iustiniani*, Emmanuelem Roman, 1703.

MACKENZIE, Lord. *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, 2nd ed., William Blackwood, Edinburgh-London, 1865.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. «La libertad de testar», *Revista de Derecho Privado* (*RDP*), Vol. 89, 2005, mes 5º, pp. 3 a 30 (consultada mediante separata de la Ponencia en las Jornadas de la Asociación de Notarios «Joaquín Costa»).

MAINE, H. S. *Village Communities in the East and West with other Lectures*, Addresses and Essays, 3rd ed., Henry Holt & Co., New York, 1880.

MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español.* T. VI. Editorial Reus, Madrid, 1932.

MARTÍNEZ, Manuel Silvestre. *Librería de Jueces*, T. II, Imp. de Blas Román, Madrid, 1774.

MARTÓN Y GAVÍN, Joaquín y SANTAPAU Y CARDOS, Francisco. *Fueros correspondientes á los diversos tratados que contiene el tomo primero. Vertidos del latín al castellano por los autores del Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la Legislación de Castilla*, Imp. de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis. *La Casa en el Derecho aragonés*, Artes Gráficas E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1944.

MARTYN, John G. Ross. *Family Provision: Law and Practice*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, London, 1985.

MARTYN, John Ross & CADDICK, Nicholas. *Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Sweet & Maxwell, London, 2008.

MAYR, Robert von. *Historia del Derecho romano* (trad. Wenceslao Roces). T. I, 2ª ed., Labor, Barcelona, 1930.

MCCULLOCH, John Ramsay. *A Treatise on the Succession to Property Vacant by Death*, Longman, Brown & Green, London, 1848.

MCKNIGHT, Joseph W. «Spanish Legitim in the United States-Its Survival and Decline», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, núm. 1 (Winter, 1996), pp. 75 a 107.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. «La preterición», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Coord. Antonio Cabanillas Sánchez), T. 4. *Derecho civil. Derecho de sucesiones. Otras materias*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 5339 a 5390.

MOBERLY, George Herbert. «Introduction», en SAINT BEDE (the Venerable), *Venerabilis Baedae Historia ecclesiastica gentis Anglorum*, Oxford University Press, Oxford, 1869.

MOLINO, Miguel del. *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Caesaraugustae, 1585.

MOREU BALLONGA, José Luis. «El sistema legitimario en la Lay aragonesa de sucesiones Foro de Derecho Aragonés», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 149 a 417.

NADARAJA, Tambyah. *The Legal System of Ceylon in its Historical Setting*, E. J. Brill, Leiden (Netherlands), 1972.

NIMKOFF, Meyer Francis. *Comparative Family Systems*, Houghton Mifflin, 1965.

ORTEGA SAN ÍÑIGO, Julio. «Las sustituciones en Aragón», *Primera Semana de Derecho Aragonés,* Jaca, 1942, pp. 47 a 52.

OTTO Y CRESPO, Nicolás de. «Cuantía de la legítima de los hijos en Aragón», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (*RGLJ*), T. XXIX, 1866, pp. 281 a 286.

OUGHTON, R. D. *Tyler's Family Provision*, 2nd ed, Professional Books, London, 1984.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Legítimas de alimentos», *Escritura Pública*, Vol. 21, may-jun. 2003, p. 13.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 13, 2009, pp. 481 a 554.

PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho privado germánico* (trad. Carlos Melón Infante), Bosch, Barcelona, 1957.

PLANO, Juan Francisco del. *Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza*, Imprenta de A. R. Calleja, Madrid, 1842.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., Little, Brown and Company, Boston, 1956.

POLLOCK, Frederick y MAITLAND, Frederic William. *The History of English Law before the time of Edward I*, 2nd ed., Vol. I, Cambridge: at the University Press, 1968.

PORTOLÉS, Jerónimo. *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, Laurentii & Didaci Robles fratum, Zaragoza, 1587.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», *Anuario de Historia del Derecho Español* (*AHDE*), T. XXXVI, 1966, pp. 189 a 255.

RABASA, Óscar. *El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law* (Prólogo S. Urbina), Fondo de Cultura Económica, México, 1944.

RABEL, Ernst. *The Conflict of Laws: a Comparative Study*, Vol. 4, Univ. of Michigan Law School, 1960.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. «Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (Coord. A. Cabanillas Sánchez). T. III, Madrid, 2002, pp. 4887 a 4900.

RAMS ALBESA, Joaquín José. «Libertad civil, libertad de testar (Notas para su formulación)», *Jornadas internacionales sobre instituciones civiles vascas* (Coord. Mª. González y J. de Churruca Arellano), Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 108 a 127.

RHEINSTEIN, Max. *The Law of Decedents' Estates: intestacy, wills, probate, and administration; text, cases, and other materials*, 2nd ed., Bobbs-Merrill, Illinois, 1955.

RHEINSTEIN, Max & GLENDON, Mary Ann. *International Enclycopedia of Comparative Law*. Vol. IV. *Persons and Family*. Cap. IV. *Interspousal Relations*.

RICO GAMBARTE, José Javier. «Alimentos como suplemento de legítima», *Anuario de Derecho Aragonés* (*ADA*), VI, 51-52, pp. 221 a 236.

ROUGEAU, Vincent D. «No Bonds but Those Freely Chosen: An Obituary for the Principle of Forced Heirship in American Law», Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper núm. 09-18, *Civil Law Commentaries*, Vol. 1, núm. 3, Winter 2008, http://ssrn.com/abstract=1396678

ROYO MARTÍNEZ, Miguel. *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.

SALVADOR CODERCH, Pablo, LLOVERAS I FERRER, Marc-Roger y SEUBA I TORREBLANCA, Carles. «Amor et caritas. La parella de fet en el Dret successori de Catalunya», *El nou Dret successori de Catalunya. Setenes Jornades de Dret català a Tossa. 24-26 de setembre de 1992*, Univeristat de Girona-Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1994, pp. 207 a 223.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «La legítima», *Manual de Derecho civil aragonés* (Dir. Jesús Delgado y Coord. M.ª Ángeles Parra), 1ª ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 567 a 601.

SAUNDERS, Edmund y WILLIAMS, John. *The Reports of the Most Learned Sir Edmund Saunders of Several Pleadings and Cases in the Court of King's Bench*, Vol. 2. Part I, Joseph Butterworth and Son, London, 1824.

SCHAUL-YODER, Richard. «British Inheritance Legislation: Discretionary Distribution at Death», *Boston College of International & Comparative Law Review*, 1985, pp. 205 a 236.

SEAGLE, William. *The Quest for Law*, A. A. Knopf, 1941.

— *The History of Law*, Tudor Pub. Co., 1946.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La legítima en Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés* (*RDCA*), XVI, 2010, pp. 67 a 114.

— «La legítima en Aragón», *Tratado de Derecho de sucesiones* (Dir. Mª Carmen Gete-Alonso), T. II, Civitas, Madrid, 2011, pp. 1959 a 2027.

SHARPE, Reginald Robinson. 'Introduction', *Calendar of Wills proved and enrolled in the Court of Husting, London: Part 1: AD 1258-1358*, J.C. Francis, 1889.

SHELDON AMOS, Maurice. «The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations», *The Future of the Common Law*, Harvard University Press, 1937; y en *Harvard Law Review*, Vol. 50, jun. 1937, núm. 8, pp. 1249 a 1274.

SESSÉ Y PIÑOL, José de. *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Justitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium*, Ioam de Larumbe, 1611-1624.

SHEEHAN, Michael. *The Will in Medieval England. From the Conversion of the Anglo-Saxons to the End of the Thirteenth Century*, Pontifical Institute of Medieval Studies, Toronto, 1963.

SHERMAN, Charles Phineas. *Roman Law in the Modern World,* F.B. Rothman, Littleton (Colorado), 1993.

SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis. *Derecho sucesorio comparado: conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1968.

SOMNER, William (1598-1669). *A Treatise of Gavelkind, both name and thing*, F. Gyles, J. Woodman, D. Lyon and C. Davis, London, 1726.

SPENCE, George. *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, V. and R. Stevens and G. S. Norton, 1849.

SPRING, Eileen. *Law, Land, & Family. Aristocratic Inheritance in England, 1300 to 1800*, University of North Carolina Press, Chapell Hill & London, 1993.

STEIN, Peter G. *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. Existe traducción española: *El Derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica* (prólogo de Juan Pablo Fusi), Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.

STEPHEN, James. *New Commentaries on the Laws of England: (partly founded on Blackstone). In four volumes*, 4th ed., Vol. II, Butterworths, London, 1858.

STEPHENS, Aubrey Counsell. *The Law relating to Testator's Family Maintenance in New Zealand*, Butterworth, Wellington, 1934.

THOMSON, Richard. *An Historical Essay on the Magna Charta of King John*, John Major, London, 1829.

TILLARD, Laurence. *Family Inheritance*, The Thames Bank Publishing Co. Ltd., London, 1950.

UNGER, J. «The Inheritance Act and the Family», *The Modern Law Review*, Vol. 6, núm.. 4, (Dec., 1943), pp. 215 a 228.

VAQUER ALOY, Antoni. «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, jul. 2007.

— «Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance based on Lack of Family Relationship», *The Law of Succession: Testamentary Freedom: European Perspectives* (Ed. M. Anderson & E. Arroyo), Europa Law Publishing, Amsterdam, 2011, pp. 89 a 104.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina. «Por una reforma del sistema sucesorio del Código civil», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (Coord. J. M. González Porras y F. P. Méndez González), T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 4893 a 4902.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. «Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar», *Anuario de Derecho Civil* (*ADC*), T. XIX, 1966, fascículo I, pp. 3 a 44.

— «Clasificación de los sistemas legitimarios», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (*RGLJ*), 1968, pp. 812 y ss.

— *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las Legítimas*. T. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.

— *Panorama del Derecho de sucesiones*, T. I. *Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1982.

— «Restricciones a la libertad testamentaria. La sucesión forzosa o necesaria», CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. VI. Vol. 2º, 8ª ed., Reus, Madrid, 1979, pp. 479 a 698.

VIDIELLA Y JASSÁ, Santiago. «De la legítima de descendientes en Aragón», *Revista de Derecho Privado* (*RDP*), T. V, 15 mayo 1918, pp. 137 a 149.

WEBER, Max. «Sociology of Law», *Economy and Society: an Outline of Interpretive Sociology*, Vol. 1, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1978.

— *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, 17ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Sucursal para España, México-Madrid, 2008.

WESENBERG, Gerhard & WESENER, Gunter. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (trad. J. J. De los Mozos Touya), Lex Nova, Valladolid, 1998.

WEST, Martin John. *Reports of Cases Argued and Determined in the High Court of Chancery*, Butterwoths, London, 1827.

WILLIAMS, Edward Vaughan y FISH, Asa Israel. *A Treatise on the Law of Executors and Administrators*, Kay & Brother, Philadelphia, 1858.

WOERNER, John Gabriel. *Treatise on the American Law of Administration*, 2nd ed., Little, Brown, Boston, 1899.

WOODBINE, George E. *Bracton de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, T. II, Yale University Press-Oxford University Press, London, 1922.

ZOPPINI, Andrea. *Le successioni in Diritto comparato*, Unione Tripografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 2002.

LAS RELACIONES DE VECINDAD EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LUCES Y SOMBRAS

Jesús Sanagustín Sánchez
Secretario-interventor de Administración Local
Letrado Asesor Diputación Provincial de Huesca

RESUMEN

Este artículo pretende analizar parcialmente la vigente regulación de las relaciones de vecindad en el Código del Derecho Foral de Aragón. Se centra en el examen de las disposiciones generales, con reconocimiento de lo positivo de su instauración, para desarrollar su crítica sobre aquellos aspectos, a su juicio, menos afortunados. En primer lugar critica la supresión, en el procedimiento parlamentario de aprobación de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial, del artículo 3 del anteproyecto, referido al uso inocuo de la posesión ajena. Dicha supresión desvirtúa el sistema de reglas generales planteado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y, en concreto, la unión del derecho histórico con el reconocimiento de los modernos límites del derecho de propiedad plasmados en el abuso de derecho y la prohibición de su uso antisocial. Asimismo, partiendo de la concreta antinomia detectada entre el art. 545.1 CDFA y el punto 6.3 de las vigentes Normas Subsidiarias y Complementarias de la provincia de Huesca, se inclina por la prevalencia actual de la norma foral sobre la urbanística, al tiempo que lamenta la falta de previsión y coordinación del legislador aragonés que se traduce en la incoherencia de su ordenamiento jurídico.

Palabras clave: relaciones de vecindad, disposiciones generales, uso inocuo, distancia a linderos, antinomia, conflicto ley civil y derecho urbanístico.

ABSTRACT

This article purports to partially analyse the current regulation on neighbourly relations in the Regional Code of Law of Aragon. It focuses on the examina-

tion of general provisions, recognising that their establishment has been positive, to develop its criticism on those aspects, in its opinion, that are not so fortunate. Firstly, it criticises the suppression, in the parliamentary approval procedure of Law 8/2010 on Civil Equity Law, of article 3 of the preliminary draft, referring to the safe use of another's property. This suppression distorts the general rule system proposed by the Aragonese Civil Law Commission, and more specifically, the union of the historical right with the acknowledgement of the modern limits of ownership rights expressed in the abuse of rights and the prohibition of their antisocial use. In addition, based on the specific antinomy detected between art. 454.1 CDFA (Regional Code of Law of Aragon) and point 6.3 of the current Subsidiary and Complementary Rules of the province of Huesca, it inclines towards the current prevalence of the regional rule over the urban planning rule, at the same time as it regrets the lack of foresight and coordination of the Aragonese legislation, which translates into the inconsistency of its legal order.

Keywords: Neighbourly relations, general provisions, safe use, distance to boundaries, antinomy, civil law conflict and urban planning law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RELACIONES DE VECINDAD: 1. Concepto. 2. La regulación foral o autonómica. III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: 1. Introducción. 2. Las Disposiciones Generales. 2.1. *Relaciones de vecindad.* 2.2. *Del uso adecuado de los inmuebles o sitios.* 2.3. *Del uso inocuo de la posesión ajena (De lo que pudo ser y no fue)*. IV.LA INCIDENCIA EN EL DERECHO URBANÍSTICO ARAGONES DE LA LEGISLACIÓN CIVIL ARAGONESA SOBRE RELACIONES DE VECINDAD: 1. Introducción. 2. El conflicto normativo: La antinomia. 3. Las soluciones. 3.1. *La prevalencia de la Compilación.* 3.2. *La prevalencia de la normativa urbanística.* 3.3. *La cuestión tras la Ley 8/2010.* 4. De lege ferenda.

I. INTRODUCCIÓN

Expresaba en 1985 el catedrático de derecho público Antonio Embid Irujo[1], relevante jurista y, entonces, Presidente de las Cortes de Aragón:

> «El derecho aragonés es de base popular, no una creación especulativa y racional de juristas teóricos sino reflejo de unas relaciones sociales determinadas y de la consiguiente respuesta jurídica. Sólo el grado de vigencia real de nuestro Derecho, la observación de sus problemas de aplicación y la reflexión sobre las posibles vías de reforma, deben abrir la puerta a nuevas experiencias legislativas

[1] Embid Irujo, Antonio (1985). Prólogo a la *Compilación del Derecho civil de Aragón*, editada por la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, p. 7.

> en este terreno. Comienza, por tanto, en este momento un período quizá menos brillante pero, sin duda, más fructífero. Los aragoneses deberán conocer de su Derecho y usarlo, y sólo sus pretensiones posibilitarán nuevas regulaciones.»

Veinticinco años después, la entrada en vigor, el 23 de abril de 2011, del Código del Derecho Foral de Aragón[2] (en adelante CDFA), nos posibilita comprobar, en el concreto supuesto que nos ocupa –las relaciones de vecindad– en qué ha quedado nuestro derecho histórico, cómo responde la legislación aragonesa vigente a los problemas nacidos de las relaciones sociales de nuestro tiempo, en qué han parado –qué han parido– las reflexiones de nuestra doctrina y tribunales y, de *lege ferenda*, cuáles son o pueden ser las nuevas reflexiones y respuestas que se demandan por los ciudadanos.

Antes de entrar en faena más concreta, y al hilo del título de este trabajo donde, por entenderlo más fructífero, pretendo centrarme en las que entiendo «sombras», quisiera precisar que, en mi opinión, la regulación sobre relaciones de vecindad entre patrimonios contenida en el CDFA cuenta con abundantes y mayoritarias «luces». La primera y esencial de ellas es que se muestra como una normativa digna heredera de la Compilación y, con ello, del derecho histórico aragonés. Ha escrito Pacheco Caballero[3]:

> «Los antiguos juristas aragoneses parecían tener más clara la diferencia entre la inmisiones que todo propietario debe tolerar en su predio, por fuero o por imposición legal o que el vecino realiza *iure propietatis*, constituyendo por tanto el régimen normal de las relaciones de vecindad, y las inmisiones que un propietario debe tolerar en su predio *iure servitutis*. El afán, quizá consecuencia del empleo de la bastarda categoría de las *servidumbres legales*, propia de la codificación, por llenar la materia de las servidumbres a base de la disciplina de lo que históricamente no lo eran, ocasionó las discusiones, con las que la *Compilación* de 1967 parece haber acabado, no ya en torno a un problema de calificación jurídica, sino en torno al alcance de los derechos de los distintos propietarios y en torno a las formas de adquisición o extinción.»

Estas palabras, y su reconocimiento al esfuerzo de depuración de la Compilación de 1967, bien pueden hoy aplicarse y extenderse a la nueva regulación del CDFA de 2011, que cumple con la doble previsión constitucional de conservar el derecho histórico al tiempo que lo desarrolla para la mejor comprensión y aplicación de sus principios. En especial resulta positiva la claridad y articulación técnica de los textos, con particular elogio del contenido de las normas generales, comprensivas, a mi juicio, de riqueza de conceptos y fuerza expansiva, así como el tratamiento de la pared medianera y el detalle, con incorporación de las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales modernas, del régimen normal de luces y vistas.

---

[2] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

[3] Pacheco Caballero, Francisco Luis (2009). «Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el Derecho Aragonés, 1247-1967 (Legislación, práctica, doctrina)» O. Col. *Historia de la propiedad. Servidumbres y Limitaciones del Dominio.*Ed. Fundación Registral, p. 328.

Entre las, a mi juicio, sombras, que expondré con amplitud, las dos renuncias que, el legislador en ambos casos, y la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en uno, asumieron en la redacción y aprobación de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial (en adelante LDCP), de la que trae causa íntegra la regulación en este tema del CDFA. Una, la renuncia, por eliminación en el trámite procedimental del proyecto de ley, a la plasmación legal del «ius usus inocui». Otra, la renuncia a coordinar derecho civil propio y derecho urbanístico propio en el régimen de relaciones de vecindad, con la consecuente merma de la unidad del ordenamiento aragonés y la seguridad jurídica.

II. LAS RELACIONES DE VECINDAD

1. Concepto

Las denominadas relaciones patrimoniales de vecindad hacen referencia a la interrelación entre un fenómeno físico, la contigüidad de inmuebles, y otro jurídico, la propiedad. Pues bien, las normas sobre relaciones de vecindad son aquellas reglas legales que instrumentan esas restricciones del dominio impuestas necesariamente por la existencia de otros dominios. Suponen un primer distanciamiento, localizado en el campo del derecho privado, del tradicional concepto del dominio –*plena in re potestas*– como potestad o facultad absoluta, para tratar de superar la propia contradicción interna de esa posición absoluta y maximalista[4].

El concepto plantea dificultades para su delimitación y ha interesado a la doctrina. Según Álvarez Caperochipi (1986)[5], la relación de vecindad se puede definir como *el modo, ejercicio y límites del derecho de propiedad en su relación con los fundos vecinos (…),* si lo centramos en el estatuto del propietario o, si acentuamos el elemento de interdependencia de fincas, como *los condicionamientos que la interdependencia de fincas impone al ejercicio del derecho de propiedad.* Como elemento común a ambas perspectivas resalta (…) *la configuración del derecho de propiedad en atención al debido respeto de la propiedad contigua.* No obstante debe precisarse que las relaciones de vecindad afectan y regulan no sólo a los propietarios sino a los titulares de cualesquiera derechos reales o personales sobre las fincas, e incluso cabe imaginar, como veremos en el tratamiento del *ius usus inocui*, que sean sujetos de esas relaciones cualesquiera personas. Hernández

---

[4] «Si toda violación de la propiedad, sin distinción ni determinación más precisa, se llama robo, ¿no será robo toda propiedad privada? ¿Es que acaso, debido a mi propiedad privada, no excluyo a cualquier tercero de esta propiedad? ¿No lesiono yo con ello su derecho de propiedad? *Los debates sobre la Ley acerca del robo de leña*, en marx, k., En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana. 1842-1843, Fernando Torres Editor, Valencia, 1983, traducción de Juan Luis Vermal, p. 207.

[5] Alvarez Caperochipi, José Antonio (1986). *Curso de derechos reales. Propiedad y Posesión.* Tomo I. Editorial Civitas S. A., Madrid.

GIL[6] define el derecho de vecindad como el *conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios vecinos*. Para ARGUDO PÉRIZ[7] las relaciones de vecindad son restricciones internas de la propiedad inmobiliaria que forman parte del contenido normal del derecho de propiedad, definición de la que parte para distinguirlas de las servidumbres, citando este autor esa misma posición en SANCHO REBULLIDA, pues estas relaciones (…) *se establecen con carácter general, igualitario y recíproco, no suponen ventaja para un propietario y obligación para otro, no originan derecho a indemnización, y no pueden extinguirse por prescripción; mientras que las servidumbres suponen una limitación anormal y extrínseca del dominio ajeno, constituyen un derecho real limitado con un predio dominante y otro sirviente, pueden originar un derecho a la indemnización y también extinguirse por prescripción*.

BERNARD MAINAR[8] añade a estas consideraciones, definitorias de las relaciones de vecindad por contraposición a las servidumbres, que las limitaciones de dominio gozan de exención de prueba de existencia, mientras que las servidumbres han de probarse dado el principio general de libertad de cargas de los fundos, así como que la limitaciones de dominio son oponibles frente a terceros sin precisar inscripción en el Registro de la Propiedad. Este autor destaca, asimismo, cómo las servidumbres generan una relación real entre los propietarios de los predios, mientras las relaciones de vecindad se asientan en el campo de las obligaciones. En esta misma línea de definición de las relaciones de vecindad –como límites o limitaciones al dominio que, por contraposición a las servidumbres, se integran en el contenido mismo del derecho, de tal manera que no constituyen un derecho autónomo sino una facultad inherente al mismo–, se sitúan autores como LACRUZ BERDEJO[9], LECIÑENA IBARRA[10] y otros. No obstante, aún minoritarias, existen posiciones doctrinales que relativizan la distinción, como VILLÉN SALTO[11] para quien:

> «En el fondo el debate dialéctico que enfrenta la idea de servidumbre legal con la de límite legal del dominio, no es más que una cuestión de enfoque metodológico. Por regla general, en los Códigos decimonónicos subyace la idea, derivada del ius commune de que toda limitación a la libertad natural del dominio constituye una anómala excepción a la regla general que afirma dicha libertad. En cambio, en los textos más recientes, caso del italiano de 1942, el criterio metodológico es radicalmente diferente, puesto que en el ámbito de las

---

[6] HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Las Relaciones de vecindad en el Código Civil*. Madrid, 1985.

[7] ARGUDO PÉRIZ, José Luis. *El Derecho de Bienes en la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Manual de Derecho Civil Aragonés*, 3ª Edic. El Justicia de Aragón. Zaragoza, p. 670.

[8] BERNARD MAINARD, Rafael (1999). *Régimen Jurídico de Luces y Vistas en el Derecho Civil Aragonés*. RDCA. 1999 V (núm. 2). Zaragoza, pp 253, 254.

[9] LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros (2008). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales. Vol. I Posesión y propiedad*. Editorial Dykinson. Madrid.

[10] LECIÑENA IBARRA, Ascensión (2006). *Código Civil y Planeamiento Urbanístico en la actual ordenación de luces y vistas*. Editorial Tirant lo blanch. Valencia.

[11] VILLEN SALTO, Gregorio (2004). *Limitaciones del dominio sobre luces y vistas*. Editorial Comares. Granada, p.72.

> relaciones de vecindad se adopta un modelo de propiedad esencialmente limitada. Es lógico suponer que, en ese esquema, el límite venga a sustituir a la servidumbre como instrumento técnico de composición de los conflictos intervecinales.»

Sin embargo esta interpretación no acaba de explicar cómo es que las legislaciones forales, apoyadas en un derecho histórico anterior a los Códigos decimonónicos, utilizan la categoría conceptual de las relaciones de vecindad separándolas claramente de las servidumbres. Parece que el modelo de propiedad esencialmente limitada por la vecindad cuenta con su propia tradición previa a los Códigos modernos.

Por su parte, la Jurisprudencia ha acogido la categoría dogmática de las relaciones de vecindad, límites o limitaciones integrantes de la configuración jurídica real de las fincas, tanto cuando en el proceso se deba aplicar la ley civil foral (por todas STS de 30 de octubre de 1983, RJ 1983 5847), como cuando sea de aplicación el Código Civil español, con independencia de que dicho Código las contemple como servidumbres legales. Puede observarse esto último, entre otras, en la SSTS 16 de diciembre de 1997 (Ar.6406), 24 de diciembre de 2003 (RJ 2004 140), o 18 de julio de 1997 (RJ 1997 6019).

2. La regulación foral o autonómica

Los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas con competencia sobre derecho civil propio han regulado, en mayor o menor medida, las denominadas relaciones de vecindad. Como es sabido, la pluralidad de ordenamientos civiles territoriales en España encuentra hoy su cobertura, justificación y legitimidad en la Constitución Española de 1978. Hoy, por encima de su innegable tradición y lo dispuesto en el art. 13 del Cc., el derecho civil autonómico o foral lo es por voluntad del art. 149.1.8º de la Constitución[12], precepto del que deriva asimismo su posición en el sistema de fuentes del derecho español. Tal y como expresa la profesora Bayod López:

> «La Constitución española rompe con los principios de jerarquía y posterioridad que antes se imponían como medio de relación entre el Código Civil y los Derechos forales. La relación que ahora establece el texto constitucional se basa en el principio de competencia, y por tanto en la igualdad entre todos los ordenamientos civiles españoles.»[13]

La recepción de este artículo constitucional por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades «forales» (Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y

---

[12] La relación de la competencia sobre el derecho civil propio con la Disposición adicional 1ª CE se rechaza por el Tribunal Constitucional y la mayoría de la doctrina. No así Jesús Delgado Echeverría (1994). «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil.» *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 4, pp. 375 y 376, quien realiza algunas reflexiones que matizan esa interpretación mayoritaria.

[13] Bayod López, Mª del Carmen (1988) «Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés». *VIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés. Actas.* Ed. El Justicia de Aragón, p. 61.

Baleares) que, sin excepción, han asumido la competencia exclusiva sobre su derecho civil, ha venido a plasmar en el Estado democrático esa pluralidad de ordenamientos civiles, con los rasgos competenciales diferenciadores sobre las antiguas Compilaciones que acabo de resaltar, y sin perjuicio de la reserva estatal.

En todo caso, y sin entrar en las distintas posiciones doctrinales y del Tribunal Constitucional en torno a la amplitud de la potestad normativa autonómica y los efectos de la cláusula de reserva a favor del Estado que contiene el propio artículo 149.1.8ª[14], una vez asumida la competencia por las Comunidades Autónomas y ejercida por sus parlamentos la competencia legislativa en la materia, el derecho civil así creado, dentro de su ámbito competencial, prevalecerá sobre el derecho del Estado, sobre la legislación civil del Estado, que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 149.3 CE será derecho supletorio del derecho autonómico. Supletoriedad que debe también utilizarse desde el respeto y la garantía del principio constitucional de competencia. Citando de nuevo a BAYOD LÓPEZ[15].

> «Sólo procederá la aplicación del Derecho estatal como Derecho supletorio cuando verdaderamente haya un vacío normativo en el ordenamiento autonómico, y sólo habrá tal vacío normativo cuando no sea posible la solución del problema planteado recurriendo a la previa autointegración del ordenamiento autonómico a través de los principios generales que lo informan.»

Esta potestad normativa de Aragón, con prosa emotiva, se reconoce y valora por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que, en 1996, en la Ponencia general denominada «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón»[16], dice así:

> «El ámbito del Derecho civil aragonés posible se ha ampliado venturosamente por obra de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Ha quedado atrás el restrictivo planteamiento que no admitía otro contenido sino el de las "instituciones que convenga conservar", pues ya no es la "conservación" el criterio constitucional para determinar la competencia legislativa autonómica, sino también la "modificación" y, sobre todo, el "desarrollo". El Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, ha interpretado el artículo 149.1.8º de la Constitución en términos suficientemente amplios para que, en principio, cualquier regulación de Derecho civil aragonés que pudiéramos seriamente desear tenga acomodo constitucional.»

Es desde esta perspectiva de ejercicio de su competencia legislativa propia, donde debe incardinarse la legislación de las Cortes de Aragón sobre las relaciones de vecindad contenida en la Ley 8/2010 (LDCPA), que a su vez se recogerá íntegramente en el Código del Derecho Foral de Aragón.

---

[14] Un clarificador y ponderado examen de esta cuestión en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *op.cit*, pp. 361-404.

[15] BAYOD LÓPEZ, Mª del Carmen, *op. cit.*, p. 68.

[16] «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón». Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. *Revista Derecho Civil Aragonés*. Núm. 2. 1996.

III. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

1. Introducción

En lo que se refiere a las relaciones de vecindad el derecho civil aragonés, recogido en la Compilación de 1967 y refrendado en la posterior ley autonómica 3/1985, contaba con dos únicos artículos (143 y 144) que, con la nota positiva de referirse a las mismas por su nombre y distinguiéndolas técnicamente de las servidumbres, se centraban exclusivamente en la inmisión de raíces y ramas y el régimen normal de luces y vistas. Por el contrario la vigente regulación, aprobada en la LDCPA y contenida en la actualidad en el Título primero del Libro Cuarto del Código del Derecho Foral de Aragón, que lleva por nombre «De las relaciones de vecindad», se divide en cinco capítulos: Disposiciones generales (arts. 537 y 538), Árboles y plantaciones (arts. 539 a 541), Construcciones (arts. 542 y 543), Aguas pluviales (art. 544), Luces y vistas (arts. 545 a 550). Un total de catorce artículos.

Resulta patente, además de reconocido, que la nueva regulación no ha pretendido innovar sino que se han regulado, en la acepción del término «desarrollo», las instituciones ya existentes en la Compilación: crecimiento más en intensidad que en extensión se afirma. No obstante, por si no estuviese claro, en el Preámbulo se establece que la Ley no agota la competencia en materia de derecho civil patrimonial que la Constitución y el art. 71 del Estatuto de Autonomía atribuyen a Aragón, para reiterar que son razones de oportunidad –*No ha parecido oportuno en este momento (…)*– las que han motivado que no se regularan otras materias conexas o menos conexas. Como puede observarse, ante la necesidad de tal apostilla, sigue presente en los espíritus una cierta inquietud ante la compleja fórmula constitucional de atribución de competencias, y las posibles consecuencias para el futuro que pudieran derivarse de la autocontención ejercida desde la potestad legislativa aragonesa. Cuáles sean esas razones de oportunidad no se explican, y tendré más adelante ocasión de manifestar alguna reserva o crítica sobre esa prudencia al tratar la incidencia de la norma en el derecho urbanístico. Puede ser indicativa la explicación del profesor Argudo Périz[17], para lo que llama posposición sucesiva en el Parlamento aragonés de la reforma del derecho de obligaciones del Libro IV de la Compilación, en que, sin perjuicio de la opción de realización por fases de la reforma del Derecho Civil aragonés, la del llamado derecho patrimonial *(…) se plantea sin duda más en el plano de la necesidad de una reforma técnica que de una reforma demandada socialmente (…)* no siendo, asimismo, una materia que quepa considerar, como ocurre con el derecho de sucesiones o familia, como inserta en el núcleo fundamental de los derechos forales de Aragón.

Así y todo la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial, en su día, y el Código de Derecho Foral de Aragón en la actualidad, y ese es en mi

[17] Argudo Périz, José Luis (2007). «Las servidumbres en el derecho aragonés.» Ob. Colectiva *Tratado de Servidumbres*. Editorial Aranzadi SA. Pamplona p. 1253.

opinión su principal y no pequeño mérito en este tema, ha desarrollado en Aragón un sistema general de relaciones de vecindad a partir de esos dos únicos artículos de la Compilación de 1967. Lógicamente, la diferencia de dos a catorce artículos y el paso de supuestos concretos a una teoría o sistema general obedece, al fin, a la labor conjunta de los Tribunales y la doctrina civil aragonesa, que a lo largo de los años han ido enfrentándose a los conflictos y problemas prácticos, para extraer consecuencias de la variada casuística y de los principios generales informadores del derecho propio aragonés, formando así un corpus desde el que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil ha podido, con sus aportaciones, redactar el anteproyecto de Ley.

Como acabo de indicar, la reforma y desarrollo del derecho civil aragonés en esta materia ha buscado, a mi entender, la plasmación de un sistema general de relaciones de vecindad patrimoniales a partir de los dos artículos que, referidos a inmisiones de raíces y ramas y régimen normal de luces y vistas, regulaban este punto en la Compilación. Por ello resultan de primordial importancia, en cuanto dotan de unidad al sistema e informan sus principios, las llamadas disposiciones generales, y por ello el capítulo dedicado a luces y vistas, el régimen peculiar de Aragón, es, de entre los aspectos regulados de las relaciones de vecindad, el tratado con mayor detalle, recogiendo depurada la abundante casuística resuelta por tribunales y doctrina. Se atiende también al tradicional régimen de árboles y plantaciones. Como innovación, pero necesaria para dotar de lógica al sistema, se explicita el uso de pared medianera de acuerdo a los principios aragoneses, aunque, a mi juicio, este punto se trata con excesiva parquedad de manera que la aplicación supletoria del Código Civil, y la confusión que ello entrañará dada la divergencia de principios, será más necesaria de lo recomendable[18]. Se añaden dos manifestaciones típicas de las relaciones de vecindad, el paso por razón de obras y el paso natural del agua pluvial, que, sin separarse en esencia de su configuración y tratamiento por el Código Civil, se han considerado necesitadas de ordenación propia para completar el cuadro de relaciones de vecindad patrimonial en Aragón.

Es de destacar, asimismo, la desaparición de las remisiones a los preceptos del Código Civil que, con el carácter de estáticas –Disposición final de la Ley 3/1985, de 21 de mayo–, se habían incorporado a la Compilación; en concreto, en esta materia, se remitía a los artículos 592 y 582 del CC. Se da así cumplimiento a lo propuesto en su día, como técnica adecuada, por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil[19].

---

[18] La reciente sentencia de la AP de Zaragoza de 17 de junio de 2011 (Id Cendoj: 50297370052011100256) basa su fallo en lo dispuesto en el art. 579 CC, cuando, a mi juicio, con mayor claridad desde la vigencia del art. 7 LDCPA, resulta muy dudosa su aplicación supletoria en Aragón.

[19] «(…) el futuro Cuerpo legal ha de contener todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todos aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa.», «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón». Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. *Revista Derecho Civil Aragonés*. Núm. 2. 1996

2. Las disposiciones generales

La necesidad de un precepto, o preceptos, general que proporcionase, en las ejemplares pretensiones del preámbulo de la LDCPA, «pautas de interpretación» para «robustecer la eficacia social de las normas» y, al fin, «aumentar la seguridad jurídica»; evitando así que para aquellas cuestiones no tratadas concretamente por la legislación aragonesa, se deba o pueda o intente acudir a otros ordenamientos con principios inspiradores distintos del aragonés, se percibía, dada la especial parquedad en este punto de la Compilación de 1967, como necesario referente para el resto del articulado en detalle y la propia seguridad en el tráfico jurídico[20]. Unas reglas generales cumplirían con la doble misión de servir de marco para la regulación concreta de aquellas relaciones entre propiedades que se desarrollaran en el proyecto de ley y, además, serían la cláusula de cierre que permitiría determinar dentro del sistema aragonés la resolución de los problemas que se plantearan en relaciones de vecindad no reguladas en la norma. A mayor abundamiento, el llamado a ser ordenamiento supletorio –Código Civil– no sólo difiere en ocasiones del *modo de ser de la propiedad*[21] en Aragón sino que en su regulación de las relaciones de vecindad adolece de imperfecciones técnicas, hasta el punto de que no las regula como tales sino bajo el concepto de servidumbres legales. También se constata en esa norma estatal cierta dispersión de su articulado y, al fin, sufre de la insuficiencia y los achaques propios de su antigüedad de manera que la inevitable desconexión con la realidad social ha tenido, bien que ser suplida por doctrina y jurisprudencia, bien, como en la STS de 12 de enero de 2011, reconocida y admitida[22]. La plasmación de esas necesarias disposiciones generales exigía determinar, en concreto, si los principios que se desprenden de la regulación histórica del régimen de luces y vistas contenido en la Compilación eran extensibles al resto de relaciones de vecindad; lo que, tras la supresión en el trámite parlamentario de la Ley 8/2010 de la disposición general referida al uso inocuo de la posesión ajena, no me atrevo a dar por esclarecido.

Buen ejemplo de la situación jurídico-positiva de las relaciones de vecindad en Aragón antes de la Ley 8/2010, y de la labor integradora realizada por los Tribunales en busca de esa teoría general que dote de coherencia al sistema, con referencias asimismo en este caso al Código Civil y al ejemplo de nuestros vecinos

---

[20] En relación con esa necesidad, y a pesar de su adopción final en el texto propuesto por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, lo cierto es que buena parte de los miembros de esta, como puede observarse en las actas de la Comisión de fechas 3 de diciembre de 2008 y 7 de octubre de 2009, albergaba dudas tanto sobre la necesidad de incorporar disposiciones generales, como de la extensión y contenido de las mismas.

[21] Sentencia (ponente Revuelta Gómez, Platero) de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de mayo de 1967.

[22] STS de 12 de enero de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100018): «Se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible, *y a falta en el Derecho civil común de una regulación similar a la del art. 546.14 del Código Civil de Cataluña*, esta Sala considera que tampoco la indemnización por daño moral acordada por la sentencia recurrida puede encontrar su fundamento en los arts. 590, 1908, 1902 o 7 del Código Civil.»

catalanes, puede ser el fundamento de derecho sexto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 2008 (RDCA 3/2009, XV). Dice así:

> «SEXTO. La Compilación Aragonesa no contiene, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el catalán, una regulación completa de las relaciones de vecindad, sino que la misma se limita a ordenar lo concerniente a la inmisión de raíces y ramas y al régimen normal de luces y vistas. Tampoco en el Código civil hay una disciplina general de las relaciones de vecindad, más allá de la regulación dedicada a algunos de sus particulares conflictos, ni hay tampoco una regla definitoria del límite de la tolerancia en las inmisiones en propiedad ajena. Pero como se expresó ya en la STS de 12 de diciembre de 1980, si bien el C.C. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1902, pues regla fundamental es que "la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina".»

Hoy estas necesarias disposiciones generales reguladoras de las relaciones de vecindad se regulan en Aragón en el capítulo I del título I «De las relaciones de vecindad» del Libro IV del Código de Derecho Foral de Aragón. Este capítulo contiene dos artículos que, bajo las rúbricas de «Relaciones de vecindad» y «Del uso adecuado de los inmuebles y sitios», contienen la teoría general del derecho de vecindad aragonés. No superó el trámite parlamentario, y nos detendremos sobre ello, una tercera disposición general –un tercer artículo de este capítulo– contenida en el proyecto de ley, denominada «Del uso inocuo de la propiedad ajena». Pasemos a analizarlas.

2.1. *Relaciones de vecindad*

El artículo 537 CDFA –que fue el artículo primero en la Ley 8/2010– elude una definición de qué son las relaciones de vecindad. Opta por un método de aproximación y en sus tres apartados establece tres reglas terminantes, definitorias, que enumeran tres características esenciales de esas relaciones en Aragón. A saber: Los vecinos podrán establecer normas específicas que los obligarán personalmente, los actos realizados y soportados en su ámbito se presumen de mera tolerancia, y no se extinguen por prescripción las acciones para exigir su observancia.

a) *Los vecinos podrán establecer normas específicas para sus relaciones de vecindad, que obligarán únicamente a quienes las acordaron*

La primera de las prescripciones, y tal vez de ahí su posición inicial en la norma, responde a una aplicación concreta del principio general de prevalencia del pacto como creador de relaciones jurídicas particulares, de absoluta impor-

tancia en Aragón, que conocemos como *Standum est Chartae;* hoy incorporado como regla general al Código del Derecho Foral de Aragón en su artículo tercero[23]. Como recuerda ARGUDO PÉRIZ (2008), ya LACRUZ[24] aludía a que el principio «*standum est chartae*» comprende todas las relaciones de derecho privado *(…) y, entre ellas, los derechos sobre las cosas*. Las limitaciones de la propiedad por razón de vecindad protegen o salvaguardan intereses privados, por lo que son los vecinos los llamados en primer lugar a regularlas, aunque la ley civil las ordene.

Sin embargo, la aplicación de este principio a las relaciones de vecindad exige, una vez más, la distinción con las servidumbres, so pena de confusión. Por supuesto, los vecinos pueden pactar lo que tengan por conveniente y ello prevalecerá, salvo que fuese contra el orden público, sobre las normas dispositivas, ley o costumbre, que rigen las relaciones de vecindad. Pero deberá tratarse de pactos –*normas específicas para sus relaciones de vecindad*– que precisen y se enmarquen dentro de la concreción de las relaciones de vecindad como limitaciones recíprocas e igualitarias conformadoras del derecho de propiedad, pues de no ser así estaríamos fuera de las relaciones de vecindad para adentrarnos en las servidumbres. FERNÁNDEZ URZAINQUI[25], en comentario de los rasgos característicos de las limitaciones legales del dominio por razón de vecindad en Navarra, y al plantearse la diferencia entre relaciones de vecindad establecidas convencionalmente y servidumbres, la fija en la existencia o no de reciprocidad: *(…) su equilibrada subsistencia determina la de las relaciones de vecindad; su quiebra, mediante el establecimiento de una relación de subordinación o dependencia entre predios, la constitución de una servidumbre*. Siendo esa la diferencia, la consecuencia legal será que este tipo de pactos sobre relaciones de vecindad, como dispone el artículo aragonés, *obligarán únicamente a quienes las acordaron*; al contrario, como servidumbres, tendrían una eficacia real sobre la finca, cuyas vicisitudes de dominio seguirían, en el concepto clásico recogido en el art. 551.1 CDFA que define las servidumbres como derechos sobre una finca en beneficio de otras.

De todas maneras, la distinción y las consecuencias resultarán más problemáticas en relación con las servidumbres personales (expresamente prohibidas en la ley 394.2 de Navarra y en derecho francés o italiano, pero no en el aragonés) o en las llamadas recíprocas. Imaginemos que dos propietarios vecinos pactan que uno de ellos permite la extensión en su fundo de las ramas de los árboles no frutales plantados en la finca del otro, sin limitación o riesgo de tala. Ese pacto puede tener carácter personal o real en función del carácter que le hayan atribuido las partes. Si es real estaremos ante una servidumbre clásica, un derecho

---

[23] Artículo 3. «Standum est chartae». Conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

[24] LACRUZ BERDEJO, José Luis (1988). *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*. Diputación General de Aragón, p. 283.

[25] FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier (2007). «Las servidumbres en Derecho Navarro. Servidumbres y limitaciones legales del dominio por razón de vecindad», en *Tratado de Servidumbres* (director: Ángel Luis REBOLLEDO VARELA) Aranzadi. Pamplona, p 1446.

real limitado de goce establecido sobre una finca en beneficio de otra con independencia de la titularidad de las mismas. Si es personal nos encontramos ante una servidumbre personal que se extinguirá con las personas y sus herederos. Si la obligación es recíproca –cada propietario admite el vuelo de su finca por los árboles del otro– nos encontramos en principio, así habría que presumirlo, ante una normal ordenación de la propiedad en las relaciones de vecindad por vía convencional, pero cabe, «standum est chartae», que se dote al pacto de eficacia real y estaríamos ante una servidumbre recíproca, o, sí se prefiere, *el establecimiento de dos servidumbres simultáneas de contenido inverso*[26].

b) *Los actos realizados y soportados en el ámbito de las relaciones de vecindad se presumen de mera tolerancia*

Si en el ejemplo anterior no hay pacto, sino que, simplemente, el propietario sobre cuyo fundo vuelan las ramas del árbol ajeno no hace uso de su derecho a reclamar que se corten, la norma realiza la presunción de que es una situación de mera tolerancia. El paso del tiempo no consolidará derecho alguno para el propietario del árbol, que realiza el acto, ni impedirá que se ejercite por el propietario que soporta el acto, hoy tolerante, el derecho a reclamar el cumplimiento de la norma. Este precepto eleva a norma general la consecuencia lógica de la configuración de las relaciones de vecindad como limitaciones inherentes al derecho de la propiedad. Si mi derecho a que no vuelen las ramas del árbol vecino sobre mi terreno forma parte de mi derecho de propiedad como tal derecho, mientras conserve mi derecho de propiedad conservaré el derecho a pedir la retirada de las ramas, que por ahora tolero. La presunción cederá, lógicamente, ante la constitución por título de una servidumbre o cuando, como en el caso concreto del voladizo en fundo ajeno en sede de luces y vistas, la ley establezca expresamente la presunción contraria[27].

La formulación que ahora se ha fijado legalmente, y que se destaca en el Preámbulo de la Ley, viene siendo expuesta en estos o parecidos términos por los Tribunales en aplicación del derecho aragonés en materia, fundamentalmente, de luces y vistas. Son numerosas las sentencias que definen la relación de vecindad como *«(…) acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta.»*[28] Como afirma la sentencia del TSJA de 23 de febrero de 2005 (RDCA 3/2005-2006, XI-XII), que a su vez está reiterando la de 13 de noviembre de 2002 (Id Cendoj: 50297310012002100005):

---

[26] Villén Salto, Gregorio (2004). «Limitaciones del dominio sobre luces y vistas. Tratamiento legal y convencional». P. 61. Matización al concepto de servidumbre recíproca de Biondi por considerarla dogmáticamente dudosa.

[27] No cabe aplicación analógica con el voladizo en fundo ajeno. La SAP Navarra de 7 de septiembre 1981 declara inoponible al derecho de corte de ramas o raíces que invaden propiedad ajena la adquisición por usucapión del derecho a mantenerlas, por ser inaplicables las reglas de la usucapión de servidumbres a las limitaciones de propiedad por razón de vecindad.

[28] Fund. 5º de la S. TSJA de 30 de noviembre de 2009 (RDCA, 3/2010, XVI). Fund. 4º AP de Teruel de 16 de junio de 2010 (Id Cendoj: 44216370012010100104):

> «La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al aplicar el precepto contenido en el artículo 144 de la Compilación aragonesa, ha venido manteniendo reiteradamente que «la permisión de abrir huecos o ventanas contenidas en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto... no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta»: STS de 3 de febrero de 1989, con cita de las de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983 y 12 de diciembre de 1986, de la misma Sala Primera.»

No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón[29], desde, como él mismo dice, su competencia casacional, matiza esa concepción de acto meramente tolerado y no derecho que se recoge en la jurisprudencia del Supremo, y en relación con la facultad de apertura de huecos en pared propia establece:

> «Doctrina jurisprudencial que, hemos de matizar, desde la competencia casacional que a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en sentido de que el precepto de constante referencia atribuye al titular de la pared propia o medianera un auténtico derecho, como facultad dimanante del dominio o de otro derecho real de goce, si bien dicha facultad jurídica no constituirá signo aparente de servidumbre ni impedirá, por ende, el ejercicio de los derechos del propietario del fundo vecino reconocidos en el párrafo tercero del texto legal.»

Me permito precisar que, en mi opinión, así como el derecho a edificar sin sujeción a distancia es un verdadero derecho subjetivo al que no puede oponerse el vecino, la facultad de abrir huecos en la pared edificada, no basándose en realidad en la tolerancia del vecino sino en la tolerancia legal[30], sí puede quedar inutilizada en su finalidad por el libre ejercicio del derecho del vecino a la edificación. No puedo prohibir al vecino abrir huecos en su propiedad pero sí puedo cegarlos o entorpecerlos desde mi finca, lo que impide que se le pueda considerar un derecho pleno.

c) *No se extinguen por prescripción las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad*

Íntimamente ligada con la regla anterior referida a la configuración del derecho vecinal como un régimen de tolerancia mutua, resulta pacífica, así lo esta-

---

[29] S TSJA de 4 de febrero de 2009 (RDCA 7/2009, XV). Consideración de la facultad de abrir huecos como derecho en S TSJA de 22 de abril de 2008 (RDCA 18/2010, XVI).

[30] STSJA de 30 de noviembre de 2009 (RDCA 3 2010, XVI): «QUINTO. A la luz de la norma del *art. 144* de la Compilación, y de sus antecedentes históricos (Observancia *De aqua pluviali arcenda*) ha venido repitiéndose por los tribunales la declaración de que la apertura de huecos para luces y vistas sin existencia de voladizo sobre fundo ajeno, constituye una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta. Lo cierto es, no obstante, que el goce de los huecos no depende de la mera condescendencia del vecino, quien si bien puede construir en su predio si le conviene, no puede de ningún otro modo oponerse a la apertura y mantenimiento de los huecos en cuestión. De manera que esa supuesta tolerancia no es tal, en cuanto que en realidad es legalmente debida. Ello responde a la idea del *ius usus innocui*. La Ley obliga al propietario de la finca vecina a tolerarlos porque considera que de ellos no dimana ningún daño para él.»

bleció la Compilación, la imposibilidad de prescripción adquisitiva: no pueden adquirirse derechos por el paso del tiempo contrarios al contenido normal de las relaciones de vecindad. Pero esta tercera regla recién expuesta, en un paso más, viene a poner fin a una cuestión, la prescripción extintiva del ejercicio de acciones, sobre la que la doctrina y los Tribunales venían sosteniendo criterios y soluciones contradictorias.

La pregunta era –sigo aquí a ARGUDO PÉRIZ[31]– si pueden prescribir, extinguirse por el paso del tiempo, las acciones derivadas de la no observancia de las obligaciones impuestas por las relaciones de vecindad. Concretado el asunto en el régimen de luces y vistas, estaba claro que el derecho del propietario del fundo vecino a elevar una pared en su linde no prescribe por la existencia de huecos en pared ajena o medianera, pero se dudaba de si el propietario que no ha reaccionado en treinta años –plazo en el que opera la prescripción extintiva del art. 1963 del Cc– puede exigir y obtener amparo judicial para que se coloquen las protecciones (Similar supuesto sería la reclamación de derribo de un voladizo en fundo propio que no cumpliese distancias) en un hueco abierto dentro de las distancias en que de acuerdo a la norma debió protegerse. ARGUDO PÉRIZ consideraba[32] que debía operar la prescripción:

> «Así opinaba Sancho Rebullida, con el que está de acuerdo el autor de estas líneas, y lo refleja la SAP Huesca de 18 de abril de 2008, mencionando las sentencias anteriores de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007, en las que la Audiencia manifestó que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al artículo 1963 del Código Civil (…)»

Sin embargo el criterio contrario, que finalmente es el adoptado por el legislador en el art. 1.3 de la LDCP[33], hoy 537 CDFA, se había abierto paso en sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2008 (RDCA 17 2008, XIV) y con rotundidad en la de 30 de noviembre de 2009 (RDCA 3 2010, XVI):

> «(…) el presupuesto de la prescripción extintiva no es únicamente la inactividad, sino la inactividad del titular frente a la perturbación o lesión de su interés. No basta, como parece entender el recurrente, el mero transcurso del tiempo. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, la prescripción no juega contra quien no ejercita su derecho, sino contra quien no lo defiende cuando es atacado o puesto en peligro.»

---

[31] ARGUDO PÉRIZ, José Luis (2009). «Luces y vistas: medianería horizontal y voladizos. Comentario a la sentencia del TSJA de 4 de febrero de 2009». *Revista de Derecho Civil Aragonés* XV, p. 290.

[32] Otros autores, como GUTIÉRREZ CELMA, Ana B. LÓPEZ, Raquel EVANGELIO también consideraban prescriptibles las acciones derivadas de la no observancia de las obligaciones impuestas por las relaciones de vecindad.

[33] SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2011 (Id Cendoj: 50297370042011100017) aplica directamente el art.1.3 y 13.2 de la LDCP para desestimar la denegación por el paso del tiempo del cumplimiento de la obligación de reja y red.

Y puesto que en el marco de las relaciones de vecindad no cabe entender que la transgresión del contenido normal tenga otro contenido que la mera tolerancia, concluye la sentencia (la cursiva es nuestra):

> «Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, este nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba. Se deduce de todo lo expuesto que, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el propietario del fundo colindante a aquel en el que se abrieron los huecos, *siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.»*

2.2. *Del uso adecuado de los inmuebles o sitios*

El que fue artículo dos de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial, bajo la rúbrica «Del uso adecuado de los inmuebles o sitios», constituye, a mi entender, la regla general del sistema de relaciones de vecindad y principio inspirador del mismo, al que debe referirse, al fin, cualesquiera necesidad de interpretación en la aplicación de los preceptos o resolución de lagunas en esta materia. Tal responsabilidad bien merece una cita íntegra:

> «Artículo 538. *Del uso adecuado de los inmuebles o sitios.*
>
> Los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos, en el ejercicio de sus derechos, no pueden causar riesgo, ni tampoco más perjuicio o incomodidad que los que resulten del uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe.»

Este artículo supone la consagración en Aragón de aquella norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva que el Tribunal Supremo –en senda que inicia la STS de 12 de diciembre de 1980 (Ponente De Castro García) y una de cuyas más recientes reiteraciones se encuentra en la de 12 de enero del 2011 (Cendoj núm. 28079110012011100018)– ante la ausencia de la misma en el Código Civil, ha inducido de *una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908.* No obstante, la jurisprudencia mayoritaria venía vinculando la competencia de la jurisdicción civil a la producción de un daño, a la existencia de responsabilidad extracontractual. Parra Lucán[34], constatando la dualidad de regímenes, civil y contencioso-administrativo, de que puede disponer el particular para defenderse de las inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad[35], concluía en que no era necesaria la exis-

---

[34] Parra Lucán, Mª Angeles (1993). «La defensa civil frente a las inmisiones: la acción negatoria de los artículos 590 del CC y 305 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana». *Aranzadi Civil,* vol I., Ed. Aranzadi, S. A., Pamplona.

[35] Ibíd., p. 2: «Cabría preguntarse, *de lege ferenda*, por la oportunidad de una acción civil en defensa de la legalidad en materia de relaciones de vecindad, cuando existe ya la contencioso-administrativa.

tencia de daño para la intervención del Juez Civil cuando, en realidad, (…) *el Juez civil tiene competencia para interpretar esas normas relativas a inmisiones en la medida en que, al margen de su origen, configuran un derecho privado*[36]. Asimismo destacaba la, escasa en litigios pero posible, aplicación autónoma de la acción del artículo 590 Cc., en demandas dirigidas a la obtención de medidas precautorias sin solicitar daños y perjuicios. Lo que el Código de derecho civil de Cataluña regula expresamente, en su artículo 544 mediante la acción negatoria.

El propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como hemos visto en la ya citada sentencia de 14 de julio de 2008 (RDCA 3 2009, XV), se veía obligado, ante la ausencia de esa norma general prohibitoria de inmisiones perjudiciales a fundamentar, asimismo, su prohibición de las mismas acudiendo, en los mismos términos que el Tribunal Supremo a los arts. 590 y 1908 CC *(...) pues regla fundamental es que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina»*. Más recientemente, la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia de fecha 29 de julio de 2010 (Id. Cendoj 50297370052010100382), relativa a un problema de humedades por el riego del vecino, relaciona los artículos de la Compilación sobre relaciones de vecindad con la doctrina del Supremo y el CC, determinando en su fundamento primero que:

> «PRIMERO. La cuestión litigiosa ha de centrarse no sólo en el contexto del art. 1902 C. civil , sino también en el de las relaciones de vecindad y, dentro de esta, en el de las inmisiones molestas, representadas en el C. civil por el art. 590 y en la Compilación aragonesa por los arts. 143 y 144. Normativa que arranca del Derecho Romano (Digesto), tiene su desarrollo en el Derecho Medieval y en la legislación moderna se configura -generalmente- como un derecho anexo a la propiedad que impone restricciones al vecino, naciendo ese derecho negativo a la vez que el dominical, del que forma parte; a diferencia del de servidumbre, que precisa de un acto específico para su nacimiento. En este sentido la STS de 19 de junio de 2002.»

Continua esta sentencia –su fundamento sexto–, ante la ausencia de norma expresa aragonesa y lo añejo del 590 Cc., acudiendo a la doctrina para distinguir entre «uso normal» y «normal tolerancia» y poder así concretar en el caso específico si la inmisión excedía de lo tolerable en el marco de las relaciones de vecindad.

Parecía pues necesaria una norma aragonesa en sede de relaciones de vecindad que estableciese el marco referencial de los límites de la propiedad, y articulase genéricamente las obligaciones de los propietarios y otros titulares de derechos en sus relaciones recíprocas entre fundos vecinos, con una visión actualizada y mejorada sobre lo dispuesto en el Código Civil y que, por supuesto, coherente con el espíritu de los artículos de la Compilación recogiese netamente los principios inspiradores del derecho de vecindad aragonés en esa materia. Se contaba con ejemplos en derecho foral. El Código catalán, en relación con las inmisiones entre fincas, distingue entre ilegítimas y legítimas; contra las primeras podrá reaccionarse, como hemos visto, mediante la acción negatoria; respecto

[36] Ibíd., p 7.

a las inmisiones ilegítimas regula con detalle, en su art. 516.14, las consecuencias indemnizatorias de estas cuando deban ser soportadas por responder a un uso normal de la finca emitente o cuando, en claro afán de coordinación con la normativa pública, provengan de instalaciones autorizadas administrativamente.

No obstante, se ha optado por mirar a otro derecho foral vecino, cercano a los planteamientos tradicionales de la normativa propia y cuya técnica jurídica, en este punto, se ha apreciado como adecuada: El derecho foral navarro. La regulación aragonesa, el art. 538 del CDFA, se antoja inspirada en la Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra, que sienta el principio general de limitaciones en inmuebles en los siguientes términos:

> «Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, el uso del lugar y la equidad.»

Resulta palmaria la similitud del concepto central, en Navarra y Aragón, que rige la relación: uso razonable y consiguiente prohibición de causar riesgo o incomodidad más allá del mismo. Se acoge, en palabras de FERNÁNDEZ URZAINQUI[37], referidas al Fuero Navarro pero que entiendo aplicable al aragonés dada la, insisto, similitud entre los artículos, un principio que *(…) conjuga y sintetiza en una regla flexible pero precisa, las aportaciones doctrinales ofrecidas por la teoría del uso normal impulsada por IHERING y la de la normal tolerancia propugnada por ROTONDI, así como por la teoría de la necesidad social de BONFANTE*. El uso normal de la finca (lado activo de la relación) determina la obligada tolerancia del vecino (lado pasivo) en un contexto social en que dicho uso es aceptado.

Ambos preceptos fijan en el uso razonable –de la finca, el aragonés; de su derecho, el navarro–, el criterio de licitud de actuación dentro de la relación de vecindad. Se acude a un concepto jurídico indeterminado, la razonabilidad, que determinará en cada caso concreto la inserción de la actividad en los parámetros establecidos por la norma atendiendo en la fijación concreta del mismo, en el caso aragonés, a la naturaleza y destino de la finca (…) *condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe*. Se separa del modelo del Código Civil, tanto en su enumeración concreta de situaciones como en la remisión a la normativa administrativa realizada por este. Lo que no quiere decir que el Juzgador no deba acudir a esta última como un criterio importante, que no absoluto[38], para determinar la razonabilidad. Dice KARRERA EJALDE[39] que *Por ello esta norma civil debe entenderse, no en mera clave*

---

[37] FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier , *op. cit.*, p. 1.466.

[38] SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2011 (Id Cendoj: 50297370052011100162) se extiende –con abundante cita de jurisprudencia– en consideraciones sobre el valor relativo de las mediciones con sonómetro y el cumplimiento de las normas administrativas para poder configurar el uso normal o razonable de la finca en relación con el ruido.

[39] KARRERA EJALDE, Mikel M. (2009). «La relación industrial en el Fuero Nuevo de Navarra». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49, p. 111.

legislativa (Derecho de Leyes), sino en perspectiva judicial (Derecho con principios) que valore el conflicto desde los múltiples intereses en confrontación y defienda también lo que importa al procomún.

Asimismo, ambos preceptos, aunque desde una perspectiva negativa, centran su mandato en el aspecto activo de la relación, en el uso del derecho, no en el aspecto pasivo, el que soporta el uso, la tolerabilidad de la molestia. No obstante la norma aragonesa se separa de su modelo navarro al centrar exclusivamente su mandato en el punto de vista de la finca emitente, mientras que la referencia de la Ley 367 a «las necesidades de cada finca» ha sido interpretado por KARRERA EJALDE[40] en la idea de que:

> «Las necesidades a valorar se refieren tanto a las de la finca generadora de las inmisiones como a la de la finca o finca que las padecen, en contraste con las que son comunes u ordinarias en otras de su mismo aprovechamiento o entorno.»

Ello se corrobora en la importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 3 de mayo de 2004 (Ponente FERNÁNDEZ URZAINQUI) donde, tras definir la Ley 367 como una síntesis del casuismo jurisprudencial romano y aludir a su entronque con otras formulaciones legales de Códigos europeos, indica:

> «Si bien el texto legal navarro carga el acento más sobre el aspecto activo de la relación vecinal –el uso del derecho– que sobre el pasivo –de las perturbaciones y molestias– en sentido coincidente con el de algunas soluciones romanas (cfr. Digesto 8, 5, 8, 6), no deja de prestar a este último atención, al calibrar la racionalidad del uso no sólo en función o consideración a las necesidades de la finca en que se ejerce, sino también en contemplación a las de la finca que padece sus influjos y al uso del lugar; uso que con la equidad cobran un especial relieve cuando las necesidades de las fincas difieren o entran en colisión.»

Probablemente sea a través de la llamada que realiza el precepto aragonés a la determinación del uso razonable de la finca, según *condiciones generales del entorno y usos del lugar, todo ello conforme al principio de buena fe*, donde los Tribunales aragoneses podrán, si fuese necesario, introducir esa ponderación de las necesidades de ambas fincas. En cualquier caso, el cierre global del artículo aludiendo expresamente al principio de buena fe –«que exige conductas recíprocamente leales entre vecinos»[41]– posibilitará, de seguro, la aplicación del mismo en la línea de la prohibición del abuso de derecho establecida en el art. 7 del Cc., y que para el derecho vecinal aragonés tuvo ocasión de delimitar el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989-665), o el TSJA de Aragón en la de 31 de marzo de 2004 (RDCA 4/2003-2004, XI-X). Escribe DELGADO ECHEVERRÍA[42] en comentario a la citada sentencia del Tribunal Supremo:

---

[40] KARRERA EJALDE, Mikel M., *op. cit.*, p. 112

[41] Preámbulo de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial.

[42] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (1989). «Comentario a la sentencia del TS de 3 de febrero de 1989.» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 159.167.

> «La admisión genérica del abuso de derecho como límite del ejercicio de los derechos subjetivos es pacífica en el Derecho civil aragonés y muy acorde con sus principios. La jurisprudencia regional había aplicado este límite con anterioridad a que la reforma del título preliminar del Código Civil hiciera de él mención expresa. Producida esta reforma en 1974, el artículo 7º CC se aplica, sin duda, en Aragón.»

En definitiva, hoy en Aragón, aquellas acciones judiciales en las que se defiende a una finca de las consecuencias que tenga en ella el uso inadecuado de la finca vecina, deberán referirse al artículo 538 CDFA, que prohíbe el riesgo, perjuicio o incomodidad derivados de las relaciones de vecindad.[43] La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha de 11 de febrero de 2011 (Id Cendoj: 50297370052011100162), en un pleito sobre inmisiones sonoras, ya alude, como norma reguladora de la materia, al artículo 2 de la entonces vigente Ley 8/2010, actual 538 CDFA. No lo ha hecho así, de seguro por no ser este artículo de aplicación en el momento de los hechos, la Audiencia Provincial de Huesca en su reciente sentencia de 9 de junio de 2011 (Cendoj 22125370012011100225), de nuevo sobre inmisiones sonoras. No obstante los razonamientos de la sentencia relativos –fundamentos segundo y tercero– al establecimiento del *límite que permita a unos ejercer sus derechos sin entrometerse o impedir a otro el goce pacífico y útil de los suyos.* o de como se *(…)hace necesario determinar que se entiende por tolerable o intolerable, y, por consiguiente, de lo que se considera injerencia o inmisión, determinación que no puede depender de la sensibilidad de quien la percibe o sufre, sino de lo que socialmente se considere admisible en cada momento según las circunstancia de tiempo y lugar, art. 3.1 CC,* encuentran perfecto acomodo en la literalidad del actual art. 538 CDFA.

2.3. *Del uso inocuo de la posesión ajena (Lo que pudo ser y no fue)*

El Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, en su número 203, publicaba el 22 de febrero de 2010 el proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial. En ese texto aparecía un artículo tercero con la rúbrica «Del uso inocuo de la posesión ajena», inserto en el capítulo de las disposiciones generales de las relaciones de vecindad, que no mereció el beneplácito de nuestros parlamentarios y desapareció en la aprobación final de la Ley 8/2010, hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón. La que provocó su eliminación fue la única enmienda de supresión total de un artículo del proyecto de ley, y se aprobó con los votos a favor de los grupos parlamentarios de PP, PSOE y PAR, y la abstención de CHUNTA e IU. No hubo una voz que se alzara en su defensa o que plantease la modificación, que no eliminación, del mismo. Decía el artículo tercero:

---

[43] En relación con la dualidad de regímenes de defensa judicial, a la que se refería PARRA LUCÁN, la característica de imprescriptibilidad de las acciones civiles dirigidas a exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad, a la que nos hemos referido en el comentario al artículo anterior, dota a la acción para exigir el deber de uso adecuado del inmueble de una gran potencialidad, teniendo en cuenta que la reacción en vía administrativa a las construcciones ilegales u otros usos inadecuados sí puede, habrá que acudir al caso concreto, prescribir.

«Artículo 3. *Del uso inocuo de la posesión ajena.*

1. Cualquiera puede hacer un uso inocuo de la posesión ajena. El propietario o poseedor podrá oponerse al mismo siempre que la prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad.

2. El uso inocuo no limita los derechos del titular del inmueble, ni atribuye a quien lo utiliza derechos sobre el mismo, ni fundamenta la adquisición de servidumbres.»

La supresión del artículo arrastró, como corrección técnica sugerida por la Letrada de las Cortes y aceptada por la ponencia, la desaparición de la referencia al «ius usus inocui» que se contenía en la última frase del apartado III, párrafo 2º del Preámbulo[44]. Y, sorprendentemente, también parece haber arrastrado, sin justificación legal alguna, la referencia a la Observancia 1ª con la que se iniciaba ese apartado III, que ha sido sustituida por la Observancia 6ª en el texto final publicado en el BOA sin que, salvo error por mi parte por el que pido disculpas de antemano, se haya ordenado o aprobado ese cambio en ningún momento del iter procedimental de tramitación de la norma.

La justificación de la enmienda de supresión recogida en actas fue muy parca (hubo dos enmiendas de supresión, realizadas por PP e IU respectivamente, pero el grupo parlamentario de IU la retiró posteriormente[45]), y parece entenderse de la sucinta explicación ofrecida por el grupo proponente (DSCA núm. 79 de plenos. Sesión del jueves 2 de diciembre de 2010) que fueron los criterios sobre el tema del Justicia de Aragón y el Colegio de Notarios de Aragón los que, haciéndolos suyos, motivaron la presentación de la enmienda. Esa misma motivación se desprende también de la explicación del voto favorable a la enmienda por los grupos parlamentarios del PSOE[46] y del PAR[47]. No he encontrado transcritas las razones que fundaron la abstención en la ponencia de los grupos de CHA e IU. En definitiva, el muy alto grado de consenso parlamentario que acompañó la aprobación de la ley se mantuvo en este tema, si bien resulta un tanto sorprendente que fuese precisamente en una, de entre las tres propuestas, de las disposi-

---

[44] Frase suprimida del Preámbulo en el proyecto: «El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo.»

[45] En palabras de su portavoz (DSCA: núm. 79 Plenos) aludiendo a las tres enmiendas presentadas por el grupo de IU al proyecto de Ley: «Una de ellas fue retirada porque consideramos que después del trabajo que se estaba realizando en la ponencia quedaba recogida nuestra propuesta o quedaba ya innecesaria.»

[46] Portavoz del PSOE: «Me gustaría destacar en este bloque las enmiendas 2 y 3, presentadas por Izquierda Unida y el Grupo Popular, que plantean la supresión del artículo 3, sobre el uso inocuo de la propiedad ajena, en la línea de lo que proponía el Justicia de Aragón en su informe de propuestas al proyecto de ley, de acuerdo también con las observaciones del Colegio Notarial de Aragón.» (DSCA núm. 79 de Plenos)

[47] Palabras del portavoz del PAR: «Ha habido una eliminación de un artículo, el artículo 3, a propuesta de algunos grupos y también siguiendo una recomendación del propio Justicia de Aragón en cuanto al uso inocuo de la posesión ajena. Creíamos que era más conveniente no regularlo y dejarlo como estaba en la Compilación del año sesenta y siete.» (DSCA núm. 79 de Plenos).

ciones generales en sede de relaciones de vecindad, donde nuestras Cortes se separaran inusual y radicalmente del parecer del redactor del anteproyecto: la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Bien es cierto que el previo debate en esa Comisión, entre los miembros partidarios del artículo y quienes sostenían la inoportunidad e inconsistencia de su inclusión en el anteproyecto, fue intenso y se solventó por un voto de diferencia. Allí se pusieron sobre la mesa aquellas objeciones –materia no propia de las relaciones de vecindad, falta de carácter de verdadero derecho, limitación de la propiedad no amparada legalmente, riesgo de conflicto hoy inexistente– que vuelven a aflorar con mayor éxito, que no con mayor rigor técnico, en sendos informes del Justicia y del Colegio de Notarios. Estos informes no eran favorables, con distintos matices, al mantenimiento de ese artículo tercero en el texto final de la ley.

Informaba El Justicia[48]:

> «El artículo 3 del Proyecto regula el "uso inocuo de la posesión ajena". Su redacción es novedosa en cuanto que no existe un precepto análogo en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón. El "ius usus innocui" entendido como el derecho de todo ciudadano a realizar actos de aprovechamiento en propiedad ajena sin que los mismos supongan un perjuicio para su dueño es un claro principio regulador e inspirador de la forma en la que deben ordenarse las relaciones de vecindad.
>
> Hasta ahora, la interpretación y delimitación del contenido de este instituto jurídico en el derecho aragonés se ha venido llevando a cabo tanto desde una vertiente doctrinal como jurisprudencial. En este último ámbito, la resolución individualizada de cada uno de los supuestos que han llegado a los Juzgados y Tribunales ha dado adecuada respuesta a aquellas situaciones controvertidas surgidas entre vecinos por causa de problemas relacionados con el uso del dominio y el ejercicio de derechos reales, tales como servidumbres. Para ello se han venido aplicando las conocidas fórmulas de prohibición del abuso del derecho, del uso antisocial del mismo o la función social del derecho de propiedad. Mediante dichos mecanismos se ha otorgado a los afectados la defensa, tanto del que utilizó sin daño la propiedad ajena como de su titular cuando se vio afectado en sus derechos dominicales ilegítimamente.»

Durante esta parte del informe nada hace presagiar una opinión desfavorable a la inclusión legal del uso inocuo de la posesión ajena entre las disposiciones generales reguladoras de las relaciones de vecindad en Aragón. Que no se encuentre recogido en la entonces vigente Compilación no es, como sabemos, y de seguro será este el punto de vista del Justicia, óbice ninguno para que la Comunidad Autónoma ejerza su competencia legislativa civil. Se reconoce como un derecho de todo ciudadano y se adjetiva como *claro principio regulador* de las relaciones de vecindad. Que previamente se haya delimitado desde la vertiente doctrinal y jurisprudencial es el presupuesto básico, a mi entender, para un acertado desarrollo del Derecho aragonés con arreglo a sus principios. Que, en último término, sea la casuística ante los Tribunales la que siga delimitando

[48] Texto cedido por la Oficina del Justicia de Aragón.

concretamente su contenido en cada situación controvertida, no sólo es inevitable, sino que en nada se opone, y hasta la reclama, a una formulación general que ancle el principio en el derecho positivo. Continuaba el informe del Justicia:

> «Ante esta realidad, ha de cuestionarse la oportunidad de regular el "ius usus innocui" tal y como que aparece redactado en el Proyecto. Así, el artículo 3 del Proyecto establece el uso inocuo de la posesión ajena con un carácter claramente restrictivo para el propietario de la finca sobre la que se ejercita dicho uso. Así, que el dueño sólo puede oponerse al mismo en tanto en cuanto su prohibición no constituya "un ejercicio antisocial del derecho de propiedad". Ello podría dar lugar, dentro de las normales relaciones de vecindad en las que este uso inocuo se enmarca, a una situación de desequilibrio en el binomio propietario (poseedor) –usuario que redunda, en principio injustificadamente, a favor de este último.
>
> Para evitar situaciones como la descrita y con el fin de mantener la institución del "ius usus innocui" de una manera acorde con su naturaleza de principio armonizador de las relaciones vecinales debería considerarse su supresión del Proyecto –manteniéndose su ejercicio, protección y tratamiento tal y como hasta ahora tiene lugar, es decir, a través de la actuación de los Tribunales, caso por caso– o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones. Máxime considerando la conflictividad que este tipo de usos genera al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares.»

En esta parte y conclusión, el informe se muestra negativo a la regulación, en principio a la regulación *tal y como aparece en el proyecto*. Se detecta por El Justicia, al examinar el texto, un desequilibrio en la relación planteada que, en su opinión, se resuelve injustificadamente a favor del usuario inocuo. Con todo respeto pienso que no se está haciendo una lectura correcta del proyecto. En primer lugar, el informe adopta una perspectiva que altera lo preceptuado en el proyecto de ley. En lugar de leer que el propietario podrá oponerse al uso inocuo (primera condición, que sea inocuo) *siempre*, salvo que realice un ejercicio antisocial de la propiedad (la función social de la propiedad delimitará su contenido, art. 33.2 CE), se lee que el propietario *sólo* podrá oponerse al mismo (al uso inocuo insisto) en tanto en cuanto su prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho (el ejercicio antisocial de un derecho no será amparado por la ley, art. 7.2 CC). Recordemos la frase retirada del Preámbulo:

> «El propietario no ve limitadas sus facultades excluyentes por más tiempo que las situaciones contrarias se mantengan y sólo el ejercicio antisocial de su derecho o el abuso del mismo le impediría excluir el uso, aun totalmente inocuo, que otro haga en su fundo.»

En segundo lugar, desde el punto de vista jurídico, decir que una Institución debe mantenerse como principio regulador, que existe y es valiosa, pero que no debe trasladarse a la legislación positiva, no parece coherente. Si el principio está explicitado en la legislación el Tribunal deberá, mal o bien, interpretarlo. Si no se recoge el Tribunal lo aplicará o no, pero el particular tendrá mucha menor fuerza jurídica para reclamarlo.

En tercer lugar, el juicio de oportunidad realizado en relación con la conflictividad, *al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares* se dice,

peca, pero en mi opinión a favor de la propiedad, de ese desequilibrio que precisamente se achaca al proyecto de ley, pues lo que se está regulando aquí es el derecho de los propietarios y el derecho de los no propietarios, que también tienen derechos. En todo caso, ante la perspectiva de estar de acuerdo con el principio pero no con su concreta formulación, noción que se desprende del informe, pienso que debería haberse acompañado un texto alternativo que hubiese permitido a nuestros parlamentarios confrontar con mayores elementos de juicio la conveniencia de suprimir o no la regulación. No obstante, y en honor a la verdad, debo hacer constar que la actual posición del Justicia está perfectamente refrendada por la que en el ya lejano 1954 asumió la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés al analizar la ob.1ª «De aqua pluviali arcenda». Decía el informe de la Comisión:

> «La Ob. 1ª "De aqua pluviali arcenda" establecía que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal de que no lo hiciera en daño del poseedor. No vamos a comentar esta laudable y relevante doctrina. Consagrarla hoy de modo explícito en un artículo sería difícil y podría dar lugar a situaciones arduas y ser un semillero de pleitos. Leyes de aplicación general como la de cerramiento de fincas rústicas dificultarían la expresión del principio en una norma. Por otra parte dado que el "ius usus innoqui" y la teoría del abuso del derecho va penetrando en la jurisprudencia (quizá con demasiada lentitud) hemos creído acertado confiar al buen criterio de los tribunales la aplicación concreta de este principio de la citada observancia a través de estas dos vías de carácter general. Abona tal criterio que ni en los dos proyectos del Apéndice ni en el Cuaderno vigente se formuló tal norma.»[49]

Pasando a las observaciones del Colegio Notarial de Aragón al Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, eran, en lo que se refiere al artículo 3 del proyecto, las siguientes[50]:

> «Este precepto regula el "uso inocuo de la posesión ajena". Que los juristas suelen denominar, ya desde el Derecho Romano, y en latín, "ius usus innocui" entre cuyos aprovechamientos de escasa importancia, suele mencionarse el espigueo, el derecho a beber agua de las fuentes naturales o el de pasear por fincas de otro. Por otro lado, también dicen los autores que está subordinado a que no haya oposición alguna por parte del propietario del inmueble.
>
> Ninguno de los Derechos de nuestro país ha llegado a convertir en norma legal escrita el "ius usus innocui". Sin embargo el proyecto convierte en norma legal escrita un simple uso tolerado y limita al propietario su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un "uso antisocial" del derecho de propiedad.
>
> Pues bien, este Colegio considera que una norma como la que contiene el Proyecto puede hacer surgir dudas acerca del alcance y los límites del derecho de propiedad y generar litigios que hasta hoy no han surgido en este ámbito. Por

---

[49] Informe sobre otras Instituciones de derecho aragonés en materia de derechos reales. *Informes del seminario (1945-1958)*, vol. I (realizados bajo la dirección de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés) Zaragoza, El Justicia de Aragón (1996) pp. 570 y 571.

[50] Texto cedido por el Colegio Notarial de Aragón.

> ello, entiende que es preferible que el "ius usus innocui" siga siendo una figura consuetudinaria: Y en consecuencia, que se suprima el artículo 3 del Proyecto de Ley.»

No encontramos aquí la consideración elogiosa del uso inocuo que se advertía en el anterior informe. Antes al contrario, se alude a su escasa importancia (si bien se reconoce su antigüedad[51]) y se afirma que los autores lo subordinan a que no haya oposición alguna por parte del propietario del inmueble. Partiendo de esa premisa es comprensible que la regulación concreta en el proyecto de ley merezca una consideración negativa, con referencias a que ningún legislador español lo ha convertido en norma escrita, elevando un mero uso tolerado a norma legal y limitando al propietario –creo que en otra lectura errónea del precepto– su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un uso antisocial del derecho de propiedad (es al revés, la oposición legal puede ser por cualquier causa salvo un solo motivo: el uso antisocial de la propiedad). En definitiva se pide directamente, sin alternativa, su supresión. A diferencia de lo razonado por El Justicia ahora es el propio concepto o principio lo que se rechaza, probablemente por entenderlo contrario, con razón, al concepto de propiedad que parece ampararse por los redactores de las observaciones.

Realmente, como ya se habrá advertido, no considero que las razones aportadas en los informes, y asumidas por nuestros representantes en las Cortes de Aragón, puedan justificar la supresión en el trámite parlamentario de un artículo que junto con el número dos de la Ley (hoy 538 Código Foral), *Del uso adecuado de los inmuebles o sitios*, se configuraban como los principios rectores, y complementarios –uso razonable de la finca por el propietario, uso inocuo por el no propietario, vecino o no vecino– del Derecho de vecindad patrimonial en Aragón. Sobre la abstención de los partidos denominados de «izquierda» en la votación parlamentaria de la enmienda de supresión, me limitaré a manifestar mi perplejidad.

Por supuesto, que el «ius usus inocui» es un límite intrínseco del derecho de propiedad en las relaciones vecinales, y en las relaciones con el resto de particulares, de ahí su correcta disposición en sede de relaciones de vecindad, a las que precisamente venimos definiendo como límites o limitaciones genéricas del dominio. Sobre la cuestión de que ningún derecho patrio lo haya regulado, con lo que parece aludirse a los posibles peligros de innovación tan radical, citaré la Ley 17 del Fuero Nuevo Navarro, que dice así: *Los derechos pueden ejercitarse libremente sin más limitaciones que las exigidas por su naturaleza, la buena fe, las rectas costumbres y el uso inocuo de otras personas; y las impuestas por prohibición expresa de la Ley.* Como puede apreciarse, sin la articulación técnica del proyectado en Aragón, en Navarra el uso inocuo por otras personas se configura directamente como una limitación en el libre ejercicio de los derechos.

---

[51] En relación a la antigüedad, Levítico (XIX, 9, 10): «Cuando hagáis la recolección de vuestra tierra, no segarás hasta el límite extremo de tu campo, ni recogerás las espigas caídas, ni harás el rebusco de tus viñas y olivares, ni recogerás la fruta caída de los frutales: lo dejarás para el pobre y el extranjero. Yo, Yavé, tu Dios.» También Deuteronomio (XXIV, 19, 20,21), y Libro de Ruth.

Respecto a la opinión de los autores y la necesidad inexorable de autorización del propietario, MARTÍN MATEO[52], en 1967, al hablar de una posible sistematización de las determinaciones estatutarias de la propiedad, y refiriéndose a las que denomina determinaciones universales, como las que prohíben el uso antisocial de la propiedad, el abuso de derecho, los actos de emulación… indica que *En este apartado podría también quizá incluirse la ilegitimidad de la oposición por el propietario a un uso innocuo ajeno a su propiedad (…).*

En lo que se refiere a su raigambre histórica ya hemos citado su inclusión en la observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*[53]. La relación de esta observancia con la 6ª del mismo nombre, y como entrambas informan el principio de libertad civil característico del Derecho, y del denominado Derecho de cosas, en Aragón, puede advertirse cuando para justificar la inexistencia de limitaciones al recíproco derecho de apertura de huecos, el informe de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés acude a la Observancia 1ª para explicitar que *Tolerar a todos que hagan obras y actúen en la posesión ajena mientras no originen ningún daño, es reconocer con mucho más motivo que están facultados para lo mismo en posesión y dominio propio, lo cual, por otra parte está de acuerdo con el espíritu amplio de libertad de nuestro derecho.*[54] También DELGADO ECHEVERRÍA[55] indica, sobre la regulación de luces y vistas, que *Hasta la promulgación del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral aragonés (1925) regían esta materia las Observancias 1ª y 6ª De aqua pluviali arcenda.* El propio Tribunal Supremo se hace eco del concepto en la sentencia de 30 de octubre de 1983 (RJ 1983-5847):

> «Que también según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa (intérprete de su tradicional Derecho), la observancia citada no establece ni regula régimen alguno de servidumbre, sino que se limita, *de acuerdo con el principio de honda raigambre aragonesa sentado en la Observancia primera ("cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor"), a fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del "jus usus innocui",* lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado «medioambiente» (luz y paisaje).»

Y sin nombrarlo expresamente esta vez, pero perfectamente reconocible y conectado con la función social de la propiedad, lo encontramos (la cursiva es propia) en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de mayo de 1967 (Ponente REVUELTA GÓMEZ, Platero):

---

[52] MARTÍN MATEO, Ramón (1967). «El estatuto de la propiedad inmobiliaria». *Revista de Administración Pública,* núm. 52, p. 147.

[53] Observancia 1ª «De agua pluviali arcenda»: «Quod quilibet potest facere voluntatem suam per possesionem alienam, dummodo fiat sine damno illius, cuius est illa possesio.»

[54] Informe sobre otras Instituciones de derecho aragonés en materia de derechos reales. *Informes del Seminario (1945-1958),* vol. I (realizados bajo la dirección de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés) Xaragoza, El Justicia de Aragón (1996) p. 495.

[55] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (1983). «Comentario a la STS de 30 de octubre de 1983» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, pp. 1.041-1.048.

> «(…) porque, además de lo dicho, en esta región foral aragonesa la diferenciación entre las restricciones legales de la propiedad y las servidumbres verdaderas –como derechos limitativos del dominio– tiene mayor transcendencia todavía, porque en aquellas *preside la función social de la propiedad urbana, en el sentido de no tener limitaciones sino perjudican intereses ajenos,* y cesar tal libertad cuando colisionan intereses extraños, como está proclamado desde las antiguas Observancias del Reino…, principio que ha de presidir la interpretación del Derecho de este territorio, (…)»

Al incluirlo en el Derecho vigente se estaba, en mi opinión, tendiendo un puente entre la tradición y una visión moderna del contenido social de los derechos individuales, y su supresión viene a dejar incompleto, renqueante, el sistema de relaciones de vecindad actual, precisamente por no extraer las debidas consecuencias del histórico. Se trataba de unir el derecho histórico, la observancia primera, con el moderno reconocimiento de los límites al derecho de propiedad que suponen la prohibición del abuso de derecho y del uso antisocial del mismo. Me temo que lo que está latiendo, en la oposición que acabó con el precepto, es que su plasmación legal comporta, claro está, enfrentarse a su significado: atribuir un derecho. El «ius usus inocui» es una limitación interna de la propiedad, según la cual el titular de un derecho sobre un bien no puede, por el mero hecho de serlo, impedir a otros que se aprovechen de la cosa si ese aprovechamiento no le causa ningún perjuicio. Lo que es un límite para el propietario para el tercero es un derecho.

Un supuesto aceptado y regulado es la permisibilidad en Aragón para abrir huecos para luces y vistas sobre el fundo vecino, regla de tolerancia y de buena vecindad aragonesa inspirada en el «ius usus inocui», como repiten doctrina y jurisprudencia sin mayor polémica; otra cuestión es que esa permisibilidad se extienda a todo y a todos: que se extienda al no vecino, que ni propiedad tiene y sin propiedad qué derechos va a tener sobre inmuebles. Se admite, mal que bien, un uso inocuo recíproco entre propietarios limítrofes pero la recuperación del derecho histórico y los principios del sistema aragonés –con la palabra «cualquiera» iniciando el artículo– inspira prudencia, pues este es un derecho de los no poseedores.

Por ello la crítica del Colegio de Notarios, que recoge alguna de las formuladas en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, es coherente con su concepción de la propiedad, pues viene a sostener que el «ius usus inocui» no es un derecho sino, sin más, una expresión de la tolerancia del dueño que, en consecuencia, podrá siempre prohibir el aprovechamiento ajeno, aunque se trate de muy escaso valor, reconduciéndose en todo caso la cuestión a la prohibición del abuso de derecho. Lo que no parece coherente es considerarlo un derecho, como indica El Justicia, y sostener su no regulación en la Ley para que se aplique, como principio inspirador, en cada caso concreto. La distinción entre reglas y principios, tal y como la formula Huerta Ochoa[56] creo que resulta especialmente didáctica sobre la diferencia en la práctica de que mantengamos el «ius usus inocui» en el terreno de los principios no escritos o en el del derecho positivo:

---

[56] Huerta Ochoa, Carla. (2003) «Conflictos Normativos». *Serie Doctrina Jurídica, núm. 142.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, p. 71.

> «¿Cuál es la diferencia entre reglas y principios? *Los principios* son "mandatos de optimización" porque obligan a que algo, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas, se realice en la mayor medida posible, por lo que pueden ser cumplidos en grados diferenciados. La forma de aplicación de los principios es la ponderación. *Las reglas*, en cambio, tienen un carácter definitivo, por lo que solamente pueden ser cumplidas o no. Son normas que establecen una consecuencia jurídica definitiva cuando se materializa su supuesto de hecho. Su forma de aplicación es la subsunción (aplicación de una norma general a un caso individual).»

Al no regularse como regla en la Ley, sin siquiera haber sobrevivido como principio, el «usus inocui» se ha abandonado, al fin, al permiso expreso del propietario, o lo que es lo mismo, a su inexistencia como «ius». Como ya se advirtió en los debates de la Comisión Aragonesa sólo la regulación legal, por mandato del art. 33.2 CE, podrá dar verdadero amparo al uso inocuo de la posesión ajena. Así lo recuerda, sin siquiera remitirse a la Constitución, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cáceres de 28 de octubre de 2010 (Id Cendoj: 10037330012010101199) que viene a establecer como el uso inocuo de la propiedad ajena –la rebusca en los campos de aceitunas– debe, en su caso regularse por ley:

> «Así las cosas, *será una norma legal*, no un mero Bando, la que pueda imponer limitaciones por cuanto no se puede olvidar que los artículos 348, 349 en relación con 353 y 354 del Código Civil, conceden al propietario la propiedad de los frutos de modo que tradicionalmente el espigueo se ha reconocido como factible siempre y cuando el dueño lo permitiera, es decir sólo cuando no cierre su finca o prohíba expresamente el rebusco. De este modo hay que entender que el Bando Municipal que emite el Alcalde y que genéricamente limita la propiedad privada, no es el instrumento legal ni normativo válido para expresarse en los términos en que lo hace "en todo el término municipal" y por ello ha de ser anulado.»

Con el añadido de que es precisamente al haber rechazado su inclusión, en un momento en que el derecho aragonés se desarrolla y moderniza, cuando se corre el riesgo de que los jueces puedan considerar que el legislador aragonés, que ha descartado contemplarlo como regla, ya no lo contemple ni siquiera como principio no escrito. Delgado Echeverría[57]:

> «El legislador habla en presente de los principios generales que informan –o en los que se inspira –hoy– el ordenamiento jurídico aragonés. No todos los principios en los que se inspiró a lo largo de su historia, sino sólo aquellos en que hoy se inspira de manera conforme a la tradición; dicho de otro modo, los principios tradicionales, sí, pero en la medida en que hoy informen el Derecho vigente: y esto último lo decide, en última instancia, el legislador actual. Si se prefiere, es el pueblo aragonés de hoy el que decide qué principios históricos quiere seguir manteniendo vivos.»

---

[57] Delgado Echeverría, Jesús (1988) «Artículo 1. Fuentes Jurídicas» en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (Dirección: J. L. Lacruz Berdejo), T. I. Diputación General de Aragón. Zaragoza, pp. 179 y 180.

En conclusión, creo que nuestros representantes en las Cortes de Aragón erraron en su voto al aprobar la enmienda de supresión total[58]. Tal vez hubiese sido pertinente, y el debate enriquecedor, una enmienda de modificación que intentase detallar las razones legítimas para la oposición del poseedor, y dejase clarificado a quién correspondía la carga de la prueba del uso antisocial del propietario. En un país cuyo código penal recoge en su artículo 245.2, como delito contra el orden socioeconómico, el tipo de la usurpación[59], el legislador civil, para evitar males mayores, debe esforzarse por delimitar qué posibles supuestos de oposición del propietario al uso inocuo constituirían o no un ejercicio antisocial de la propiedad.

IV. LA INCIDENCIA EN EL DERECHO URBANÍSTICO ARAGONÉS DE LA LEGISLACIÓN CIVIL ARAGONESA SOBRE RELACIONES DE VECINDAD

1. Introducción

Las relaciones de vecindad entre patrimonios vienen a significar, en el marco de las relaciones privadas, la plasmación legal de una voluntad de limitación genérica e intrínseca del contenido de la propiedad en orden a su más racional y económico disfrute. Un mínimo o moderado anticipo de las limitaciones que, desde el campo de lo público, amparadas fundamentalmente en el principio de función social de la propiedad y a través de una poderosa normativa administrativa, supondrán, con distintas matizaciones, una auténtica extracción del *ius aedificandi*, convertido en aprovechamiento urbanístico, de las facultades normales de la propiedad, en especial de la propiedad inmobiliaria urbana.

Las relaciones de vecindad nacen, inicialmente, en una sociedad agraria para regular las relaciones cotidianas entre los propietarios de fincas colindantes, relaciones que atañen a la distancia entre plantaciones, que con su sombra pueden dañar los cultivos ajenos, distancia entre construcciones, que pueden impedir luces y vistas, curso natural de las aguas pluviales, persecución de caza o animales domésticos, paso para construir… El desarrollo hacia una sociedad industrial y de servicios, con importantes avances tecnológicos, hace más compleja la relación de fundos y propietarios, con nuevas posibilidades de inmisión (ruido, contaminación, olores…) y mayor sensibilidad individual y social a aspectos urbanísticos, medioambientales, educativos y estéticos, o a valores como la intimidad. A la vez se interrelacionan e influencian territorios más amplios

---

[58] Qué mejor forma de hacer justicia a la frase de Costa –«Aragón se define por el derecho»– que ser el primero de los derechos de nuestro país en convertir el «ius usus inocui» en un derecho regulado con detalle por la legislación positiva.

[59] «El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.»

que los meramente contiguos, cobrando así una dimensión colectiva. Como bien explica KARRERA EJALDE:

> «En el ámbito social la convivencia tiende cada vez a ser más próxima, principalmente por los fenómenos de la urbanización y la industrialización, de tal modo que la sociedad moderna ha venido a multiplicar la incidencia de las relaciones de vecindad»[60].

En este marco, el título de este capítulo puede inspirar una cierta sorpresa. Lo esperado, lo habitual, puesto que casi podemos hablar de tópico para referirnos a la queja sobre la imparable inflación normativa, especialmente normativa administrativa[61], sería que el objeto de estudio o análisis fuese, al contrario de lo titulado, la incidencia de la regulación urbanística en las relaciones de vecindad y, en concreto, en el régimen de luces y vistas. Alguno, fiado en la genérica y acrítica prevalencia de las normas denominadas públicas sobre las denominadas privadas, respondería, escueto, a la tácita pregunta que se desprende de los términos del título: Ninguna. La normativa sustituida por el CDFA en materia de relaciones de vecindad –el Título I del Libro III de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón–, en esencia la misma que la ahora desarrollada y mejorada, no había supuesto en su aplicación cotidiana, y en un momento en que existía legislación urbanística aragonesa –Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística– mayor problema práctico, sin que, hasta donde conozco, un posible conflicto normativo hubiese merecido mayor atención de ciudadanos, jueces y doctrina, con excepción de Ana Belén LÓPEZ LÓPEZ[62], sobre cuyo estudio volveré más adelante.

Pero el conflicto existe, ciertamente enmascarado por la indiscutida falta de eficacia de la norma civil cuando contradice la pública, amén de por la al parecer escasa relevancia social de los intereses en conflicto, pero la contradicción normativa existe.

2. EL CONFLICTO NORMATIVO: LA ANTINOMIA

Admitida la existencia de un ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma Aragonesa habrá que incluir hoy en el mismo, en palabras de DELGADO

---

[60] KARRERA EJALDE, Mikel M. (2009), *op. cit.*, p. 90.

[61] «La inflación normativa constituye el indicio más visible de la actual dificultad de las normas para ordenar una sociedad compleja como la nuestra. Cuando amaina la fuerza social que las mantiene vivas las instituciones entran en crisis (…). En la imposibilidad de intervenir sobre el *ethos*, esto es, en la incapacidad de revivificar el tejido social y civil que constituye el trasfondo prejurídico de la vida social, se difunde cada vez más la tendencia a una juridificación integral de la convivencia. El derecho tiende a permear de derecho todos los espacios de la vida social, proponiendo normas para todos sus aspectos y pliegues. El recurso reiterado a la reglamentación de los conflictos y urgencias cotidianas por medio de la elaboración constante de nuevas leyes, aunque a menudo cada vez más ineficaces, expresa el creciente peligro de su insignificancia.» CIARAMELLI, Fabio (2006). *Instituciones y Normas.* Editorial Trotta. Torino. (Trad. J. R. Capella), pp. 132-133.

[62] LÓPEZ LÓPEZ, Ana Belén (1995) *Estudio sobre el Derecho aragonés de luces y vistas. Regulación histórica y nuevos problemas.* El Justicia de Aragón: Informe Especial, 1994, pp. 201-270.

ECHEVERRÍA[63], no sólo *(…) el Derecho Civil, sino el contenido en todas las leyes emanadas de las actuales Cortes de Aragón, así como las disposiciones generales de inferior rango de la Diputación General de Aragón*. En mi opinión habrá que incluir en ese ordenamiento las normas de las entidades locales territoriales aragonesas que, en uso de su autonomía constitucionalmente reconocida y en el marco de las leyes aragonesas, aprueban disposiciones reglamentarias, alguna de gran relevancia e incidencia para los ciudadanos aragoneses como los planes urbanísticos[64], para relacionar en una visión unitaria el denominado ordenamiento jurídico aragonés.

HUERTA OCHOA[65], entre las distintas acepciones de contradicción normativa indica cómo *A partir de las definiciones de KELSEN, García Maynez establece un concepto riguroso de la contradicción normativa diciendo que dos normas jurídicas pertenecientes al mismo orden jurídico son mutuamente contradictorias cuando, teniendo el mismo ámbito material, espacial y temporal de validez, una permite y la otra prohíbe al mismo sujeto la misma conducta.*

A mi juicio, el texto anterior supone una exacta representación de la antinomia entre el art. 545.1 CDFA y el punto 6.3 de las vigentes Normas Subsidiarias y Complementarias de la provincia de Huesca.

Dice el vigente artículo 545.1 del Código del Derecho Foral de Aragón: «Tanto en pared propia, y *a cualquier distancia de predio ajeno*, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.»

Dicen las vigentes[66] (son la normativa de aplicación directa para aquellos municipios de la provincia que no dispongan de planeamiento) Normas Subsidiarias y Complementarias de la provincia de Huesca:

---

[63] DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2007), «Antecedentes históricos y formación del Derecho Civil aragonés». Obra colectiva *Manual de Derecho Civil aragonés*. Dirección: J. Delgado Echeverría. Coordinación: Mª Ángeles Parra Lucán. Zaragoza. El Justicia de Aragón, p. 38.

[64] Aunque la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbana corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, se trata de un acto complejo, resultado de un procedimiento de estructura bifásica donde la autonomía municipal y la defensa de los intereses propiamente municipales viene siendo reconocida por doctrina y jurisprudencia hasta el punto de que, comenta la profesora Elisa MOREU CARBONELL: «Hemos de recordar que el carácter bifásico del procedimiento de aprobación de muchos planes urbanísticos no altera su naturaleza de normas municipales (Foro en www.elderecho.com. *Aprobación definitiva de instrumentos de planeamiento y seguridad jurídica*).

[65] HUERTA OCHOA, Carla (2003), *op. cit.*, p. 111.

[66] Disposición transitoria 1ª Ley de Urbanismo de Aragón: «Las Normas Subsidiarias y Complementarias Provinciales actualmente en vigor en las tres provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza, en tanto no contradigan los contenidos de esta Ley, mantendrán su vigencia, incluso con carácter complementario, hasta que sean sustituidas por la directriz especial de urbanismo prevista en esta Ley o se acuerde su derogación por el Gobierno de Aragón. En todo caso, en los municipios que cuenten con plan general adaptado a la Ley 5/1999, de 25 de marzo, dejarán de aplicarse las Normas Complementarias Provinciales.»

«6.3. SECCIÓN 3ª. *Condiciones de edificabilidad*

Las condiciones de edificabilidad definen los límites máximos que podrán ser utilizados en la construcción de edificios en el ámbito subsidiario de estas Normas.

Tendrán también aplicación como Normas Complementarias en todos los aspectos insuficientemente tratados en las Normas Subsidiarias o Planes Generales de ámbito municipal. (…)

Retranqueos: *El retranqueo mínimo a linderos será de 3 metros lineales si se abren huecos.»*

Una norma aragonesa vigente –la urbanística– prohíbe la edificación con huecos a menos de tres metros a linderos, y otra norma aragonesa vigente –la civil– permite la edificación con huecos a cualquier distancia. En la ciencia jurídica esta contradicción o conflicto normativo se denomina, desde antiguo[67], antinomia. Existe una antinomia *(…) cuando dos o más normas de un mismo sistema jurídico asocian a un mismo supuesto de hecho dos o más consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, de modo que en todas o en algunas de las alternativas de conducta implicadas en dicho supuesto no será posible obedecer una norma sin desobedecer otra.*([68]).

Pueden descubrirse otras antinomias, contradicciones, paradojas y/o excesos normativos entre la norma civil y la urbanística, o, más ampliamente, entre el derecho público y privado. En el propio análisis de Ana Belén López López[69], se constataba también el conflicto entre las normas subsidiarias de Zaragoza y Teruel y la Compilación Foral, y en el mismo sentido podrían examinarse multitud de planes generales de municipios, que exigiendo retranqueos laterales contradicen la libertad civil de distancias a linderos en la edificación. La reciente aprobación, por Decreto 54/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón de la denominada Norma Técnica de Planeamiento (NOTEPA)[70], que define el retranqueo como la separación mínima de las líneas de edificación a los linderos de la parcela, y establece la necesidad de su regulación en las zonas de edificación abierta, definiendo la vivienda unifamiliar aislada como la separada de todos sus

---

[67] Quintiliano (Inst. Or.VII, vii, i) indicó que surge una antinomia cuando hay dos bases o aspectos (*status*) que se refieren respectivamente a la letra y a la intención de la ley; la antinomia se desencadena cuando se manifiestan dos opiniones contrarias respecto a lo que la ley estatuye. Como cada una de estas opiniones sostiene que hay un conflicto legal, se entiende la antinomia como si consistiera en un conflicto entre dos leyes. En puridad, sigue habiendo una sola ley, pues, según Quintiliano, una ley no puede ser en principio, o en virtud del propio derecho (*iure ipso*), contraria a otra, ya que si el derecho (*ius*) fuese diverso, una ley cancelaría a la otra. Sin embargo se ha usado a menudo «antinomia» para designar un conflicto entre *dos leyes*. El propio Quintiliano habla de leyes diversas (*diversas leges*), similares o no (*aut similares aut impares*). Se ha hablado asimismo de antinomias en relación con un determinado *corpus* jurídico (Diccionario de Filosofía. J. Ferrater Mora).

[68] Pérez Bermejo, José María (2006), «Coherencia y sistema jurídico». Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, p. 206.

[69] López López, A. B. (1995) *op. cit.,* «Estudio sobre el Derecho aragonés …».

[70] Art. 1: La Norma Técnica de Planeamiento t*iene por objeto unificar los criterios técnicos para la elaboración de los documentos de planeamiento urbanístico*, estandarizando la cartografía de utilidad urbanística, la terminología y los conceptos urbanísticos generales, *con la finalidad de reducir el grado de discrecionalidad en su interpretación, simplificar su tramitación* y facilitar su integración en los sistemas de información territorial y urbanística de Aragón.

linderos, puede ser indicativa, desde su asepsia técnica, de la visión urbanística de la cuestión: la huida de la pared medianera y la bondad de la separación de edificios. Por citar otro ejemplo, especialmente revelador del ímpetu invasivo del derecho urbanístico sobre las relaciones de y entre particulares, la Norma 3.2 de las NNSSPP de Huesca, tras prescribir que queda prohibida la edificación a distancia inferior a 10 metros lineales del eje de cualquier camino existente, lo que estaría dentro de la tradicional derogación tácita del derecho común por las normas sobre propiedades especiales, y dictar otras normas de salvaguarda de caminos, llega a establecer que *Se entienden como caminos a este respecto no solo los caminos públicos sino también y especialmente las pistas forestales, caminos particulares, etc.*[71]. Otra situación clásica, la denegación de licencias de vallado de fincas en base a las alineaciones de planeamiento, ha provocado la reacción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS 2 de enero de 1996, RJ 1996 21) para indicar, cuando los terrenos no han dejado todavía de ser propiedad privada dado que todavía no se ha producido la ejecución de ese planeamiento, que no puede restringirse hasta tal punto el derecho de propiedad.

Volviendo a la antinomia, he optado por centrarme en este aspecto de las Normas oscenses al entender que, como ejemplo, es lo suficientemente clarificador sobre el problema, y que los principios que rijan las soluciones al mismo, si los hubiere, se podrán extender al resto de casos presentes o futuros. No desconozco que puede negarse la existencia misma de la antinomia. En el «V Encuentro del Foro de Derecho Aragonés», celebrado en Huesca en 1996, en la ponencia sobre luces y vistas[72], y una vez abierto el turno de preguntas, a la realizada por una asistente en relación con la incidencia del derecho urbanístico en el régimen de la Compilación, se respondía por el ponente, Gonzalo Gutiérrez Celma:

> «Bueno, yo creo que una cosa es el Derecho Civil Aragonés y otra cosa es el Derecho Urbanístico; en consecuencia si el Derecho Aragonés nos permite hacer cosas que el Plan General de Urbanismo, por ejemplo, no nos permite, pues no las podremos hacer. Es decir, ya no solo el ejemplo que ha puesto usted sino que también cabe, pues que el Plan nos diga que para construir nos tenemos que retranquear tres metros en nuestra propia finca. En consecuencia, si el plan nos dice eso, nos tendremos que retranquear tres metros en nuestra finca, y aunque la Compilación lo permita, no podremos abrir huecos dentro de las distancias del Código Civil, porque para cumplir las disposiciones urbanísticas hemos tenido que retranquear tres metros nuestra construcción. Esto es, que el Derecho Aragonés deje hacer una serie de cosas no quiere decir que no incidan en el tema otros derechos que también hay que cumplir de manera que, para que se puedan abrir huecos o para que se pueda construir, por ejemplo, en un lindero, nos tiene que dejar el Derecho Civil y nos tiene que dejar por supuesto también el Derecho Urbanístico. Si uno de los dos derechos no nos deja, pues ya no podremos abrir el hueco o levantar la construcción de que se trate.»

---

[71] ¿Qué interés público puede justificar que se regulen las distancias de las edificaciones o vallados a los caminos privados?

[72] V Encuentro del Foro de Derecho Aragonés. (1995) «El régimen de Luces y Vistas: Relaciones de vecindad y servidumbres», www.eljusticiadearagon.com.

Proseguía el diálogo y la preguntante concluía, en frase premonitoria, *Pero en este caso, el Derecho de la Compilación no tiene aplicación…*, a lo que el ponente contestaba cerrando la cuestión:

> «No, no, porque la Compilación es Derecho Civil y el Derecho Urbanístico es derecho administrativo. (…). Es decir cuando queramos realizar una determinada actuación en parcelas sobre la que inciden dos o más derechos, tienen que bendecir esa actuación los dos o más derechos que concurran y con uno sólo que te impida el realizar esa actuación, ya no la vas a poder hacer.»

A mi juicio, la respuesta no indica que no exista la contradicción, sino que se opta por un criterio de solución de las antinomias: el considerar una de las normas contradictorias como no existente; adelantándose ya por el ponente que un Juez tenderá a resolverla mediante la prevalencia de la norma de planeamiento, en este caso la prohibitiva. El problema sigue siendo que, dada la amplitud de aplicación espacial de las NNSSPP provinciales, y donde ellas ceden ante el planeamiento municipal el que el texto del mismo suele recoger iguales o similares preceptos, es patente la falta de aplicación o eficacia de la norma civil vigente y válida.

Siendo evidente que una sola de las normas en conflicto puede ser cumplida, y con independencia de que se adopte, en terminología de HUERTA OCHOA[73], una solución fuerte (la invalidez o nulidad de alguna de las normas, lo que en el caso de la ley no estaría en manos del Juez ordinario) o débil, (las dos normas siguen siendo válidas pero una, o las dos, dejan de ser aplicables al caso concreto), debemos definir desde la posición del estudioso cuál entendemos que prevalece. A ello cabe añadir la propuesta, en su caso, de qué debería hacerse para evitar el conflicto y la consecuente confusión, en el bien entendido de que no puede haber unidad y coherencia en el sistema jurídico si no partimos de la unidad y coherencia de la voluntad legisladora.

3. LAS SOLUCIONES

RUIZ SANZ[74], expone cómo la tradición jurídica y la jurisprudencia han tenido en cuenta tres criterios para resolver las antinomias, que son los siguientes:

> «a) Criterio jerárquico, según el cual la norma de rango superior prevalece, en caso de conflicto, sobre la de rango inferior. Este criterio se encuentra recogido formalmente en el ordenamiento jurídico español con carácter general en el art. 9.3º de la Constitución de 1978 (CE) así como en el art. 1.2º del Código civil, y con carácter particular en el art. 164 CE y en el art. 39.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) respecto a la Constitución y las leyes; en el artículo 97 CE y 62.2º de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) respecto a los reglamentos y las leyes; y en el art. 51.2º LPA en relación a los distintos reglamentos entre sí.
>
> b) Criterio cronológico; en el caso que se den dos normas incompatibles promulgadas en momentos distintos, prevalecerá la posterior en el tiempo. Se

---

[73] HUERTA OCHOA, Carla, *op. cit.*

[74] RUIZ SANZ, Mario (2003). *Sistemas jurídicos y conflictos normativos.* Dykinson. Madrid.

encuentra reconocido en el artículo 2.2º del Código civil español, cuando dice que "Las leyes sólo se derogan por otras posteriores [...]"

c) Criterio de especialidad; si se produce un conflicto entre lo dispuesto por una norma general y otra especial, prevalece esta última. El criterio de especialidad no suele reconocerse con carácter general en los ordenamientos jurídicos, sino en determinados sectores, como sucede con el Derecho español en el ámbito penal, por ejemplo, en el art. 8 del Código penal de 1995, cuando dice que el precepto especial se aplicará con preferencia al general.»

No obstante la situación puede ser de difícil discernimiento, sobre todo cuando podemos acudir indistintamente a dos o tres criterios, que a su vez arrojan resultados distintos, lo que obliga al intérprete a establecer cuál de ellos es el aplicable.

3.1. *La prevalencia de la Compilación*

Ana Belén López López, en su exhaustivo estudio de la regulación de luces y vistas en Aragón,[75] (1995), explicó detalladamente la contradicción, para ella insalvable, entre la regulación entonces contenida en la Compilación (en este asunto la misma que la regulación actual) y en las Normas Subsidiarias y complementarias de las tres provincias aragonesas, para concluir en la nulidad absoluta de los preceptos relativos a retranqueos de estas últimas, así como los de todos los planes urbanísticos municipales que no respetaran el art. 144 de la Compilación en su recto entendimiento: la posibilidad de edificación sin retranqueo alguno a linderos, siendo indiferente a ese respecto la apertura de huecos.

Su resolución de la antinomia se basa en la aplicación del principio de jerarquía de las normas. La entonces vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón, por su carácter de ley (incorporada, además, como ley autonómica en 1983), no podía ser contradicha por normas de naturaleza reglamentaria como los Planes urbanísticos o las Normas provinciales, citando en su apoyo el art. 9.3 de la CE, 1.2 CC, 51 de la Ley 30/1992 y otros; además de la opinión de autores de reconocido prestigio, como García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en el concreto punto de la nulidad radical de los Reglamentos ilegales: *(…) y que la vigencia de una Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento contrario a la misma por mucho que sea el aquietamiento de los interesados y el tiempo que transcurra sin que se produzca reacción contra dicho Reglamento*[76].

Consciente la autora, creo, de lo inusual, y hasta de lo, a qué negarlo, «revolucionario» de su tesis, que condenaba a la nulidad a una consolidada parte de la regulación municipal urbanística aragonesa, informada y aprobada con el beneplácito del elenco técnico-jurídico urbanístico y el silencio de la doctrina civil, se defiende de posibles argumentos contrarios con una interesante reflexión sobre la

---

[75] López López, A. B., *op. cit.*, pp. 242-270.

[76] López López, A. B., *op. cit.*, p. 257.

inaplicación al supuesto de la cláusula deslegalizadora del art. 551 del Código Civil (podía referirse en la misma línea al art. 350 CC), al entender que prevalece lo previsto específicamente en la Compilación –art. 144– sobre cualquier intento de dar entrada a artículos del Código Civil que, remitiendo a reglamentos, tergiversen el sentido de las instituciones aragonesas, en cita de DELGADO ECHEVERRÍA[77].

No obstante, la propia autora, analizando el mecanismo de concesión de licencia de obras, y como supone que el Ayuntamiento las otorga, tal y como le ordenaban y ordenan las leyes urbanísticas[78], de acuerdo a las previsiones legales urbanísticas y al planeamiento, se lamenta de que *un derecho reconocido por la Ley civil y negado por un reglamento administrativo no va a poder ser disfrutado por los particulares*[79] Desconozco, no he encontrado, si este atrevido pero riguroso planteamiento de nulidad se ha contrastado ante los Tribunales; si se ha solicitado una licencia donde se infringiera el citado punto 6.3 de las Normas o similar norma de planeamiento local y se ha interpuesto, con fundamento en el precepto civil, contencioso-administrativo contra la denegación. Probablemente no lo ha sido, ya que los proyectistas adecúan sus proyectos al planeamiento vigente y los particulares están más interesados en edificar que en plantear un litigio por considerar ilegal una norma de retranqueo. Además, en ese hipotético supuesto, la decisión del Juez de lo Contencioso avalaría probablemente la legalidad de la denegación efectuada conforme al plan[80]. Puestos a rebuscar una situación en que el planteamiento de ilegalidad del Plan urbanístico se recondujera de alguna forma ante un Juez Civil cabría pensar en el caso del ejercicio de la acción, reconocida en el art. 49[81] del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, para demoler aquellas construcciones cuyos huecos no cumplieran con las distancias reglamentarias establecidas por el Plan. Ahí sí que sería un juez civil quien debería juzgar si lo previsto en el planeamiento, norma administrativa, se impone a la norma civil, art. 144 de la Compilación, hoy 545 y 550 CDFA, con resultado incierto. En resumen, en la práctica, y aunque decía GARRIDO MELERO que *(…) la persona que quiere saber qué es lo que puede hacer y no en su propiedad tiene que acudir al Ayuntamiento y al Notario*[82], en la actuali-

---

[77] DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.* «Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón».

[78] Art. 237.1, Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón: «Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y el planeamiento urbanístico vigentes en el momento de la resolución, resolviendo tanto sobre la pertinencia de las obras como sobre el aprovechamiento urbanístico correspondiente.»

[79] LÓPEZ LÓPEZ, A. B., *op. cit.*, p. 266.

[80] Aunque el art. 6 LOPJ ordena a los Jueces no aplicar los reglamentos contrarios a las leyes y al principio de jerarquía normativa.

[81] Artículo 49, TRLS 2008**:** «Acción ante Tribunales ordinarios. Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.»

[82] GARRIDO MELERO, Martín (1992): «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña (Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 611, p. 1558.

dad parece ser más necesario, en realidad indispensable, acudir al Ayuntamiento, y tal vez por ello, Ana Belén LÓPEZ, en sus conclusiones, denuncia *el vergonzoso desconocimiento de nuestro Derecho Civil por parte de los Administraciones Públicas aragonesas* y *(…) la peligrosa separación dogmática entre Derecho Administrativo y Derecho Civil.*

3.2. *La prevalencia de la normativa urbanística*

Ascensión LECIÑENA IBARRA comienza su obra, *Código Civil y Planeamiento Urbanístico en la actual ordenación de luces y vistas*[83], en los siguientes términos:

> «Tras los cambios introducidos en la propiedad urbana por el régimen urbanístico desde la Ley del Suelo de 1956, se hace difícil reconocer en el dominio del suelo la figura descrita en el art. 348 Código Civil. La escasez de suelo urbano ha condicionado las modalidades de ejercicio de los derechos sobre él constituidos subordinándolas, no tanto a la voluntad individual cuanto al interés público. Ya no es posible reconocer al propietario del suelo urbano un señorío potencial sobre lo que puede hacer en su superficie y cómo lo puede hacer, sobre cómo construir en ella o cómo influir para que lo haga el vecino en la suya. Las facultades edificatorias y de utilización escapan a la libre voluntad del titular dominical que sólo las podrá ejercer dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación; aquellas pasan a integrar el contenido de decisiones públicas, obra del "imperium"» y no del "dominium"».

Comienza, pues, su completo estudio incardinando la actual regulación de luces y vistas en el complejo, e ineludible para sus propósitos, tema de la configuración estatuaria de la propiedad inmobiliaria. Si las relaciones de vecindad, como ya dijimos, son limitaciones o límites intrínsecos del derecho de propiedad ¿cómo no se van a ver afectadas por la definición del contenido o de los límites públicos de ese derecho que, desde 1956, viene realizando la sucesiva legislación sobre el suelo? Estamos pues, todavía, en el ámbito de la incidencia del urbanismo en el dominio. Continúa esta autora:

> «En este marco de profundo cambio sufrido por la institución dominical en general y el *ius aedificandi* en particular ya no es posible estudiar las limitaciones a que está sometida la propiedad urbana por razón de luces y vistas sin tener en cuenta el impacto que sobre las mismas ha supuesto el ordenamiento urbanístico, sobre todo en las posibilidades de actuación del propietario que, condicionadas por la función social de la propiedad, difieren de las que el Código Civil le permitía. Sin desconocer la incidencia que el ordenamiento civil, inspirado en la libertad de los dueños, sigue teniendo en estas relaciones jurídico-privadas que la vecindad genera, su análisis exige tomar en consideración su obligado ensamblaje con la normativa administrativa de cuya integración deriva su contenido actual.»

Recoge la profesora LECIÑENA, de manera ponderada, y obligada para su finalidad de analizar la ordenación de luces y vistas, algo más de medio de siglo

---

[83] LECIÑENA IBARRA, Ascensión (2006), *Código Civil y Planeamiento Urbanístico en la actual ordenación de luces y vistas.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

de debate doctrinal sobre la inherencia o atribución, o no o en qué medida, del *ius aedificandi* al derecho de propiedad. Los términos, profundidad y extensión de tal asunto, como es obvio, exceden con mucho las posibilidades de este trabajo y las de su redactor, por lo que nos conformaremos con un sucinto repaso al mismo. La tesis de la separación del «ius aedificandi» de la propiedad, pasando así a ser una determinación urbanística concedida por el Plan, de donde deriva que su privación o delimitación por la norma no confiere derecho a indemnización, se formula inicialmente por García de Enterría[84]. La tesis, con matizaciones[85] de distintos tipos, en especial derivadas del necesario respecto al contenido esencial de la propiedad que desde 1978 garantiza el art. 33 en relación con el 53.1 de la CE, se ha venido sosteniendo por la doctrina administrativista y la jurisprudencia[86]. Las posiciones doctrinales, en función del distinto enfoque normativo que las anima, se explican así por Villen Salto[87]:

> «En el mismo sentido señala Carrasco Perera que la propuesta de los administrativistas de una propiedad disociada del "ius aedificandi" –lo que supone la derogación fáctica de los artículos 348 y 350 del CC– apenas ha sido asumida por los autores civilistas, que vienen apelando a la eficacia jurídico civil del instituto de la accesión. En definitiva, y como señala Lobato Gómez, existen dos doctrinas opuestas al respecto. Una propugna la inherencia de la facultad de edificar al contenido del dominio –doctrina civilista–. La otra considera al *ius aedificandi* como una creación del Plan –postura defendida por los administrativistas–.»

Por su parte, las sucesivas normas estatales sobre suelo, como indica López Ramón[88], han mantenido en buena medida el impulso disgregador del *ius aedificandi* respecto al contenido de la propiedad, que estableció inicialmente la Ley de 1956. Debe constatarse que la última reforma estatal del suelo (Texto Refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008) ha supuesto, a pesar de alguna afirmación de su exposición de motivos al socaire de la distinción entre *ius aedificandi* y urbanización[89], una profundización y reafir-

---

[84] García de Enterría, Eduardo y Parejo Alonso, Luciano (1979). *Lecciones de Derecho Urbanístico.* Editorial Civitas. Madrid, pp. 401 y ss.

[85] Tejedor Bielsa, Julio César (1998): «En cualquier caso, la legislación española no ha escindido nunca, en mi opinión el *ius aedificandi* del tronco común del dominio. El propietario del suelo, por serlo, cuenta entre sus facultades con el derecho a edificarlo, y esto no ha sido cuestionado por la legislación española. Ahora bien, el ejercicio del *ius aedificandi* sólo podrá realizarlo, tras la LS 1956, conforme a lo establecido en la legislación y el planeamiento, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo.* Aranzadi.

[86] STS de 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8816): «(…) nuestro ordenamiento jurídico mantiene la titularidad privada del suelo pero con una determinación pública del derecho de propiedad, de suerte que las facultades que la integran las atribuye la ordenación urbanística en los términos que esta establece.» En el mismo sentido STS de 30 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4211) y 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8227).

[87] Villén Salto, Gregorio (2004), *op. cit.*, p. 41.

[88] López Ramón, Fernando (2011), *Lecciones de Derecho Urbanístico Aragonés.* Colección Cátedra de derecho Local. Editorial Aranzadi S. A., Pamplona, p. 103.

[89] «(…) En este sentido, si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad –de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto– por lo que puede asimismo

mación del carácter estatutario de la propiedad del suelo[90]: el derecho a la edificación se atribuye al propietario sólo en determinadas circunstancias, fijadas de modo genérico por la ley y de modo concreto por el Plan. Aclarando incluso en su art. 7.2, frente a la tendencia jurisprudencial anterior, que la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no se integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo, exigiendo para su patrimonialización, y consiguiente indemnización por la privación de la misma, la realización efectiva de la edificación. Más moderada, la Ley 3/2009 de Urbanismo de Aragón proclama, en su art. 27.1 que *el derecho de propiedad del suelo comprende el derecho y el deber de edificar.*

Si, siquiera brevemente, se ha traído a estas líneas la relación entre *ius aedificandi* y propiedad, es porque la antinomia que venimos observando encontraría solución en un marco legal donde, si convenimos en que, por determinación de la legislación básica, el derecho a edificar de un propietario privado le viene otorgado por el Plan[91], que define la forma de ejercerlo, la norma civil aragonesa que dispone que se podrá edificar a cualquier distancia de linderos, incluso con apertura de huecos, sólo se aplicará en aquellos casos marcadamente residuales[92], por no decir cuasi inexistentes, donde no exista norma administrativa o urbanística de aplicación, con independencia de su rango normativo. A ello habría que añadir, en relación con los criterios expuestos sobre resolución de antinomias, que la legislación de suelo y urbanística tendría carácter especial frente al derecho del código civil, derecho común por propia determinación.[93] En definitiva, en el sistema del Código Civil, como examina Leciñena Ibarra en la obra citada sobre luces y vistas, no existe antinomia norma civil frente a norma administrativa, sino integración –con el resultado de la prevalencia de la norma urbanística– a través de la llamada que hace el art. 551 CC a los reglamentos administrativos, que se imponen a lo que denomina «servidumbres que impone la ley en interés de los particulares.»

---

ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, la urbanización es un servicio público (…).»

[90] Art. 7 TRLS 2008. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo. 1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. 2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva (…)».

[91] Tejedor Bielsa, J. C. (2008) *op, cit.*: «Esto ha provocado que el planeamiento se haya considerado como norma reglamentaria producto de una remisión normativa que completa la regulación legal de la propiedad…», p. 24.

[92] Leciñena Ibarra, Ascensión, *op. cit.*, p. 25:» Mas si esto es así, no por ello se puede afirmar que las normas del CC sobre régimen de vistas hayan caído en desuso. En general, asumen todo su protagonismo en edificios fuera de ordenación, en construcciones realizadas en suelo no urbanizable (…), también en núcleos de población carentes de planificación urbanística y por último, en edificios sometidos al Planeamiento cuando, por ser exclusivamente individual la naturaleza de los intereses en liza, la situación carece de proyección general para el interés general y el uso racional del suelo.»

[93] Art. 4.3 CC: Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes.

Una fórmula similar, modernizada, es la que adoptan nuestros vecinos catalanes. La exposición de motivos de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad (vigente hasta el 1 de julio de 2006), mostraba su preocupación por la coordinación entre la norma privada y la pública: *La Ley establece después el régimen de medianería, con carácter normalmente dispositivo y buscando coordinar la normativa civil con el derecho urbanístico.*

Con posterioridad, el Código Civil de Cataluña recoge y refleja este planteamiento, de tal manera que su Libro V, relativo a los derechos reales, alude en el Preámbulo a la imbricación de esta normativa civil con la administrativa en la configuración de la propiedad. En su articulado recoge expresamente, entre las limitaciones de la propiedad, dentro de lo que denomina restricciones en interés público, por distinción a las restricciones en interés privado (relaciones de vecindad), las del planeamiento;[94] supeditando aquellas a estas.[95]

Por el contrario en el sistema aragonés, donde ya en la Compilación no existía esa remisión a los reglamentos administrativos (Código Civil), ni una expresa supeditación al urbanismo (caso catalán), la aplicación preferente del planeamiento debería fundamentarse en el criterio de especialidad; en la que el derecho urbanístico prevalece porque es especial frente al común o civil, y es especial porque intenta satisfacer un interés común público mediante la reserva del contenido del *ius aedificandi* a las determinaciones de las leyes y los Planes urbanísticos. Así se desprende de lo establecido con carácter básico en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS) de 2008:

> «Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística. 1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.
>
> El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.»

Reafirman esa situación el art. 7[96] y el art. 8[97] del vigente TRLS, ambos de carácter básico. La vigente Ley 3/2009 de Urbanismo de Aragón recoge las for-

---

[94] Artículo 545-2. *Restricciones en interés público*: 1.(…) 2. 2. a) Tienen la consideración de límites ordinarios del derecho de propiedad, entre otras, las siguientes restricciones establecidas por la legislación: **a)** Del planeamiento territorial y urbanístico y de las directrices de paisaje, y, en aplicación de estos, de los planes de ordenación urbanística.»

[95] Código Civil de Cataluña. Artículo 546-10. *Luces, vistas y ventanas.*: 1. Nadie puede tener vistas ni luces sobre la finca vecina ni abrir ninguna ventana o construir ningún voladizo en una pared propia que linde con la de un vecino o vecina sin dejar en el terreno propio un pasaje de la *anchura fijada por la normativa urbanística*, ordenanzas o costumbres locales o, si no existen, de un metro, como mínimo, en ángulo recto, contado desde la pared o desde la línea más saliente si existe voladizo.

[96] Transcrito en nota al pie núm. 90.

[97] «Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades. 1.1(…) Las facultades a que se refiere el párrafo anterior incluyen: (…) b) La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos

mulaciones de la legislación básica y, por su parte, establece en el artículo 10.1 la remisión legal al planeamiento para la determinación del régimen urbanístico de cada suelo; así como en el art. 27.1, inmediatamente tras la declaración, ya citada, de que el derecho de propiedad del suelo comprende el derecho y el deber de edificar, establece el verdadero límite del derecho a continuar en los términos siguientes: *«(…) una vez completada la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares, en las condiciones y plazos que en cada caso establezca el planeamiento.»*

3.3. *La cuestión tras la Ley 8/2010*

Parece, pues, que la opinión de Ana Belén López López sobre la nulidad de las normas reglamentarias de planeamiento contradictorias con el art.144 de la Compilación, debería decaer en cuanto la sucesiva normativa básica estatal de suelo desapodera, o somete su ejercicio a condicionamientos severos, a los propietarios de la facultad de edificar y, a través de las determinaciones del Plan, regula el modo concreto de edificar allá donde lo concede.

Por otra parte, y abundando en esa visión, desde la entrada en vigor de la que fue la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, contábamos con una ley aragonesa posterior a la Compilación que, como la actual, remite al planeamiento el régimen urbanístico del *ius aedificandi* o aprovechamiento urbanístico de cada suelo[98]. La deslegalización de la materia que no podía inferirse del art. 551 CC se realizaba por la ley urbanística. Como bien afirmaba López López es posible una legislación distinta a la Compilación:

> «Pero esta conclusión no debe conducir a estimar que es imposible una regulación de este tipo. Independientemente de la opinión que nos merezca, es posible, pero el instrumento normativo utilizado debe ser el adecuado, y no es otro que una Ley de las Cortes de Aragón.»[99]

Además del principio de especialidad, antes citado, el principio de ley posterior solucionaba la antinomia mediante la postergación en este punto del art. 144 de la Compilación.

Pero la entrada en vigor de la Ley 8/2010 de derecho civil patrimonial de Aragón, que en sus artículos 9 y 14 recogía la normativa sobre distancias de edificación y apertura de huecos de la Compilación, ha resucitado el problema. Y lo ha hecho, a mi juicio, con inusitada fuerza a favor de la norma civil. Apenas año y tres meses después de que la Ley de Urbanismo de Aragón reiterase la vigencia,

---

dispuestos en la letra d) del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanística atribuya a aquella edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones para edificar. (…)»

[98] Artículo 11 LUA 1999: «El régimen urbanístico del suelo será el establecido en la legislación del Estado con las especificaciones de desarrollo y complementarias que se incluyen en la presente Ley y, por remisión de ellas, en el planeamiento, de acuerdo con la clasificación y la calificación urbanística de los predios.»

[99] López López, A. B. (1995), *op. cit.*, p. 267.

por efectos de la ley, del planeamiento urbanístico y que su disposición transitoria 1ª mantuviese la de *Las Normas Subsidiarias y Complementarias Provinciales actualmente en vigor en las tres provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza, en tanto no contradigan los contenidos de esta Ley (…)* una ley aragonesa, de igual rango formal que la urbanística, establecía, o reestablecía, la libertad de apertura de huecos cualesquiera fuese la distancia al fundo vecino. El criterio de lex posterior, que supuso la postergación de la legislación civil recogida en la Compilación, juega ahora a favor de la prevalencia de la Ley 8/2010, primero, y el Código del Derecho Foral en la actualidad.

¿Cuál era la voluntad del legislador aragonés? ¿Se han derogado, esta vez mediante ley posterior, las normas de planeamiento que marcan distancias en la apertura de huecos? Con independencia de cuál fuese la voluntad del legislador, a quien probablemente le pasó inadvertido este efecto (no hay que olvidar que la Compilación, con similar regulación a la actual ley civil, era una norma vigente y que el marco de referencia para las Cortes aragonesas era el desarrollo de nuestro derecho civil propio y no las consideraciones urbanísticas que pudiese implicar)[100], lo cierto es que la unidad del ordenamiento jurídico aragonés se resiente por esta situación. Tanto más cuando la condición de derecho especial del urbanismo, y la aplicación de la normativa estatal básica sobre suelo en esta materia afrontan un, no sé si límite pero sí toque de atención, novedoso elemento interpretativo. Este se encuentra en la Disposición final primera. *Título competencial y ámbito de aplicación*, apartado quinto, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo: *Lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen.*

Por vez primera el legislador estatal sobre el suelo, consciente de la distribución constitucional de competencias, ha establecido expresamente que no puede a través de la normativa sobre suelo modificar el derecho foral, pues no tiene competencia para ello. La Ley de Suelo no hace esa declaración respecto al Código civil, ya que entiende que su propia regulación, donde afecte a este, es norma civil estatal y puede modificarlo por el simple efecto de ley posterior. Por eso entre los títulos competenciales de la legislación del suelo se encuentra el 149.1.8 CE, la reserva como competencia exclusiva del Estado de la legislación civil. Es cierto que el régimen estatutario de la propiedad no se afirma en base a su naturaleza de legislación civil, sino al de carácter de condición básica de la igualdad en el ejercicio de los derechos (149.1.1 CE); pero que de ello se derive que los planes y normas urbanísticas reglamentarias puedan contradecir lo dispuesto en una ley civil, perteneciente a un régimen foral para el que el mismo TRLS («sin perjuicio de») reclama su ámbito propio, y en una determinación concreta de esta sobre distancias a linderos, resulta, a mi juicio, muy dudoso. Del mismo modo, que ese concreto punto del «ius aedificandi», y su regulación

[100] Esa misma indiferencia o falta de atención hacia la incidencia del derecho urbanístico debe achacarse a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que transcribió literalmente el art. 144.1 de la Compilación a la propuesta de regulación de la Ley de Derecho Civil Patrimonial.

mediante Plan amparado en la ley urbanística, pueda suponer una condición básica de la igualdad en el ejercicio de los derechos que excluyese la competencia civil foral, no me parece sostenible, sin ir más lejos porque ni siquiera la regulación en los planes urbanísticos es ni tiene por qué ser igualitaria, ni entre los propietarios del suelo ni entre los municipios. Me permito citar a EGUSQUIZA BALSAMEDA[101] que, en relación al derecho de superficie en Navarra, pero entiendo que aplicable a la regulación de luces y vistas en Aragón, comentaba:

> «Esta competencia legislativa civil se ajusta a las previsiones del artículo 1 TRLS 2/2008, de 20 de junio, pues dicho texto reconoce expresamente la diversidad normativa civil y acepta en su disposición final primera, número 5, que «lo dispuesto en esta ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen». En este sentido cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 206/2000 de 16 de octubre, ya advirtió que no se vulnera el principio de igualdad cuando el legislador foral ejercita "su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida" y dispone un régimen distinto, pues es fruto de las "realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución".»

Al fin lo que está ocurriendo es que la Comunidad Autónoma Aragonesa, con competencia exclusiva en urbanismo y en derecho civil propio, al ejercerlas, ha regulado de forma contradictoria una misma situación, sin prever la forma de solucionar el conflicto en el caso concreto. De los distintos criterios a utilizar para resolver la controversia el de jerarquía y el de ley posterior abundan en la prevalencia de la ley civil, y el de especialidad, que podría sostener la aplicación del reglamento administrativo, encuentra un límite novedoso en el reconocimiento por la legislación básica del suelo –«sin perjuicio»– del ámbito competencial foral propio en la configuración de la propiedad. Por ello entiendo que el artículo 545 CDFA, en lo que se refiere a apertura de huecos a cualquier distancia de predio ajeno, se impone sobre cualquier norma reglamentaria urbanística que lo desconozca.

Como argumentos añadidos a la preferencia de la regulación civil cabe citar, por su interés, los contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2008 (La Ley 1723 2008). En esta sentencia se anula el acuerdo de un Ayuntamiento que deniega una licencia de cerramiento atendiendo a lo dispuesto en las normas urbanísticas del Plan General, que prohíben el vallado de fincas rústicas en todo el término municipal salvo que sea para una instalación ganadera u otros casos excepcionales. En lo que a nuestro supuesto atañe, destacar que se indica por el Tribunal que las restricciones de ese planeamiento son, por su generalidad, de tal entidad *que desnaturalizan o vacían de contenido el derecho reconocido en el ya citado artículo 388 del Código Civil* sin, además, existir una norma legal de aplicación directa que lo fundamente, siendo que (…) *los instrumentos de planeamiento pueden regular las condiciones de vallado o imponer restricciones al dere-*

[101] EGUSQUIZA BALSAMEDA, Mª Ángeles (2008), «La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: Situación en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra,* enero-junio de 2008, núm. 45. Pamplona, p. 35.

cho de los propietarios a cerrar sus fincas siempre que las limitaciones que por esa vía se establezcan tengan engarce en los preceptos citados o en otros de significado equivalente contenidos en la legislación urbanística que sea de aplicación. Argumentación que parece aplicable a las NNSSP de Huesca en relación con el 553 CDFA, pues las mismas desnaturalizan o vacían de contenido un derecho reconocido por la legislación civil aragonesa, y lo hacen sin engarce con preceptos directos de la ley urbanística.

Por otra parte, este tipo de argumentación, tendente a aclarar que por el mero hecho de tratarse de una disposición administrativa no se presupone o garantiza que responda a un interés público merecedor de prevalencia sobre el interés privado, amparado en ley, conecta directamente con el artículo 3.1 «in fine» del TRLS 2008 que establece: *El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.*

4. *De lege ferenda*

Leciñena Ibarra, explicando la coincidencia en esta materia de luces y vistas entre las normas urbanísticas y el Código Civil (el subrayado es nuestro):

> «Aunque las normas urbanísticas son el resultado de la valoración global y de conjunto de los problemas, buscando la consecución del interés general, alguna de ellas, en particular, como tiene declarado la STS 26 de abril 1984, Ponente Delgado-Iribarren Negrao, (C-A), CDO 2, las normas reguladoras de las distancias entre construcciones para la salvaguardia de los derechos tradicionales de luces y vistas, no tienen por objetivo la exclusiva y directa protección del interés colectivo; al mismo tiempo que limitan las facultades del dueño de un predio protegen intereses particulares de otro concreto propietario. *Se trata, en realidad de normas de derecho privado de carácter dispositivo, cuya articulación básica se encuentra en el CC, aunque su contenido se reproduzca con frecuencia en las Ordenanzas Municipales y reglamentaciones urbanísticas, por una elemental razón de coherencia normativa.*»

En Aragón, cuya regulación histórica obedece, en este punto, a principios y mandatos civiles distintos a los que inspira la regulación del Código Civil, paradójicamente se sigue un modelo urbanístico que, como bien explica Leciñena, se inspira *por una elemental coherencia normativa* en el CC. Con el resultado de que, coherentes en lo urbanístico con el Código Civil, ha quebrado nuestra propia coherencia normativa, y con ella la unidad del ordenamiento. Por medio de la prevalencia de la normativa urbanística se ha venido a instaurar en la práctica lo que no se había conseguido a través del art. 582 CC: Esto es, que se prohíba abrir ventanas con vistas rectas a linderos si no existen dos (en las NNSSPP provinciales tres) metros de distancia a los linderos de la finca vecina. Eso sí, conservamos nuestra tradición histórica en nuestro Código de Derecho Foral.

De *lege ferenda* considero que, démosle mayor o menor importancia, nos apercibamos o no de la contradicción normativa, resulta necesario restablecer la

seguridad jurídica[102]. El ciudadano aragonés se encuentra ante normas contradictorias definiendo un mismo derecho, con el añadido de que, como ya resaltó Ana Belén López López, la aplicación prioritaria de la norma urbanística se logrará en la práctica a través de la concesión o denegación de licencia urbanística, exigible para cualquier obra. Como ya he explicado, la interpretación que sostenga la necesaria aplicación de la ley civil me parece hoy la correcta, pero será de difícil consideración por los Tribunales contenciosos, los llamados normalmente a dilucidar, caso por caso, esta incoherencia del legislador.

El restablecimiento de la seguridad jurídica supone restaurar la coherencia y unidad del derecho aragonés. Ello exige, guste o no, el definirse políticamente en las Cortes sobre qué es mejor para el ciudadano aragonés y, de acuerdo con ello, coordinar la normativa urbanística y la civil propia. Podemos conservar y defender nuestra tradición de libertad civil en esta materia, y permitir la apertura y obstrucción de huecos y la edificación a cualquier distancia de linderos, pero entonces debemos ser consecuentes y, o bien se legisla en ese sentido en la normativa urbanística, o bien se aclara en la norma civil que esta prescripción no puede ser alterada por el planeamiento. Podemos, contrariamente, entender, entre otras posibles razones, que es beneficioso para la seguridad de las fincas y para el disfrute de bienes como la luz y el aire, conectados al derecho a un medio ambiente adecuado, el que la apertura de huecos para luces y vistas cumpla una distancia a lindero propio; o atendiendo a la autonomía municipal que se regule libremente esta materia por los planes en función de los distintos tipos de suelo y las necesidades del municipio. Entonces no debemos regularlo en la ley civil, o debemos regularlo en ese sentido en Ley urbanística posterior, o debemos, como otras Comunidades y el propio CC, añadir a la regulación civil que lo es sin perjuicio de las limitaciones establecidas por las normas urbanísticas.

Lo que no deberíamos es felicitarnos unánimemente por la conservación y desarrollo de nuestro derecho foral en un código moderno, relaciones de vecindad y luces y vistas incluido, mientras las Administraciones que debían aplicarlo y defenderlo optan en esta concreta materia, tal vez con razón, tal vez por desconocimiento o mimetismo, por regulaciones urbanísticas contrarias al mismo, y que se imponen e impondrán en la práctica, hasta el punto de que en esta materia tendremos –tenemos– un derecho civil positivo pero no un derecho civil eficaz

[102] Una de las finalidades de la Ley 8/2010 como destaca el Preámbulo de la norma.

RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN ARAGONÉS DE LUCES Y VISTAS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA A LA LUZ DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Francisco de Asís González Campo
Consultor procesal senior
Doctorando Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El *régimen normal de luces y vistas* se considera como relación de vecindad, de actos meramente tolerados entre dueños de predios lindantes, de cuya proximidad se cruzan intereses contrapuestos en tanto uno, al hacer uso de la facultad de abrir huecos para obtener luces y vistas, puede proyectar su mirada sobre el predio vecino; intromisión en la intimidad que puede limitarse mediante la obligada colocación de red, reja o protección semejante en hueco según la distancia de las vistas, sin perjuicio de la facultad de edificar o construir que, en ocasiones, requiere de utilidad constructiva o uso adecuado. A su vez, se observa una función tuitiva en la norma: evitar la intromisión en la intimidad personal o familiar y, en la práctica forense, se invoca tal derecho fundamental a fin de enervar la alegación de abuso de derecho en dicha edificación. Existe, por tanto, un conflicto ante la concurrencia de ambas facultades. Por ello, parece oportuno valorar, a la luz del artículo 18 de la Constitución y, en especial, de las novedades introducidas por los artículos 538 y 550 del Código del Derecho Foral de Aragón, si el régimen anterior y su doctrina deben ser revisados y si es posible establecer unos criterios para ponderar el derecho prevalente en la resolución de dicho conflicto.

***Palabras Clave*:** Régimen Aragonés de luces y vistas. Apertura de Huecos. Derecho a la intimidad. Relaciones de Vecindad. Código de Derecho Foral de Aragón.

ABSTRACT

The normal regime of lights and views is considered as a neighbourly relationship, of merely tolerated acts between owners of bordering pieces of land, based on whose proximity conflicting interests arise insofar as one, on making use of the power to open spaces to obtain lights and views, may project his gaze on the neighbouring piece of land; invasion of privacy that can be limited by the compulsory placement of a net, railing or similar protection in the space, depending on the distance of the views, without prejudice of the power to build or construct which, at times, requires constructive utility or adequate use. In turn, a protective function is observed in the rule: avoiding the invasion of personal or family privacy and, in forensic practice, this fundamental right is invoked in order to annoy the allegation of abuse of rights in this building. There is, therefore, a conflict that arises from the concurrence of both powers. Therefore, it seems appropriate to evaluate, in the light of article 18 of the Constitution and, especially, of the novelties introduced by articles 538 and 550 of the Regional Code of Law of Aragon, if the previous regime and its doctrine should be revised and if it is possible to establish criteria to weigh up the prevailing right in the resolution of this conflict.

***Keywords*:** Aragonese Regime of lights and views. Opening of Spaces. Right to privacy. Neighbourly Relations. Regional Code of Law of Aragon.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS EN EL DERECHO ARAGONÉS. II. 1. Origen y evolución. II.2. Naturaleza jurídica. II.3. Régimen normal de luces y vistas vigente: arts. 537 a 538 y 545 a 550 CDFA. III. RELACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE ABRIR HUECOS PARA OBTENER LUCES Y VISTAS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR. III. 1. Exposición del conflicto en el régimen normal de luces y vistas del derecho aragonés. III. 2. Íter jurisprudencial: de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de junio de 1979 a, en especial, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de enero de 2008. III. 3. Criterios o pautas a valorar en la resolución del conflicto entre el derecho a la intimidad y el régimen de luces y vistas aragonés. A) *El acto abusivo, la buena fe y el principio* ius usus inocui. B) *¿Establecimiento de criterios objetivos: distancias mínimas en determinadas «zonas de influencia del lindero»?* C) *Diferencia entre las relaciones de vecindad y las servidumbres: el nexo personal.* D) *Los actos propios.* E) *Incidencia del carácter expansivo del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.* IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), regula, en el Libro Cuarto intitulado *Derecho Patrimonial*, el *régimen de luces y vistas* en los artículos 545 a 550 del Capítulo V del Título I «*De las relaciones de vecindad*», conteniendo, en síntesis, una regulación más técnica, moderna y prolija que el derogado art. 144 de la Compilación (en adelante, CDA).

Tal régimen era –y es– considerado como de relación de vecindad, relativo a actos meramente tolerados, que conlleva una coexistencia entre predios lindantes; o, en mayor precisión, una mutua relación entre los titulares de los fundos vecinos, en cuyo desarrollo, y como consecuencia de tal colindancia y proximidad personal, se cruzan intereses contrapuestos desde el momento en que uno de ellos, cuando haya ejercido el derecho previsto en tales preceptos, proyectará su mirada sobre el predio-sujeto vecino, de modo que su obtención de vistas devendrá inevitable en el supuesto típico de hueco para vistas sin protección. Existe, pues, un conflicto ante la concurrencia de dos derechos: el de obtener luces y vistas y el de construir o edificar como limitación a aquel sin que constituya abuso de derecho o uso inadecuado. Debe, por tanto, contemplarse qué criterios han de ponderarse para poder concluir con el correcto ejercicio del derecho a construir o edificar como límite de la libertad aragonesa de obtención de luces y vistas.

Por ello, la relevancia de la relación entre el régimen aragonés de luces y vistas y el derecho a la intimidad es evidente: este es un derecho recogido en el art. 18 CE, dotado, pues, de la mayor protección constitucional (art. 53 CE y 5º LOPJ), con lo que ello conlleva en cuanto a la interpretación en caso de conflicto entre ambos derechos, y dado que la mera alegación de tal derecho fundamental o la alusión a su posición jerárquica no será per se argumento para que prevalezca este sobre aquel. Esta apreciación se torna interesante para configurar criterios que regulen la relación entre tal derecho y el régimen de luces y vistas, pues, estas, se configuran, en nuestro ordenamiento, respectivamente, como la recepción de luz y aire y la proyección de vistas asomándose u obteniendo mirada sobre el fundo ajeno (*prospectio* e *inspectio in alienum*).

Este punto relativo a las personas se convierte en el aspecto esencial que informa el conflicto entre el derecho fundamental referido y el régimen aragonés de luces y vistas en tanto que ambas figuras jurídicas, en especial aquel derecho, serán ejercidas por personas, y no por los predios, de modo que estos se convierten en el espacio o elemento que sirve de base para el ejercicio de aquellos. Y, una vez establecido tal elemento, serán los principios que rigen las relaciones interpersonales los que permitirán delimitar el meritado conflicto o concurrencia de dos derechos que, contradictorios en sí, deben coexistir pacíficamente. Resulta cuestión importante pues, como se dirá, incide en el alcance que, a tal derecho, se le concede en el momento de su interpretación conforme al canon del contexto social en el que la norma se desenvuelve (art. 3º CC).

Por su parte, el actual régimen de luces y vistas en su consideración de mera relación de vecindad, que no de servidumbre, ha sufrido una notable y positiva reforma con la vigencia del CDFA, de modo que debe contemplarse si la nueva norma foral provoca un cambio en el entendimiento de la cuestión actual.

Así pues, en el presente estudio se pretende obtener unas conclusiones al respecto de cómo el CDFA afecta al conflicto detectado y unos criterios hermeneúticos que permitan resolver el conflicto entre ambos derechos. Para ello, debe conocerse previamente las características tanto del régimen de luces y vistas como del derecho fundamental –en especial, su contenido– para poder relacionar los mismos y contemplar cómo prevalece uno u otro, a fin de conocer la incidencia de la nueva regulación y de si la jurisprudencia aragonesa existente al respecto pervive o debe ser objeto de revisión[1] a la luz del nuevo código foral[2].

II. EL RÉGIMEN DE LUCES Y VISTAS EN EL DERECHO ARAGONÉS

1. Origen y evolución

Históricamente, la regulación de tal cuestión ha diferido pues, en el Derecho romano, existía amplia libertad para poder abrir huecos en muros si bien, con paralelismo en el ordenamiento aragonés, con su «*contrafigura*»[3] de la facultad del *dominus* del fundo vecino de tapar tales huecos «*construyendo en su propio límite otro edificio o simplemente una pared*»[4]. Tal ordenamiento histórico es más permisivo que el actual ordenamiento aragonés pues la mera construcción de una pared aislada o *tabicón* para tapar los huecos abiertos por el dueño del fundo

---

[1] Por tal pretensión, de modo deliberado, aun a fuero de reiterar cuestiones, incluimos en este trabajo el análisis de la jurisprudencia de modo expreso y previo al objetivo planteado –pautas interpretativas e incidencia– a fin de, así, evidenciar la evolución que la cuestión ha experimentado en nuestro derecho y doctrina.

[2] Debemos señalar una limitación didáctica del presente estudio: por la reciente entrada en vigor del CDFA, las referencias o citas a la jurisprudencia se refieren, salvo cuando se indica la excepción, al derogado art. 144 CDA. No obstante, desde el punto de vista del principio que late en la nueva regulación de los arts. 545-550 CDFA, deben entenderse, salvo excepción, igualmente aplicables a los nuevos preceptos forales.

[3] Denominación de Sancho Rebullida recogida por Argudo (Argudo Périz, José Luis, en *Tratado de servidumbres*, Sección Primera sobre «Relaciones de vecindad y servidumbres en el Derecho aragonés», capítulo 52, «Libro III de la Compilación» y Sección Segunda sobre «Las relaciones de vecindad», capítulo 53, «Inmisión de raíces y ramas», y capítulo 54, «Las relaciones de vecindad de luces y vistas», Ed. Aranzadi, 2002, p. 1.225).

[4] Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales,* Volumen 2º, *Derechos reales Limitados-Situaciones de cotitularidad*; 2ª edición, 1991, José María Bosch, editor, S. A., Barcelona, 1991, p. 206; a quien, en la doctrina jurídica de tal cuestión seguimos en este trabajo con carácter general.

vecino no es, en la práctica forense, permitida por incurrir en abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo. Sin embargo, frente a tal libertad, el derecho común codificado impone ciertas limitaciones y distancias en un régimen que se configura, por tanto, distinto del aragonés en cuanto a la apertura de huecos para luces y para vistas, con exigibilidad de determinadas distancias y en pared propia, medianera o no medianera (arts. 580 y ss. CC).

Por el contrario, el Derecho aragonés es «*mucho más liberal que el del CC*»[5] pero, a su vez, dotando a tal régimen de una naturaleza jurídica distinta pues, dichos huecos son «*de mera tolerancia*»[6]. Dicho régimen está incardinado en sede de *relaciones de vecindad* tanto por ubicación sistemática en la Compilación y en el vigente CDFA como por su naturaleza jurídica y antecedentes históricos[7]. Tal característica resulta importante en cuanto a la recíproca configuración del régimen aragonés y a la incidencia en cuanto a la problemática ahora estudiada de la afección del derecho fundamental a la intimidad.

Suele señalarse el origen del actual régimen de luces y vistas en el supuesto de la Observancia 6ª –*De aqua pluviali arcenda*–, largamente aplicable[8] y derogada expresamente por el Apéndice de 1925[9]. La Compilación lo recogía con pocas variaciones respecto de su formulación inicial[10] y con «*gran claridad y excelente técnica*»[11], configurando así nuestro libérrimo[12] régimen que, en expresión de la

---

[5] Lacruz, *op. cit.* p. 216.

[6] Dice Luna que «*constituye esta autorización una tolerancia legal por razones de vecindad que, por muchos o muchísimos años que lleve usándose, ni está protegida por las acciones interdictales o defensoras de la sola posesión, ni puede afectar a la adquisición de una verdadera servidumbre de luces y vistas*» (Luna Guerrero, «Algunas observaciones a la nueva Compilación», recogido en *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII, 1965, 1966 y 1967, p. 414).

[7] Delgado (*op. cit.*, p. 167) y Argudo, citando a Alonso, que, a su vez, se remite a Vidal de Canellas (*op. cit.* pp. 1.178 y 1.179).

[8] En STS de 14 de mayo de 1861, se admitió como «*ley expresa … vigente en el Reino de Aragón*» (Bernard en *Jurisprudencia aragonesa* núm. 348-c, 1979, p. 266).

[9] Dice así: «por la que «*cualquiera, al arbitrio de su voluntad, [puede] hace abrir ventana en pared común, no sólo para tener luz sino también para obtener vista –aunque el dueño de las casas vecinas, si construye un edificio que sobresalga por encima de esas ventanas, puede cegarlas–*». Traducción obtenida de Argudo, *op. cit.*, p. 1.178. El encorchetado es del presente autor.

[10] Cabe recordar la distorsión que cierta jurisprudencia, los Proyectos de 1899 y 1904, y, en especial, el Apéndice Foral de 1925, supusieron en nuestro régimen (Argudo, en *Manual de Derecho aragonés*, pp. 673-675).

[11] Delgado Echevarría, Jesús, en «Comentario a la STS de 3 de febrero de 1989 (Luces y vistas: Derecho Aragonés. Abuso de derecho)» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 19, Ed. Civitas, S. A., Madrid, enero-marzo 1989, p. 163.

[12] Tal nota es común en los autores. Bernad señala que, el régimen aragonés, se trata de «*un sistema basado en la libertad de los propietarios*» que «*difiere del contenido y espíritu de otras legislaciones como la romana, la catalana, la navarra, o la propia del Derecho de Castilla*» (*op. cit.* p. 255). Lacruz muestra cómo, en Aragón, «*cada uno viene pudiendo hacer en su propiedad, y así en su pared, lo que bien le parezca*» y que «*el Código, dado su papel supletorio, no podía venir a introducir prohibiciones donde antes había libertad. El Código venía a integrar, pero no a transformar el Derecho aragonés*» (*op. cit.* en nota 8, pp. 193-194). Fernández Urzainqui señala que, de los regímenes españoles, el aragonés es el «*más flexible, liberal y tolerante*» (*op. cit.* en nota 24). Gutiérrez Celma habla de «*tolerante tradición aragonesa*» (*op. cit.* en nota 17,

mayoría de tratadistas, es la «*quintaesencia del Derecho histórico aragonés en la materia*»[13]. El CDFA regula el régimen de *luces y vistas* en los artículos 545 a 550 como relaciones de vecindad, según luego se verá con mayor detalle; también se regula, en Título II, Capítulo II del mismo Libro IV, y claramente diferenciada de aquellas, las servidumbres de luces y vistas (arts. 574 a 576 CDFA).

En definitiva, cabe reconocer, pues, el principio de que todo dueño puede abrir huecos para luces y vistas a cualquier distancia, con determinada protección si la vista alcanza determinada distancia, lo que no impide la facultad de todo dueño de construir sin distancia alguna y aun con la consecuencia de que aquellos sean cerrados; añadiéndose ahora (art. 550 CDFA), la expresa indicación de la posible obstaculización o limitación de tales vistas sin necesidad de edificar o construir.

2. Naturaleza jurídica

El régimen aragonés de luces y vistas se torna complejo en tanto que reviste una doble naturaleza. Así, como hemos dicho, y siguiendo a Lacruz, puede configurarse, por un lado, como *relaciones de vecindad*[14] o configuración normal del dominio[15] o, por otro, como verdaderas *servidumbres* o limitaciones legales del dominio[16]. No obstante, salvas excepciones habidas en algún intervalo histórico, la naturaleza jurídica del régimen normal de luces y vistas no ha sido controvertida; es unánime considerarlo como incardinable en las *relaciones de vecindad*, como *relación de mera tolerancia*[17] y no como servidumbre[18], que conforman un

---

p. 12). Argudo*: «Recogiendo de nuevo expresamente el art. 144 el amplio principio de libertad del Derecho aragonés en la apertura de huecos en cualquier clase de pared …»* (*op. cit.*, p. 1.197).

[13] Bandrés y Sánchez Cruzat, José Manuel, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXXIV, Vol. 1º, Edersa, Madrid 1988, p. 193.

[14] En concreto, como «*relaciones de vecindad toleradas*» (Lacruz Berdejo, José Luis: «La aplicación del material vítreo a la construcción y a las luces y vistas» en *Temis, Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas,* núm. 22, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1967, p. 58).

[15] Lacruz Berdejo, José Luis: «La interpretación histórica y el Derecho Aragonés de luces y vistas» en *Anuario del Historia del Derecho Español*, Tomo XXXI, Serie 1ª, núm. 1, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1961, p. 139.

[16] Lacruz*, op. cit.* en nota 3, p. 206.

[17] Lacruz resume dicha naturaleza al señalar que «*todos estos huecos son, sin embargo, de mera tolerancia, de modo que ni su presencia implica signo aparente de servidumbre –aunque les falte la protección señalada en este precepto (cfr. art. 145)– ni tiene que respetarlos el colindante…*» (*op. cit.* en nota 3, p. 216).

Indica Argudo que, ya durante la vigencia de la meritada Observancia 6ª, la SATZ de 3 de marzo de 1892, que a su vez cita la STS de 31 de mayo de 1890, señala que los huecos abiertos se enmarcan en una relación de «*mera tolerancia*» (Argudo, *op. cit.*, p. 1.186).

[18] Así, «*la Compilación regula como «relaciones de vecindad» … lo que ella misma denomina «régimen normal de luces y vistas», concibiéndolo como una relación necesaria entre fundos vecinos y no como una servidumbre, según hace el CC … fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica … excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto de lo que hoy llamamos medio ambiente (luz y paisaje)*» (STS de 30 de octubre de 1983).

«*estatuto normal de la propiedad inmobiliaria, como un «modo de ser la propiedad en Aragón (S. de la A.T. de Zaragoza de 1 de junio de 1979)*» (SAP Zaragoza de 11 de julio de 1992 –AC 1992/1102–), por el cual la apertura de huecos sin voladizo es «*simple relación de vecindad, acto meramente tolerado, incluso relacionado con la función social de la propiedad … y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta*» (SAP Zaragoza de 3 de febrero de 1989).

A su vez, acontece una doble configuración: la facultad de uno es límite del otro. Se trata de un bifronte sistema dado el doble y recíproco haz de facultades y comportamientos debidos a los dueños de los predios intervinientes: (i) el derecho de apertura de huecos, cuyo respeto conlleva que el otro vecino no ostentará título que le habilite para exigir su cierre; y, (ii) sin embargo, pero precisamente por tal exigible tolerancia e inexistencia de acción, el derecho de construir o edificar sin distancia alguna, o de exigir, en según qué distancia, la colocación de protección, de tal manera que el respeto de esta otra facultad conllevará, igualmente, que el vecino que abrió los huecos en su interés no ostente título que le permita impedir la misma. No obstante, en este punto, debe, inmediatamente, añadirse que tal inexistencia es relativa en tanto que el derecho a cerrar tales huecos lo será mediante construcción o edificación, a la cual la doctrina y jurisprudencia mayoritaria asocian la presencia de determinada utilidad[19] a efectos de no incurrir en abuso de derecho que imposibilitaría tal derecho de edificar o construir (STS de 3 de febrero de 1989), que, a su vez, debe ser contemplado de modo amplio conforme a la evolución de la realidad social[20].

Con ello, puede establecerse ya uno de los primeros criterios interpretativos a aplicar en la resolución de los conflictos entre quien abre huecos para luces y vistas y quien considera que es vulnerado su derecho a la intimidad: la doble y recíproca facultad de los dueños vecinos. En efecto, el régimen de luces y vistas tiene un punto clave en el sistema aragonés: la facultad de todo dueño para abrir huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera sin sujeción a dimensiones determinadas y con la exigencia de colocar reja, red o protección equivalente (art. 545.1 CDFA) que queda recíprocamente limitada por la correlativa facultad del dueño del predio vecino para limitar tales luces y vistas mediante la acción de edificar y construir, sin sujeción a distancia alguna –por otra parte, ahora imprescriptible– (arts. 537 y 549.1 CDFA) y la de exigir la colocación de tales protecciones –ahora también imprescriptible *ex.* art. 549.2 CDFA–. En efecto, si, por un lado, existe el derecho de edificar dotando de luz y vistas, con por tanto, proyección sobre fundo ajeno y paralela limitación del dominio ajeno, también existirá, a fin de garantizar otros derechos –cuales la igualdad o la intimidad– su recíproca limitación mediante, en

---

[19] Expresada a su vez dice ARGUDO por la doctrina de diversos modos: «*claro beneficio para quien lo efectúa*» (SATZ de 13 de septiembre de 1983), «*construcción efectiva*» (tanto ARAGÜÉS como STS de 3 de febrero de 1989 –RJ 1989/665–) o «*unidad constructiva*» (GUTIÉRREZ CELMA) (ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.229).

[20] GUTIÉRREZ CELMA, Gonzalo, en «El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres» en *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 74-76.

el caso que nos ocupa, la facultad de cerrar tales huecos a consecuencia de alguna edificación o construcción.

Tolerancia que, por otra parte, bien puede encontrar su justificación en la interpretación finalista (art. 3º CC) de tal facultad de abrir huecos para luces y vistas («*preservar la intimidad del vecino*»[21]) y en la condición latente en todos los ordenamientos civiles españoles de que tal facultad debe ser ejercida del modo menos gravoso para la intimidad y seguridad del vecino. En este sentido, siguiendo a ROGEL, podemos concluir que las limitaciones al régimen de luces y vistas son fijadas, precisamente, en aras de la protección de la intimidad y la seguridad de las personas que se encuentran sobre los predios en que tales relaciones se ejercitan, habida cuenta de la necesidad de estos de gozar de un ámbito privado, distanciado de los demás, y donde no sean inquietados[22].

Es en esta mera tolerancia en donde se podrá fijar, también, uno de los criterios hermenéuticos para resolver la colisión entre ambas cuestiones: la mera tolerancia no puede servir de título para la vulneración del meritado derecho fundamental pero dicho derecho tampoco resulta habilitante de una automática admisión de la limitación, sin justificación alguna, de un hueco por meramente tolerado que fuere este.

Finalmente, en otro orden de cosas, ha de hacerse notar que las diferencias entre una u otra naturaleza del régimen de luces y vistas son notables. Es más, la propia ubicación sistemática del CDFA (Título I de «*relaciones de vecindad*» y II de «*servidumbres*») es significativa de la intención legislativa. Dado el ámbito del presente análisis, de modo deliberado se prescinde de una completa exposición, de modo que, siguiendo a ARGUDO, indicaremos tan solo las notas más relevantes para el objetivo planteado[23]:

— La relación de vecindad impone limitaciones internas inherentes a los fundos; la servidumbre, por el contrario, es una derogación –siquiera parcial– del mismo, una limitación anormal y extrínseca del dominio ajeno.

— Las relaciones de vecindad tienen carácter general, igualitario y recíproco que no procuran ventaja o beneficio para uno de los sujetos intervinientes; las servidumbres se definen como carga o derecho real limitado que otorgan un derecho o ventaja a uno de aquellos (el predio dominante frente al predio sirviente) configurando no ya una paritaria relación, sino una subordinación entre ambos. En sede de servidumbres concurren dos fundos en relación jerárquico dependiente. Sin embargo, en las limitaciones del dominio, no existe relación de dependencia sino que su contenido afecta de igual modo a los propietarios de las fincas sobre las que recae tal derecho real.

---

[21] LECIÑENA, *op. cit.*, p. 135.

[22] ROGEL VIDE, Carlos, en *Limitaciones de luces y vistas en el código civil español*, Colección *Urbanismo y Derecho*, Editorial Reus, Madrid 2006, pp. 107-110.

[23] Para una completa exposición de las notas diferenciadoras, *vid.* ARGUDO (*op. cit.*, pp. 1.154 a 1.209); asimismo, LACRUZ (*op. cit.* en nota 19, p. 331, que sigue a HERNÁNDEZ GIL); y en menor medida, BERNAD (*op. cit.* nota 20, pp. 253 y 254).

Esta relación fáctica es la que resulta necesaria traer a colación pues el punto crucial es que la facultad de apertura de huecos para obtener luces y vistas, entendida como relación de vecindad, se circunscribe, precisamente, entre sujetos, no entre fincas, de modo que, en tal naturaleza personal, podrá, como luego desarrollaremos[24], darse otro criterio para reconducir el conflicto atendiendo a los elementos fácticos probados del caso concreto y la prevalencia que deba darse a uno u otro.

3. Régimen normal de luces y vistas vigente: arts. 537 a 538 y 545 a 550 CDFA

Destaca, en primer lugar, un mayor detalle en la regulación de dicho régimen respecto del anterior recogido en el art. 144 CDA, como también la acertada introducción de unos preceptos comunes sobre *relaciones de vecindad* y otros especiales aplicables al *régimen normal de luces y vistas.*

Por una parte, de modo común al Título I del Libro IV, se introduce un Capítulo I intitulado *Disposiciones Generales* que, en sus arts. 537 y 538, regula las relaciones de vecindad bajo varias premisas: libertad de pacto (art. 537. 1 CDFA), naturaleza de acto de mera tolerancia (art. 537.2 CDFA) e imprescriptibilidad de la acción que inste el cese del acto ilícito (art. 537.3 CDFA), recogiendo así lo que la *Memoria* de reforma[25] proponía al respecto; asimismo regula el ejercicio de dichas relaciones al establecer (i) el «*uso adecuado de los inmuebles o sitios*» recogiendo, por primera vez con tal formulación expresa, la interdicción de causar daño ajeno o perjuicios no derivados del *«uso razonable de la finca según su naturaleza, destino, condiciones generales del entorno y usos del lugar*» y (ii) la superior aplicación a tales relaciones del principio de buena fe (art. 538 CDFA).

Por otra, ya en el Capítulo V, con rúbrica de *Luces y Vistas*, arts. 545 a 550 ambos incluidos, se ordena el régimen de luces y vistas de modo que, si bien sigue la tradición jurídica, ahonda introduciendo novedosos aspectos dando un cuerpo normativo más acorde al actual contexto sociojurídico y a la naturaleza personal del ámbito de las relaciones de vecindad. En este sentido, bajo el secular principio de libertad de apertura de huecos (art. 545.1 CDFA), mantiene la obligación del art. 144 CDA de que los huecos estén protegidos bien por la tradicional reja y red bien por «*protección semejante o equivalente*» (art. 545.2 CDFA). A su vez, mejora la norma al evitar las anteriores remisiones a otros textos legales (art. 545 y 546 CDFA y derogado art. 144.2 CDCA, respectivamente).

Finalmente, en el nuevo Código foral destacan nuevos preceptos que deben ser acogidos de modo positivo puesto que concreta la norma y aporta mayor seguri-

---

[24] *Vid.* siguiente apartado III.

[25] «La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, una vez entregada la Memoria de reforma del Libro III de la Compilación de Derecho Civil elaborada por el Profesor Argudo en junio de 2008 (acta 235 de la sesión del 3 de diciembre de 2008) confeccionó una propuesta finalmente recogida en la Ley de Derecho Civil Patrimonial luego recogida en el CDFA».

dad jurídica evitando controversias derivadas del escueto precepto anterior. En este sentido, trata sobre los huecos en pared medianera y límite de su apertura (art. 547 CDFA) y el modo de instalar las debidas protecciones (CDFA); declara –en sentido contrario de algunas resoluciones, pero acertadamente cara a la pacífica convivencia vecinal– la imprescriptibilidad de la acción que inste la cesación de actos contrarios a las normales relaciones de vecindad (art. 537.3 CDFA) y de la acción para exigir la colocación de protecciones (art. 549 CDFA); define el término «*voladizo*» que tanta casuística ha planteado en la jurisprudencia aragonesa.

Con ello, el conflicto reseñado queda regulado, en línea con el régimen anterior, de modo que el derecho de apertura de huecos no condiciona el del propietario vecino a «*edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna*» (art. 550.1 CDFA) si bien innova avanzando en la línea permisiva al añadir que dicho derecho lo será «*como estime conveniente*» (art. 550.1 *in fine* CDFA), con una clara intención de incidir en la doctrina[26].

A diferencia de lo propuesto en la Memoria[27], no introduce luego en el art. 550 CDFA de modo expreso la referencia a la protección del derecho a la intimidad, siendo que, conforme se dice en este trabajo, la finalidad protectora de tal derecho es incuestionable y, admitiendo que no sea el único motivo de la norma, podía ser compatible tal referencia expresa junto a otras finalidades, tal y como decía la Memoria. Por ello tal derecho debe entenderse englobado en la redacción del art. 550.2 CDFA.

Finalmente, de los arts. 538 y 550 CDFA destaca positivamente, por un lado, que ambos derechos quedan condicionados a la buena fe y uso adecuado (art.

---

[26] Al respecto de la polémica relación entre beneficio o utilidad constructiva y libre ejercicio del derecho a edificar y construir, esto es, de si en realidad se aprecia abuso de derecho por el dueño del predio ejerciente, y que, en la actualidad, consideramos que queda enervado con la alegación del derecho fundamental, será interesante estudiar la interpretación que de tales cuestiones relacionadas realiza nuestra jurisprudencia pues, con el precepto anterior, y según hemos contemplado en el análisis jurisprudencial referido, se venía exigiendo aquella utilidad para evitar el abuso de derecho y se alegaba la protección de la privacidad para enervar tal alegación de abuso; sin embargo, ahora, se indica *ex novo* que tal derecho a edificar o construir lo será «*como estime conveniente*» (art. 550.1 *in fine* CDA) el dueño ejerciente, siendo de utilidad para tal solución interpretativa los antecedentes legislativos.

Así consta que la Comisión debatió en detalle tal cuestión y consideró preferible la opción de no exigir expresamente una utilidad suplementaria en tanto que, de actuar de modo ilícito, tal acción bien podía reconducirse a través de la alegación del abuso de derecho. Al respecto, debemos recordar que, en sede general de relaciones de vecindad, se recoge *ex novo* la acción para hacer cesar las situaciones que no se acomoden al régimen normal de tales relaciones.

[27] El reconocimiento expreso en el precepto foral del derecho a la intimidad fue tratado en las sesiones de la Comisión al respecto de la Memoria de reforma antes citada, considerándose preferente contemplar tal referencia de modo indirecto en tanto que el régimen de luces y vistas también recae sobre elementos físicos en los que la intimidad no guardaría relación. Sin embargo, consideramos que la referencia expresa, tal y como venía recogida en la Memoria de reforma no hubiera sido incompatible con tales argumentos y hubiera contribuido a recoger lo que, en el ámbito jurisprudencial, ya estaba admitido. Con todo, también resulta cierto que uno de los argumentos de la Comisión para no dar tal acogida –la protección reforzada que todo derecho fundamental tiene–, en el plano efectivo, concilia con la protección de tal derecho (acta 237 de la sesión de 2008).

538 CDFA), y, por otro, de modo innovador y superador del régimen anterior, se admite que la limitación de tales huecos no solo provenga de edificaciones o construcciones que estime «*conveniente*», sino mediante cualesquiera otros medios que *obstaculicen o limiten* «*las vistas a espacios utilizados para su vida familiar o personal*» (art. 550. 2 CDFA), de modo que, aun no expresando literalmente el derecho fundamental del art. 18 CE, sigue en la línea protectora de la vida privada, al permitir otros medios tuitivos como ya admitían determinadas resoluciones[28].

En conclusión del régimen previsto en el CDFA, puede señalarse que se reproduce, lógicamente, la colisión entre la facultad de apertura de huecos para obtener luces y vistas y el derecho a la intimidad que, al igual que la CDCA, viene dado por la –originaria– existencia de un derecho a abrir huecos en los términos referidos y, a la par, un derecho de edificar o levantar, si bien ahora «*como estime conveniente*» su ejerciente; derecho que se percibe como indirecta limitación de tales vistas permisible en tanto el ejercicio de tal facultad constructora no constituyere abuso y que, ya en nuestra época, es, jurisprudencialmente, afecto a la incidencia que provoca en el derecho a la intimidad familiar y personal recogido en el art. 18 CE.

III. RELACIÓN ENTRE LA FACULTAD DE ABRIR HUECOS PARA OBTENER LUCES Y VISTAS Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

1. Exposición del conflicto en el régimen normal de luces y vistas del derecho aragonés

Señala Martínez de Pisón que «*el deseo de intimidad es algo que cala profundamente en nuestras opulentas sociedades occidentales*» si bien no dejan de darse «*posturas escépticas*» que niegan tal categoría independiente a la intimidad[29], datándose legalmente dicho interés, en nuestro país, en torno a la vigente Carta Magna, si bien debemos añadir que la intimidad gozaba ya de relevante protección jurídica en diversos Tratados y Convenios internacionales luego ratificados por el Reino de España[30].

---

[28] Vid. siguiente apartado «III. 2. *Íter jurisprudencial…*».

[29] Martínez de Pisón Cavero, José, en *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, S. A., Madrid 1993, pp. 25 y 67 a 72.

[30] Así, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 17 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y art. 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, de 4 de noviembre de 1950 –ámbito Consejo de Europa–.

En nuestro país se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar como derecho fundamental en el art. 18 CE, habiéndose dictado en su desarrollo la Ley Orgánica 1/1982, reformada por la L.O. 10/1995, de utilidad en la resolución del conflicto al señalar su art. 3º lo que debe considerarse como intromisiones ilegítimas. Este argumento, como luego indicaremos[31], constituye, también, criterio a valorar en la ponderación dada la relevancia que la doctrina de los actos propios tiene para las intromisiones o injerencias en dicho derecho fundamental.

Sin embargo, pese a tal reciente preocupación legal por la intimidad, debe ponerse de relieve cómo, en nuestro derecho histórico, y por tanto en aquella sociedad, latía, desde antiguo y en diversas foralidades[32], tanto una preocupación por garantizar un ámbito reservado al conocimiento de los demás o terceros ajenos al titular del fundo, a las «*miradas*» de los demás convecinos o extraños, como una amplia libertad de que cada sujeto realizase lo que considerare en posesión ajena siempre que no causare daños al propietario de la misma o respetare determinados ámbitos del mismo.

La primera resolución judicial que, directamente, contempla tal colisión es la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de junio de 1979 a la que le han seguido diversas otras. En la doctrina, LACRUZ, en el citado comentario a STS de 2 de febrero de 1962, deduce una –dicho sea en términos actuales– intromisión en la intimidad del vecino y señala que no resulta posible al dueño que ejerce su derecho de abrir hueco para luces y vistas hacerlo si su finalidad es la de «*ver lo que pasa en la casa medianera*». De igual manera, en su comentario a SAT de 15 de noviembre de 1966, sobre utilización de material vítreo y su incidencia en el régimen de luces y vistas, se plantea, siquiera sea de modo secundario, que, con tal material, no hay ataque a ningún otro bien jurídico no patrimonial, o al menos no se denuncia, cual sería la intimidad de la vivienda.

El conflicto, como se ha dicho, surge cuando, en la linde de dos predios, concurre la voluntad de un sujeto de abrir huecos para obtener luces y vistas y la de otro sujeto de no permitir las mismas por considerar que se produce una intromisión en su intimidad. Se produce, por tanto, una crisis en la relación de vecindad existente entre ambos predios provocada por la contradictoria concurrencia de dos derechos dimanantes de fuentes bien diferenciadas: uno, largamente regulado en nuestro ordenamiento (luces y vistas) y otro derivado de la vigencia de la Constitución[33].

---

[31] *Vid.* apartado siguiente «III.2. D) *Diferencia…*».

[32] Así, en lo que se refiere al Fuero de Daroca, *vid.* RODRIGO ESTEVAN, María Luz, en «La vivienda urbana bajomedieval: arquitecturas, conflictos vecinales y mercado inmobiliario (Daroca, siglo XV)» en *STVDIVM. Revista de Humanidades*, 11 (2005), pp. 39, 41, 5.174; en cuanto al Fuero de Teruel, también la misma autora en dicha obra (su nota a pie de página núm. 24, p. 24); al respecto del Vidal Mayor, recoge ARGUDO que «*sólo permite huecos de tolerancia*» así como «*la apertura de ventanas pequeñas … sin intromisión a la intimidad o invasión de la heredad*» (ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.178).

[33] Señala BERNARD que «*en la época inmediatamente posterior a la Constitución surgió la polémica entre dos bienes jurídicos difíciles de conciliar: el servicio de los bienes propios siempre que no perjudique a terceros, y el*

La intimidad alude a lo que es cercano al sujeto, algo inherente al mismo, al ser un derecho fundamental subjetivo y cuyo sujeto es la persona como tal ser humano afecto a un especial interés o protección. Es por ello por lo que es común admitir la existencia de una esfera particular de cada individuo en la que este es el único habilitado para decidir qué acto puede ser participado y qué le afecta exclusivamente al mismo sin por ello tolerar ninguna intromisión. Surgen, pues, diversas expresiones: intimidad, vida privada, esfera privada y, la cada vez más común, *privacidad*. Tal nota será, por tanto, esencial a la hora de resolver el conflicto entre el régimen de luces y vistas y el derecho a la intimidad de quien se opone pues, como hemos dicho, aquel se circunscribe al ámbito personal, a las relaciones de vecindad, y es inherente a la persona.

Sobre dicho derecho confluyen diversas libertades que afectan a dicho bien jurídico protegido (STC de 30 de enero de 1981) y en el que, como derecho incardinado en la categoría de los «*derechos de la personalidad*» (STS 20 de febrero de 1993, RJ 1993/2001), debe recordarse la trascendencia del *libre desarrollo de la personalidad* (SSTC 22/1984 de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre y 94/1999, de 31 de mayo). En esta línea, la STS de 29/3/1988 y la STC 170/1987 consideran que el derecho a la intimidad forma parte de los *bienes de la personalidad* que pertenecen al ámbito de la vida privada, y, a su vez, dice la STC 231/1988, «*derivado(s) sin duda de la dignidad de la persona… Se muestran así estos derechos como personalísimos …*» (FJ 2º) de donde se colige un «*ámbito exento capaz*» de limitar el acceso de terceros (STC 170/1987), pudiendo, por tanto, imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida.

En conclusión, «*es reiterada docrina*» (STC 83/2002) que el art. 18.1 CE garantiza el secreto sobre nuestra propia esfera de intimidad o «*vida privada*», vedando que accedan terceros, particulares o poderes públicos, para delimitar los contornos de nuestra vida privada, pues «*garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, … atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación … no querida..*» (STC núm. 186/2001).

Finalmente, restará valorar la incidencia derivada de la expansión jurisprudencial del contenido del derecho a la intimidad al comprenderse en el mismo modernas parcelas (inmisiones, ruido, entre otros) y sobre la que luego se volverá[34]. Por la orientación del contenido que haya que proteger en el derecho a la intimidad y la interpretación pro derecho fundamental, cabe apuntar cómo,

---

derecho inviolable a la intimidad; la jurisprudencia detectó la polémica pero no es en esta primera etapa, sino ya en nuestros días, como más adelante se analizará, cuando se resuelve de manera satisfactoria la cuestión.». Asimismo, LECIÑENA cita a TORRALBA SORIANO, O. V., «Transformación de servidumbres de luces en servidumbres de vistas», RCDI, 1971, II, p. 1.217: «*lo decisivo no es el medio empleado para asegurar que se reciben luces, sin tener vistas, sino que se garantice el respeto a la intimidad del dueño del predio sirviente*».

[34] *Vid.* apartado siguiente «*E) Incidencia del carácter expansivo …*».

entre el derecho fundamental a la intimidad y otros del mismo valor jurídico, hay una ligazón indiscutible con otros derechos en una línea tendente configurar la protección global del ámbito de la privacidad (STC 110/1984).

2. Íter jurisprudencial: de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de junio de 1979 a, en especial, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de enero de 2008

Como ya se indicó, la incidencia del derecho a la intimidad sobre la facultad de abrir huecos para luces y vistas es notable desde los orígenes históricos de dicho régimen, si bien con un contenido, obvio es decirlo, diferente del que ahora cabe contemplar dada su naturaleza jurídica constitucional. En la actualidad, en coherencia con la introducción de tal derecho fundamental, constan numerosas resoluciones que analizan tal cuestión y cuyo estudio es necesario para, luego, poder, en su caso, establecer unas pautas comunes de ponderación de tales facultades para la resolución del conflicto.

1. *Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de junio de 1979*

En dicha sentencia se señala que es preciso «*un examen atento respecto a si ambos son cohonestables o se repelen en este caso concreto*»[35] fijando la controversia en la relación entre (i) el derecho a «*servirse hasta el máximo de los bienes propios mientras no perjudiquen los derechos del vecino*» y (ii) «*el derecho a la intimidad personal que se menoscaba con las vistas ajenas sobre el fundo propio*»[36]. Afronta en términos constitucionales de un modo temprano el conflicto ahora estudiado, si bien sin obtenerse una conclusión definitiva lo que, por otra parte, resulta lógico dada la relación temporal entre el art. 18 CE y la sentencia glosada.

2. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 junio 1992 (AC 1992\884), ponente: Ilmo. Sr. Gutiérrez Celma*

Esta resolución es de las primeras que, de modo directo, estudia el tan referido conflicto, resultando relevante por dos aspectos; por una parte, el supuesto fáctico: un muro litigioso de *altura inferior a la de una persona normal*– que delimita una terraza o azotea construida sobre los garajes de la demandada; por otra, por analizar con cierta profundidad la relación con el derecho a la intimidad, concluyendo que tal derecho, su respeto y protección, es la razón de ser de las prohibiciones y limitaciones entre vecinos del entonces vigente art. 144.2 CDCA. La Audiencia estima el recurso y condena a colocar la tradicional reja y red. La actora solicitó dos peticiones que el órgano considera contradictorias –y que, no

---

[35] No habiendo podido localizar dicha sentencia en los repertorios al uso, la cita jurisprudencial se ha obtenido de Bernard, *op. cit.*, p. 271.

[36] Por igual imposibilidad antedicha se toma la cita, ahora, de Argudo, *op. cit.*, p. 1.211.

obstante, luego, reconduce–: tanto realizar obras por las que «*se salvaguarde y quede debidamente garantizado el derecho a la intimidad personal y familiar*» como que se realice «*adecuada protección contra la instauración de una servidumbre de luces y vistas, haciendo alusión a las medidas previstas en el art. 144 de la Compilación*».

El primer punto de utilidad para establecer criterios o pautas resolutorios del conflicto en cuestión viene dado porque se considera que la mera alegación del derecho a la intimidad no es «*sin más*» el dato que resuelva el litigio porque se pone el acento en la relación entre personas que se produce en las relaciones de vecindad y no en una mera situación real o de relaciones entre predios, tal y como se ha comentado en anteriores pasajes de este trabajo. En efecto, la citada resolución judicial señala que, en tanto que las personas pueden someter sus actos o vida diaria, con la realización de actos no gravosos en sí, a determinada privacidad, es, precisamente, esta conducta personal la que permitirá observar –y he aquí el punto que destacamos– si el derecho a la intimidad habrá sido –o no– vulnerado pues los *propietarios, si desean que un determinado acto permanezca reservado, sin salir del ámbito de su intimidad, deben proceder a realizarlo en aquella parte de su finca que no sea visible desde la del vecino o en otro lugar que estimen suficientemente discreto, sin perjuicio de que puedan exigir al colindante el cumplimiento de las distancias y limitaciones legalmente establecidas para la apertura de huecos con o sin voladizos, si las disposiciones legales existentes en la materia hubieran sido incumplidas*» (FD 2º); concluyendo, en el supuesto enjuiciado, en sentido negativo a tal intromisión.

3. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 julio 1992 (AC 1992\1102), ponente: Ilmo. Sr. Mora Mateo*

Esta sentencia, cuyo supuesto fáctico es la controversia sobre un hueco de grandes dimensiones practicado en pared elevada para cerrar un patio de luces y que no alcanza la cubierta del edificio de la demandada, estima parcialmente –al margen, de la estimación de cierta cuestión procesal– la pretensión de la demandante al no condenar a la demandada a colocar protección en el hueco por no considerar al mismo en el –*ámbito de régimen de luces y vistas regulado en el art. 144*».

Tras recordar el régimen aragonés de luces y vistas, asocia, por remisión a la SAT de 1 de junio de 1979, el –*derecho constitucional a la intimidad*– con la naturaleza que los huecos revisten en la Compilación o –*liberal régimen aragonés de luces y vistas*–, desde el momento en que el fundamento por el que desestima el recurso radica, precisamente, en que el hueco litigioso no es de los que permiten tales luces o vistas –finalidad esta que recuerda y relaciona con tal derecho–[37]. De modo indirecto, confirma tal relación cuando, al respecto de otro hueco litigio-

[37] «*Los huecos a los que se refiere la Compilación, y todo el Derecho histórico aragonés, tienen por objeto recibir luces o permitir vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, se trata de ventanas o miradores, y por ello recientemente la Sentencia de la A. T. de Zaragoza de 1 de junio de 1979 pone en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad*».

so, condena a instalar reja remetida, red de alambre o protección equivalente –o material vítreo por ser «*tolerable en nuestro régimen foral, tal como se admitió en la Sentencia de la A.T. de 15 de noviembre de 1996*»–.

4. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de marzo de 1994, núm. 48/1994, (EDJ 1994/13841) ponente: Ilmo. Sr.* SOLANS CASTRO

Señala ARGUDO[38] que esta sentencia es «*más tuitiva*» del derecho a la intimidad ante unas ventanas que recaían sobre la terraza del demandado que este tapó mediante unas obras de tal terraza. En la misma, se admitió la construcción de un muro tanto por razones de decoro ornamental como de protección del derecho a la intimidad. En efecto, aun cuando, en tal sentencia, el primer motivo ya se considera suficiente para entender un correcto uso del derecho *ex* art. 144.3 CDA, se añade que, con tal muro, se consigue evitar que no pueda desarrollar su vida privada dada la inmediación de ventanas que obtienen luz y vistas que «*impedirán una vida familiar reservada de ingerencias extrañas*».

5. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, núm. 26/1996, de 19 de enero de 1996, núm. rec. 62/1995, ponente: Ilmo. Sr.* IRIBAS GENUA

La presente resolución resuelve el litigio entre la actora que soporta la colocación por la demandada de un toldo que le privaba totalmente de vistas desde una ventana e impedían las vistas indirectas desde otra. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a retirar los toldos colocados. La demandada recurrió y la Audiencia Provincial desestima el mismo.

Se continúa la línea comenzada por la misma Sala en 1992 (precedente sentencia comentada) y, al margen de tales antecedentes, es de las primeras resoluciones que, en nuestro ámbito territorial –y con probabilidad en el resto del país, a la luz del estudio realizado– estudia –y de modo prolijo– la incidencia que el derecho a la intimidad tiene en el régimen aragonés de luces y vistas considerando los diversos aspectos que, a su vez, contempla aquel derecho (lanzamiento de objetos, proyección de miradas ajenas o no deseadas) sin desdeñar la cuestión del acto incurrente en abuso de derecho. Así, el planteamiento del problema ahora estudiado es breve pero conciso: «*si el derecho a ser protegido de las miradas ajenas se entiende como beneficio suficiente para excluir la aplicación del abuso del derecho*». Dicha sentencia expone los diversos y clásicos aspectos que inciden en el conflicto entre el aludido derecho y las relaciones de vecindad, argumentando, en sentido genérico, sobre la incidencia del derecho a la intimidad en sentido de afirmar que constituye finalidad digna de protección y sobre «*el tema del abuso del derecho*», como elemento negativo o excluyente, para, luego, descendiendo al caso concreto, alcanzar una conclusión no acorde a dicha exposición –por tanto,

[38] Por la imposibilidad de obtener en los repertorios al uso dicha sentencia, se sigue en tal apartado las opiniones de ARGUDO (*op. cit.*, p. 1.211) y GUTIÉRREZ CELMA (*op. cit.*, pp. 45-46) y el contenido literal reproducido, a su vez, en SAP Zaragoza, sec. 5ª, de 19 de noviembre de 2004, (EDJ 2004/192031).

desestimatoria de la pretensión protectora de la actora– pero, precisamente, como consecuencia de una recta aplicación de dicha doctrina, pues, finalmente, se considerará probado que la conducta de la demandada incurrió en acto abusivo. Así:

i) significativamente, considera que debe, en primer lugar, «*tratar el tema del abuso del derecho*» señalando lo que debe considerarse como «*acto abusivo*» y que, por su concreción, se reproduce en su totalidad: «*aquel que por la intención de su autor sobrepasa manifiestamente los límites normales de actuación de un derecho con daños para tercero*» (FD 1º); para, luego, señalar el modo en que puede indagarse si se produce tal intención: cuando se actúa con ánimo de perjudicar para lo cual deberá valorarse tanto el fin pretendido como las circunstancias del acto; cuestiones que deben averiguarse a efectos de, en su caso, la aplicación del art. 7º CC (FD1º).

ii) en lo que puede considerarse concepción amplia o finalista del contenido del derecho a la intimidad cuando interactúa con el régimen de luces y vistas, admite –tácitamente– la posibilidad de que sean protegibles las conductas tendentes a evitar que los vecinos, desde tales ventanas, arrojen polvo y objetos, sin olvidar «*el poder substraerse de las miradas y fiscalizaciones*» de los vecinos a través de ventanas desprotegidas en el caso concreto, así como una mínima precisa «*utilidad práctica*». No obstante, tal afirmación teórica no conduce a una estimación del recurso de la demandada-apelante por la ya indicada falta de probanza fáctica de tales aspectos (FD 2º).

iii) en el fundamento jurídico más relevante resuelve sobre la incidencia del derecho a la intimidad en este controvertido ámbito: «*si el derecho a ser protegido de las miradas ajenas se entiende como beneficio suficiente para excluir la aplicación del abuso del derecho*». En este aspecto, el órgano judicial considera que, al carecer las ventanas de protección, es posible la visión por la actora de las actividades realizadas por la demandada, de modo que se estará «*conculcando el derecho a la intimidad*» máxime por la probada enemistad entre las partes que conlleva una fiscalización por aquellos de estos. A continuación, tras indicar el alcance del derecho a la intimidad, dando notas atinentes a la persona humana y al ámbito privado familiar, en el que se tiene derecho a no ser «*perturbado por miradas no deseadas*», considera que tal finalidad protectora del derecho a la intimidad es tanto merecedora de protección jurídica como enervadora de la aplicación de la teoría del abuso del derecho en tanto que, con ello, no se pretende un perjuicio de tercero sino «*un beneficio propio*».

Finalmente, y en exacta coherencia con la exposición desarrollada, al margen de que, como se ha dicho, no se acreditó por la recurrente la finalidad de evitar ciertas inmisiones, se desestima el recurso de la demandada-apelante por cuanto si su finalidad hubiera sido proteger su derecho a la intimidad lo hubiera conseguido adoptando otra conducta a su alcance (colocación del toldo en otro lugar que cumplía igualmente con tal finalidad protectora y, a la vez, no perjudicaba a la actora). Por ello, considera que la demandada incurrió en conducta abusiva del art. 7º CC.

6. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 142/1996, de 8 octubre (AC 1996\1907), ponente: Ilma. Sra. RIVERA BLASCO*

Se trata de resolución en la que se confirma la sentencia de instancia que declaró la inexistencia de servidumbre de luces y vistas a favor de los demandados y condenó a colocar en la ventana abierta «*protección de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, así como a retirar los tendederos existentes en dicha ventana*». En la apelación, indica la Sala al recurrente que, en realidad, su pretensión se incardina en el ámbito de las «*relaciones de vecindad*» y no de las servidumbres; recuerda la «*autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa*» que cita «*debiéndose poner en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad; diciendo a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1964 (RJ 1964\4140) que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta … (RCL 1967\704, 756 y NDL 1451)*».

La relevancia del pronunciamiento radica en la asociación de la existencia de protección en ventana al respeto del derecho a la intimidad cuando, tras exponer el sistema regulatorio, concluye con que, pese al largo tiempo transcurrido desde la apertura, y sin que se haya ejercido el derecho a edificar, tal hueco «*debe estar provista de reja de hierro remetida en pared y red de alambre*».

7. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de mayo de 1998, núm. 160/1998 (EDJ 1998/7644), ponente: Ilmo. Sr. IRIBAS GENUA*

Se resuelve por la sentencia de apelación un litigio sobre una terraza del demandado que tiene vistas sobre el jardín del actor y en el que se solicita su demolición o, en su defecto, la construcción de un muro que evite las vistas sobre tal jardín. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda en el sentido de, en lo que interesa ahora, condenar a la colocación de reja, red o protecciones en determinados huecos a fin de «*impedir asomarse al jardín colindante*». El demandante apela y el órgano *ad quem* desestima tal recurso.

La Audiencia se remite a su sentencia de 26 de junio de 1992 y señala que «*las relaciones de vecindad … no suponen agresión alguna al derecho a la intimidad personal y familiar … desde el momento que únicamente inciden sobre la configuración física de las fincas, cuyos propietarios, si desean que un determinado acto permanezca reservado deben realizarlo en aquella parte de su finca que no sea visible desde la del vecino, sin perjuicio de … exigir al colindante el cumplimiento de las distancias y limitaciones legalmente establecidas para la apertura de huecos*». Por tal posible diversa conducta del actor, incardinable en la «*regla de tolerancia y buena vecindad inspirada en el "ius usus inocui*" (STS de 30 de octubre de 1983)» se desestima la pretensión de demoler la terraza indicada. A su vez, desde la perspectiva de que el art. 144 CDCA faculta para exigir protección, desestima igualmente tal pretensión subsidiaria.

8. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 526/1998, Sección 5ª, de 24 septiembre (AC 1998\6356), ponente: Ilmo. Sr. MEDRANO SÁNCHEZ*

El órgano de apelación desestima el recurso interpuesto contra sentencia estimatoria total tanto declarativa de inexistencia de servidumbre de luces y vistas y de derecho a construir sin sujeción a distancia como condenatoria de los demandados a demoler parcialmente terraza y a instalar protección con reja o red o equivalente a costa de los mismos. Tras reconocer el «*principio de absoluta libertad en la apertura de huecos para luces y vistas*» del art. 144 CDCA en el que, solo dentro de unas dimensiones (art. 582 CC) se imponen limitaciones, desestima el recurso acogiendo la tesis de la sentencia de instancia pues, si bien la finalidad protectora del derecho fundamental queda recogido con carácter de principio, no lo considera vulnerado en el caso enjuiciado dado que «*las vistas lo son sólo sobre el tejado de la cochera, con lo que en ningún caso se efectuaría la intimidad de la parte demandante. Esta invocación por el recurrente al «ius usus innocui» es insuficiente para justificar la excepción o dispensa de las medidas de protección* (FD 3º).

9. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, núm. 77/2002, de 7 de mayo de 2002, rec. 92/2002, ponente: Ilmo. Sr. OCHOA FERNÁNDEZ*

En el caso enjuiciado determinadas ventanas deben ser, a juicio de la demandante, objeto de protección y la colocación de una valla de tela metálica por la demandada debe ser, en la tesis sostenida por esta, en cumplimiento del art. 144.2 CDCA. La sentencia del órgano *a quo* estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a colocar reja y red en determinadas ventanas. Ambas partes recurren y en apelación se estima el recurso y «*confirma*» la de instancia «*con la precisión*» que dicta sobre la protección a instalar en determinadas ventanas.

Es notable la aseveración que, al efecto de la relación entre el régimen aragonés y el derecho fundamental, contiene: «*el art. 144 de la Compilación contiene dos apartados perfectamente lógicos y respetuosos con nuestro Derecho histórico y los fundamentales de las personas a la privacidad e intimidad que recoge y plasma el art. 18 de nuestra Constitución.*» (FD 2º). Seguidamente contempla la protección del derecho a la intimidad como finalidad de la limitación que esa libre facultad de abrir huecos conlleva al establecer la carencia de balcones y voladizos y la provisión de reja, red o protección semejante (FD 2º). A continuación, tal argumento conduce, en el caso concreto, a que la «*valla levantada por los demandados*» no «*evita la visión sobre la propiedad ajena ni impide*» que la actora pueda asomarse, lo cual, añade, es la voluntad pretendida por el legislador al imponer la protección del art. 144.2 CDCA, por lo que, la citada valla no puede considerarse «*protección semejante o equivalente*» para lo que contempla las diversas variedades de intromisiones: luz, ventilación, vista directa y asomo por el hueco.

10. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 13 de noviembre de 2002, núm. 11/2002, Id. CENDOJ 50297310012002100005, ponente Ilmo. Sr. ZUBIRI DE SALINAS*

La Sala, tras indicar el alcance del art. 144 CDA diciendo que regula las relaciones de vecindad entre fundos e indicando sus antecedentes históricos, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo y reconoce que debe «*matizar*[la]*, desde la competencia casacional*».

Si bien la cuestión se centra en el concepto de *protección semejante o equivalente* del art. 144.2 CDA, que considera abierto a fin de adecuarlo a la evolución de la técnica constructiva, y que resuelve según su facilidad de movilidad y montaje o desmontaje, en realidad, trata, *obiter dicta*, sobre el conflicto pues reconoce que para entender que la protección sea semejante debe ser aquella que «*logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad … impidiendo asomarse al hueco … o arrojarse objetos*» de modo que se conjugue el «*máximo aprovechamiento para el titular de cada predio, pero protegiendo siempre la intimidad y tranquilidad del contiguo.*» (FD 4º).

11. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sec. 5ª, de 6-7-2004, núm. 414/2004, rec. 231/2004 (EDJ 2004/72236), ponente: Ilmo. Sr. PASTOR OLIVER*

La base fáctica sobre la que gira la controversia es así descrita: «*finca construida en solar de altura superior a la del vecino, con muro de contención corrido que permite plena visibilidad de la finca inferior*» –denominados «*otros voladizos semejantes*»–. Tras exponer la polémica al respecto, con cita de diversas resoluciones, expresa la finalidad del precepto: «*preservar la intimidad del vecino*». Tras ello, y presidido bajo tal finalidad, requiere un elemento añadido para considerar un «*cañizo*» como elemento acorde a tal finalidad: la solidez y resistencia del mismo pues, de no reunir ambos requisitos, el conflicto se reitera y, al poder ser retirado tal elemento, el respeto a la intimidad de los vecinos del predio inferior sería vulnerado, de modo que la protección que se instale deberá ser de material y elevación que impida las vistas desde el muro del predio superior (FD 10º). Al respecto de unas rejas remetidas de aluminio y de una mosquitera –que no red como tal–, se reitera que por su instalación fija se cumple la finalidad de la norma foral: la protección de la intimidad que, en el caso concreto, se entiende como evitar que el vecino se asome sobre la finca vecina a través de eventuales huecos-ventanas desprotegidos (FD 11º).

12. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección. 5ª, núm. 641/2004, de 19 de noviembre de 2004, rec. 473/2004, (EDJ 2004/192031), ponente: Ilmo. Sr. PASTOR OLIVER*

El caso se plantea a consecuencia de una terraza abierta en la que la demandada levanta muro de ladrillo en sintonía estética con el que reviste la fachada lindante con la pared de la actora donde esta tiene huecos abiertos los cuales son tapados por tal muro. La sentencia desestimatoria de instancia es confirmada por la Audiencia.

Tras hacer una mención a la aplicación del *ius usus inocui*, la sentencia se remite –y reproduce– a los argumentos de la SAP Huesca de 7 de marzo de 1994 (EDJ 1994/13841) en la que se admitió la construcción de un muro tanto por razones de decoro ornamental como de protección del derecho a la intimidad; en efecto, aun cuando, en tal sentencia, el primer motivo ya se considera suficiente para entender un correcto uso del derecho ex art. 144.3, se añade que, además, con tal muro se consigue evitar que no pueda desarrollar su vida privada dada la inmediación de ventanas que obtienen tanto luz como vistas que «*impedirán una vida familiar reservada de ingerencias extrañas*». La Sala, finalmente, hace suyos tales argumentos y no aprecia abuso de derecho.

13. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 febrero 2005 (RJ 2005\1698), ponente: Excmo. Sr. Zubiri de Salinas*

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de apelación que estimó parcialmente el recurso de apelación estimando, en consecuencia, de modo parcial la demanda interpuesta y, en fin, condenatoria, entre otros pronunciamientos, a la colocación de protección que impida vistas con adecuada elevación, resistencia y solidez. Con carácter previo debe señalarse que el recurso de casación se interpuso alegando interés casacional por inexistencia de doctrina de la Sala sobre la finalidad, naturaleza y requisitos de los materiales utilizados para tal protección. Alegada causa de inadmisibilidad, se rechazó entrándose a conocer del fondo del asunto.

Se realizan algunas consideraciones genéricas sobre el alcance y contenido del art. 144 CDCA de impedir no la visión del vecino sino el «*lanzamiento o molestia al predio vecino*» y la aplicación del art. 582 CC (F.D. 5º). Estudia la incidencia que unos «*cañizos*» tienen respecto de su consideración como protección equivalente y las condiciones que debe reunir, en su caso, el material traslúcido; asimismo recuerda que la regulación del art. 144 CDCA no es de servidumbre de vistas, sino de relaciones de vecindad entre predios. A su vez se remite a la STSJA de 13 de noviembre de 2002 donde se realizaba un discurso histórico sobre tal régimen (F.D. 3º de la sentencia a la que se remite) y a que el Tribunal Supremo tiene declarado que «*la permisión de abrir huecos o ventanas ... no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta*»: *SSTS de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989\665), con cita de las de 30 de octubre (RJ 1983\5847) y 23 de noviembre de 1983 (RJ 1983\6496) y 12 de diciembre de 1986 (RJ 1986\7433)*» (FFDD 6º y 7º).

En orden a la numerosa casuística estudiada por nuestros Tribunales, conviene anotar cómo, por ser acordes a la norma formal dados los elementos fácticos probados en el caso concreto, valora unas «*rejas de aluminio atornilladas en la pared y provistas de malla, de las denominadas mosquiteras*», unas «*chapas de hierro sujetas mediante patillas atornilladas a la pared*», el «*aluminio*» como «*material de consistencia y resistencia equivalente*» y la «*sujeción a la pared mediante tornillos*» como equivalentes al remetido que recoge el precepto (FD 7º).

Con todo ello, lo más importante de esta resolución es que la Sala, mediante la remisión a la STSJA de 13/11/2002, se pronuncia, por segunda vez, en el sentido de que los huecos deben contar con protección adecuada (reja, red o protección equivalente) a la finalidad de la regulación de la Compilación y que no es sino lograr el «*efecto tuitivo*» del titular vecino evitando la intromisión en su intimidad, que identifica, en igual línea que otras resoluciones ya comentadas, con la acción de asomarse o arrojar objetos para lo cual debe postularse una interpretación amplia de la norma, lográndose, a la vez, conjugar tal respeto al derecho fundamental junto al máximo ejercicio del contenido de las relaciones de vecindad, contemplando asimismo la evolución de la técnica constructiva (FFDD 6º y 7º).

14. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, núm. 154/2005, de 28 de marzo de 2005, rec. 283/2004, Referencia CENDOJ: 50297370022005100104, ponente: Ilmo. Sr. Acín Garós*

El supuesto fáctico, en lo que aquí es de interés, versa sobre unas ventanas y balcones abiertos en la pared lindante con la finca de la actora. La sentencia de instancia estimó, parcialmente, la demanda y condenó a instalar reja, redes o protección semejante o equivalente y la Audiencia la confirma íntegramente. Se considera que la protección de la intimidad es propósito «*buscado tradicionalmente*» y, al respecto de la reciente jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental, menciona la «*tranquilidad*» si bien no la considera como contenido de aquel derecho. Tal finalidad protectora es contemplada desde la perspectiva no de las relaciones personales sino entre predios, si bien del tenor literal no cabe concluir con que, con ello, se esté concluyendo en tesis real contraria a la naturaleza personal de las relaciones de vecindad. En concreto, se dice que, con el régimen del art. 144 CDCA, no queda afectada la función social de la propiedad, ni otros ordenamientos urbanísticos ni debe valorarse como acto abusivo, dada la limitación recíproca del dominio entre colindantes cuyo fundamento es la «*salvaguarda de la intimidad, privacidad o tranquilidad de cada predio respecto del vecino*» y la protección de todo «*gravamen que no le venga impuesto o sea consentido expresamente (SSTS de 20 de mayo de 1969 y 17 de abril de 1995)*».

15. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, núm. 73/2006, de 20 de marzo de 2006, rec. 196/2005, Referencia CENDOJ: 22125370012006100207, ponente: Ilmo. Sr. García Castillo*

El órgano de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a colocar reja, red o protección semejante o equivalente en huecos abiertos. Los demandados recurrieron en apelación y el órgano *ad quem* desestimó el recurso. Al margen del objeto del presente estudio, ha de reseñarse que resuelve sobre derecho transitorio al respecto de la polémica sobre el derecho a tener huecos carentes de protección al ser abiertos con anterioridad al Apéndice y la incidencia de la prescripción por lapso de 30 años de la acción para exigir protección (FD 1º).

En orden al derecho a la intimidad, no cuestionándose la incidencia de tal derecho en las relaciones dimanantes del régimen de luces y vistas, se resuelve la alegación de que es abusiva la petición de quien «*no tiene intimidad o privacidad que proteger*» al no haber obrado la actora en coherencia con tal derecho en otras actuaciones que la parte demandada expone (FD 1º). Al respecto, hay que indicar que (i) en el supuesto concreto la demandante no había vallado todas las fachadas, y, (ii) dicha Audiencia Provincial, en la sentencia de 1996 antes comentada, concluyó cómo la actuación del titular del derecho a la intimidad debe ser valorada de modo que, en tal caso, señalaba que el mismo podía reservar su ámbito mediante la realización de otras conductas al margen del cierre de los huecos abiertos en el fundo vecino. Con tales antecedentes, la Sala no concluye (FD 1º) en igual sentido del precedente en base, precisamente, al hecho alegado de no haberse vallado toda la finca («*si quien exige su colocación no tiene intimidad o privacidad que proteger*») y de que aprecia que, dentro del derecho a la intimidad, se contemplan aspectos como el interés «*legítimo*» en que no se arrojen objetos desde los huecos abiertos. Finalmente, unos «*elementos practicables y vidrios transparentes*» no cumplen con los requisitos previstos en el art. 144 CDCA (FD 2º).

16. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 306/2006, de 3 de julio (AC 2006/1535), ponente: Ilmo. Sr. García Castillo*

Se estima parcialmente el recurso interpuesto contra sentencia desestimatoria total de pretensión de condena de la demandada a «*colocar en todos los huecos y ventanas que se hallen a menos de dos metros del fundo de los demandantes "reja y red en los términos indicados en la aludida normativa legal"*».

La relación con el derecho a la intimidad no es, en este caso, directa pero sí se deduce tal connotación cuando se analiza el efecto que la reja, red o protección equivalente tiene desde el momento en que su instalación, a la que condena a la demandada, evita que el dueño que realizó la apertura de huecos pueda asomarse o arrojar objetos. Por tanto, sí afecta tal régimen a una de las diversas parcelas del derecho a la intimidad o derecho a no sufrir intromisiones en la esfera privada de una persona. Interesa destacar cómo estudia la noción de «*protección semejante o equivalente*», con cita de la STSJA de 23 de febrero de 2005, pero relacionándola con el derecho a la intimidad al reconocer que «el *fin de protección*» o finalidad de tal precepto no es sino «*que logre el mismo efecto tuitivo … evitando la intromisión de su intimidad, impidiendo … asomarse … arrojarse objetos*»; no obstante, matiza que con tal finalidad no se prohíben las vistas sobre finca ajena sólo que, «*dentro de unas correctas relaciones de vecindad*» el vecino no se asome o arroje objetos. Asimismo, dentro de la interpretación finalista que realiza, no resulta precisa la colocación de otros medios protectores, cuales rejas, si los huecos están dotados de «*cristales fijos no practicables*» por considerarlos «*protección semejante o equivalente*» (FD 1º). Al valorar la consideración de las terrazas o azoteas, deja expresa mención de que hay que «*adecuar la "mens legis" a la realidad actual; sino, por una aplicación finalista del precepto (preservar la intimidad del vecino), que se vería huérfano si entendiéramos el término "huecos" en sentido restrictivo*» (FD 2º).

17. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, núm. 140/2007, de 8 junio de 2007, rec. 22/2007, Referencia CENDOJ: 22125370012007100259, ponente: Ilmo. Sr. ANGÓS ULLATE*

El órgano judicial confirma que, en relación a finalidad o concepto de la edificación o construcción (ahora, muro de nueva construcción) del art. 144 CDCA, el hecho de que no concurra una «*finalidad estructural*» no debe ser considerado *per se* como acto abusivo «*a través de un acto de emulación*» (FD 3º) por cuanto ha de tenerse en cuenta la relación que aquella acción tiene con el derecho a la intimidad. No se considera abusivo tal acto por cuanto, conforme a anteriores resoluciones, reconoce el «*derecho a salvaguardar su privacidad e intimidad de las miradas e injerencias de sus vecinos*» para lo que, como en el caso concreto, puede ser preciso cerramiento alguno, citando, al efecto, las sentencias de «*7 de marzo de 1994, cuyo criterio es seguido por las sentencias de la Audiencia provincial de Zaragoza de 8 de junio de 2004 –Id. Cendoj: 50297370022004100242– y 19 de noviembre de 2004 –Id Cendoj: 50297370052004100547–, secciones 2ª y 5ª, respectivamente, en la segunda, de forma expresa, todas ellas referidas a una terraza, al igual que nuestra sentencia de 26 de junio de 1992*».

18. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, núm. 142/2007, de 19 septiembre de 2007, rec. 121/2007, Referencia CENDOJ: 44216370012007100151, ponente: Ilma. Sra. RIVERA BLASCO*

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia desestimatoria de la demanda que pretendía volver la propiedad al estado original previo a la realización de obras de terraza y cerramiento de ventana mediante levantamiento de muro. Es de notar cómo, tras mencionar la «*autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (S. Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª de 11 julio 1992 y S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979 , citada por la anterior)*» y la STS de 2 de octubre de1964 (RJ 1964/4140) indica que nuestra regulación debe ser estudiada en conjunto con el derecho a la intimidad, así como con el abuso de derecho, si bien, finalmente, el fundamento desestimatorio radicará no en tal derecho sino en otra distinta cuestión fáctica: la mejora de la habitabilidad de la vivienda (FD 2º).

19. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 161/2008, de 16 octubre de 2008, rec. 142/2008, Referencia CENDOJ: 44216370012008100192, ponente: Ilma. Sra. RIVERA BLASCO*

El supuesto fáctico reside en el cerramiento, mediante un muro construido por la demandada, de unas ventanas existentes en pared de la actora (a efectos de lo que luego se dirá, se trataba de una peña recreativa) que dan a patio de luces propiedad de la demandada. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia desestimatoria total de la demanda que pretendía se considerara abusivo, por falta de utilidad, tal cerramiento. A tal pronunciamiento llega la Sala tras considerar que la acción de la demandada no

fue abusiva pues concurría en la misma un interés cual proteger su privacidad de modo que tal acción encuentra fundamento en la protección del derecho a la intimidad. Para ello, partiendo del hecho admitido de común por las partes de que el caso enjuiciado reside en sede de relaciones de vecindad, centra la cuestión en si el referido cerramiento responde a «*fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria*» o si se realizó con una intención de perjudicar a la contraria «*sin beneficio o utilidad propia*».

A continuación, expone la regulación aragonesa citando la STSJ de 31 de marzo de 2004, de la que cabe destacar la manifestación de que el régimen aragonés, históricamente y ahora, establece, en sede de relaciones de vecindad, un «*sistema de tolerancia a los huecos abiertos pero debidamente protegidos*» que no son signo aparente de servidumbre ni impiden al propietario contrario edificar a cualquier distancia. Cita la STS de 2 de octubre de 1964 (RJ 1964/4140) por la que se define nuestro sistema como «*acto meramente tolerado y potestativo*» del que no se genera «*derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta*» que puede hacerlo cesar en cualquier momento; así como la de 3 de febrero de 1989[39] y la STSJ de 23 de enero de 2008 que, como se indicó anteriormente, añade a la definición anterior, la inadmisibilidad de que, acogiéndose a tal incuestionable derecho, se intente cerrar los huecos sin practicar edificación o construcción, al incurrirse, con ello en el abuso de derecho.

Tras tal exposición, confirma (FD 2º) la resolución de instancia en tanto que considera acorde a derecho el argumento de esta que desestimó la demanda precisamente por considerar que no se daba tal abusiva acción y, al contrario, concurría «*una finalidad legítima*» de, además de reparar la pared, evitar inmisiones por ruidos y «*preservar la intimidad de sus propietarios*». Se reconoce como «*finalidad legítima*» de la facultad de cerrar los huecos la de «*preservar la intimidad*» pues dicho «*tapiado*» tiene «*también su fundamento en la protección del derecho a la intimidad*». En relación con la proyección de vistas a huecos abiertos sin construir, considera contenido del derecho a la intimidad, la observación de la actividad que los demandados realicen tanto «*en el patio de su propiedad con el que limita la pared de la actora*» como, en lo más relevante, «*incluso también dentro de la casa*» por la proximidad de ventanas así como por la molestia que «*las actividades realizadas en el inmueble por los miembros de la peña pueden perjudicar la intimidad y el sosiego de los moradores de la vivienda de enfrente*»; y, finalmente,

Es destacable, al respecto de la más reciente doctrina sobre el contenido del derecho fundamental, que, aun cuando recoge con amplitud tal contenido al considerar ínsito en el mismo la observación de la actividad ajena tanto en patio descubierto como en interior de vivienda, sin embargo no contempla de modo expreso, que las inmisiones de ruidos (que considera legítimo evitar) deban englobarse en aquel derecho fundamental, si bien, de contrario, tampoco consi-

---

[39] Dicha STS de 3 de febrero de 1989 es reiteradamente referida en el presente trabajo, al recoger, de modo meridiano y explícito el incuestionable derecho a edificar o construir en cualquier momento y la naturaleza del acto como meramente tolerado y potestativo, de relación de vecindad, que no genera derecho ni obligación conforme se ha indicado anteriormente.

dera el sosiego (que igualmente considera legítimo preservar) englobado en tal derecho. Es más, tras confirmar la resolución impugnada, recuerda cómo la antedicha STSJ de 23 de enero de 2008 incide en encontrar fundamento en la protección al derecho a la intimidad; y continúa desarrollando el contenido que el derecho fundamental aludido tiene en la jurisprudencia (STC de 15 de noviembre de 2004). Finalmente, parece reconducir tal fundamento y finalidad en una más amplia y genérica categoría al señalar que la acción enjuiciada está «*amparada en la norma civil*» y no incurre en el abuso de derecho ni ejercicio antisocial del derecho.

20. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil, núm. 1/2008, de 23 enero de 2008, (RJ 2008/2002), Referencia CENDOJ: 50297310012008100001 ponente: Ilmo. Sr. ZUBIRI DE SALINAS,*

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la actora contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de junio de 2007 desestimatoria del recurso de apelación contra la sentencia de instancia desestimatoria total.

Realiza un estudio pormenorizado del régimen aragonés de relaciones de vecindad[40] para lo que se remite, «*en su función casacional*», a su sentencia de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/2424) del que se predican las notas comunes de huecos de tolerancia, pero protegidos, que no constituyen signo aparente de servidumbre ni impiden el derecho de edificar por el dueño del predio al que dan tales huecos, y ello en línea con los antecedentes históricos del *ius usus innocui*. Asimismo cita la meritada STS de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989/665) (FD 3º).

Tras un detallado relato del *factum* controvertido, que conllevó la confirmación de la Audiencia Provincial, indica la finalidad de mejora del patio de los demandados que tal obra supone y estudia la cuestión central: la alegación de la recurrente de la «*ausencia de finalidad constructiva*» (FD 4º). Al respecto, por la Sala se confirman los argumentos tanto doctrinales como judiciales existentes sobre de que la finalidad pretendida mediante el ejercicio del derecho a edificar o construir no tiene que ser, *stricto sensu*, de ámbito constructivo, sino que, para excluir un acto abusivo, resulta dable justificar el fundamento de tal ejercicio en la protección del derecho a la intimidad en tanto confirma la tesis de la Audiencia al desestimar la alegación del recurrente de que la obra realizada –elevación de muro– «*carece de toda finalidad constructiva*» por considerar «*que el cierre realizado tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad*» que podría verse limitado a consecuencia de las vistas de la casa de la actora, indicando, en tal sentido, como contenido susceptible de tal derecho, la observación «*a muy escasa distancia*» de la actividad que los demandados realizaran en dicha terraza (FD 4º); si bien no obstante, luego, reitera que el derecho de edificación o construcción no se refiere «*a simplemente tapiar los huecos abiertos por el vecino, sin razón constructiva alguna*» (FD 6º).

[40] Cuestión sobre la que, al efecto de distinguirlo del régimen de las servidumbres respectivas, volverá a realizar en su posterior STSJA de 22 de abril de 2008, núm. 3/2008, ponente: Ilmo. Sr. Pastor Eixarch, EDJ 2008/147671.

Y, volviendo al derecho a la intimidad, añade la sentencia un aspecto trascendente al respecto de la evolución expansiva que, en nuestra jurisprudencia constitucional, ha recibido mismo. En efecto, se contempla como de susceptible intromisión en dicho derecho la vulneración del domicilio, y, en efecto, la meritada sentencia expresa que resulta «*relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de estos, que es el espacio privilegiado de intimidad*»; tras lo cual expone la doctrina recogida por STC 196/2004.

A su vez, recoge, igualmente, la vinculación que los derechos fundamentales tienen no solo respecto de los poderes públicos sino, también, respecto de los «*particulares en sus relaciones de derecho privado*» (FD 4º) en tanto que el desenvolvimiento de las mismas debe realizarse considerando de modo especial aquellos derechos fundamentales sin que, salvo excepción legal expresa al efecto, pueda vulnerarse los mismos en tal privada relación jurídica. Considera también cómo la cuestión del abuso de derecho deberá «*hacerse ponderando la necesaria protección de esos derechos*».

En este punto debemos obtener una clara conclusión referible tanto al art. 144 CDA como a los vigentes arts. 545-550 CDFA. El derecho a la intimidad, con la característica que tiene de ser derecho subjetivo atinente a las personas (que no a los predios) pasa a ocupar una posición preeminente en la jurisprudencia casacional emanada de nuestro Tribunal Superior de Justicia de modo que será criterio interpretativo para resolver los conflictos que acaezcan en el seno de las relaciones de vecindad reguladoras del régimen aragonés de luces y vistas para lo que, no obstante, será preciso, la remisión a otros conceptos o facetas habida cuenta de la naturaleza jurídica de tal derecho a la intimidad.

En su virtud, la Sala concluye que, pretendiéndose con el muro levantado, la protección del derecho a la intimidad de la demandada, su conducta «*está amparada en la norma jurídica civil*» y no incurre en acto abusivo ni en ejercicio antisocial del derecho, de modo que la sentencia de apelación ahora impugnada fue ajustada a la norma foral del art. 144.3 CDCA. Por otra parte, reiterará la conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho a exigir las protecciones previstas en el art. 144 CDCA (FD 6º).

21. *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2008, núm. 6/2008, EDJ 2008/190190, ponente: Ilma. Sra.* Samanes Ara

Esta resolución resulta interesante en tanto que, como ya se ha dicho en este trabajo, puede servir para limitar el conflicto en aquellos casos en que se pretendiere una laxa aplicación del derecho a la intimidad en prevalencia del libre régimen de luces y vistas aragonés. El *factum* versaba sobre huecos y ventilación hacia el fundo lindante. Se desestima totalmente el recurso de casación interpuesto contra la ya referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de diciembre de 1997. Si bien no resuelve analizando el derecho a la intimidad, sí debe ser reseñada por cuanto, al margen de que resuelve sobre el concepto de «*voladizo*» citando a su vez la STSJA de 22 de abril de 2008 (FD 4º), con respecto al resto de cuestiones fácticas, hace mención a la buena fe, las inmisiones y la finalidad de los huecos y vistas del art. 144 CDCA.

Este aspecto es el que puede resultar de relieve si, de nuevo, nos remitimos a la eventual ampliación del contenido al derecho a la intimidad como nueva causa de alegación del mismo en prevalencia sobre la libertad de abrir huecos y vistas aragonesa. Aunque el supuesto fáctico no es exactamente cuestión de luces y vistas (FFDD 5º, 6º y 7º), la eventual limitación a tal expansión del conflicto puede ser la anunciada en esta STSJA en que, en relación a controversia sobre huecos e inmisiones por expulsión forzada de ventilación, se resuelve distinguiendo entre inmisiones tolerables o no, directas o indirectas, y concluyendo con que, una apertura de huecos para otros fines, «*puede configurar una apariencia de gravamen … de servidumbre … posibilidad de usucapir*» y por ello «*las servidumbres … no serían de luces y vistas*» por cuanto «*la funcionalidad que permiten los huecos a los que se refiere el art. 144.1 de la Compilación aragonesa, no es otra que la de obtener luces y vistas*», de modo que, ante tal eventual expansión de litigiosas relaciones entre ambos derechos, el conflicto se resolvería centrando la cuestión en el tradicional contenido del derecho a la intimidad y a abrir huecos para luces y vistas del Derecho aragonés.

3. Criterios o pautas a valorar en la resolución del conflicto entre el derecho a la intimidad y el régimen de luces y vistas aragonés

Establecida la naturaleza jurídica y el contenido del régimen de luces y vistas y del derecho a la intimidad, pueden establecerse diversos criterios que podrán delimitar el conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho de abrir huecos para luces y vistas del ordenamiento aragonés, considerando, como ya se ha dicho, que en realidad, el conflicto radica en las relaciones interpersonales de los titulares (o usuarios) de los predios colindantes; siendo tal el contexto personal de la relación conflictiva, habrá que acudir, por tanto, a elementos resolutorios también de carácter personal.

A) *El acto abusivo, la buena fe y el principio «ius usus innocui»*

La teoría del abuso del derecho, del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y de la interdicción del ejercicio antisocial de los mismos constituye cuestión ampliamente tratada por la doctrina tanto por su carácter de principio general del derecho como por el alcance del mismo en el régimen aragonés de luces y vistas. La relación entre la doctrina del acto abusivo y el derecho a la intimidad deviene, a nuestros efectos, en importante por cuanto, con este último, se produce una traslación de la principal causa de condena del que, frente al derecho de abrir huecos, ejerció el derecho de edificar y construir del entonces vigente art. 144 CDCA, pues cabe recordar cómo, por una parte, la jurisprudencia ha venido exigiendo que este derecho sea ejercido para alguna utilidad o finalidad, siquiera la protectora de la privacidad, pues, de no hacerlo así, se incurriría en un abuso de derecho o ejercicio antisocial del derecho previsto en el art. 7º CC; pero por otra, *ex* art. 550.1 CDFA tal aseveración debe ser matizada en tanto expresamente se prevé que la facultad de edificar se realice «*como estime conveniente*» el dueño del predio vecino y, a su vez, ahora también, mediante el

art. 550.2 CDFA, se pueda limitar la vista mediante acciones no incurrentes en el concepto de edificación o construcción.

En Aragón, la aplicación de tal doctrina es «*pacífica*»[41], dice DELGADO. Podríamos añadir, ahora, que también es matizable a tenor de lo ya dicho sobre el art. 550 CDFA[42]. En su *Comentario a STS de 3 de febrero de 1989*[43], recaída sobre construcción de *tabicón*, considerado por la resolución al único efecto del cierre sin utilidad, una de las más meridianas aplicaciones es la recogida en tal resolución[44].

Así, la doctrina del acto abusivo tiene especial interés por dos motivos. Uno, que en la mayoría de supuestos, tal doctrina será opuesta al que ejerce el derecho de edificar o construir, y, ahora sí, la relación con el derecho a la intimidad será evidente puesto que surgirá la alegación del mismo como factor excluyente del acto abusivo en quien edifica. Otro, que el acto abusivo supone una limitación de la, en principio, libre facultad de edificar; mientras que la apertura de huecos no tiene más límite en el art. 144.2 CDA, el de edificar sí lo tiene: ha de obtener una utilidad y esta bien podrá ser la dimanante del derecho a la intimidad en tanto derecho subjetivo atinente a su personalidad.

La principal aportación de esta –aparentemente– nueva perspectiva o preocupación por la intimidad es que tal derecho fundamental permite o añade una nueva categoría del concepto de «utilidad» exigido a la facultad de construir o edificar. En otro sentido, la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad no puede ser, *per se*, la de su prevalencia, pues tanto deberá probarse tal necesaria protección del derecho como por cuanto, al ser la idea esencial la de la relación personal inter vecinos, para no incurrir en el acto abusivo, deberá ejercerse de modo diligente y social.

Por otra parte, debe recordarse el principio *ius usus inocui*[45], pues si bien, el mismo adquiere mayor relevancia en cuanto a ser inspiración de la tolerancia

---

[41] *Op. cit.*, p. 166.

[42] Debemos recordar cómo tal cuestión fue ampliamente debatida por la Comisión que consideró conveniente no plasmar expresamente el principio de uso inocuo y aclarar que el derecho de edificar o construir puede realizarse en el modo que considere *conveniente* el dueño que lo ejerce en un intento, decía la Comisión, de reconducir la interpretación de tal precepto ante las exigencias jurisprudenciales de un beneficio constructivo (Acta 237 de la sesión de 3 de febrero de 2008). Tal cuestión ha sido, tratada, de modo más amplio en anterior apartado «II.3».

[43] *Vid.* nota 11.

[44] Dicha sentencia afirma que «*pese a tal incuestionable derecho … no puede ser jurídicamente permisible que … el dueño … trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, … alguna construcción o edificación sino simplemente mediante un simple tabicón … La expresada conducta configura una clara y típica situación de abuso de derecho*». En idéntico sentido, la SAP de 6 de septiembre de 2001 (AC 2001/1889). Dicha STS es reproducida por STSJA de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004/2424) al resolver sobre si una concreta construcción tenía legítima finalidad o «*exclusivamente … perjudicar, sin beneficio o utilidad propia*» señalando al efecto que «*Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante: … Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de marzo de 1999 … y de 23 de diciembre de 2000*» (FD 9º).

[45] Entre otras, SSAPH de 30 de mayo de 1994 (EDJ 1994/7638) y 12 de enero de 1995 (EDJ 1995/11732).

que se predica de nuestro régimen de luces y vistas, no es principio contradictorio con el referido del abuso de derecho. En la mencionada Observancia 6ª se recogía, como manifestación del *ius usus inocui*, la posibilidad de abrir huecos para luces y vistas si bien con la contraria posibilidad de cerrar las mismas mediante edificación a mayor altura. A su vez, dicho contenido era coherente con la Observancia 1ª que recogía, con mayor definición, tal principio al establecer que «*cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor*». Dicho principio es admitido como recogido en nuestro ordenamiento (STS de 30 de octubre de 1983)[46]. Es más, sería el recogido en dicha Observancia 1ª a la que la STS de 30 de octubre de 1983 señala como manifestación del *ius usus innocui*: principio que permite sacar provecho propio en posesion ajena. Es más, LACRUZ señala cómo la relación es la inversa pues «*del ius usus innocui hay manifestaciones muy tempranas en el Derecho español, como la observancia aragonesa primera*»[47].

La aplicación de tal principio, como general del derecho aragonés, encauzaría los conflictos vecinales conforme al espíritu de la norma histórica aragonesa. En este sentido, LÓPEZ[48] y GUTIÉRREZ CELMA[49] postulan la aplicación de dicho principio, ciertamente difícil en la práctica como señala CASTÁN[50], señalando aquella autora su virtualidad para la valoración judicial de los conflictos de intereses en esta materia. Es más, tal principio es empleado «*desde muy antiguo*» precisamente para resolver si el dueño puede impedir las inmisiones en su fundo, de modo y manera que, tanto para cuando fuere el derecho a la intimidad en su núcleo esencial como para cuando lo fuere en sentido amplio conforme la última jurisprudencia al efecto, tal máxima sería de notable utilidad, en tanto que, a la vez, está íntimamente unida a la del acto abusivo y la función social de la propiedad.

Sin embargo, conforme ya se ha indicado, ha de insistirse en que tal cuestión puede ser merecedora de mayor estudio a la luz del hecho de que el Código foral ha optado por no recoger expresamente tal doctrina siendo conocido tanto el estado de la jurisprudencia como los antecedentes legislativos de la Comisión[51]

---

[46] Es meridiana la STS de 30 de octubre de 1983, que, al respecto de la Observancia 6ª, dice que «*según autorizada doctrina y jurisprudencia territorial aragonesa, … fijar las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del ius usus inocui, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado 'medio ambiente' (luz y paisaje)*».

[47] LACRUZ, *op. cit.* pp. 340-341.

[48] Cita de ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.178.

[49] Cita de ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.178.

[50] Cita de ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.178.

[51] Dicho aspecto fue largamente debatido en las sesiones celebradas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, alcanzándose la conclusión de no recoger expresamente dicho principio anta la duda de su directa aplicación en todas las relaciones de vecindad, y de, en caso de darle legal reconocimiento, si no se podría dar conflictos en la extensión de la regulación de dicho principio en el régimen de luces y vistas a todas las relaciones de vecindad, prefiriéndose, finalmente, el criterio de

al respecto de la Memoria reseñados en los que, por otra parte, concurren igualmente argumentos interesantes para tal decisión final. Por tanto, resultará interesante indagar acerca de la posición que tal principio de uso inocuo guarda ahora en nuestro régimen normal.

B) ¿*Establecimiento de criterios objetivos: distancias mínimas en determinadas «*zonas de influencia del lindero*»*[52]?

Tal planteamiento es realizado por GUTIÉRREZ CELMA cuando considera que la distancia de tres metros podría fijarse apriorísticamente. No obstante, tal criterio, acogido por afinidad con la regulación de derecho común[53], conlleva la problemática derivada de aquellos casos concretos en que, tal distancia se respete, pero se observe que la ilícita intromisión en tal derecho a la intimidad se produce.

La fijación de criterios objetivos conllevaría, a su vez, mayor seguridad jurídica al ampliar, comenta GUTIÉRREZ CELMA, la regulación a aspectos hoy en día huérfanos de régimen legal expreso y tratados doctrinalmente. El prolijo desarrollo que este autor realiza[54] sobre supuestos de hecho evidencia, de manera notable, la necesaria plasmación legal de la nueva perspectiva de tal régimen desde el derecho a la intimidad. Son significativas, en este punto, tres cuestiones:

A) La distinción que realiza entre vistas «*al interior*» o «*desde el exterior*». Al respecto de la meritada ponencia de GUTIÉRREZ CELMA, en la misma sus autores desarrollan, con notable exhaustividad y detenimiento doctrinal, numerosas hipotéticas situaciones fácticas en que, sin embargo, ya en el terreno cotidiano, pueden producirse conflictos entre ambos predios analizando las posibles soluciones jurídicas a tales planteamientos desde una perspectiva histórico jurídica, en tanto que, en los supuestos más problemáticos, encontrarán tal solución en la relación entre el art. 144.3 CDA con la regulación que el Apéndice de 1925 contenía al respecto, acudiendo para ello a la máxima del *ius usus innocui* a efectos de, en relación con la «*apertura de huecos en función de la existencia de construcciones*», permitir la misma «*si resultan de utilidad*» al producir la mirada «*desde el exterior*» y no siendo ello posible cuando «*miren directa e inmediatamente «dentro», al interior de un edificio o de una construcción cerrada o protegida por el vecino con dicha pared medianera, o que tomen luces directamente desde el interior de dicha construcción o edificio», sin que se planteen mayores problemas cuando los «huecos y venta-*

---

que fuera la evolución de la doctrina y la jurisprudencia la que fuera determinando tal cuestión (Acta 235 del 3 de diciembre de 2008).

[52] Dicha terminología es empleada por GUTIÉRREZ CELMA, en la obra antes citada, para exponer aquellos ámbitos en que se puede provocar conflicto entre los derechos ahora tratados.

[53] Tal criterio es asumido en la STS de 30 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8286, Ponente Excmo. Sr. ALMAGRO NOSETE).

[54] Sigo en este punto, la reducción sistemática que, de la exhaustiva exposición de GUTIÉRREZ CELMA, al recoger sus aspectos más relevantes, realiza ARGUDO (*op. cit.*, p. 1.204).

nas en pared medianera … den al «exterior» del edificio o construcción» o lo sean «por encima de ellos».

B) Algún supuesto cual «*los huecos a lugar sin edificar o construir*»[55]: el de considerar la existencia de lugares cerrados[56], pero no cubiertos, merecedores de protección a la intimidad de la actividad en la misma desarrollada cuales, si bien el mero jardín es controvertido, una terraza[57] o una azotea[58] –si bien tales supuestos adquieren, en la obra de GUTIÉRREZ – como seguidamente se expondrá– otra naturaleza, o los complejos formados por piscina y zona adyacente[59] y, por tanto, igualmente, merecedores de que, sobre las mismos, no se proyecten vistas al efecto, señalando, como signos o límites objetivos determinantes de una u otras situación compatible o incompatible, en fin, con el derecho a la intimidad (al ser dable la obtención de vista), la existencia o construcción de elementos en tales lugares cuales «*paredes y muros de cerramiento*», vallas y cercas, que conviertan aquel lugar en «*finca tapiada*».

C) O supuestos de «*hueco a sitio edificado o cubierto*» en el que ha de diferenciarse si la proyección que se realiza mediante el hueco abierto recae sobre lugar construido o sobre zona descubierta. Aquí, el casuismo antes aludido adquiere una mayor relevancia y se analizan diversos supuestos cuales las terrazas, azoteas, porches, piscinas y demás «*construcciones descubiertas*» que, bajo determinadas notas características, pueden considerarse, por estos autores, como habitación o dependencia del edificio, unidad constructiva del mismo, que le hace, por tanto, merecedora de ser protegida mediante el recíproco sistema aragonés de luces y vistas y, a su vez, nuevamente, discerniendo, dichos autores, según las vistas se proyecten «*hacia el interior*». En este punto, se propone por GUTIÉRREZ CELMA una regla general por la que se considere zona protegible aquella que se extendería a «*unos tres metros por encima del nivel del suelo o piso de dicha zona.*».

Por otra parte, tal fijación de criterios objetivos, cuales distancias o protecciones concretas, es considerado por la doctrina como instrumento de protección del derecho a la intimidad, si bien, justo es reconocerlo, desde una perspectiva más propia del derecho común que del derecho aragonés[60].

---

[55] GUTIÉRREZ CELMA, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

[56] GUTIÉRREZ CELMA, *ibidem*, pp. 49 y ss.

[57] GUTIÉRREZ CELMA, *ib.*, pp. 51 y ss.

[58] SSTS de 23 de noviembre de 1983 y 12 de diciembre de 1986.

[59] GUTIÉRREZ CELMA, *op. cit.* pp. 55 a 59.

[60] LECIÑENA en *op. cit.* pp. 168-169. Considera, además, que, establecido el debate entre si la finalidad de la norma (proteger la intimidad) tiende a «*preservar … de los medios de fiscalización … o de los comportamientos fiscalizadores*», entonces «*las distancias legales … marcan el límite de lo tolerable*» de modo que estaría prohibido por la norma «*la práctica de determinados comportamientos fiscalizadores realizados a menos de esa distancia*»; y llega a afimar la existencia de un «*principio general*» de protección del derecho a la intimidad ligado a una determinada distancia: «*derecho a que su finca no sea inspeccionada de modo permanente … a menos de 2 metros*» (*op. cit.* pp. 190-191).

Sin embargo, pese a su objetividad y seguridad jurídica, concurre algún impedimento para la plena aceptación de tal tesis, pues, no debe olvidarse el riesgo que conlleva el delimitar o consolidar situaciones fácticas mediante estáticos datos o referencias a supuestos cuales los ahora analizados que, entre otras, se caracterizan, dice ARGUDO, por su «*dinamismo*» de modo que, con tal introducción de elementos objetivos, se pueda incurrir en «*excesivo reglamentismo*» que haga olvidar que, en definitiva, los conflictos generados en este ámbito «*sólo pueden plantearse desde un criterio fundado y coherente con los principios generales*»[61]. Asimismo, tal fijación de distancias sería incoherente al más común[62] ordenamiento tradicional, incluso comportándose como cuerpo extraño[63], en tanto que, como se ha indicado anteriormente, la cuestión de la obligatoriedad de reja y red (u otra protección semejante) es cuestión tanto exigida jurisprudencialmente y luego considerada como «*costumbre bastante generalizada*»[64] como propuesta *ex novo* en la doctrina por FRANCO Y LÓPEZ[65].

D) *Diferencia entre las relaciones de vecindad y las servidumbres: el nexo personal*

Según ya se dijo[66] las diferencias entre ambos conceptos son relevantes y a su exposición nos remitimos. Interesa, en este momento, hacer hincapié no en su diferente naturaleza jurídica sino en la repercusión que tal nota tiene para la resolución del conflicto. En síntesis, en la relación de vecindad coexisten dueños de predios en pie de igualdad y no en situación de subordinación propia de la relación entre un predio dominante y un predio sirviente en las servidumbres reales; en las relaciones de vecindad podrán darse limitaciones mutuas y cesiones derivadas del respeto y concurrencia del derecho del vecino lindante pero no se produce dependencia ni limitación del dominio como en la servidumbre; en definitiva, la relación de vecindad, al contrario que la servidumbre, centra su punto de atención en las personas.

---

[61] ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.207.

[62] En tanto que no cabe descartar ni la existencia de «*costumbres locales*» que exigieran tal protección ni el «*uso inveterado*» de huecos sin protección (ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.184 citando en este último supuesto a DELGADO).

[63] Tal vez derivado de la asociación detectada entre obligatoriedad de protección y huecos exclusivamente destinados para «*hacer pasar la luz, pero [que] no deben permitir la entrada del aire o la salida de objetos*» (ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.184 citando, en desarrollo de tal afirmación, a LACRUZ en sus «Elementos …».

[64] ARGUDO, *op. cit.*, p. 1.184. No obstante, no parece que deba entenderse tal término en el conocido sentido de fuente del derecho, sino como tendencia en la práctica forense.

[65] De modo concluyente, y precisamente al estudiar «*la cuestión de la necesidad de las protecciones*», «*ninguna disposición –reafirma el Informe del Seminario de la Comisión Compiladora– se encuentra en el Derecho aragonés histórico que estatuya la obligatoriedad y, menos aún, que imponga unas dimensiones eterminadas*», *op. cit.*, p. 1.183. DELGADO considera que tal obligatoriedad puede datarse en el siglo XIX a consecuencia de la influencia ejercida por el derecho común (*op. cit.*, p. 165).

[66] Vid. apartado «II. *Naturaleza jurídica*».

Tales notas adquieren importancia para resolver el conflicto por cuanto ya no se tratará de conflictos entre fincas sino, precisamente, de relaciones entre personas –titulares de los predios que toman luz y vistas– que van a ver limitada su esfera personal mediante una limitación del ordinario régimen de luces y vistas y del derecho a la intimidad. Es más, siguiendo a ARGUDO, compartimos que tal distinción deviene, precisamente, en el criterio principal para encauzar los conflictos que surgen al concurrir ambos derechos dado que las relaciones de vecindad «*terminan siendo relaciones entre vecinos*»[67].

Con ello se consigue centrar, de nuevo, la discusión en sus propios términos: sede de relaciones de vecindad y, por tanto, será objetivo principal de su derecho regulador el de evitar los litigios entre vecinos, a los que tales limitaciones del dominio «*por razón de vecindad*», que no relación predial o real, «*exigen un comportamiento de los usuarios de los predios vecinos, sean o no propietarios, cuya observancia y transgresión, se desenvuelve en el ámbito meramente obligacional*»[68]. Conviene, pues, de nuevo, insitir en que las relaciones de vecindad recaen, obvio es, entre vecinos, entre quienes ostentan titularidad o goce del predio, siendo tal cuestión donde radicará, en definitiva, la resolución del conflicto generado por la concurrencia de las referidas facultades recíprocas.

E) *Los actos propios*

Desde otra perspectiva, interesa mostrar que se trata, también, de un derecho que viene delimitado por los actos de disposición que realiza el titular permitiendo la revelación de su vida privada; por los usos sociales en cuanto al mínimo ámbito de reserva necesario para una vida de calidad; y por otros bienes y derechos constitucionales, en especial el derecho a transmitir información veraz del art. 20.1.d) CE (STC 1/2005, de 17 de enero, FJ 1, entre otras). Se torna cuestión interesante pues, tales notas, se configuran como otra pauta más a considerar en la resolución de los conflictos vecinales que ahora se estudian dado que, conforme a los actos propios, el derecho a la intimidad que se alegue como digno de protección también vendrá delimitado por los propios actos del interesado[69] y

---

[67] En efecto, en opinión de ARGUDO resulta punto crucial la concurrencia de los aspectos comunes, cuales círculos concéntricos que, en mayor o menor medida, interrelacionan, entre ambos titulares de los fundos en cuestión; y la cuestión debe contemplarse desde la perspectiva de que, en realidad, el conflicto se produce en relaciones entre personas, no entre los fundos. Así, indica que «*las relaciones de vecindad no son sólo relaciones entre predios para usos fruitivos como la luz y el paisaje, sino que termina siendo relaciones entre vecinos*», añadiendo que, pese a la regulación de la Compilación, que contempla varios aspectos relevantes cuales las debidas protecciones y el derecho «*a construir tapando los huecos, que permiten mantener una mayor privacidad de la vida personal y familiar*» y que asocia a las «*relaciones de vecindad por razón de la propiedad de fundos contiguos*», sin embargo, no regulan completamente el eventual conflicto con el derecho a la intimidad que asocia a las «*relaciones personales entre vecinos de las que deriva, en muchas ocasiones, la apreciación de posibles inmisiones en el derecho a la intimidad*». De tal manera, distingue en las relaciones de vecindad entre las relaciones vecinales estrictamente personales y relaciones vecinales por propiedad de fundos contiguos en una comunidad de vecinos (ARGUDO PÉRIZ, *op. cit.*, pp. 1.208 a 1.212). Por otra parte, LECIÑENA comparte, desde otra exposición, y citando doctrina italiana, dicha distinción *op. cit.*, p. 161.

[68] ARGUDO, *ib.,* p. 1.154.

por la concepción que la sociedad –o incluso la del lugar de la inmisión– tenga del contenido de tal derecho. Así pues, tal criterio deberá ser tenido en cuenta y, con él, varios instrumentos interpretativos: la jurisprudencia de los distintos Juzgados y Tribunales y los usos o ideas sociales vigentes en cada momento y lugar, conforme establece el art. 2º de LO 1/1982.

F) *Incidencia del carácter expansivo del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar*

En momento anterior se expuso la naturaleza y contenido del derecho fundamental a fin de observar en qué aspectos puede surgir el conflicto con quien, mediante apertura de huecos, obtiene luces y vistas. Sin embargo, dicha afección quedaría incompleta si no se apunta el surgimiento de una cuestión ciertamente compleja y cuya resolución no resulta fácil a la luz de la doctrina que, tanto el TEDH como el TC, vienen dictando sobre el contenido del derecho a la intimidad. Se trata del efecto que tal evolución puede provocar en el régimen aragonés de luces y vistas. En efecto, el ámbito de la esfera del individuo protegido por el contenido del derecho a la intimidad ha experimentado una evolución expansiva desde sus inicios en que se contemplaba como un concreto ámbito reservado de cada sujeto excluido del conocimiento por tercero ajeno a aquel. Ahora, la doctrina constitucional contempla también un «*concepto amplio de privacidad*» unido a «*un genérico derecho a vivir en libertad y a no ser inquietado por los demás*» incluso dándose la posibilidad de que se engloben otros aspectos más alejados de dicho derecho fundamental[70].

Así, la jurisprudencia comunitaria realiza una interpretación amplia del derecho sobre la base del art. 8 del Convenio Europeo. Y, con apoyo en la misma, a partir de la STC 199/1996, y, en especial, de la STC 119/2001, se viene recogiendo un mayor ámbito en aras de un progreso del libre desarrollo de la personalidad «*orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales*», de modo que se engloba en tal derecho a la intimidad, la protección frente a intromisiones («*injerencias*») medioambientales cuales «*inmisiones*» por humos o ruido ambiental[71] así como la inviolabilidad del *domicilio*[72]. A su vez, nuestro Alto Tribunal ha señalado en alguna ocasión la relevancia del derecho ahora comentado por su cercana conexión con derechos cuales los de la protección de la *salud*, el *bienestar* y la *calidad de vida* de los ciudadanos y el equilibrio de los sistemas naturales (STS de 15 de marzo de 2002).

---

[69] Así, STS 28 de octubre de 1986. A su vez, la propia LO 1/82 modula la protección conforme a los propios antecedentes y consentimiento del titular del derecho –con independencia de la posible revocabilidad legal del mismo–.

[70] Egea Fernández, Joan, en «Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2011, de 24 de mayo» en *Indret*, Barcelona, enero 2002, p. 11.

[71] Principalmente tras la relevante STEDH de 9 de diciembre de 1994 caso López Ostra *vs.* Reino de España.

[72] Egea, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

Cabe plantearse, entonces, si la más moderna jurisprudencia puede aplicarse como criterio resolutorio del conflicto citado en todos los supuestos que se dieren, debiéndose concluir de modo relativo al ser el elemento fáctico que resultare probado el que permitirá su ponderada aplicación. En efecto, sin dejar de reconocer que tal nuevo contenido del derecho a la intimidad está cada vez más consolidado, ello no puede conllevar una general aplicación de tal perspectiva a cualquier alegación de vulneración de los mismos. El hecho de que el meritado derecho fundamental tenga el referido alcance jurisprudencial no equivale a una automática aplicación en una esfera distinta a la que, *stricto sensu*, es configurada (derecho fundamental), en un ámbito –el civil– en el que, *prima facie*, los principios que la regulan son distintos (relaciones de vecindad) a través de las diversas acciones que el ordenamiento civil contempla.

Por último, no puede finalizarse este apartado sin señalar que la solución a nuevas eventuales vulneraciones del derecho a la intimidad a consecuencia de su expansión conceptual puede venir por la limitación de tal libre derecho a su concreto y tradicional ámbito de aplicación: la finalidad con la que se permite la apertura de huecos *para obtener* luz y vistas. Esto es, una interpretación del derecho fundamental que no permita ampliar indebidamente los supuestos del conflicto ahora analizado: la percepción estricta o restringida de la esfera privada digna de protección mediante la limitación de la libre facultad aragonesa de abrir huecos para luces y vistas. Aun cuando hay que señalar que la cuestión se torna preocupante dada la evolución jurisprudencial expansiva, la eventual limitación a tal expansión del conflicto puede estar ya anunciada en la STSJA de 14-7-2008 (EDJ 2008/190190). Dicha sentencia, aun cuando el supuesto fáctico no versa exactamente sobre luces y vistas, sino sobre huecos e inmisiones por expulsión forzada de ventilación, distingue entre inmisiones tolerables o no, directas o indirectas, y concluye con que, una apertura de huecos para otros fines, «*puede configurar una apariencia de gravamen … de servidumbre*» que por ello ya «*… no serían de luces y vistas*» por cuanto «la *funcionalidad que permiten los huecos a los que se refiere el art. 144.1 de la Compilación aragonesa, no es otra que la de obtener luces y vistas*».

IV. CONCLUSIONES

Del estudio realizado sobre la incidencia que el derecho a la intimidad tiene en la relación entre la facultad de apertura de huecos para obtener luces y vistas y la de edificar o construir y, ante ello, cuál ha de prevalecer y pautas a aplicar en dicha ponderación, cabe extraer las siguientes conclusiones en orden a la validez del régimen vigente, las mejoras introducidas por el Código Foral y algunos aspectos que merecen mayor investigación:

Primera. El Código del Derecho Foral de Aragón regula el *régimen de luces y vistas* en sus artículos 545 a 550 de un modo más técnico, moderno y prolijo que el derogado art. 144 de la Compilación. Conforme a nuestra tradición, lo consi-

dera afecto a las relaciones de vecindad, como actos meramente tolerados, entre dueños de predios vecinos; ello conlleva una mutua relación entre estos de modo que se cruzan intereses contrapuestos desde el momento en que uno de ellos, cuando haya ejercido la facultad de apertura de huecos, podrá asomarse o proyectar su mirada sobre el predio-sujeto vecino, que, por ello, puede verse inquietado en su intimidad, ostentando, asimismo, el derecho a edificar y construir sin distancia al predio vecino lindante. Existe, pues, un conflicto cuando, en la linde de dos predios, concurre la voluntad de un sujeto de abrir tales huecos y la del vecino de edificar o construir, mediante la cual puede ver satisfecha su voluntad de no permitir tales miradas por considerarlas una intromisión en su intimidad.

Segunda. Dicho conflicto de derechos, en la actualidad, se torna más complejo e interesante por varios motivos: por una parte, se requería, si bien no de modo rotundo, cierta utilidad constructiva en la acción de edificar, de modo que no constituyera abuso de derecho; por otra, la intimidad personal y familiar garantizada en el art. 18 CE adquiere relieve en tanto constituye alegación para enervar un eventual abuso en el ejercicio del derecho de edificar o construir, pero no suficiente por sí misma; y, finalmente, porque el art. 550 CDFA aclara normativamente este derecho al añadir al mismo, al contrario que el art. 144 CDCA, que podrá darse como estime conveniente su ejerciente.

Tercera. Se detecta asimismo la relevante incidencia del art. 18 CE en el hecho de que si bien, frente a mayoritaria jurisprudencia anterior, el art. 550 CDFA no recoge dicho derecho fundamental de modo expreso en la nueva norma foral, sin embargo sí continúa con dicha finalidad tuitiva que refuerza desde el momento en que tal edificación o construcción no será ya el único medio protector de la intimidad ante los huecos abiertos por el dueño vecino dado que explícitamente se admite la obstaculización o limitación de vistas a *espacios utilizados para su vida familiar o personal* a sitios sin necesidad de edificar o construir. Tal innovación supone una acertada previsión de modo que la norma podrá amparar nuevas situaciones, técnicas constructivas o bienes e instalaciones que sin constituir una edificación permitan tal protección, superando así la controversia y casuística sobre el significado de la expresión *construir o edificar* del art. 144 CDCA.

Cuarta. Se observa, pues, la necesidad de estudiar la incidencia que el derecho fundamental tiene en el régimen aragonés de luces y vistas, máxime a la luz del reciente Código foral y, a tal fin, la de extraer principios o pautas a utilizar en la ponderación que, de tales derechos, debe realizarse al momento de resolver los conflictos vecinales haciendo prevalecer uno u otro; así, pueden destacarse diversos criterios:

A) El derecho a la intimidad, con la característica de ser derecho subjetivo atinente a las personas (que no a los predios) pasa a ocupar una posición preeminente en la jurisprudencia, en especial, tras la STSJ de 28 de enero de 2008 de modo que será criterio interpretativo para resolver los conflictos que acaezcan en el seno de las relaciones de vecindad reguladoras del régimen aragonés de luces y vistas para lo que, no obstante, será preciso, la remisión a otros conceptos o facetas habida cuenta de la naturaleza jurídica de tal derecho a la intimidad.

B) La relevancia de la protección constitucional (art. 53 CE y 5º LOPJ) dada a la intimidad por el art. 18 CE es importante pero no esencial en tanto que la mera alegación de tal derecho fundamental no será *per se* argumento decisivo para que prevalezca este sobre aquel. Dentro de la propia doctrina del derecho fundamental, se encuentran otras pautas a evaluar: por una parte, la evolución que el contenido de dicho derecho fundamental tiene en la jurisprudencia constitucional y del TEDH a fin de completar cómo la expansión del mismo puede incidir en el régimen aragonés dado que se extiende aquel a supuestos protegibles no contemplados tradicionalmente: inmisiones en general, ruido, medio ambiente, domicilio, entre otros; por otra, el derecho a la intimidad que se alegue como digno de protección también vendrá delimitado por los propios actos del interesado; finalmente, la propia concepción que la sociedad –o incluso la del lugar de la inmisión– tenga del contenido de tal derecho deberá ser igualmente apreciada.

C) La referencia a las personas y no a los predios deviene en principio esencial que informa el conflicto entre el derecho fundamental referido y el régimen aragonés de luces y vistas en tanto que aquel derecho es ejercido por personas. Serán pues, los principios que rigen las relaciones interpersonales los que delimitarán dicho conflicto. Con ello, puede establecerse ya uno de los primeros criterios interpretativos a aplicar en la resolución de los conflictos entre quien abre huecos para luces y vistas y quien considera que es vulnerado su derecho a la intimidad: la doble y recíproca facultad de los dueños vecinos. Es en esta mera tolerancia en donde se podrá fijar, también, unos de los criterios hermenéuticos para resolver la colisión entre ambas cuestiones: la mera tolerancia no puede servir de título para la vulneración del meritado derecho fundamental pero dicho derecho tampoco resulta habilitante de una automática admisión de la limitación, sin justificación alguna, de un hueco por meramente tolerado que fuere este. Así, pues la configuración del régimen de luces y vistas como aspecto integrado en las relaciones de vecindad permitirá que la relación entre dicho régimen y el derecho fundamental a la intimidad recogido en el art. 18 CE no sea bruscamente resuelta a favor de uno y en contra del otro sino que permitirá una conciliación de ambos.

D) La teoría de la buena fe y el abuso de derecho resulta aplicable al caso. En la mayoría de supuestos, tal doctrina será opuesta al que ejerce el derecho de edificar o construir, y, ahora sí, la relación con el derecho a la intimidad será evidente puesto que surgirá la alegación de este como factor excluyente del acto abusivo en quien edifica. A su vez, el acto abusivo supone una limitación de la, en principio, libre facultad de edificar. Sin embargo, a la luz del art. 550.2 CDFA, tal teoría recobra interés desde el momento en que para evitar un eventual abuso se alega el derecho a la intimidad y, en especial, cuando, ahora, la facultad de edificar o construir lo será «como estime conveniente» el que lo ejerce y cabe proteger la privacidad mediante otros medios obstaculizadores o limitadores. El acierto de dicho precepto radica, pues, en que se potencia la libertad edifica-

dora como facultad del dueño del predio, pero, indirectamente, de un modo que creemos evitará situaciones abusivas, permite no acudir únicamente a edificaciones para proteger la privacidad sino que admite otras soluciones igualmente válidas para tal finalidad protectora y menos gravosas que la edificación o construcción en sí.

E) Otra pauta a considerar sería la de que, siendo que cada uno puede usar de su fundo si no causa daño al otro, se valore tal eventual daño como lícito, jurídicamente admisible o tolerable, de modo que, aquel que considerare vulnerado su derecho a la intimidad, así lo vería lesionado si tal lesión es de tal entidad que no le es obligado soportarlo. Para tal ponderación debe utilizarse el principio *ius usus innocui* precisamente por encontrarnos en sede de luces y vistas, esto es, en relaciones de vecindad en las que los sujetos deben aceptar determinada limitación o riesgo de actividad, no siendo absoluto su derecho a la intimidad al poder ser limitado en aras de la normal convivencia. Tal cuestión, adquiere ahora, protagonismo dada la redacción del art. 550.1 CDFA *in fine* al no recogerse dicho principio de modo expreso.

Puede, en fin, observarse la relevancia del meritado derecho fundamental en el régimen aragonés de luces y vistas y, con ello, la de fijar pautas a fin de resolver el conflicto surgido en la relación de vecindad. Con la vigencia del Código Foral, se produce un notable avance en la regulación y acomodación al nuevo contexto social y jurídico.

Quinta. Sin embargo, la materia no queda agotada y debe profundizarse en la misma al surgir cuestiones meritorias de mayor investigación como las ya apuntadas sobre el nuevo medio protector de la intimidad al margen de la edificación o construcción; o la posición que el principio *ius usi innocui* ostenta en nuestro régimen de luces y vistas; asimismo será interesante la modulación de la jurisprudencia a fin de acomodar la doctrina relacionada con el derecho a la intimidad a la regulación del Código o los aspectos procesales de las acciones expresamente recogidas en la nueva norma foral. Se trata, por tanto, de ahondar en cuestiones que, en definitiva, contribuirán a una compatible y pacífica concurrencia entre el régimen aragonés de luces y vistas y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

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.

EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN PARCIAL SIN CAUSA LEGAL Y DERECHOS DE LOS LEGITIMARIOS DE GRADO PREFERENTE POR SUSTITUCIÓN LEGAL DEL ABSOLUTAMENTE EXCLUIDO

José Antonio Serrano García
Acreditado como Catedrático de Derecho civil

EL CASO PRÁCTICO

Mariano, en testamento abierto otorgado en febrero de 2006 poco antes de su fallecimiento, ocurrido en marzo de ese mismo año, dispuso la desheredación de sus dos únicos hijos, Laura y Nicolás, manifestando en la cláusula testamentaria 2ª que «… y hace tiempo se encuentra gravemente enfermo, sin que a lo largo de los últimos años ninguno de sus citados hijos se haya preocupado de atenderle, visitarle ni preguntar por él, pese a que ambos conocen su estado de salud y soledad, habiéndose desentendido completamente de su padre. El testador siente esa conducta como maltrato de obra y negación de auxilios afectivos y de la asistencia que cree debida por sus hijos, entendiendo que se encuentran incursos en las causas de desheredación prevenidas en las letras b) y c) del art. 195 Lsuc. [510 CDFA] y expresamente deshereda a sus dos citados hijos Laura y Nicolás».

El testador, que es viudo, instituye única y universal heredera a la persona que le ha cuidado en los últimos años de vida, su sobrina María Pilar. Además le lega la mitad del piso de su propiedad y la mitad de todos los restantes bienes que quedaran a su fallecimiento. A la muerte del testador, el piso es su único bien.

Los hijos demandan en juicio ordinario a la heredera testamentaria y solicitan la nulidad de la desheredación por falta de causa legal; alegan también que, en cualquier caso, la desheredación de los hijos o su exclusión absoluta no puede afectar a los derechos legitimarios de los nietos: Laura tiene dos hijos.

COMENTARIO DEL CASO

Un caso similar al narrado (me he limitado a cambiar los nombres de las personas intervinientes) es el que dio lugar primero a la SJPI núm. 2 de Zaragoza de 19 de febrero de 2007 y luego a la SJPI núm. 8 de Zaragoza de 18 de mayo de 2010, contra la que se interponen recursos de apelación y casación que dan lugar a la SAPZ, Sección 4ª, de 25 de febrero de 2011 y a la STSJA de 22 de septiembre de 2011, respectivamente. Con lo dicho en ellas y lo escrito en mi trabajo «La legítima en Aragón» (*RDCA*, 2010, pp. 67-134) redacto el siguiente comentario del caso.

1. ¿A quién corresponde probar que la desheredación tiene causa legal?

El testador deshereda en el testamento a sus dos únicos hijos (nada dice de los nietos) porque cree que han incurrido en causa legal de desheredación, en concreto en las causas de las letras b) (*haber negado sin motivo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda*) y c) (*haberle maltratado de obra o injuriado gravemente*) del art. 510 CDFA [195 Lsuc.]

La desheredación con causa legal es una declaración del causante o su fiduciario, expresada en el título sucesorio, de querer privar al legitimario de participar en la herencia, especificando que lo hace por haber incurrido este en alguna de las causas legales de desheredación. La causa legal alegada ha de ser cierta y la carga probatoria (art. 217 Lec.) corresponde a los herederos del causante, si el desheredado la niega (art. 509.2 CDFA; 194.2 Lsuc.). En nuestro caso, los hijos niegan que las causas legales de desheredación expresadas en el testamento de su padre sean ciertas, por lo que corresponde a la instituida como única y universal heredera probar que lo son.

La heredera no consigue probar en el procedimiento ordinario seguido en el JPI núm. 2 de Zaragoza que alguna de las causas de desheredación alegadas por el testador sea cierta. Dice la sentencia del Juzgado de 19 de febrero de 2007 (en la que cambio los nombres) que, *en nuestro caso, ha quedado probado que, por problemas de alcoholismo del causante desde prácticamente toda su vida adulta, la relación con sus difuntas madre y esposa, así como con los dos hijos ha sido imposible y muy difícil, lo que provocó la vida independiente de ambos hijos desde su mayoría de edad. En la actualidad los hijos tienen 39 y 40 años y, de forma recíproca, padre e hijos no mantenían trato personal alguno o muy ocasionalmente con el hijo Nicolás.*

Ahora bien, esta falta de afecto recíproco, y sin analizar mayores intimidades que no resultan necesarias para resolver este pleito, no permite concluir que los hijos estaban incursos en ninguna de las dos causas legales de desheredación invocadas.

¿Se da la causa de la letra b)? Dice la sentencia que *la causa de haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre no es que no esté probada, es que el padre no ha precisado alimentos* ex *art. 142 Cc. porque tenía vivienda propia, una pensión no contributiva y la percepción de hecho de unas rentas de alquiler de un local, propiedad del hijo Nicolás, que le suponían unos ingresos de, aproximadamente, 800 euros en total. En con-*

creto, no hay prueba alguna por la que se pueda afirmar que el causante solicitara, siquiera verbalmente, alimentos a los hijos.

¿Se da la causa de la letra c)? Señala la sentencia que *la causa de haberle maltratado de obra o injuriado gravemente mal ha podido producirse al no tener una relación personal continuada. Estamos ante un motivo de enorme flexibilidad, que pasa por la determinación de los conceptos de maltrato e injuria, así como de la valoración de su entidad. Por supuesto, no es necesario acudir al Derecho penal. La STS de 4 de noviembre de 1904 ya negó que fuese necesaria la sanción penal y dijo que la desheredación permite al testador reprimir las graves faltas y maldad de los herederos. En nuestro caso, el desafecto producido por la enfermedad de alcoholismo del causante, entre otras razones más profundas, no pueden alcanzar la categoría de maltrato de obra o injuria grave imputable a los hijos, que bastante desgracia han tenido con que su padre haya sido alcohólico crónico desde edad temprana, hecho cierto y pacífico que no merece más comentario.*

En consecuencia, la sentencia declara inexistente y no acreditada la certeza de las causas de desheredación expresadas en la cláusula 2ª del testamento del causante y que los demandantes han sido desheredados sin causa legal. En definitiva, la desheredación pretendida no reúne los requisitos del art. 509 CDFA para ser desheredación con causa legal, por lo que no se dan los efectos dispuestos en el art. 511 CDFA [196 Lsuc.]: los hijos no están legalmente desheredados y, por ello, no se les aplica el precepto que establece los efectos propios de esta situación.

Pero eso no quiere decir que la cláusula testamentaria sea nula ni tampoco que la desheredación pretendida y no conseguida carezca de importantes efectos, en este caso muy similares a los de la desheredación con causa legal.

2. ¿Qué efectos tiene la desheredación pretendida que no cumple los requisitos para ser una desheredación con causa legal?

Los efectos jurídicos de la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el art. 509 CDFA, en cuanto expresiva de la voluntad del disponente de privar al desheredado sin causa legal de todo derecho en su sucesión, son los mismos de la exclusión absoluta (513.1 CDFA; 198.1 Lsuc.), figura que no precisa que concurran los requisitos del art. 509 CDFA ni alegación de causa alguna.

No cumple los requisitos expresados en el art. 509 la desheredación pretendida que no se funde en una de las causas legales de desheredación del art. 510, o aquélla en la que la causa legal alegada no sea cierta, o no se halle expresada en el pacto o testamento o en el acto de ejecución de la fiducia, o no resulte probada si el desheredado la niega. En la desheredación que podemos llamar genéricamente «sin causa legal», aunque no puede producir los efectos de la desheredación con causa legal, existe la declaración de voluntad del disponente de que el desheredado no reciba nada de su sucesión. La equiparación a la exclusión absoluta, a todos los efectos previstos en los tres apartados del art. 513, es por ello razonable, y así se respeta lo máximo posible la voluntad del disponente.

Ahora bien, los efectos de la exclusión absoluta no son siempre los mismos, su eficacia depende de si afecta a todos los legitimarios o sólo a parte de ellos.

En la exclusión absoluta parcial, la que no afecta a todos los legitimarios, como en nuestro caso, los así excluidos (entre ellos los desheredados sin causa legal), aunque sean descendientes de primer grado, nada reciben en la sucesión voluntaria, quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles. Nada pueden reclamar ya en la herencia del causante salvo el derecho a alimentos previsto en el art. 515 CDFA [200 Lsuc.] que lo conservan según dice el art. 339.2 [24-2 Lsuc.]. En el llamamiento a la sucesión legal y en su condición de legitimarios de grado preferente les sustituyen sus descendientes si los tuvieren (arts. 339.2 y 513.2 CDFA; 24.2 y 198.2 Lsuc.). Así que, salvo en el mantenimiento del derecho a alimentos, los efectos de la exclusión absoluta parcial son iguales a los de la desheredación parcial con causa legal.

En el caso se pone claramente de manifiesto que para privar de derechos en la herencia a uno de los hijos o descendientes no es preciso desheredarlo con causa legal, basta con excluirlo de forma absoluta, y ni siquiera esto: basta con, sin necesidad de mencionarle, no dejarle nada en la sucesión voluntaria y evitar que se abra la sucesión legal así como evitar que haya lesión de la legítima. Solo para desheredar al único hijo o descendiente o a todos los que haya se necesita causa legal; en los demás casos, para no favorecer a uno o varios legitimarios no es preciso ni desheredar ni excluir expresamente.

En nuestro caso consta que hay descendientes de un hijo desheredado sin causa legal, por lo que la desheredación pretendida (exclusión absoluta) es solo parcial. Por tanto, entra en juego la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente de los hijos, condición que corresponde ahora a los nietos (salvo en lo relativo al derecho de alimentos). La exclusión absoluta de los hijos (o la desheredación sin causa legal) hace que sean los nietos, en cuanto sustitutos legales, los titulares del derecho a suceder abintestato, así como del de ejercitar la acción de lesión de la legítima que pudiera corresponder a los legitimarios de grado preferente. En particular, el derecho a reclamar la legítima colectiva corresponde por sustitución legal a los nietos que son ahora los legitimarios de grado preferente.

Pero la exclusión absoluta también puede ser total. Si ninguno de los hijos desheredados sin causa legal hubiera tenido descendientes, entonces, al no haber más hijos ni descendientes del testador, la exclusión absoluta hubiera sido total; también lo hubiera sido si la desheredación sin causa legal se hubiera hecho extensiva a los nietos realmente existentes. La exclusión absoluta es total cuando afecta a todos los legitimarios o al único existente. En tal caso, como la extinción de la legítima colectiva sólo puede conseguirse si hay causa legal de desheredación y en la exclusión falta dicha causa legal, la consecuencia es que los hijos así excluidos (o desheredados sin causa legal) conservan su derecho a la sucesión legal y su condición de legitimarios de grado preferente (art. 513.2), de manera que los nietos no ocupan su lugar por sustitución legal y siguen siendo legitimarios de segundo grado. Pero no es este nuestro caso.

Nótese que de haber sido ese nuestro caso hubieran sido los hijos, y no los nietos, los titulares de los derechos a la legítima y de las acciones para reclamarlos en caso de lesión. Las cosas, por tanto, hubieran sido muy distintas, no para la heredera que hubiera mantenido en todo caso su derecho a la parte de libre disposición, pero sí para los hijos, que hubieran podido reclamar cada uno una mitad del importe de la legítima, así como para los nietos, que no hubieran tenido ningún derecho en la herencia de su abuelo.

3. ¿Qué pueden reclamar los nietos, en cuanto legitimarios de grado preferente?

a) *No pueden pedir la nulidad de la institución de heredero a favor de un extraño*

La existencia de legitimarios no hace que la institución de heredero a favor de un extraño sea nula. Los nietos no pueden pedir la nulidad de la institución de heredera universal a favor de María Pilar, la sobrina del testador. La legítima no es una *pars hereditas*, de modo que los legitimarios no han de ser instituidos necesariamente herederos.

El Derecho aragonés configura el derecho de los legitimarios como un derecho a percibir una parte de los bienes relictos (*pars bonorum*) y no como un derecho a ser instituidos formalmente herederos (*pars hereditas*), pues el art. 487.1 [172.1] permite atribuir la legítima por cualquier título y el apartado 2 proclama que la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir heredero de forma clara y explícita a un tercero, por lo que en Aragón no se prevé en ningún caso la anulación de la institución de heredero a favor del tercero no legitimario. A lo sumo, si la institución de heredero a favor de un extraño no se hace de forma clara y explícita, habrá que presumir que es un legado.

b) *No pueden pedir la nulidad de la aceptación de la herencia*

La aceptación de la herencia por parte de la heredera universal no es tampoco nula, si bien, al haber legitimarios, la heredera no puede conseguir la inscripción en el Registro de la Propiedad de su derecho sobre el piso. Existiendo legitimarios, tendrían que intervenir todos ellos en la escritura de partición de herencia. La aceptación de la herencia puede hacerse individualmente (arts. 342 y 343 CDFA; 27 y 28 Lsuc.), pero la partición exige la intervención de todos los herederos testamentarios y los legitimarios de grado preferente, sin cuya intervención la partición no puede inscribirse *ex* arts. 365 CDFA [50 Lsuc.], 1057 y 1058 Cc., 14 LH y 80.1.a) y c) RH.

Las liberalidades por causa de muerte a favor de no descendientes no son nulas aunque devengan inoficiosas por acreditarse que hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva. En tal caso, lo único que cabe a los legitimarios de grado preferente es pedir la reducción de tales liberalidades hasta que la legítima quede respetada. Las adjudicaciones del testador a favor de extraños no son nulas, a lo sumo pueden resultar inoficiosas.

c) *Pueden pedir la reducción de las liberalidades inoficiosas, si hay lesión cuantitativa de la legítima*

En Aragón no hay legítima individual, de manera que por haber recibido poco o nada, nada se puede reclamar, salvo si hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva. La infracción cuantitativa de la legítima colectiva se corrige reclamando a los terceros lo recibido en exceso (reducción de liberalidades inoficiosas).

Sólo hay lesión cuantitativa de la legítima, como se deduce del art. 494.1 [179.1 Lsuc.], cuando los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes no alcanza la cuantía de la legítima colectiva (mitad del caudal computable); en tal caso, la consecuencia es que pueden reducirse las liberalidades hechas a favor de no descendientes en la forma prevista en la ley (liberalidades inoficiosas).

En nuestro caso, parece que los descendientes nada han recibido del causante, ni en vida ni por sucesión por causa de muerte. Hay, por tanto, una lesión cuantitativa de la legítima del cien por cien: la lesión de la legítima es total.

Al no haber donaciones computables para el cálculo de la legítima, el valor de esta coincide con la mitad del caudal relicto, por lo que los legitimarios de grado preferente tienen derecho a obtener una mitad de los bienes del caudal relicto (497.1 CDFA; 182.1 Lsuc.,). Por tanto, la delación a favor de la sobrina puede quedar reducida a la mitad (*cfr.* art. 495 CDFA; 180 Lsuc.,) si los legitimarios de grado preferente hacen valer sus derechos a la legítima.

Dice la SJPI núm. 8 de Zaragoza, de 18 de mayo de 2010 que, por lo que respecta a la cuantía que corresponde a los legitimarios, tampoco se discute que en el presente caso la legítima es la mitad del caudal relicto. Añade luego que la lesión de la legítima colectiva sólo faculta a los legitimarios de grado preferente para instar la reducción de liberalidades hechas a favor de no descendientes (art. 179.1 Lsuc.) y para reclamar la entrega de los bienes relictos en la parte proporcional que les corresponda (art. 182 Lsuc.), sin que ello implique de ningún modo la nulidad de las adjudicaciones hechas por el causante a la heredera ni de la partición (sic) del piso efectuada por esta.

Ahora bien, la heredera demandada sostiene que la acción derivada de la lesión cuantitativa de la legítima es individual por lo que cada legitimario sólo puede reclamarle lo que le corresponde conforme a lo dicho en el art. 494.2 [179.2 Lsuc.]

4. La reclamación por lesión cuantitativa de la legítima en caso de exclusión absoluta parcial

a) *Legitimación de los nietos, únicos legitimarios de grado preferente por sustitución legal.* Los hijos absolutamente excluidos, aunque su desheredación carezca de causa legal, nada pueden reclamar por lesión cuantitativa de la legítima y son sustituidos en ese derecho por sus descendientes. Así que son los nietos, por

sustitución legal de los hijos excluidos absolutamente, los únicos titulares de las acciones de defensa de la legítima, al ser ahora ellos los únicos legitimarios de grado preferente.

Como dice la STSJA de 22 de septiembre de 2011, *la ley priva a los excluidos absolutamente del derecho a ejercer la acción de lesión pero concede tal derecho a sus sustitutos, si existen. Por ello ni a* Laura *ni a su hermano* Nicolás *les corresponde acción alguna de defensa de la legítima, y sólo a sus descendientes la ley les reconoce tal acción, convirtiéndose los hijos de* Laura *en los únicos con tal posibilidad porque* Nicolás *no tiene descendencia. Siendo los únicos legitimarios de grado preferente (artículo 24.2 en relación con el art. 173 Lsuc.) con derecho al ejercicio de la acción, reclaman la rescisión de liberalidades inoficiosas para que quede incólume la legítima señalada en el art. 171 Lsuc.* […].

La STSJA dice también que, conforme al art. 25.1 Lsuc. [340 CDFA], *por la sustitución legal, la condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley.* De forma análoga a lo que sucede en la sustitución legal en un llamamiento sucesorio, el sustituido no llega a ser titular de la condición de legitimario de grado preferente ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que reciben la condición de legitimarios de grado preferente directamente de la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de la condición de legitimario de grado preferente (salvo en lo relativo al derecho de alimentos), sino que la condición de legitimario de grado preferente que le habría podido corresponder es directamente ocupada por sus descendientes por ministerio de la ley (salvo en lo relativo al derecho de alimentos). *Vid.* mi trabajo sobre «La sustitución legal» en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 95-97.

Por otra parte, si uno de los dos posibles legitimarios de grado preferente por su condición de hijos del causante no llega a serlo, ni tiene hijos que lo sean por él, sólo queda un hijo con posibilidad de serlo: si él no hubiera incurrido en causa de sustitución legal habría sido el único legitimario de grado preferente; pero si este hijo, por incurrir también en causa de sustitución legal, tampoco puede adquirir la condición de legitimario de grado preferente, son sus hijos los que adquieren por sustitución suya la condición de únicos legitimarios de grado preferente.

Nicolás no ha llegado a adquirir el derecho a ejercitar la acción de lesión que le hubiera correspondido de no haber sido excluido absolutamente y, además, carece de descendientes que puedan adquirir por sustitución legal ese derecho, con lo cual un posible legitimario de grado preferente por su condición de hijo del causante no llega a serlo y nadie ocupa su lugar por sustitución legal. En cambio, Laura, que tampoco ha adquirido el derecho a reclamar en caso de lesión cuantitativa de la legítima al haber sido excluida de forma absoluta, sí tiene descendientes que adquieren por sustitución legal ese derecho. Ahora bien, si Laura no hubiera resultado excluida de forma absoluta, pero su hermano Nicolás sí, ella hubiera sido la única legitimaria de grado preferente; es esa condición de único legitimario de grado preferente que hubiera tenido Laura la

que, por sustitución legal, corresponde a sus hijos, que son por ello los únicos legitimados para ejercitar la acción de lesión cuantitativa de la legítima.

Es obvio que los nietos no serían los únicos legitimados si su tío Nicolás hubiera adquirido la condición de legitimario de grado preferente, ni tampoco si, no habiéndola adquirido él, la hubieran adquirido por sustitución legal sus descendientes. Pero en el caso Nicolás no adquirió la condición de legitimario de grado preferente y tampoco sus descendientes, al carecer de ellos. Por tanto, los dos nietos hijos de Laura son los únicos legitimarios de grado preferente que pueden reclamar por lesión cuantitativa de la legítima.

Como los dos nietos son menores de catorce años (el 25 de febrero de 2011 tienen 8 y 10 años, respectivamente), actúan procesalmente por medio de sus representantes legales, sus padres, titulares de la autoridad familiar, conforme a lo normado en el art, 7.2 Lec. en relación con el art. 12.1 CDFA [9.1 LDp.]. Desde los catorce años los menores aragoneses actúan procesalmente por sí mismo con la asistencia debida.

En el pleito iniciado a petición de los nietos y resuelto por la SJPI núm. 8 de Zaragoza, de 18 de mayo de 2010, no se cuestiona que ellos, en tanto que descendientes de la hija injustamente desheredada, tengan la condición de legitimarios de grado preferente y por tanto derecho a la legítima, lo que se discute es la cuantía que puede reclamar cada uno por lesión cuantitativa de la legítima.

b) *Legitimación individual de cada uno de los nietos.* El apartado 2 del art. 494 indica que, *salvo que la voluntad del disponente sea otra, el derecho a obtener la reducción* por lesión cuantitativa de la legítima *corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal.* La globalidad de la legítima no arguye colectividad de pretensiones, sino pluralidad de eventuales legitimados individuales. Es decir, el carácter colectivo de la legítima no permite a cada legitimario accionar para el conjunto de legitimarios. Cada legitimario legitimado tiene derecho a decidir si ejercita o no la acción que le pueda corresponder a obtener su parte en la lesión cuantitativa. La acción es individual de cada legitimario legitimado y sólo favorece al que la ejercita.

La SJPI núm. 8 de Zaragoza, de 18 de mayo de 2010, da la razón a la heredera demandada cuando dice que los nietos demandantes no pueden reclamar la fracción de su tío Nicolás, que corresponde a su estirpe de descendientes, y ello aunque nada haya reclamado e incluso aunque hubiere renunciado pues como señala el art. 179 (494) en su párrafo 3º, *la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementará el de los demás.* En consecuencia, dice que no les corresponde la mitad del caudal relicto sino una cuarta parte, y mas exactamente una 8ª parte a cada uno dado que el derecho a reclamar es individual. Dicho de otro modo, siendo la legítima colectiva la mitad del caudal relicto, de dicha mitad una mitad es para los descendientes de Nicolás, *si los hay*, y la otra para los de Laura, los hoy demandantes, a partes iguales.

Para dejar a salvo los derechos en la legítima de los descendientes de Nicolás, si los hubiere, el Juez estima sólo en parte la demanda y declara que los nietos

demandantes, hijos de Laura, son legitimarios de grado preferente pero sólo tienen derecho a percibir la cuota que les corresponde en la legítima colectiva consistente en una octava parte del caudal relicto cada uno.

Es cierto que si Nicolás tuviera efectivamente descendientes, a ellos les correspondería también por sustitución legal, y de manera individual y a partes iguales, el ejercicio de los derechos que en la legítima colectiva hubieran correspondido a su padre de no haber resultado desheredado sin causal legal (excluido de forma absoluta). Y también sería cierto en tal caso que la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de grado preferente de su derecho individual de reclamación no incrementa el de los demás, ya sean estos hermanos o primos suyos.

c) *La falta de descendientes de Nicolás no limita los derechos de los hijos de Laura.* Lo cierto es que Nicolás carece de descendientes. Por ello cuesta entender el fallo de la sentencia de primera instancia.

La heredera demandada seguramente se ha limitado a decir en la contestación que, al ser dos los hijos desheredados sin causa legal, sólo la parte de legítima que hubiera correspondido a la hija que tiene descendientes puede ser ahora reclamada por ellos, mientras que la parte de legítima que hubiera correspondido al hijo, al no tener descendientes, no puede ser reclamada por nadie y, en definitiva, debe aumentar sus derechos como heredera universal y hacer que pueda recibir bienes por importe superior al de la parte de libre disposición.

El Juez no parece tener por acreditada la inexistencia de descendientes de Nicolás y, por ello, les reserva hasta que los reclamen sus derechos legitimarios individuales. No concede todo lo pedido por los nietos, hijos de Laura, pero tampoco dice que lo que no les da a ellos corresponda de manera definitiva a la sobrina por su condición de heredera universal.

Se hace necesario, por tanto, que los únicos nietos existentes, los hijos de Laura, apelen la sentencia para, una vez acreditado que no hay descendientes de Nicolás, saber cuál es la cuantía de sus derechos legitimarios. ¿Pueden reclamar entre los dos toda la legítima o sólo una mitad y la otra se extingue al no haber descendientes de Nicolás?

Como afirma la STSJA, la inexistencia de hijos de Nicolás es un dato incontrovertible porque así lo declara la sentencia de la Audiencia y no ha sido combatido por el cauce legalmente establecido del recurso extraordinario por infracción procesal, por notorio error en la valoración de la prueba; por otra parte, la existencia de tales descendientes hubiera debido ser objeto de prueba por la demandada, que se amparaba en tal posibilidad de descendencia para negar la acción de los demandantes (art. 217.3 Lec.), siendo prueba de fácil obtención y disponibilidad en el caso de que hubieran existido tales descendientes (art. 217.7 Lec.).

Añade la STSJA que *resulta inútil la insistencia del recurrente en la falta de prueba sobre el hecho de si* Nicolás *tenía descendientes, que deja en el aire para dar a entender incluso que la cuota correspondiente al mismo debería haber sido respetada para una*

supuesta reclamación de sus descendientes. Esta defensa de los derechos de Nicolás *y sus hipotéticos descendientes, con base en una supuesta «cuota teórica» del mismo, resulta interesada por cuanto la no reclamación de los descendientes de* Nicolás *(que, al no existir, no se produciría nunca) permitiría a la heredera mantenerse en posesión de dicha cuota que nunca sería reclamada y desenfoca el funcionamiento de la sustitución en la legítima colectiva aragonesa en la que no hay cuotas «teóricas»*. En otro lugar dice que a Nicolás no le corresponde cuota legitimaria alguna, porque en la legítima aragonesa al ser global no hay cuotas teóricas, y en los actores, como únicos legitimarios existentes, recae la legítima colectiva.

5. Cuantía del derecho de cada legitimario de grado preferente por sustitución legal en la lesión cuantitativa de la legítima

Ya hemos visto que, conforme a lo dispuesto en el art. 494.2, cada uno de los legitimarios de grado preferente tiene *derecho a obtener una fracción del importe de la lesión* cuantitativa de la legítima *proporcional a su cuota en la sucesión legal*, con independencia de lo que haya recibido del causante, si algo ha recibido.

Así que el importe de la lesión cuantitativa se divide entre los legitimarios de grado preferente, si son varios. Si es uno sólo, él puede reclamar todo el importe de la lesión.

Siendo varios los legitimarios de grado preferente, la división no se hace necesariamente a partes iguales sino en proporción a su cuota en una hipotética sucesión legal: si son todos hijos, dividen a partes iguales (art. 522 CDFA); pero si concurren nietos y demás descendientes por sustitución legal, dividen por estirpes y aunque concurran solos (338.2 y 523.1 CDFA). Tanto si concurren con hijos como si concurren solos, los nietos que reciben su derecho por sustitución legal dividen por estirpes.

La renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de grado preferente *de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás* (494.3 CDFA), luego en caso de renuncia no se aplica el art. 520.1.2º, ni tampoco el 523.2: repudiando la legítima el legitimario de grado preferente, si es solo, o, si fueren varios, todos los legitimarios de grado preferente, no adquieren esta condición sus descendientes, ni por sustitución legal (la renuncia no es causa de sustitución legal: arts. 341 y 488 CDFA) ni por derecho propio (en la legítima no hay una norma similar a la del art. 523 CDFA).

Pero no se acaban ahí los supuestos posibles. Siendo varios los hijos, si varios de ellos incurren en causa de sustitución legal y unos tienen descendientes y otros no, sucede que el llamamiento a la sucesión legal que hubiera correspondido a los hijos sustituidos corresponde por ley a sus descendientes por estirpes (520.1.1º CDFA) y el llamamiento que hubiera correspondido a los hijos que no pueden ser sustituidos por no tener descendientes no llega a existir, deviene ineficaz, de modo que el llamamiento de los demás hijos, al ser menos, es de mayor cuantía (520.1.2º CDFA); así que, si eran 4 hermanos y dos han incurrido en causa de sustitución, uno con descendientes y otro sin ellos, la parte que

hubiera correspondido al que no tiene descendientes no llega a existir y hace que correlativamente aumente lo que por ley corresponde a los otros tres, que resultan llamados cada uno a un tercio; el tercio que hubiera correspondido al hermano incurso en causa de sustitución que sí tiene descendientes corresponde por ley a estos. Lo dicho resulta aplicable a la legítima por la remisión del art. 494.2 a las normas de la sucesión legal.

Otro supuesto posible es el siguiente. Son varios los hijos y todos ellos incurren en causa de sustitución legal, pero sólo algunos tienen descendientes. Esos descendientes son, por sustitución legal (488 CDFA), los únicos llamados a la sucesión legal y los únicos legitimarios de grado preferente. ¿A qué tiene derecho cada uno de ellos? ¿Qué recibirían esos nietos en la sucesión legal del causante? Tendrían derecho a toda la herencia del causante como sustitutos de sus padres, en quienes se habría concentrado toda la delación al no aplicarse la sustitución legal a los demás hijos. Lo mismo que hubieran recibido sus padres de no haber incurrido en causa de sustitución (incluido el «acrecimiento» derivado de la falta de descendientes de los otros hermanos incursos en causa de sustitución legal) se defiere a sus descendientes por sustitución legal (340.1 CDFA). Así que, si eran 4 hermanos y los cuatro han incurrido en causa de sustitución, dos con descendientes (el uno, uno, y el otro, dos) y dos sin ellos, la parte que hubiera correspondido a estos dos, y que no va a recibir nadie por ellos, aumenta la delación que hubiera correspondido a los otros dos y que ellos no reciben tampoco, pero que corresponde por sustitución legal a sus estirpes de descendientes: el nieto hijo único recibe el 50 por ciento de la herencia y cada uno de los otros dos, a partes iguales, un 25 por ciento. Esta forma de operar es la que hay que tener en cuenta también para determinar la cuantía de los derechos de cada uno de los nietos en la lesión de la legítima.

El hijo que ha incurrido en causa de sustitución legal pero tiene descendientes sigue siendo el centro de referencia que sirve para calcular la delación que, *per relationem*, recibirán los sustitutos legales. Ese cálculo debe hacerse como si no hubiera incurrido en causa de sustitución y, por tanto, con el acrecimiento impropio que por las reglas de la delación legal haya podido producirse a su favor.

En nuestro caso estaban llamados a ser legitimarios de grado preferente los dos hijos del testador, Laura y Nicolás, pero al resultar excluidos absolutamente de la sucesión por la desheredación sin causa legal y carecer Nicolás de descendientes, los dos nietos hijos de Laura adquieren por sustitución legal la condición de únicos legitimarios de grado preferente. En la sucesión legal, los nietos heredarían a partes iguales toda la herencia del causante, una mitad cada uno; en la reclamación por lesión de la legítima cada uno puede reclamar una mitad de la lesión producida. Como la lesión es total, cada uno puede reclamar una mitad del importe de la legítima.

La SAPZ, Sección 4ª, de 25 de febrero de 2011, lo explica así: *En el caso de autos, los iniciales legitimarios de grado preferente del citado causante*, don Mariano, *que eran sus dos únicos hijos*, don Nicolas y doña Laura, *resultaron incursos en causa de sustitución legal prevista en el art. 24.2* [339.2], *en relación con el art. 198.1* [523.1],

inciso final, al quedar afectos por una situación de exclusión absoluta en la sucesión de su referido padre, situación a la que se equipara la desheredación de ambos pretendida por el causante en el testamento otorgado por él sin cumplir los requisitos expresados en el art. 194 (509), *operando la sustitución legal a favor de los descendientes de dichos legitimarios de grado preferente (arts. 24.2 y 25.1 Lsuc.*, 339.2 y 340.1 CDFA).

Ahora bien, habida cuenta que sólo existen descendientes de doña Laura, *sus dos referidos hijos menores de catorce años, hoy demandantes, careciendo* don Nicolás *de descendencia, siendo aquellos dos los únicos legitimarios de grado preferente del causante por sustitución legal, tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero, ya que al carecer de descendientes* don Nicolás, *tío de dichos menores, hijos de su hermana* doña Laura, *excluido absolutamente, al igual que esta, de todo derecho a suceder a su difunto padre, sus derechos a la legítima se extinguen, concentrándose los mismos por derecho propio en la otra legitimaria sustituida*, doña Laura, *que sí tiene descendientes, los cuales devienen por efecto de la sustitución legal en los únicos legitimarios de grado preferente en quienes debe recaer la legítima colectiva por entero, correspondiendo a cada uno de los mismos una cuarta parte del caudal relicto, conforme al art. 171 Lsuc.* [486].

De manera que, como quise decir en mi citado trabajo (*RDCA*, 2010, p. 95), si todos los iniciales posibles legitimarios de grado preferente han incurrido en causa de sustitución legal y sólo alguno de ellos tiene descendientes, estos descendientes tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero; en los casos de sustitución legal, cuando algunos posibles legitimarios de grado preferente han premuerto han sido desheredados con causa legal, declarados indignos de suceder o excluidos absolutamente y no tienen descendientes, los derechos legitimarios que les habrían podido corresponder no los recibe nadie por ellos, pero los otros posibles legitimarios que sí tienen descendientes son los únicos a tener en cuenta, de manera que corresponde a sus descendientes por sustitución legal la misma condición de legitimarios de grado preferente que les hubiera correspondido a sus ascendientes de no haber incurrido en causa de sustitución legal. La renuncia o la simple falta de ejercicio de su derecho de reclamación por alguno de los legitimarios de grado preferente no incrementa el derecho de los demás (494 CDFA), pero la inexistencia de derechos a la legítima por haber incurrido en causa de sustitución legal y no tener descendientes a los que puedan corresponder por sustitución legal, sí incrementa el derecho de reclamación de los legitimarios de grado preferente que finalmente llegan a serlo.

6. Naturaleza de los derechos de los legitimarios: ¿«pars valoris» o «pars bonorum»?

En cuanto a qué bienes corresponden a los legitimarios demandantes, la heredera demandada argumenta que, como los legitimarios no son ni herederos ni legatarios, no tienen derecho a intervenir en la partición y son solo acreedores (*pars valoris*). Pero el art. 497 configura la legítima desde el punto de vista cualitativo como *pars bonorum*, es decir, no como un simple derecho de crédito sino como un derecho de los legitimarios a obtener su cuota en bienes relictos.

La idea solo es exacta aplicada a la legítima que falte por recibir mediante atribuciones por causa de muerte. No obstante, hay casos en los que, por excepción, la legítima funciona como *pars valoris*: son los supuestos contemplados en los arts. 496, 497 y 508 CDFA.

Cuando no hay lesión cuantitativa de la legítima, pero se ha incumplido el deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, los legitimarios afectados pueden pedir individualmente que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando a favor de estos a los correspondientes bienes no relictos, según dice el art. 497.2. Así pues, su derecho consiste en la permuta forzosa de los bienes recibidos por su equivalente en bienes del caudal relicto.

Pero en el caso de autos, como los legitimarios nada han recibido del causante, bastará con que la heredera demandada les entregue la parte que les corresponde en los bienes relictos.

El complemento de legítima obtenido mediante el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades a no legitimarios se recibe a título de heredero si el accionante había sido designado heredero y también cuando la condición de heredero le proviene de la apertura de la sucesión legal; en los demás casos, parece preferible entender que se recibe como una atribución por disposición de la Ley (art. 317.1 CDFA).

7. Forma de practicar la reducción

Mientras los bienes y derechos de la herencia permanezcan sin dividir o, en otro caso, mientras su titular siga siendo el mismo heredero, legatario o donatario extraño que los adquirió del disponente, podrá exigirse la entrega de los propios bienes. Pero si el heredero, legatario o donatario los hubiere vendido antes de la anotación de la demanda de reducción en el Registro de la Propiedad, parece que sólo se restituirá su valor (*cfr.* arts. 645, 649 y 650 Cc.).

Recordemos que lo atribuido a la heredera universal es un piso, único bien del testador. Según el 496.3 *si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de ellos que no admita cómoda división, ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan. En defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico.*

El criterio preferente es el acuerdo entre las partes. En defecto de acuerdo, del texto legal se deduce que cuando la reducción absorbe exactamente la mitad del bien, o más de la mitad, la elección corresponde al legitimario; si la reducción no absorbe la mitad del bien, queda para el que hubiera recibido la liberalidad.

Surge la duda de si la reducción que reclama cada uno de los legitimarios, puesto que sus acciones son individuales, puede sumarse a efectos de calcular si en conjunto absorbe o no la mitad del bien. El hecho de que sean acciones indi-

viduales e independientes entre sí, lleva a pensar que es la concreta reducción que individualmente corresponde a un legitimario la que hay que tener en cuenta para decidir a quién corresponde quedarse el bien de incómoda división. Pero el precepto más bien parece dar a entender que una parte es el extraño que ha recibido la liberalidad y otra los legitimarios que han reclamado la reducción; se emplea el término «la reducción» que parece comprender la suma de lo reclamado individualmente por los legitimarios accionantes.

En nuestro caso, sumada la reducción de los dos legitimarios absorbe la mitad del valor del bien, por lo que la elección correspondería a los legitimarios, que deberían actuar de forma unánime.

8. La renuncia a recibir la legítima en bienes relictos

En el apartado 2 del art. 492, que regula la renuncia a la legítima, se aclaran los requisitos de capacidad y forma para llevarla a cabo de forma válida. Cuando se hace la renuncia después de la delación, los requisitos de capacidad y forma son los mismos de la repudiación de la herencia: pueden repudiar los mayores de edad no incapacitados, así como los menores mayores de catorce años y las personas sometidas a curatela, en los dos últimos casos con la debida asistencia; por los menores de catorce años o incapacitados sometidos a tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada repudian sus representantes legales con autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez; denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución legitimaria; cuando sean representantes ambos padres, la repudiación exige la intervención de los dos (art. 346 CDFA). Por otra parte, la repudiación ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente (art. 351 CDFA).

Sin embargo, la STSJA de 30 de enero de 2008 (*RDCA* 2008, marginal 16), sin hacer aplicación de lo dicho en el art. 177-2 Lsuc. (492.2 CDFA), dice que la renuncia a la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que no considera renuncia a la legítima, puede hacerse de forma tácita mediante actos inequívocos y concluyentes.

En nuestro caso no hay infracción cualitativa de la legítima porque los legitimarios no han recibido tampoco bienes no relictos. Solo hay lesión cuantitativa, y la forma de practicar la reducción de liberalidades inoficiosas exige, en principio, que el importe de la lesión se atribuya a los legitimarios en bienes relictos. Pero hay excepciones como las de los apartados 1 y 3 del art. 496 en que se permite el pago en metálico.

Aunque no estuviéramos en un caso de bien que no admita cómoda división, el derecho a recibir la legítima en bienes relictos es renunciable y la renuncia a este derecho, lo mismo que la renuncia a la acción de defensa de la intangibilidad cualitativa, no parece regirse por lo dispuesto en el art. 492, no ha de hacerse necesariamente de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente sino que puede hacerse de otra forma expresa o incluso tácita.

CAPACIDAD DE LOS ARAGONESES MENORES DE EDAD Y MAYORES DE CATORCE AÑOS. DISPOSICIÓN DE DINERO EN CUENTA CORRIENTE

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho civil

EL CASO PRÁCTICO[1]

Samuel A. C., aragonés y de 17 años de edad, es titular de una «Libreta Joven» en «La Caixa». Dicha libreta fue abierta en 2010, a su nombre y con su consentimiento, por su abuelo, don Antonio A. A.

En el contrato de apertura de cuenta se establece una cláusula especial dada la minoría de edad del titular: don Samuel, por ser menor de edad, «no podrá hacer ningún reintegro hasta que alcance la mayor edad sin contar con la autorización y firma de su representante legal». *En documento adjunto a la apertura de la cuenta aparece el nombre y firma de don Antonio, el abuelo de Samuel, como representante legal del menor, y el nombre y firma de Samuel como titular de la cuenta.*

Al parecer, y meses después de haberse abierto esta libreta, Samuel, trabaja por cuenta ajena y percibe un salario que ingresa en la misma; también carga en esta cuenta los plazos de un préstamo hipotecario, que solicitó a «La Caixa», asistido de su padre, para adquirir una vivienda. De los hechos no se deduce con claridad que el menor lleve vida independiente con el consentimiento de sus padres.

A los ocho meses de abrirse la cuenta, el padre del menor Samuel, don Alberto, realiza en ventanilla un reintegro de 30.000 euros. Días más tarde, Samuel pide explicaciones a

[1] Este asunto ha sido analizado, en sus diversas instancias, por los Tribunales aragoneses, dando lugar a las Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Zaragoza, de 26 de marzo de 2010; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 4ª, de 30 de diciembre de 2010 (Ponente Ilmo. Sr. Juan Ignacio Medrano Sánchez) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de Aragón de 15 de junio de 2011 (Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch). Me ha parecido un buen ejemplo para realizar una nota práctica sobre el mismo, pensando en los estudiantes de grado, máster u oposiciones.

«La Caixa» sobre dicha actuación, ya que él no fue parte en dicha operación, ni autorizó o apoderó a su padre para llevarla a cabo.

El director de la sucursal explica al menor que don Alberto, como representante legal del mismo por ser su padre, tiene facultades de administración y disposición sobre dicha cuenta. Samuel no está de acuerdo con ello, y le pide a usted argumentos para demandar a «La Caixa» y conseguir la reposición del dinero depositado en dicha cuenta.

Para hallar la solución del caso proponemos las siguientes preguntas[2]:

1ª ¿Puede considerarse a don Antonio, el abuelo, representante legal del menor?

2ª. Don Alberto, padre de Samuel, ¿es su representante legal?, ¿ostenta sobre Samuel la autoridad familiar?

3ª ¿Quién y cómo está legitimado para llevar a cabo actos de disposición: Samuel, su padre, su abuelo?

4ª ¿Quién y cómo está legitimado para llevar a cabo actos de administración: Samuel, su padre, su abuelo?

5ª. ¿Quién cree que, jurídicamente, tiene razón: Samuel o «La Caixa»?, ¿ha lugar o no a la reposición del dinero?

RESPUESTAS Y REFLEXIONES

1ª ¿Puede considerarse a don Antonio, el abuelo, representante legal del menor?

Don Antonio, abuelo de Samuel, según consta en los hechos probados, abrió a su nieto una «Libreta Joven» en la entidad de «La Caixa».

Como Samuel en aquel momento era menor de edad, contaba con 17 años, la disposición del dinero depositado en la cuenta se halla limitada a tenor de la siguiente cláusula: *El titular (Samuel) precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad.*

El contrato aparece firmado por Samuel, su abuelo, don Antonio, y por el representante de la entidad financiera.

En documento aparte se recoge la firma de Samuel, como titular de la cuenta y la de don Antonio, al que se le califica por la entidad de representante legal: ¿lo es?

---

[2] El caso se resuelve aplicando el vigente Código del Derecho foral de Aragón; los hechos tuvieron lugar antes del 2006 pero la solución no varia en relación a la regulación de la Compilación.

A. *Representación legal*

Las posibilidades de que un tercero actúe en nombre o por cuenta de otro, gestionando un interés ajeno y provocando las consecuencias de lo actuado en la esfera jurídica o personal de ese tercero, las sitúa el ordenamiento jurídico a través de dos mecanismos: por un lado, la representación, articulada en el Código civil a través del contrato de mandato y de las previsiones del art. 1259 C., o establecida por ley para los casos de menores o incapacitados; y, por otro, a través de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Dentro de la representación, definida en sentido amplio por la doctrina como el fenómeno jurídico en cuya virtud una persona gestiona negocios ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de este, podemos diferenciar dos clases:

a) La representación voluntaria, caracterizada porque el representado elige a su representante para que actúe por él en asuntos que él mismo podría gestionar, dándole al efecto, las instrucciones y estableciendo los límites de su actuación: la voluntad del representado es la que debe ejecutar el representante para que le vincule lo actuado y, por lo tanto, no es legítima la actuación del apoderado si contradice los límites del mandato o poder.

b) La representación legal, caracterizada porque es la ley la que otorga legitimación a determinados sujetos, los nominados por ella, para actuar los intereses ajenos, siendo la razón de ello que el representado no puede actuar por sí mimo, buscando la ley este mecanismo de colaboración; por ello también, el representante legal no ejecuta la voluntad del representado, que bien la puede contradecir, sino su interés marcado por la ley al ser esta la que legitima la actuación del representante.

En Aragón, la representación legal de los menores que no han cumplido catorce años corresponde a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio y, en su defecto, al tutor.

En razón de ello, es evidente que *don Antonio no es representante legal de Samuel.*

B. *Análisis del papel don Antonio, abuelo de Samuel en el caso: los hechos y las hipótesis: lo que podía haber sido y no fue*

a) Los hechos: irrelevancia de la (errónea) calificación que respecto de don Antonio se lleva a cabo en el contrato de depósito

Don Antonio no es ni puede ser representante legal de Samuel, para ello debería ser su padre o tutor y Samuel tener menos de 14 años o estar incapacitado [art. 5.3 y 130.1.a) CDFA].

Dicho esto, la afirmación documental por la que resulta calificado don Antonio como representante legal del menor es inválida y no produce efecto alguno por contradecir normas imperativas del Derecho aragonés.

Samuel no requiere del consentimiento de su abuelo para disponer del dinero depositado en dicha cuenta corriente. Esta sería la respuesta que me parece correcta en relación con los hechos del caso.

Otra cosa es si Samuel puede disponer por sí solo del dinero o requiere la intervención de otros sujetos, lo que será analizado más adelante.

b) Hipótesis, lo que podía haber sido y no fue: aplicación de los arts. 107 y 26.2 CDFA

Podríamos tratar de buscar una posible explicación a las actuaciones de don Antonio y Samuel, y preguntarnos si las mismas podrían subsumirse en la previsión del art. 107 y relacionarla, a su vez, con el art. 26.2 CDFA.

Don Antonio fue quien efectúo la apertura de la «Libreta Joven» a nombre de Samuel y con el consentimiento de este (arts. 4, 23.3 CDFA) y ello, tal vez, pudiera ser indicativo de la existencia de una transmisión gratuita de dinero de don Antonio a su nieto; circunstancia que podría justificar la intervención del abuelo en los actos de disposición que, en relación con dicho depósito, llevará a cabo Samuel.

Las relaciones entre Samuel y don Antonio podrían haberse subsumido en las previsiones del art. 107 CDFA: *El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, puede establecer las reglas de gestión*, por lo tanto, y con base en este precepto, don Antonio podría haber atribuido a Samuel la administración de estos bienes con base en el art. 26.2.c) CDFA, excluyendo con ello de dicha administración a los padres del menor.

Por su parte, don Antonio podría haberse reservado para sí la prestación de asistencia en relación con los actos de disposición que, respecto de ese dinero, efectuara su nieto Samuel hasta alcanzar la mayor edad; lo que le permite hacer el art. 107-1 CDFA, siempre y cuando así lo manifieste expresamente.

A lo que creo, estas posibilidades están previstas en el ordenamiento jurídico aragonés, y podían haber sido articuladas por abuelo y nieto, pero entiendo que en este caso, nada de ello se ha hecho.

2º Don Alberto, padre de Samuel, ¿es su representante legal?, ¿ostenta sobre Samuel la autoridad familiar?

A) *Autoridad familiar y representación legal*

La representación legal de los menores de edad y la autoridad familiar son dos conceptos que en Aragón no van necesariamente unidos ni tienen la misma duración. No ocurre lo mismo con el sistema de patria potestad regulado en el Código civil y en otros Derechos territoriales españoles.

En Aragón, la representación legal de los menores de edad termina cuando estos cumplen catorce años, completando entonces su capacidad con la asistencia (art. 5.3 CDFA).

La autoridad familiar (deber de crianza y educación), por el contrario, no se extingue por el hecho de que el menor cumpla catorce años y, desde entonces carezca de representante legal, sino que la misma se mantiene hasta que el hijo se emancipe o alcance la situación de mayor de edad [art. 93.1.b) CDFA].

La autoridad familiar es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Lleva consigo la gestión de los bienes de los hijos pero no como un poder paterno, sino como una función aneja de esta autoridad, que no es esencial a la misma, ya que la gestión de los bienes de los hijos puede, aun habiendo titulares de la autoridad familiar, corresponder a un tutor real o a un administrador.

Estas posibilidades son ajenas al sistema de patria potestad, en ella son indisociables el contenido patrimonial y personal de la misma, como claramente se establece en el art. 154 Cc: *Los menores no emancipados están bajo la patria potestad de sus padres. (…) Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, 2º Representarlos y administrar sus bienes.*

Por lo tanto, en el sistema del Código civil, y mientras el hijo no resulte emancipado, a los padres les corresponde la representación y, como regla general, la gestión de los bienes de sus hijos (arts. 164 y 166 Cc).

B. *Don Alberto, padre de Samuel, ¿es su representante legal?*

a) En Aragón la representación legal de los menores de edad termina al cumplir el hijo catorce años

D. Alberto, padre de Samuel no es su representante legal: conforme al art. 5-2 del CDFA, *La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años*; y en el caso Samuel tiene 17 años.

Así se afirma por la Sentencia de la AP de Zaragoza (secc. 2ª), de 30 de diciembre de 2010 (Ponente Ilmo. Sr. don Juan Medrano Sánchez) que es confirmada por el TSJA (S. de 15 de junio de 2011): *los padres de un menor mayor de catorce años, (…), no tienen la representación legal, no pueden nunca, por sí ni con las autorizaciones del art. 13 (de la Compilación) disponer de los bienes de sus hijos,* (FD 2º, *in fine*).

Esta es la solución correcta, *Samuel es aragonés y, por lo tanto, desde los 14 años no tiene representante legal.*

b) ¿Es posible la representación legal paccionada? La cláusula especial que requiere la intervención del representante legal

«La Caixa» en defensa de su actuación, y para legitimar la actuación de don Alberto en lo que atañe a la gestión de los bienes de su hijo Samuel, formula como uno de los motivos de su recurso de casación la infracción de los arts. 1.281

Cc en relación con el art. 3 Comp. (art. 3 CDFA), por considerar que, de forma paccionada, el hijo, Samuel, le atribuye a su padre voluntariamente la condición de representante legal.

En concreto afirma «La Caixa» que la cláusula por la que Samuel *no podrá hacer ningún reintegro hasta que alcance la mayor edad sin contar con la autorización y firma de su representante legal* sirve de reconocimiento y mantenimiento de la representación legal de don Alberto: ¿es esto posible?

En Primera Instancia, y a mi juicio con grave error, se acoge el planteamiento de la parte demandada, («La Caixa»), rechazando el Tribunal las pretensiones del actor (Samuel, ya mayor de edad cuando demanda) afirmando el Juzgado lo siguiente: …, *lo cierto es que en el contrato suscrito se hace constar expresamente una cláusula especial según la cual «el titular precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad», esto es, se establece con independencia de su condición de aragonés mayor de 14 años, una limitación específica a la disponibilidad del saldo que vincula a la firma de su representante legal, debiéndose tener en cuenta que representante legal del titular era el padre, (…) y fue el que realizó el reintegro controvertido, autorizado por la entidad bancaria conforme a la cláusula referida. Por ello ha de rechazarse la pretensión deducida, y desestimarse la demanda interpuesta»* (FD 3º).

Este argumento no es correcto. La representación legal, como hemos dicho, sólo la atribuye la Ley y no puede pactarse ni prorrogarse la existente sin que expresamente lo establezca la ley.

En este sentido, y de forma correcta, se pronuncia la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la S. de 30 de diciembre de 2010, que estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Samuel: *El régimen convencional del depósito era equívoco y partía de una impropiedad jurídica, a saber la de que el menor, por ser mayor de 14 años y, como más adelante veremos llevar vida independiente, tenía un representante legal, cuando como ya hemos dicho, el estatuto jurídico de un menor de 17 años lleva a la cierta conclusión de que carece de representante legal. Y la segunda impropiedad es la de que, si se quiere entender que tiene representante legal, el mismo no se puede modificar convencionalmente, siendo esa condición de determinación jurídica (arts 14 y 9.1 de la Compilación,* ahora arts. 5.3 y 63 y ss. CDFA) (FD 5º).

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón conoce en casación de este asunto y confirma en su integridad la Sentencia de la Audiencia, y por ello, igualmente rechaza de plano este motivo de casación interpuesto por la representación procesal de «La Caixa».

C) *Don Alberto, padre de Samuel, ¿ostenta sobre Samuel la autoridad familiar?*

Don Alberto tendrá la autoridad familiar sobre Samuel mientras este sea menor de edad y no esté emancipado [art. 5.2 y 93.1.b) CDFA].

Con gran precisión expresa este régimen jurídico la excelente sentencia de la AP de Zaragoza (secc. 2ª), de 30 de diciembre de 2010 en su fundamento de

Derecho 5º: *Aunque no se tiene representante legal sí que se mantiene por los mismos la autoridad familiar y, cuando no hay vida independiente del menor, son administradores de sus bienes al margen de la concurrente propia capacidad del menor del administrar asistido por sus padres.*

3ª ¿Quién y cómo está legitimado para llevar a cabo actos de disposición: Samuel, su padre o su abuelo?

Samuel tiene 17 años, es a él a quien le corresponde llevar a cabo los actos de disposición sobre sus bienes, contando con la asistencia que establece el Código del Derecho foral de Aragón.

El fundamento de esta respuesta se encuentra en el sistema de capacidad de los menores de edad en Aragón, diverso del resto de los Derechos civiles territoriales españoles, y que ahora expondré resumidamente como fundamento de la respuesta dada al caso.

A) *Gestión de los bienes de los hijos menores de edad no emancipados*

El art. 9 del CDFA es la clave del sistema: *La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en su defecto, al tutor.*

En razón de ello, la gestión (administración y disposición) de los bienes de los hijos corresponde a los padres titulares de la autoridad familiar como una función aneja a la misma.

Ahora bien, la gestión de los bienes de los hijos menores de edad no emancipados atribuye a los padres diversas facultades en función de la edad del hijo:

a) Hasta que cumpla 14 años, a ellos les corresponde, salvo excepciones, la administración y disposición de los bienes de sus hijos, teniendo para ello atribuida la representación legal de los mismos (arts. 5.3, 12.1 y 94 CDFA).

b) Cuando el hijo cumpla 14 años, y si no está emancipado, a los padres sólo les corresponde la administración sobre los bienes de los hijos, sin perjuicio de que ellos también puedan administrar sus bienes con la asistencia de uno cualquiera de sus padres, e incluso sin ella en aquellos casos que establece el Código foral (art. 26 CDFA).

Con todo, y con independencia de la edad del hijo, y siempre que sea menor, los padres pueden estar excluidos de la gestión de determinados bienes cuando para ellos se ha nombrado un tutor real o administrador judicial o bien la persona que trasmite a título gratuito bienes a un menor (herencia, legado o donación) establece el régimen de gestión de los mismos nombrando, al efecto, a un administrador (art. 107 CDFA). Esto es lo que dispone el párrafo 2 del art. 9: *Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición corresponda al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo bienes por donación o sucesión»*

B) *Menores de edad aragoneses y mayores de 14 años*

Los menores de edad aragoneses, a partir de los catorce años carecen de representante legal, y *pueden celebrar por sí todo tipo de actos y contratos, con la asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor* (art. 23.1 CDFA).

Por lo tanto, los actos de disposición le corresponde llevarlos a cabo a Samuel con la asistencia de uno cualquiera de sus padres. De no contar con estas asistencias, el acto o contrato será anulable en los términos que señala el art. 29 CDFA.

En este caso, *la disposición del dinero de la cuenta corriente debe hacerla Samuel (no su padre) mediando el asentimiento, previo o simultáneo, de don Alberto, su padre.*

Como señala SAP de Zaragoza, de 30 de diciembre de 2010, quien no puede llevar a cabo actos de disposición por sí mismo y sin contar con la autorización de su hijo Samuel es su padre, don Alberto: *los padres de un menor mayor de catorce años, que como ya hemos dicho no tienen representación legal, no pueden nunca, por sí ni con las autorizaciones del art. 13 disponer de los bienes de sus hijos* (FD 2, *in fine*).

4ª ¿QUIÉN Y CÓMO ESTÁ LEGITIMADO PARA LLEVAR A CABO ACTOS DE ADMINISTRACIÓN: SAMUEL, SU PADRE, SU ABUELO?

A) *Las reglas generales en lo que atañe a la legitimación para administrar los bienes de los menores*

La administración de los bienes de los menores aragoneses no emancipados corresponde, por regla general, a los padres titulares de la autoridad familiar (arts. 9.1 y 26.1 CDFA).

Dicha administración también puede realizarla el hijo mayor de catorce años contando con la debida asistencia de uno cualquiera de sus padres o, a falta de ellos, del tutor (art. 23.1 CDFA).

La administración compete en exclusiva al menor, y sin necesidad de asistencia respeto de: a) los bienes que adquiera con su trabajo o industria; b) los que se le hubieran confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos y c) los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiera ordenado (art. 26 CDFA).

B) *Los reintegros: ¿actos de administración o de disposición?*

En el caso que estamos analizando es relevante la calificación jurídica que le demos al reintegro que efectuó el padre de Samuel: si lo consideramos un acto de disposición, su actuación es ilegítima, ya que la misma le corresponde a Samuel y, por lo tanto, el dinero extraído deberá ser reintegrado por el depositario; por el contrario, si dicho reintegro se califica de acto de administración, la

actuación llevada a cabo por don Alberto es legítima y nada debe reponer «La Caixa» *¿Quid iuris?*

La importancia de que sea una cosa u otra no pasa inadvertida a la defensa de «La Caixa» que en el segundo motivo de casación alega infracción de los arts. 9, 12 y 13 Comp. (9 y 26 CDFA), el motivo es rechazado por el TSJA, que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial, cuando afirma esta última que: *ese reintegro, sin conocerse, como no se conoce, su destino, debe calificarse como un acto de disposición por quien carecía de potestad jurídica para hacerlo, por tanto inoponible frente al titular del depósito y obligado a su restitución conforme a los arts. 1766 y 1775 Cc»* (FD 6º).

En este caso estamos ante un acto de disposición y, por lo tanto, el padre de Samuel no tiene legitimación para efectuar reintegros en la cuenta corriente de su hijo: no es su representante legal. Obsérvese, que esta solución es peculiar del Derecho civil aragonés; en el resto de los Derechos civiles territoriales españoles los padres, como representantes legales de sus hijos menores no emancipados, sí tienen estas facultades.

5ª ¿Quién cree que, jurídicamente, tiene razón: Samuel o «la Caixa»?, ¿ha lugar o no a la reposición del dinero?

Jurídicamente la razón está del lado de Samuel por ser un menor aragonés mayor de 14 años y corresponderle a él la disposición de sus bienes con la debida asistencia. Por lo tanto se ha de condenar a la Entidad de Crédito a la restitución del dinero a la cuenta de Samuel (arts. 1766 y ss. en relación con los arts. 1255, 1101 Cc, además de la normativa bancaria) y ello, sin perjuicio, de las acciones por cobro de lo indebido que le puedan corresponder a «La Caixa» frente a don Alberto, padre del menor demandante.

Así se falló por la AP de Zaragoza en la S. de 30 de diciembre de 2010 y fue confirmado el fallo por la STSJA de 15 de junio de 2011.

REFLEXIÓN FINAL

Esta breve nota ha expuesto al hilo de un caso de la realidad, y de forma breve y escueta, la regulación de la capacidad de los menores de edad aragoneses no emancipados, y la gestión de sus bienes. El sistema aragonés es propio y diferente del resto de los demás Derechos civiles territoriales españoles, que tienen como punto de partida la sujeción del menor a la patria potestad de sus padres sin ampliarles la capacidad por razón de la edad salvo que cambie su estado civil, bien porque se emancipe bien porque alcance la edad de 18 años.

Este caso tiene su origen en el desconocimiento de las reglas aragonesas y no estaría de más que las entidades de crédito, empresas públicas y privadas

así como las Administraciones públicas a la hora de redactar contratos en los que puedan intervenir menores de edad, tengan en cuenta las reglas de capacidad de los aragoneses y más si las mismas ejercen sus funciones en tierras aragonesas.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

* 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.

COMPETENCIA, PREFERENCIA, SUPLETORIEDAD Y CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES ESPAÑOLAS. REFLEXIONES A LA SENTENCIA 22/2011 DE 26 DE MAYO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

María del Carmen Bayod López
Acreditada como Catedrática de Derecho Civil
Javier Pérez Milla
Prof. Titular de Derecho Internacional Privado

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2011[1] tiene como objeto dar respuesta a una cuestión de gran trascendencia y no sólo para el Derecho civil de Cataluña sino para todo el Derecho civil territorial español. La cuestión concreta a la que da solución el Tribunal de casación de Cataluña (TSJC) es determinar el Derecho que resulta aplicable: la norma estatal o la norma autonómica en lo que atañe a la prescripción de los contratos de obra y de servicios; utilizando las palabras de la Ponente, la sentencia objeto de comentario resuelve «si procede aplicar a las obligaciones, o mejor dicho, a las pretensiones (…) derivadas de las ejecuciones de obra, la prescripción trienal prevista en el art. 121.1.b) (del Código de Derecho civil de Cataluña)[2] o si contrariamente a esta conclusión, la prescripción de estas pretensiones se ha de regir por lo que prevé el art. 1964 del Código civil español» (FD Primero in fine)

Este problema no sería especialmente difícil si no fuera porque en su solución se entrecruzan dos mecanismos del complejo sistema de relaciones diseña-

[1] *WestLaw* JUR\2011\300569.

[2] Libro Primero aprobado por Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre (*WestLaw* LCAT 2003\14).

do por la Constitución española (CE) para el Estado autonómico: el sistema de solución de conflictos de leyes y el principio de competencia.

En efecto, la respuesta que de forma inmediata surge de la cabeza de los operadores jurídicos no es otra que afirmar, casi instantáneamente, que se debe aplicar la normativa autonómica, ya que habiendo norma expresa catalana, el Código civil (CC) queda desplazado y resulta inaplicable por dicho concepto. La solución la aborda el Tribunal Superior aplicando los criterios de preferencia y supletoriedad previstos en la CE (párrafos 1.8ª y 3 del art. 149).

Ahora bien, para la Audiencia Provincial de Barcelona[3], la solución anterior, y que fundó también el fallo del Juzgado de Primera Instancia, no fue tan evidente, ya que si resultan aplicables dos Derechos a una misma situación (art. 1964 CC o art. 121.1.b) CC Cataluña), hay que dar un paso previo: ¿cuál es el Derecho aplicable?

La duda para la Sala de apelación se funda en el art. 10.10 CC en el que se establece el principio de unidad de la ley que rige el contrato al disponer que: *ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos de cumplimiento y a las consecuencias de su incumplimiento así como a su extinción.*

Para la secc. 1ª de la AP de Barcelona, al no haber regulación propia de los contratos de obra y de servicios en Derecho civil Catalán, resulta aplicable el Código civil y, por aplicación del principio de unidad de la Ley aplicable, no sólo en lo que atañe a la formación y cumplimiento del contrato sino también a su extinción: la prescripción de 15 años prevista en el art. 1964 CC, con exclusión, entonces, del art. 121.1.b), ya que, de aplicarse, rompería el mencionado principio.

La Audiencia Provincial de Barcelona tiene razón en la estrategia a seguir: si a una misma situación son aplicables dos Derechos, el paso previo es determinar cuál es el aplicable, de acuerdo con las normas de conflicto, que son competencia exclusiva del Estado español (art. 149.1.8ª CE).

Si el Derecho aplicable resulta ser el estatal, su aplicación será directa y queda excluida la aplicación del Derecho autonómico y, en consecuencia los mecanismos de supletoriedad y autointegración del Derecho supletorio a través de sistema de fuentes del Derecho suplido.

Ahora bien, si la Ley aplicable a la solución del conflicto es la autonómica, en función del principio de competencia, a ella le corresponde la aplicación del Derecho a través de sus sistema de fuentes; recurriendo, en su caso, al Derecho supletorio, que sólo podrá ser aplicado sin infringir y sin excluir la regulación propia, en la que deberá quedar este integrado.

Esta última es la solución a la que llega el TSJ de Cataluña, revocando la sentencia de la AP de Barcelona (secc. 1ª) de 2 de febrero de 2010, ya que: 1) habiendo norma expresa resulta aplicable el Derecho civil propio, que desplaza al Código civil y 2) porque la aplicación supletoria del CC en materia de competencia autonómica, aún no actuada, evita los conflictos de leyes al ser toda

[3] *WestLaw* JUR\2011\148147

esta materia Derecho civil catalán. Esta respuesta la proporciona el Tribunal Superior de Cataluña negando la existencia de un conflicto de leyes afirmando para ello, que todo es Derecho civil catalán, también el regulado en el Código civil, si se aplica como Derecho supletorio en Cataluña.

II. LOS HECHOS

Entre la empresa X y la empresa H, con sede ambas en la Comunidad Autónoma de Cataluña, se celebra un contrato de obra resultando que la primera reclama a la segunda por la actividad que la misma ha desarrollado para la empresa H sendas facturas que ascienden a un total de 6.630,60 euros.

La empresa H se opone a las pretensiones de la actora alegando la excepción de prescripción por el transcurso de tres años desde la emisión de dichas facturas, tal y como establece el art. 121.21.b) del Código civil de Cataluña (CC. Cat.); de no ser acogida esta pretensión, de forma subsidiaria, alega la compensación oponiendo un crédito que la empresa demandada tiene frente a la actora, con lo que la deuda a abonar ascendería a 4.609,25 euros.

En Primera Instancia conoce del asunto el JPI núm. 2 de Sant Feliu de Llobregat, que, por sentencia de 18 de abril de 2008, desestima las pretensiones de la demandante, por entender que la deuda reclamada ha prescrito por el transcurso de tres años, tal y como prevé del art. 121.21.b) del CC Cat.

La parte actora recurre en apelación, manteniendo la parte apelada las mismas pretensiones que en la Primera Instancia: la prescripción de la deuda y, subsidiariamente, su compensación parcial.

La secc. 1ª de la AP de Barcelona (Ponente: Ilma. Sra. María Dolores Botella Lluch), en sentencia de 2 de febrero de 2010, estima en parte el recurso de apelación con estimación parcial de la demanda, al entender que la deuda no está prescrita por ser aplicable el art. 1964 CC, no el Derecho civil de Cataluña (art. 10.10 CC); y, por lo tanto, procede la compensación de la deuda, tal y como subsidiariamente, alega la parte apelada y demandada en la instancia.

La parte apelada recurre en casación alegando infracción por inaplicación del art. 121.21.b) y del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña: art. 111 del referido Código del Derecho civil de Cataluña, existiendo sobre esta materia doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma de Cataluña y en ausencia de Jurisprudencia del Tribunal Superior de la Comunidad.

El Tribunal Superior de Cataluña, sentencia de 26 de mayo de 2011, (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Núria Bassols i Muntada) estima el recurso en base a los siguientes argumentos:

1. El art. 121.1.b) establece: *Prescripción Trienal: Prescriben al cabo de tres años: (…) b) Las pretensiones relativas a la remuneración de las prestaciones de servicios y de*

ejecuciones de obras. Esta norma, reguladora de la prescripción tiene carácter imperativo y la misma debe ser interpretada de acuerdo con el art. 111.2, que regula la interpretación e integración de la norma sustantiva catalana en aquello que por cualquier causa resulte incompleta.

2. Para completarla, se ha de acudir a la aplicación supletoria del Código civil (art. 115.2 CC Cat.)[4] en lo no regulado por el Derecho civil catalán, como es el contrato de obra, pero su aplicación e interpretación debe hacerse como impone el art. 13.2 CC, con pleno respeto a los Derechos especiales o forales.

3. En razón de lo anterior, la integración del Derecho civil de Cataluña impone la aplicación del régimen jurídico propio de la prescripción de tres años regulada por el Derecho civil Catalán por ser este de aplicación preferente y tener eficacia territorial, *sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se tenga que regir por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad* (art. 113.3.1 CC Cat.).

4. Todo lo anterior, lo justifica el Tribunal Superior en base a que no existe en este caso ningún conflicto interno de leyes que nos lleve al comprometido problema de determinar el Derecho civil aplicable ya que:

a) No hay necesidad de acudir al art. 16 CC dictado para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de diversas legislaciones civiles en territorio nacional, puesto que nadie nos ha planteado la existencia de ningún tipo de conflicto (FD 2º in fine).

b) No hay conflicto de leyes porque no existe en el caso ningún elemento interregional, y ello porque no hay un elemento subjetivo diverso (distinta vecindad civil) o territorial (ambas están domiciliadas en Cataluña y su Derecho civil es territorial) y tampoco diversidad material: no hay dos Derechos civiles sino tan solo uno: el Derecho civil de Cataluña puesto que cuando el Código civil se aplica como Derecho supletorio del Derecho civil Catalán, lo hace en materia de su competencia de conservación, modificación y desarrollo, formando parte del Derecho civil Catalán y, por lo tanto, estando sujeto a sus sistema de fuentes.

III. ANÁLISIS DUAL: COMPETENCIA Y CONFLICTO DE LEYES

1. Análisis conflictual

A. *Argumentación no conflictual*

Coincidiendo con el Tribunal en la «complejidad» de las argumentaciones jurídicas vertidas en sus fundamentos, la Sentencia 22/2011 desarrolla dos

[4] Artículo 111.5. *Preferencia y supletoriedad*: *Las disposiciones del Derecho civil de Cataluña se aplican con preferencia a cualesquiera otras. El Derecho supletorio solo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan.*

líneas argumentativas. La primera trata de la integración de la legislación catalana mediante su sistema de fuentes del Derecho si por cualquier causa resulta incompleta (en el caso, mientras no esté vigente el Libro sexto del CC Cat.). La segunda, contenida básicamente en su Fundamento Jurídico Sexto, está dirigida a sortear la existencia de un conflicto de Leyes entre el Código catalán y el Código Civil y para ello es primordial –retornando a su primera argumentación– la «voluntad autointegradora» para «la interpretación e integración de la norma sustantiva catalana en aquello que por cualquier causa resulte incompleta».

La clave sobre la que se sustenta la Sentencia es que «en el supuesto que tratamos no se ha presentado un conflicto de distintas normas civiles que coexistan en el territorio nacional», rechazando de esta manera perspectivas conflictualistas de las Audiencias que habían resuelto con rigor técnico jurídico situaciones análogas[5]. Dos pilares sustentan el planteamiento no conflictualista. Primero, porque no existen materialmente: «el elemento interregional tiene que estar presente en todo caso, ya que de otra manera el conflicto de leyes no se producirá» y se explica que «es por lo tanto necesario (…) la presencia de un elemento de esta naturaleza bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra CA) o, en su caso, por los elementos objetivos de la mencionada relación (situación del bien en otra CA), o por el lugar de realización del negocio o porque este tuviese que tener efecto en otro lugar, etc.»).

La ausencia del conflicto se fundamenta además en el «carácter autointegrado» del sistema jurídico catalán que es completo en su ámbito competencial[6]. Sentado que el CC se aplica en la materia de responsabilidad civil en tanto que Derecho supletorio, el Tribunal concluye que toda la regulación del contrato de obra es normativa catalana, tanto la que existe sobre prescripción expresamente [art. 121.21.b) CC Cat.], como la normativa reguladora de la obligación contractual contenida en el CC (arts. 1088 y ss. y arts. 1254 y ss.) porque la incorporación del CC, a título supletorio al ordenamiento jurídico catalán lo hace Derecho civil catalán, disipándose así cualquier posible conflicto entre ambos ordenamientos.

Con este planteamiento, el Tribunal Superior rechaza razones, de signo contrario, que fundamentaban algunas Sentencias de las Audiencias: «Se podría argumentar, y alguien lo ha hecho, que si derecho estatal es supletorio del Derecho autonómico, como dice el artículo 149.3 *in fine* de la Constitución española, eso quiere decir que es sin embargo derecho civil catalán, pero este argumento genera una confusión que no se puede admitir, toda vez que el mismo texto constitucional diferencia claramente entre la legislación civil estatal de la que es propia de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.8ª), y el artículo 111.1

---

[5] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 2010 (*Westlaw Aranzadi* JUR 2010\164985). *Vid.*, Pérez Milla, Javier, *Conflictos internos de Leyes española, en la frontera*, 2010, pp. 158 y 159.

[6] *Vid.*, STC 31/2010 de 28 junio (*Westlaw Aranzadi* RTC 2010\31).

del Código Civil de Cataluña define lo que entiende por derecho civil de Cataluña al indicar que "es el constituido por las disposiciones de este Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio"»[7].

Por tanto, si la normativa aplicable es toda catalana, ni se producirá un conflicto de leyes, ni existirá ruptura de la unidad del régimen jurídico aplicable («el juego de la integración del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de su propio sistema de fuentes impide que pueda hablarse de quiebra del principio de unidad del régimen jurídico aplicable a la institución»), principio que no es posible derivar ni de fuentes internacionales[8] –por no ser aplicables sino «para resolver conflictos de aplicación de las distintas normas privadas de los países signatarios, sin que en ninguno se pueda hacer extensiva la aplicación entre las diversas normas de cariz privado vigentes en un mismo estado»– ni nacionales (art. 10.10 del CC) –porque «en el supuesto que tratamos no se ha presentado un conflicto de distintas normas civiles que coexistan en el territorio nacional (se trataría del Código civil y el Código civil de Catalunya)»–.

Solucionada la cuestión desde los parámetros de auto-integración del ordenamiento jurídico autonómico, aún se añaden otros tres argumentos que apoyarían la aplicación de la normativa catalana y que, sin ser desarrollados, quedan en la recámara. En primer lugar, el carácter imperativo de la regla de la prescripción: «resulta de interés mencionar el carácter imperativo de las normas reguladoras de la prescripción, carácter que determina categóricamente el art. 121.3 de la norma catalana». En segundo lugar, se alude a la fórmula de la territorialidad del Derecho civil catalán: «la norma aplicable (dentro de los diferentes regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional a que hace mención el capítulo quinto del Código civil español) es la catalana. Así se deduce del artículo 111.3 del CC Cat., el cual proclama la territorialidad del derecho civil de Catalunya, a pesar de que hace reserva, de conformidad con el art. 149.1.8 de la Constitución en relación con el artículo 13 a 16 del CC, las excepciones que puedan establecerse en cada materia y sobre todo las situaciones que tengan que regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad». Por último, el argumento de lo que es evidente: «queda claro que no es preciso averiguar acudiendo al artículo 10, apartado quinto del Código civil español, cuál es la norma civil aplicable, dado que una lectura del mismo hace evidente que es aplicable el Código civil catalán, cosa que ha comportado que ninguna de las partes litigantes, ni tan siquiera, se planteasen la aplicación de dicha norma para resolver el «conflicto», ya que se detecta automáticamente sin ni tan solo cuestionarlo».

---

[7] SSAP de Barcelona de 2 de febrero de 2010 (*WestLaw* JUR\2010\148147) y de 10 de marzo de 2010.

[8] Se menciona el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 aplicable a las relaciones contractuales, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de las Comunidades Europeas de 17 de junio de 2008 y el Convenio aplicable a los accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971.

B. *Implicaciones conflictuales*

Una rápida mirada a la construcción del Tribunal Superior permite inferir, inmediatamente, que una perspectiva conflictualista del supuesto es imposible –pues se niega categóricamente su existencia– y que la cuestión debe resolverse, exclusivamente, bajo el prisma competencial en atención al sistema de fuentes del Derecho catalán. Pero se evidencian también ciertas paradojas al querer tratar otras cuestiones que son muy trascendentes en el plano de los conflictos de leyes como son la unidad de ley aplicable, la territorialidad del Derecho autonómico o el carácter imperativo de la norma sobre prescripción.

La explicación a este proceder dual trae su causa en el mismo modelo jurídico-organizativo del Estado de las Autonomías donde se genera una interacción constante entre la dimensión competencial y la de los conflictos de leyes que es necesario diseccionar con precisión ya que no hacerlo genera ciertas y graves confusiones jurídicas en la estructuración territorial del Estado, causadas por las falsas similitudes que mantienen lo competencial y lo conflictual. Tener en cuenta esta dualidad es lo que permite la valoración adecuada del problema porque el caso del que conoce el TSJ no es sino otro más de estos muy complejos supuestos[9].

Apreciar en toda su extensión esta doble perspectiva lleva a profundizar hasta donde hunde sus raíces el modelo territorial autonómico. Para la Doctrina Estatutaria, «la función del DIPr. es la de determinar los límites de la ley en el espacio. Pero cabe observar, de otra parte, que estos límites guardan relación con el ámbito espacial de poder que dicta la ley»; y añade significativamente González Campos: «esta construcción teórica, en sus orígenes, se adecua perfectamente a la situación de las ciudades del Norte de Italia, que al amparo de la autonomía política concedida por el Imperio en el siglo XII, han desarrollado sus ordenamientos propios (…). Y dada su vinculación con el poder político, no puede sorprender que el fundamento teórico de la teoría de los estatutos se mantenga inalterado en el periodo de los Estados absolutos, ni tampoco que en este periodo cambie el énfasis doctrinal, del inicial "personalismo" en las soluciones de la escuela italiana, a un creciente "territorialismo"»[10].

Nueve siglos después, este párrafo de la historia parece hacerse presente en la España autonómica con unas mínimas adaptaciones («DIPr.» x «conflictos internos de leyes» y «ámbito espacial de poder» x «ámbito competencial»). Sin embargo, desde un punto de vista metodológico, la comparativa entre la Estatutaria y el modelo autonómico depara diferencias trascendentes.

---

[9] Otro de estos supuestos distorsionantes lo constituyen las leyes autonómicas de definición competencial que se confunden con (falsas) normas de delimitación del ámbito de aplicación espacial. *Vid.*, PÉREZ MILLA, Javier, 2010, pp. 62 a 88.

[10] *Vid.*, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral» en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menendez*, T. IV, 1996, pp. 5.243 y 5.244.

Telegráficamente, la doctrina Estatutaria atiende fundamentalmente al problema del ámbito de aplicación en el espacio de las leyes eventualmente aplicables, desarrolla un método unilateral que centra el análisis de aplicabilidad de la norma en la *voluntas legis*, obtiene resultados tópicos –y en muchas ocasiones legeforistas («*lex propia in propio foro*»)–, deriva hacia soluciones basadas en la territorialidad –que elude la existencia de conflictos– y prácticamente desaparece –aunque resurge con fuerza en algunas construcciones doctrinales de los años 70[11]– cuando Savigny propone como solución el método bilateral (conflictual), abandonando el análisis formal (ámbito de aplicación de la Ley) en favor de otro material (situación jurídica privada internacional).

Por su parte, el modelo plurilegislativo español que surge de la Constitución de 1978 (CE) y que se construye en torno a la territorialidad como criterio básico de organización (art. 137 CE), se aleja de planteamientos unilaterales cuando decide que la solución de los conflictos de leyes españolas resultará, no de reglas particulares que pudieran proponer los legisladores autonómicos, sino de un sistema único y estatal dictado en función de la competencia exclusiva sobre «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (*y*) normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8ª CE).

De la comparativa de los dos modelos, se colige que existe una correspondencia entre unilateralidad y delimitación del ámbito espacial de la Ley y que, tras añadirse el componente savignyano a los conflictos de Leyes, surge otra correspondencia, esta vez entre el sistema de solución de conflictos internos (tradicionalmente denominado Derecho interregional) y las situaciones con elementos externos. Si la unilateralidad considera el ámbito espacial de la Ley (opera en un plano formal), el Derecho interregional se dirige a solucionar situaciones jurídico-privadas heterogéneas (operando en el plano material).

Las diferencias entre la Estatutaria y el sistema autonómico son también muy significativas cuando la metodología se concreta en la operativa. En una situación de conflicto de leyes, la primera tarea unilateralista consiste en analizar el ámbito de aplicabilidad de la propia norma y sólo cuando se concluya que no es aplicable, se continuará con el examen de la esfera de aplicación de otras normativas.

Frente a lo anterior, el modelo autonómico es más complejo. Si bien existe un margen de definición unilateral del ámbito competencial autonómico, este difiere de la labor de análisis de la *voluntas legis* estatutaria al quedar sometida a dos límites constitucionales: la territorialidad competencial y el sistema estatal de solución de conflictos internos de leyes españolas, como corolario del conjunto plurilegislativo que rememora una ideal *Lex superior* invocada (sin que tuviese plasmación en la realidad jurídica) por los estatutarios y que en el Estado de las Autonomías, desarrolla una función organizativa como es la coor-

---

[11] *Vid.*, específicamente sobre la renovación del unilateralismo, GOTHOT, Pierre, «Le Renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé» en *Revue critique de droit international privé*, 1971, pp. 1 a 36, 209 a 243 y 417 a 450; para una visión más general, *vid.*, VITTA, Edoardo, «Cours général de droit international privé» en *Recueil des Cours*, T. 162 (1979-I), pp. 147 a 162.

dinación de los ordenamientos jurídicos que coexisten desde el principio constitucional de su paridad.

En el estado actual de la España autonómica, una Jurisprudencia constitucional que interpreta el art. 149.1.8 CE es terminante[12]: la función de coordinación de la plurilegislación corresponde al sistema estatal de solución de conflictos internos, con exclusión del legislador autonómico; en consecuencia, existe un único sistema conflictual estatal y no una pluralidad de sistemas particulares autonómicos que pudieran solucionar los conflictos de leyes mediante la determinación unilateral del ámbito de aplicación de la Ley[13].

Toda esta construcción equilibrada se supedita a la existencia de una situación de conflicto de leyes que aparece cuando se traspasa (formal o materialmente) el territorio de la Comunidad Autónoma. De no existir un conflicto de leyes, la operatividad de principios constitucionales básicos de Autonomía competencial permiten al legislador autonómico la definición completa del ámbito de su competencia, tanto desde un punto de vista material como, dentro de sus términos territoriales, de la vertiente espacio-territorial de su normativa[14].

Hoy por hoy y dada la Jurisprudencia constitucional, detraer el aspecto de la delimitación del ámbito de aplicación espacial en relación a las situaciones homogéneas o territoriales se entendería como una vulneración de la exclusividad competencial en su aspecto (intra)territorial.

Cuando existe un conflicto de leyes, tal definición espacial queda desactivada y cualquier competencia autonómica decae a favor del Estado; dicho de otro modo, en estos casos el centro de gravedad de la operativa se desplaza desde el ordenamiento autonómico al sistema estatal de solución de conflictos internos y en el desarrollo de su función organizativa, la regulación del tráfico interterritorial es susceptible de condicionar la dimensión espacio-territorial de toda competencia autonómica.

---

[12] Para la definición constitucional del modelo de solución de conflictos internos de leyes españolas, *vid.*, STC 156/1993 de 6 de mayo (*Westlaw Aranzadi* RTC 1993\156) y STC 226/1993 de 8 julio (*Westlaw Aranzadi* RTC 1993\226).

[13] Que «los diferentes Derechos civiles españoles delimiten su propio ámbito de aplicación» encuentra cierto apoyo en Arenas García, Rafael («Pluralidad de Derechos y unidad de Jurisdicción en el Ordenamiento jurídico español» en VVAA, *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, 2011, pp. 64, 65 y 75) autor que rechaza planteamientos territoriales para preferir otro más «nacional» como es la unidad de Jurisdicción que es usada como referencia para apoyar algunas conclusiones teóricas acerca de la validez y/o eficacia de los Derechos civiles españoles. En relación a la delimitación unilateral del legislador autonómico, considero que no es posible deducir tal posibilidad con carácter general de un caso muy particular y con orígenes específicos como son las normas materiales autolimitadas, más aún cuando para el Tribunal Constitucional su uso es excepcional y sólo son aceptables si no alteran (neutralidad conflictual) el sistema estatal de solución de conflictos.

[14] Este aspecto espacial de las competencias autonómicas es causa de no pocos problemas. El TC se ha dedicado a impedir excesos extraterritoriales del legislador autonómico, exigiendo una «vinculación directa» con el territorio –STC 330/1994, de 15 de diciembre (*Westlaw Aranzadi* RTC 1994/330)– aunque no se ha pronunciado expresamente sobre si el sistema conflictual podría condicionar la competencia territorial autonómica también en situaciones internas.

Realizadas estas explicaciones, la tensión que late bajo la controversia objeto de estudio y la que provoca el alto grado de complejidad en los fundamentos jurídicos de la Sentencia aparece de forma diáfana y precisa: el Tribunal entiende que, cuando la situación es interna (territorial), la definición competencial corresponde, exclusivamente, al propio Derecho catalán sin ninguna intromisión externa (del sistema conflictual estatal); y como toda su construcción depende de la ausencia de un conflicto de leyes, logra moverse entre los férreos límites teóricos y jurisprudenciales señalados (definición competencial, territorialidad y conflictos de leyes) y encuentra un resquicio: se basa en la definición competencial, no para solucionar unilateralmente un conflicto de leyes (que no le estaría permitido) sino para, unilateralmente, negar su existencia.

2. Análisis competencial: Preferencia y supletoriedad

A) *El art. 149.3 CE: una norma para la resolución de conflictos competenciales*[15]

a) Formulación del conflicto

Posiblemente el TSJ de Cataluña no habría dedicado cinco de sus siete Fundamentos de Derecho a negar la existencia de un conflicto de leyes, si no fuera porque ese fue el argumento único de la Audiencia Provincial de Barcelona para revocar la sentencia de instancia y aplicar el art. 1964 CC. con exclusión de la normativa catalana en materia de prescripción.

Es más que probable que en esta materia no exista un conflicto de leyes porque como dice el fundamento de Derecho sexto:

> «en el supuesto que tratamos no se ha presentado un conflicto de distintas normas civiles que coexistan en el territorio nacional (se trataría del Código civil y el Código civil de Catalunya), por lo que no interesa la remisión que hace la Audiencia al artículo 10, apartado 10, del Código civil.
>
> Y es que, en efecto, únicamente podremos considerar la aplicación de tales normas cuando tengan que ponerse en relación diferentes sistemas jurídicos y respeto la opción que el juzgador tiene que realizar de uno u otro para regular una relación jurídica determinada.
>
> Es por lo tanto necesario para la aplicación de las normas de conflicto, tanto en el caso del derecho internacional privado como en el caso del derecho interre-

[15] Las reflexiones que en esta materia hago sobre norma de conflicto y supletoriedad las tomo de varios trabajos míos, escritos hace unos años, pero que, a lo que creo, no han envejecido con el paso del tiempo, y dan cumplida respuesta a las reflexiones que formulo al hilo de esta sentencia. En razón de ello, no haré citas a los mismos, salvo la indicación que hago en esta nota, y con excepción de algún otro caso en el que la precisión del argumento exija la cita expresa. Los trabajos a los que me refiero son los siguientes: Bayod López, María del Carmen (1999): «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 Bayod López, María del Carmen (2000): «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*, núm. 2, pp. 75-125

gional, la presencia de un elemento de esta naturaleza bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra CA) o, en su caso, por los elementos objetivos de la mencionada relación (situación del bien en otra CA), o por el lugar de realización del negocio o porque este tuviese que tener efecto en otro lugar, etc.

El elemento interregional tiene que estar presente en todo caso, ya que de otra manera el conflicto de leyes no se producirá».

Ahora bien, la formulación del conflicto dentro de estos parámetros, permite reflexionar sobre dos cuestiones de gran calado dogmático: por una lado, cómo se relaciona el Derecho aplicable y el Derecho supletorio, esto es, cuál es, en definitiva, el campo de aplicación de cada uno de ellos; por otro, el valor de norma de solución competencial que posee el art. 149.3 CE que, en materia de conservación, modificación y desarrollo, designa como una única norma competente a la autonómica.

b) Normas de conflicto y supletoriedad: Relaciones y principios de aplicación de una y otra

El ordenamiento jurídico español presenta en su ámbito interno una estructura compleja al estar formado por diversos entes estatales que se coordinan entre sí a través del principio de competencia que requiere, como herramientas anejas, de otros dos principios: el de preferencia y el de supletoriedad.

En lo que atañe al Derecho civil, en el territorio nacional coexisten en plano de igualdad siete Derechos civiles (el Código civil junto con los seis Derechos civiles forales o especiales) cuyas reglas de aplicación establece la Constitución española en base a los principios de competencia, preferencia y supletoriedad.

Ahora bien, la relación y coordinación entre unos y otros ordenamientos civiles requiere un paso previo: la determinación del ordenamiento civil aplicable; es la norma de conflicto la que indica cuál de los posibles sistemas jurídicos españoles resulta aplicable para la solución del caso.

En el diseño constitucional, las normas de conflicto, de competencia exclusiva del Estado central (art. 149.1.8ª), son de aplicación directa en todo el territorio nacional sin que las Comunidades autónomas con Derecho civil propio puedan intervenir en esta materia: el ámbito de aplicación de la norma de conflicto lo diseña el estado Central. La aplicación del Derecho estatal de forma directa es inevitable: la impone el sistema de reparto de competencias en materia civil previsto en la Constitución española. Por ello, cuando concurren sobre un mismo asunto la posibilidad de aplicación de varios Derechos civiles, el Estado, a través de las normas de conflicto, designa al Derecho competente. Y este ejercicio es previo a ningún otro.

Si el Derecho aplicable es el Derecho civil del Estado por remitirse a él la norma de conflicto, su aplicación es directa y ninguna integración o adaptación de estas normas puede hacer el operador jurídico autonómico responsable de resolver el asunto; además, la determinación del Derecho aplicable debe ser aprecia-

da de oficio por los Tribunales aun cuando ninguna de las partes la haya alegado, por no ser esta cuestión materia dispositiva (art. 12.6º CC)[16].

Sin embargo, la aplicación del Derecho civil estatal de forma supletoria es contingente: el Derecho estatal dejará de aplicarse en la Comunidades autónomas con Derecho civil por este concepto en la medida en que estas desarrollen de forma plena y absoluta su competencia en materia civil; pero incluso, aun cuando la misma no tenga el desarrollo completo en determinada materia, el Derecho supletorio debe aplicarse sin desconocer las normas propias autonómicas y, desde luego, sin contradecirlas ni evitarlas.

Pero para que sea aplicable el Derecho civil estatal como supletorio, la competencia en la materia debe recaer en la Comunidad autónoma: ¿es así en este caso?

c) El art. 149.3 CE: Norma de solución para diseñar el reparto de competencias

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

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

En esta norma se contiene lo que la doctrina de forma unánime ha venido en calificar como cláusula de cierre y garantía de situaciones atípicas tanto en el sistema de distribución de competencias como en el sistema de relación entre ordenamientos[17].

Por lo tanto, este precepto constitucional responde a una doble finalidad: por un lado, señalar la supletoriedad del Derecho civil estatal y por otro, actuar como norma que determina el Derecho, estatal o autonómico, aplicable en función del reparto de competencias.

Las dos proposiciones primeras: *Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas, en virtud de sus*

---

[16] Sobre estas cuestiones puede verse el siguiente estudio: Bayod López, María del Carmen (2009): «La aplicación indebida del Código civil como fundamento del recurso de casación en Aragón: Infracción de las normas del Derecho civil aragonés y aplicación del Derecho supletorio para la solución del conflicto. (Reflexiones sobre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de marzo de 2007 y 27 de febrero de 2006)», en *RDCA, 2008-XIV*, pp. 171 a 191

[17] Vid, en este sentido Balza Aguilera y De Pablo Contreras, *El Derecho estatal como Derecho supletorio del propio de las Comunidades autónomas*, en REDA, 55, 1987, pp. 383 y ss; Torres Muro, Ignacio, *La doctrina del Tribunal constitucional sobre la cláusula de la supletoriedad. Una defensa matizada.*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 22, 1997, pp. 178; García de Enterría, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las comunidades autónomas*, RDA, 95, 1997, p. 408; Carbonell Porras, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*. RAP, 143, 1997, p. 195.

respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no hayan asumido los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas, entrañan, a juicio de la doctrina una norma de solución –y no de distribución de competencias–, que señala el Derecho aplicable –el estatal– en los supuestos de concurrencia normativa por parte de los entes estatal y el autonómico.

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

Pero, obsérvese, que en el ámbito civil la preferencia corresponde al Derecho autonómico, al presentarse *la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio* como una competencia exclusiva del ordenamiento autonómico, que excluye la competencia estatal. En esta materia (conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio) no puede existir colisión entre la norma autonómica y la estatal, por la sencilla razón de que el Estado carece de competencias sobre ella.

En el caso resuelto por el TSJ de Cataluña en esta sentencia, no puede haber, como el propio Tribunal ha dicho un conflicto de leyes, ya que no hay ningún punto de conexión externo al sistema que derive la competencia a otra Comunidad Autónoma con Derecho civil propio o al Estado central; por lo tanto en este supuesto el Derecho civil aplicable es el Derecho civil de Cataluña.

Ahora bien, el Código civil Catalán no regula el contrato de obra, ¿significa esta ausencia que ahora debemos aplicar el art. 10.10 CC.?, ¿con qué consecuencias?

B. El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Derecho estatal: ¿cuándo y cómo se aplica?

La AP de Barcelona considera que hay un conflicto de leyes por cuanto:

> «SEGÚN. Resulta de la prova practicada que les relacions entre les parts ara litigants integren un supòsit d'arrendament o execució d'obra, un negocio jurídic respecte del que la legislació catalana no conté una regulació específica, tota vegada que encara no ha estat publicat el llibre sisè del codi civil de Catalunya (…)
>
> TERCER. El conflicte de lleis que es pot presentar, en el seu cas, entre les dues legislacions civils (estatal i autonòmica) haurà de ser resolt segons el que disposa l'apartat 10 de l'article 10 del Codi civil , per remissió expressa de l'article 16 del mateix text quan diu que «Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV», capítol dins del qual es troba l'article 10 citat.
>
> L'article 10.10 esmentat disposa que «La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción», disposició que com assenyala la doctrina, es

> projecta sobre tota mena d'obligacions, siguin contractuals o extracontractuals, i en relació a les primeres, que són les que ara ens interessen, el precepte s'inspira en el principi d'unitat del règim jurídic del contracte, tota vegada que pretén que la llei aplicable al contracte regeixi tots els aspectes que en derivin, des del seu naixement fins la seva extinció, el que inclou certament la prescripció i a la caducitat».

A lo que creo, en este caso, como ya se ha señalado no existe ningún conflicto de leyes, ya que no hay ningún elemento externo (vecindad civil, residencia, etc.) que haga entrar en concurso a otro Derecho civil territorial español; por lo tanto, la competencia es totalmente atribuible al Derecho civil catalán. Llegados a este punto, ya no es necesario recurrir al art. 10.10 CC.

En efecto, en territorio catalán y entre dos empresas situadas en Cataluña se ha celebrado y ejecutado un contrato de obra. El comitente debe el pago de determinadas ejecuciones de obras al contratista, y requerido de pago este alega su prescripción por el transcurso de tres años, en virtud del art. 121.1.b) CC de Cataluña.

Ahora bien, aun aplicando el art. 10.10 CC entendiendo, como hace la AP de Barcelona, que la concurrencia del CC junto al CC Cat. en relación a la prescripción origina un conflicto de leyes formal, la respuesta igualmente nos lleva a aplicar el CC de Cataluña.

Pues bien, apliquemos el art. 10.10 CC, pero partiendo del que me parece es el protocolo de actuación correcto:

A. ¿Qué ley regula la obligación? El Derecho civil Catalán (en función de lo dispuesto en el art. 10.5 CC).

B. ¿Qué establece al respecto el Derecho civil catalán? Nada, no hay regulación del contrato de obra, tan sólo de la prescripción de acciones.

C. ¿Qué debemos aplicar? A falta de regulación expresa, debemos acudir al Derecho civil supletorio: art. 149.3 *in fine* CE y art. 115 CC Cataluña.

D. ¿El Código civil debe aplicarse en función del art. 10.10 CC? No, porque el CC no es la ley aplicable de forma directa, y por lo tanto competente en la materia, sino tan sólo el mecanismo de integración necesario para dar complitud al Derecho civil de Cataluña, único competente para solucionar el caso. En razón de ello, es el Código civil que debe aplicarse, integrarse e interpretarse en función del Derecho civil catalán, pues es él el único competente en la solución del caso.

Estas respuestas se fundamentan en base al modelo de supletoriedad que a mi juicio diseña la CE.

La supletoriedad prevista en la proposición final el art. 149.3 CE *(El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las comunidades autónomas)* tiene como objeto, por un lado, establecer un sistema de relaciones entre el Derecho del Estado y los Derechos autonómicos; por otro, responde a una función que le es propia, la integración de lagunas legales: evitar el *horror*

vacui que pudiera producirse al pasar de un Estado centralista a un Estado autonomista[18].

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

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

La supletoriedad establecida en el texto constitucional no es una competencia más que corresponde al legislador del Estado[19], pudiendo este, en consecuencia, establecer su ámbito de aplicación, sino que es una técnica de integración de lagunas, capaz de ser controlada por el legislador autonómico, a quien corresponde la competencia de cómo y con qué efectos se aplica el Derecho supletorio.

Por ello, el Derecho supletorio sólo debe aplicarse en aquello que no disponga expresamente el Derecho autonómico, y siempre y cuando no se oponga a sus principios generales.

Ello significa que sólo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio:

1º Cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico civil propio y su regulación presente deficiencias.

Por lo tanto, será necesario que se constate la existencia de una laguna, de manera que ensayando previamente la autointegración de la misma a través del recurso a la analogía y a los principios generales que informan dicho ordenamiento, no encontremos la solución al caso.

Sólo en el caso de que no sea posible colmar dicha laguna, procederá la aplicación del Código civil, que en todo caso, deberá ser aplicado teniendo en cuenta la sistemática y principios del ordenamiento civil propio.

---

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

[19] En este sentido es ya constante la jurisprudencia del TC, si bien son destacables las sentencias 118/1996 y 61/1997; en las que se declara lo siguiente: «el hecho de que el legislador estatal disponga de la aplicabilidad de sus normas a las Comunidades autónomas sólo es constitucionalmente legítimo allí donde se halle habilitado por un título competencial específico, que le permite disponer de tal cosa; pero donde carece de él no pude atribuírselo en base a la supletoriedad, pues, …, la determinación sobre si ha de producirse o no la aplicación supletoria del Derecho estatal no le corresponde a él» (FJ 8º STC 118/1996, y en el mismo sentido el FJ 12 de la S. 61/1997).

2º El Código civil nunca se debe aplicar en los llamados conjuntos vacíos, es decir en aquellos casos en que la institución no existe en su ordenamiento, por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente.

La falta de regulación de alguna materia, aun cuando esté regulada en el Código civil, no significa necesariamente la existencia de una laguna en el ordenamiento civil autonómico.

En estos casos, la regla general, en virtud de los principios de autonomía y competencia, es valorar tal silencio como una ausencia voluntaria de regulación por parte del legislador competente, no aplicando, en consecuencia, las consideraciones y previsiones propuestas por otro legislador y para otro ordenamiento.

3º También debe rechazarse la aplicación supletoria del Código cuando la regulación de la institución en ambos sistemas partan de principios distintos, lo que implica la absoluta incompatibilidad entre ambas regulaciones.

Esto creo que es lo que ha hecho el Tribunal Superior de Cataluña y a mi juicio de forma correcta, pero para ello no hace falta convertir al Código civil en Derecho catalán, es suficiente con que sea aplicable como Derecho supletorio para que sus límites de aplicación estén en manos de legislador autonómico, único competente por ser el Derecho civil aplicable según establece la CE a través de sus sistema conflictual.

IV. Consideraciones finales a la dualidad competencial/conflictual

Aclarado el panorama, el proceder del TSJ de Cataluña presenta ciertos inconvenientes solubles e irresolubles. El primero se plantea en torno a la exclusión competencial de las CC.AA. respecto de la materia de los conflictos de Leyes. Esta exclusión no sólo es absoluta sino expansiva («una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida 'en todo caso' a la legislación del Estado»)[20]. Y, desde luego, pertenece a la materia conflictual determinar la existencia o inexistencia de un conflicto de leyes. Por tanto, siendo cierto que el Tribunal de Cataluña tiene competencia casacional para la interpretación del Derecho civil autonómico y la puede extender cuando la normativa invocada sea además estatal[21], no debería realizar ninguna labor interpretativa cuando las cuestiones controvertidas sean de naturaleza constitucional (en el caso concreto, la inexistencia de conflictos internos de Leyes españolas y si la prescripción forma parte de lo que sean bases de las obligaciones).

---

[20] STC 156/1993 de 6 de mayo.

[21] Art. 95.3 del EA de Cataluña (*Westlaw Aranzadi RCL 2006\1450*). Esta competencia se ha recogido expresamente por la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña (DOGC de 8 de marzo de 2012), cuyo art. 2 dispone que «2. El recurso de casación debe fundamentarse, exclusivamente o junto a otros motivos de impugnación, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán».

El segundo inconveniente, no lo es. El TSJ realiza una prospección de su ámbito competencial –análisis de aplicabilidad de la normativa propia (catalana)– y, utilizando argumentos de preferencia, supletoriedad y autointegración basada en el sistema de fuentes del Derecho catalán, concluye en la aplicación de un Derecho catalán conformado por dos Derechos (CC y CC catalán). Tal construcción aclara una intersección competencial/conflictual que se produce en el Estado autonómico.

Aunque en el supuesto existan dos normativas territoriales españolas potencialmente (eventualmente) aplicables –CC y CC Cat.–, la problemática no se resuelve desde una perspectiva conflictual sino que se trata de otra de «las controversias competenciales (que) han de ser resueltas de acuerdo con los criterios establecidos al respecto en las normas que integran el bloque de constitucionalidad»[22]. Por ello, su solución deriva del ámbito constitucional y, en concreto, del principio de preferencia y supletoriedad.

Este planteamiento del TSJ es fructífero en consecuencias, aunque con alguna inconveniencia. Significaría primero, que la existencia de un conflicto de aplicabilidad de dos legislaciones no siempre se soluciona en aplicación del sistema estatal de normas de conflicto sino que pueden entrar a colación ciertas reglas constitucionales que determinen si realmente existen dos normativas eventualmente aplicables (si se produce un conflicto de leyes). Como demuestra la controversia objeto de análisis, si una norma estatal es aplicable en una Comunidad Autónoma por vía de supletoriedad, este mismo principio junto con el de preferencia indican cómo queda organizada dicha norma estatal en el ordenamiento jurídico autonómico. El TSJC, en función de estos principios y de su propio sistema de fuentes del Derecho, organiza las normas y entiende aplicable el CC (como Derecho supletorio) + la prescripción regulada en el CC Cat. (que por preferencia desplaza al art. 1964 del CC).

Conformada de esta manera la regulación «catalana», la misma afirmación de que así es el Derecho catalán de obligaciones y contratos (en el momento presente), conlleva que exista una única ley aplicable y ningún conflicto («el juego de la integración del ordenamiento jurídico mediante la aplicación de su propio sistema de fuentes impide que pueda hablarse de quiebra del principio de unidad del régimen jurídico aplicable a la institución»). Es más, dada la ausencia de conflicto, ni siquiera debe concurrir el principio de unidad de Ley aplicable («el art. 10.10 no será operativo cuando el Código civil entre en la relación jurídica regulada por el Derecho civil de Catalunya como Derecho supletorio»).

Este es el estado de la cuestión si la situación jurídica es interna. Pero ¿cuál hubiese sido la solución de existir en el supuesto algún elemento externo? Ante cualquier indicio de una situación privada «interregional» o internacional (sede social, objeto o realización del contrato en otra CA o incluso la autonomía conflictual, dado que en sede contractual se permite a las partes la elección de la ley

---

[22] STC 173/2005, de 23 de junio de 2005 que deriva este planteamiento de la STC 38/2002.

aplicable) es inexcusable acudir al sistema de solución de conflictos de leyes. De su aplicación, pueden resultar dos situaciones.

Si la Ley aplicable no fuera el CC Cat sino cualquier otro ordenamiento jurídico, este se aplicaría en toda su extensión (incluyéndose la norma sobre prescripción) por ser la consecuencia de la norma de conflicto pertinente. Si en aplicación del art. 16, 10.5 y 10.10 del CC resultara aplicable el Derecho catalán, la cuestión de lo que sea el Derecho catalán aplicable se resuelve en función de los principios de preferencia y supletoriedad y unidad de ley aplicable.

A diferencia de lo que ocurre con un supuesto interno, la organización de lo que sea el Derecho catalán de obligaciones debe ser el resultado de considerar no solo los criterios competenciales de preferencia y supletoriedad sino otro más, que se añade desde el sistema estatal de solución de conflictos al existir una situación de tráfico externo: el principio de unidad de ley aplicable. Este principio surge en función de lo que dispone el ordenamiento jurídico español (en consonancia con otra normativa internacional) donde la prescripción no tiene una naturaleza procesal sino que su calificación es material, de tal manera que su regulación debe quedar determinada por la misma Ley aplicable a la relación jurídica encausada.

Si cuando la situación era homogénea, el principio de preferencia del Derecho catalán permitía desplazar el art. 1964 del CC a favor del art. 121.21.b) del CC Cat. (evitando de esta manera el conflicto de Leyes formal), cuando la situación es heterogénea, el parámetro conflictual no termina con la designación abstracta de la consecuencia jurídica (el Derecho catalán) sino que debe ser considerado incluso en el momento de concretar cuál sea este Derecho material aplicable.

Desde la perspectiva de los conflictos de leyes, hay que considerar que el sistema conflictual está dotado de una trascendencia competencial susceptible de condicionar (subordinar) los «límites» espaciales de las competencias autonómicas[23] pero su trascendencia queda confinada a los aspectos espaciales sin extenderse a cómo se conforma (organiza) lo que sea el Derecho catalán aplicable. En el Derecho interregional, el principio de unidad de régimen jurídico aplicable (art. 10.10 CC) forma parte del sistema conflictual al resolver un problema en la aplicación de la norma de conflicto en materia contractual (y extracontractual) y, por tanto, su aplicación es imperativa por parte de los Tribunales (art. 12.6 CC). Siendo cierto además, que en la configuración del sistema conflictual, las respuestas autonómicas quedan excluidas o se aceptan excepcionalmente, siempre que no alteren la solución de la norma de conflicto (neutralidad conflictual).

En función de ello, regular el contrato según lo dispuesto en el CC (art. supletorio) y el art. 121.21.b) del CC Cat., no supone la aplicación de dos regímenes normativos (conflicto de leyes formal) con vulneración del art. 10.10 CC

---

[23] *Vid.*, Pérez Milla, Javier, 2010, pp. 143 a 147 y «Una perspectiva de renovación y dos parámetros de solución en los actuales conflictos internos de leyes españolas» en *Anuario español de Derecho Internacional privado*, 2010, pp. 621 y 622.

porque, según el sistema de fuentes catalán, el CC forma parte del Derecho catalán cuando se recibe a título supletorio. Esta interpretación que realiza el TSJ de Cataluña es la que marca el resultado: si toda la normativa es Derecho catalán, se cumple con el principio de unidad de Ley aplicable.

V. CONCLUSIÓN

Las conclusiones a esta Sentencia son evidentes; si por un lado, realiza una disección muy correcta de la amalgama competencial/conflictual, por otra, se excede en una interpretación con trascendencia constitucional, lo que debería ser corregido en otras instancias jurisdiccionales (Tribunal Constitucional). Pero tal vez, la conclusión final no deba ser jurídica sino política.

En el Estado de las Autonomías, la organización de la pluralidad legislativa se ha dejado a un muy escaso sistema estatal de solución de conflictos internos de Leyes de origen preconstitucional. Si el legislador estatal arrastra su condición de «desleal, al menos por pasivo, con su responsabilidad constitucional de dar respuestas claras, previsibles y justas a los cada vez más y más novedosos supuestos (conflictos) de Derecho interregional»[24], la inacción del Tribunal Constitucional fundamentalmente (también del Tribunal Supremo), que está institucionalmente obligado a estructurar un sistema que se acomode a la realidad plurilegislativa española y que durante prácticamente 20 años no ha proporcionado apenas claves jurisprudenciales sobre las cuestiones de los conflictos internos, empieza a dar sentido a que, de la misma forma, sea considerado dejadamente desleal.

Frente a la inacción, la realidad es dinámica y se observa la actividad constante de los legisladores autonómicos y de ciertas instancias judiciales que, unilateral y particularmente, inciden en dicho sistema mediante, por ejemplo, la determinación del ámbito de aplicación de sus legislaciones territoriales. Separar el plano conflictual o competencial es siempre complejo y hacerlo sin que se afecten mutuamente, no es posible pues no son sino dimensiones de una misma realidad. Pero sí es posible, en función de lo previsto en la Constitución española, legislar esta materia por una normativa estatal en cuya elaboración las CC. AA. tuvieran una participación principal, pues a ellas atañe directamente.

Se debería tener en cuenta que la organización de la plurilegislación en la España de las Autonomías sería más eficiente, se proporcionaría un mayor grado de seguridad jurídica y se reducirían los costes de información y transacción, si el sistema conflictual (que necesitaría ser modernizado para cumplir la tarea con corrección) pudiera desarrollar una función espacial con trascendencia compe-

---

[24] *Vid.*, Álvarez González, Santiago, *Estudios de Derecho Interregional,* Santiago de Compostela, 2007, p. 14.

tencial en todo caso (tanto cuando la situación es interna –territorial– como –lo que ya ocurre– cuando la situación es heterogénea); dicho claramente, que las conexiones establecidas por el sistema conflictual se utilizaran para delimitar el ámbito de aplicación espacial de las legislaciones autonómicas cuando regulen una situación jurídica de Derecho privado[25].

El legislador estatal debería hacer, de una vez por todas, los deberes y establecer, pues sólo él tiene competencia, un sistema conflictual que responda a las necesidades de los ciudadanos del siglo XXI. Un modelo que respondiera a la necesidad de seguridad jurídica tanto en las relaciones interterritoriales como internacionales. No afrontar esta tarea supone una cada vez mayor desorganización de un modelo, ya de por sí extremadamente complejo, a lo que se suma la continua aparición de respuestas particulares autonómicas donde, como en la Estatutaria, van a primar y terminan acogiendo soluciones legeforistas o territorialistas. En tiempos de cambios sirvan estas reflexiones de acicate.

Por lo demás, la solución al caso con los mimbres que en este momento existen es correcta; el art. 121 del CC Cat. regula la prescripción de las obligaciones surgidas de los contratos de obra y de servicios, y está vigente; no duda el Tribunal de su futura competencia para regular estos contratos; los civilistas tampoco; ahora bien, todavía no sabemos qué son las bases de las obligaciones contractuales, y la cuestión es si acaso en ellas no debería regularse, y para todo el territorio nacional, tanto la prescripción contractual como la extracontractual; si esto acabara siendo así: ¿cuál hubiese sido la respuesta?

---

[25] *Vid.*, Pérez Milla, Javier, 2010, pp. 154 y 155. Teniendo en cuenta que el Estado no puede, con base en el título competencial de normas para resolver los conflictos de leyes, establecer conexiones cuya función sea delimitar espacialmente las competencias sino que es necesario fiscalizar, previamente, si el Estado tiene una competencia legislativa en esa materia concreta (pp. 65 y 66 y Jurisprudencia constitucional allí citada).

MANTENIMIENTO EN EL USO DE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE COMODATO DE LA MADRE HEREDERA DEL COMODANTE FALLECIDO FRENTE AL USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS DE LA VIUDA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TSJA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2008

María del Carmen Biesa Hernández
Doctora en Derecho Civil

«Commodatum es una manera de préstamo que facen los omes unos a otros, así como de caballos o de otra cosa semejante, de que se debe aprovechar aquel que la rescibió, fasta cierto tiempo. Esto se entiende quando lo faze por gracia, o por amor, non tomando aquel que lo da, por ende, precio de loguero nin de otra cosa ninguna. Commodatum quiere decir como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibió»

Partidas de Alfonso X «El Sabio»

Partida V, Título 2, Ley 1ª

SUMARIO

I. RESUMEN DE LOS HECHOS. II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO. § 1. Calificación de la cesión de la vivienda. § 2. Valoración de posibles causas de extinción del comodato. § 3. Colisión comodato-usufructo vidual aragonés. III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA DEL HIJO PROPIETARIO A SU MADRE: ¿COMODATO O PRECARIO? § 1. La argumentación de la sentencia. § 2. La regulación del comodato en el Código Civil. § 3. Comodato o precario. Criterios doctrinales. 1. *Especificación del uso de la cosa prestada.* 2. *La fijación del plazo de la cesión.* 3. *La interpretación de la voluntad de las partes.* § 4. Aplicación de la doctrina de comodato y precario al caso de autos: opción por el comodato. 1. *La problemática delimitación de la temporalidad en el uso de la vivienda.* 2. *La interpretación de la voluntad del hijo propietario de la vivien-*

da. IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO. § 1. El fallecimiento del comodante en el caso de autos: ¿posible causa de extinción del comodato? 1. *El especial vínculo personal motivador de la cesión*. 2. *El fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria*. 3. *La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos*. 4. *Conclusión*. § 2. La extinción por confusión de derechos. 1. *La confusión en el Código Civil*. 2. *La confusión en Derecho Aragonés*. V. COMODATO Y USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS. VI. CONCLUSIONES FINALES. § 1. Calificación de la cesión de la vivienda: comodato *INTUITU PERSONAE* en atención a la madre. § 2. Admisión de la extinción del comodato por muerte del comodante. § 3. Inadmisión de extinción por confusión del comodato *EX* art. 1192 Cc.. § 4. Supremacía del usufructo vidual aragonés sobre el comodato. § 5. Criterios jurídicos *VERSUS* criterios de justicia y respeto a la voluntad del fallecido.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El presente artículo tiene por objeto el comentario y análisis de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (en adelante, TSJA) de 18 de septiembre de 2008. El fallo resuelve en casación el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (en lo sucesivo, APZ) en fecha 29 de febrero de 2008 recaída, a su vez, en apelación de autos 160/2007 sobre desahucio por precario, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza.

La cadena fáctica que origina el supuesto litigioso que concluye con la sentencia que nos ocupa puede resumirse como sigue:

— Don X, hijo único de doña Y, natural y vecino de Zaragoza y con vecindad civil aragonesa, falleció trágicamente el día 29-05-2003 en accidente de tráfico en estado de casado en primeras y únicas nupcias con doña Z, con quien contrajo matrimonio el 11 de abril de 2003, sin haber dejado descendencia e intestado.

— Mediante acta de notoriedad de declaración de herederos *abintestato* de 30 de abril de 2003 fue declarada heredera de don X, en cuanto a los bienes troncales no relictos, su madre doña Y, sin perjuicio del usufructo vidual correspondiente a su esposa doña Z. Entre los bienes integrantes del caudal relicto del Sr. don X figuraba, con carácter privativo, el piso sito en C/ (…) de Zaragoza, vivienda que adquirió en estado de soltero mediante compra instrumentada en escritura pública de fecha 21 de diciembre de 1995.

— Doña Y venía ocupando el piso referido, sin pagar renta alguna, desde el año 2002, con anterioridad, por tanto, al fallecimiento de su hijo. Tras la muerte de este adquirió la nuda propiedad de la vivienda, en su condición de heredera única *abintestato*, en tanto que doña Z, en la de cónyuge sobreviviente, adquirió el

derecho de usufructo vidual aragonés de todos los bienes del patrimonio de aquel, incluido, por tanto, el piso mencionado.

— El 9 de febrero de 2007 doña Z, titular del usufructo, ejercitó el desahucio por precario contra doña Y, ocupante de la vivienda objeto del juicio que resuelve la sentencia del TSJA, al amparo del art. 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Lec.). La Sra. Y se opuso alegando, como argumento sustantivo, que venía ocupando el piso en cuestión en virtud de contrato de comodato acordado con su hijo don X en el año 2002, a la sazón propietario del inmueble y soltero en el momento de la cesión.

— En fecha 14 de mayo de 2007 se dictó sentencia en Primera Instancia en la que se declaraba que la Sra. Y poseía la vivienda litigiosa en precario y se la condenaba a dejarla libre y expedita, a disposición de la actora, con apercibimiento de lanzamiento si no la desocupaba en un plazo de tres meses.

— Interpuesto recurso de apelación, la Sección 4ª de la APZ resolvió en sentencia de 29 de febrero de 2008 confirmando la resolución de instancia. Sin embargo, lo hace conforme a otra valoración probatoria (la cesión de la vivienda a la demandada por su difunto hijo fue a título de comodato) y a otra fundamentación jurídica (al morir don X, el comodato se extinguió por confusión).

— La APZ califica de comodato la cesión de la vivienda por estimar que así se desprendía del conjunto de la testifical practicada, reforzada por la documental integrada por el contrato de arrendamiento a nombre de doña Y de otra vivienda desde 1987 y por los extractos bancarios de su cuenta que acreditan su pago hasta que su hijo puso en 2002 a su disposición la vivienda litigiosa, con carácter gratuito, para que la utilizara como tal durante toda su vida sin tener que recurrir a arrendamiento alguno. Para este Tribunal, concurrían aquí todos los elementos definidores del contrato de comodato en virtud de lo dispuesto en el art. 1740 del Código Civil (en adelante Cc.), en relación con el 1750 de dicho Código.

— La coincidencia en la persona de doña Y de la doble condición de comodante y comodataria tras el fallecimiento de su hijo implica, a juicio de la APZ, la extinción del comodato por confusión de derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 Cc.) sin que resulte cosa distinta de la aplicación del art. 1742 Cc. ya que la única heredera del comodante es la propia comodataria y no su esposa.

— Contra la sentencia de la APZ formuló doña Y recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3º. Lec., solicitando que se dejara la misma sin efecto y se declarara no haber lugar a la acción de desahucio por precario ejercitada por la actora. El recurso se basaba en la ausencia de doctrina del TSJA sobre extinción del contrato de comodato por colisión con la viudedad foral aragonesa cuando la comodataria es heredera legal del comodante y se ha constituido el comodato sobre un bien privativo de este con anterioridad a la celebración del matrimonio y en la infracción, por aplicación indebida, del art. 1742 Cc. en relación con los artículos 202.2, 204 y 214 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (en lo sucesivo, Lsuc.) así como de los artículos 1156 y 1192 Cc. La valoración probatoria del comodato no

se impugna en casación, continuando el TSJA con esta calificación jurídica de la cesión de la vivienda.

— La improcedencia de la aplicación de los preceptos aludidos en el recurso y, por tanto, de la extinción por confusión, se sustenta en considerar que lo que adquiere la Sra. Y, como heredera legal, es la nuda propiedad, pero no el goce y disfrute de la vivienda que corresponde a la viuda usufructuaria, justificándose así la inexistencia de coincidencia, en la persona de la recurrente, de la doble condición de comodante y comodataria.

— El debate del recurso que da lugar a la sentencia del TSJA tiene por objeto dilucidar la presencia de esta causa de extinción por confusión del comodato. Según argumenta en la sentencia, para que se produzca la confusión con efectos extintivos el citado Tribunal estima imprescindible que recaiga en una misma persona, por derecho propio, la entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria. Dado que la Sra. Y, al fallecimiento de su hijo, adquiere como heredera la nuda propiedad y no el disfrute de la vivienda, que corresponde a la Sra. Z como usufructuaria vidual, considera que no recae en la primera la entera titularidad activa y pasiva del comodato, concluyendo que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida.

— El TSJA termina acogiendo el recurso, considerando no haber lugar a la apreciación de la causa de extinción por confusión con fundamento en la presencia del usufructo vidual aragonés interpretada según se ha descrito. La anterioridad en el tiempo del comodato sobre el derecho de viudedad en su fase expectante, al ser la constitución del primero antes que la celebración del matrimonio de don X y doña Z, la traduce en que esta última, aunque sea titular del usufructo vidual, tendrá solamente la posesión mediata hasta que el comodato se extinga.

— En coherencia con lo expuesto, el TSJA concluye en su fallo que el comodato subsiste tras el fallecimiento de don X, no habiendo lugar, por tanto, a la acción de desahucio por precario ejercitada por la Sra. Z. Solamente una vez extinguido aquel por muerte de la comodataria o cualquier otra causa legal, la usufructuaria podrá hacer efectivo su derecho de uso y disfrute sobre el inmueble en cuestión.

II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

La lectura de la sentencia del TSJA, puesta en relación con las dictadas en Primera y Segunda Instancia, suscita, a mi juicio, las siguientes cuestiones merecedoras de reflexión y análisis:

§ 1. Calificación de la cesión de la vivienda

La disyuntiva entre comodato o precario que presenta la calificación jurídica de la cesión del uso de la vivienda no resulta inicialmente sencilla pero es trascen-

dental porque condiciona toda la argumentación posterior. Por esta razón se somete el caso de autos a un estudio detallado a la luz de la regulación y doctrina existentes, dedicando especial atención a los efectos que puede acarrear el impreciso uso «para toda la vida» de la vivienda litigiosa con que el hijo propietario beneficia a su madre.

§ 2. Valoración de posibles causas de extinción del comodato

La sentencia del TSJA solamente contempla la extinción por confusión en aplicación del art. 1192 Cc. Junto a la valoración de esta causa en virtud del precepto citado, se entrará también en el análisis de la extinción por confusión desde la óptica del Derecho Aragonés a la par que se intentará razonar fundadamente sobre las consecuencias derivadas de la muerte del comodante a fin de dilucidar si el supuesto comodato podría quedar extinguido por causas diferentes a las analizadas en la sentencia.

§ 3. Colisión comodato-usufructo de viudedad aragonés

El TSJA estima que la simultaneidad del usufructo y el comodato lleva aparejada la inexistencia de la causa de extinción por confusión del art. 1192 Cc. y el sometimiento del primero al segundo con apoyo en la prioridad en el tiempo del comodato. Además de considerar estas cuestiones, se realiza una visión comparada entre la regulación jurídica del comodato y la del usufructo con el objeto de encontrar argumentos con los que corroborar o rebatir, en su caso, el fallo de la sentencia.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CESIÓN DE LA VIVIENDA DEL HIJO PROPIETARIO A SU MADRE: ¿COMODATO O PRECARIO?

§ 1. La argumentación de la sentencia

Según indica el FD 3º de la sentencia, el debate de autos versa sobre dos extremos:

a) Si la cesión del piso a la Sra. X en el año 2002 por parte de su hijo, a la sazón soltero, lo fue en precario o a título de comodato.

b) De ocupar la vivienda en virtud de comodato, si este se extinguió tras el fallecimiento de su hijo.

El TSJA considera que la primera de las cuestiones está resuelta por la sentencia de la APZ de 29 de febrero de 2008, cuya valoración probatoria no se impugna en casación. El FD 2º de esta última indica, al respecto, lo siguiente:

> «…la cesión [a favor de la demandada] del uso y disfrute de la referida vivienda realizada por su difunto hijo en el año 2002 lo fue a *título de comodato* y no de simple precario, como sostiene erróneamente la sentencia de instancia, por cuanto que queda evidenciado por el conjunto de la testifical practicada a su instancia, prueba reforzada por la documental integrada por el contrato de arrendamiento de una vivienda sita en calle (…) de esta ciudad, concertado por la recurrente en el año 1987 y que se mantuvo en vigor, abonando el correspondiente alquiler, según acredita el extracto de los movimientos de su cuenta bancaria en la que se venían cargando los correspondientes recibos *hasta que pasó a vivir a la citada vivienda propiedad privativa de su referido hijo, que este puso a disposición de su madre, con carácter gratuito, para que la utilizara como tal durante toda su vida*, sin tener que pagar arrendamiento alguno*, concurriendo, por tanto, todos los elementos definidores de un contrato de comodato (art. 1740 Cc. en relación con el 1750)*».

Continuando esta línea argumental, el TSJA prosigue afirmando en el citado FD 3º:

> «Como el piso sito en la calle (…) de Zaragoza se cedió a la Sra. X *en comodato* no puede la usufructuaria reclamar su devolución, salvo que tenga necesidad urgente de él, tal como previene el art. 1749 del Cc, o que concurra alguna otra causa de extinción de dicho contrato».

Aunque la sentencia del TSJA acepta la calificación jurídica de comodato y sobre ella construye toda la argumentación del fallo, en su FD 6º y último, al tratar el tema de las costas, indica no haber lugar a la imposición de las mismas porque «(…) *la cuestión de autos presenta serias dudas acerca de si la cesión del uso de la vivienda lo fue a título de comodato o de precario, siendo distintas las tres sentencias dictadas en el presente juicio*».

En efecto, la sentencia de 14 de mayo de 2007, del Juzgado de 1ª Instancia 14 de Zaragoza la califica, por el contrario, de precario. La consideración de una falta de definición temporal o del uso (sin límite alguno de tiempo) en la cesión de la vivienda litigiosa lleva al Juzgado arriba mencionado a considerar en el FD 4º de la sentencia citada que no se constituyó ningún comodato sino que existía una situación de precario, por lo que procede a la estimación de la demanda por desahucio interpuesta por la nuera y condena al desalojo de la vivienda a la madre del propietario fallecido:

> «El comodato, según establece el art. 1740 Cc., es el contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva. Son pues *requisitos necesarios* para su existencia la *gratuidad, la entrega de cosa no fungible y la obligación de devolución* que adquiere el comodatario, terminado el tiempo o el uso para el que se dio la cosa, esto es, la temporalidad en la posesión y disfrute de la misma, siendo inadmisible una situación de indefinición o indeterminación.
>
> En el presente supuesto, *y si bien no existen dudas respecto a la concurrencia de los dos primeros requisitos, sí existen, y muy fundadas, respecto al tercero de ellos (limitación de tiempo y uso), y ello por cuanto de las declaraciones de los testigos en el acto de la vista se desprende que la voluntad del hijo al ofrecerle la vivienda a su madre fue que esta permaneciese en la misma para siempre o para que esta hiciese en ella lo que quisiera sin límite alguno de tiempo*; es por

> ello que *esta indefinición temporal o del uso* permite entender que realmente *no se constituyó ninguna situación de comodato* entre el hijo y la madre (…).
>
> En definitiva, pues, la situación existente debe calificarse como de simple tolerancia consentida en el tiempo que *ha devenido en la actualidad en un estado de precario* y procede, por consiguiente, la estimación de la pretensión actora respecto al desalojo de la demandada de la citada vivienda».

Por su parte, tanto la APZ como el TSJA –como ya se ha referido– estiman que se trata de un comodato. En cualquier caso, esta disparidad de criterio ofrece un motivo razonable para profundizar en su análisis, máxime cuando la opción por una u otra figura resulta decisiva en la definitiva resolución del conflicto.

Como se ha visto al comienzo de este apartado, para la calificación jurídica de comodato de la cesión legitimadora del uso de la vivienda por parte de la madre del propietario son concluyentes, para la sentencia del TSJA, que la cesión sea gratuita («hasta que pasó a vivir a la citada vivienda propiedad privativa de su referido hijo, que este puso a disposición de su madre, *con carácter gratuito*») y vitalicia («para que la utilizara como tal *durante toda su vida*»), puesto que con ambos caracteres están presentes, según este Tribunal, los requisitos del comodato *(«concurriendo*, por tanto, *todos los elementos definidores* de un contrato de *comodato»)*.

Llegados a este punto, resulta conveniente la revisión tanto de la regulación de esta figura en el Cc. como de los criterios doctrinales existentes en torno a ella para calificar fundadamente como tal comodato el hecho que constituye el objeto central de la sentencia comentada.

§ 2. La regulación del comodato en el Código Civil

El Código Civil español regula esta figura en los arts. 1741 a 1751 que componen la Sección Primera del Título X (Del Préstamo), correspondiente a su Libro IV. Dicha Sección está precedida de una Disposición General contenida en el art. 1740 que comienza distinguiendo entre préstamo de uso y de consumo, disponiendo lo siguiente:

> Artículo 1740. Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.
>
> El comodato es esencialmente gratuito.
>
> El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

El Cc. regula en un único precepto el contrato de préstamo diferenciando, por razón de su objeto, entre préstamo de uso o comodato y de consumo o mutuo. A pesar de esta agrupación tan estrecha, la doctrina expone entre ambos las diferencias fundamentales siguientes[1]:

---

[1] *Cfr.* Marín Pérez, P., «Comentario al artículo 1740 Cc», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, T. XXII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, pp. 32 y 33.

Caracteres: El comodato es esencialmente gratuito mientras que el mutuo, aunque naturalmente es también gratuito, admite pacto de pagar interés.

Objeto: El comodato recae en cosas no fungibles y el mutuo sobre dinero o cosas fungibles. No obstante, la voluntad de las partes puede determinar la existencia de un préstamo de uso sobre cosas fungibles cuando se ceden para un uso que no las consuma.

Por su parte, la exigencia de que el comodato recaiga sobre cosas no fungibles es un obstáculo insalvable en nuestro Derecho.

Transmisión de propiedad: El mutuo lleva consigo la transmisión de la propiedad de la cosa al que la recibe en tanto que el comodato sólo transmite el uso de la misma.

Efectos: El mutuo produce la obligación de restituir cosas de la misma especie y calidad y el comodato obliga a restituir la cosa misma que fue entregada.

Riesgos: Los de la cosa dada en comodato los sufre el prestamista o comodante, que sigue siendo el dueño de la cosa; en cambio, los del mutuo los sufre el prestatario o mutuatario, que por la entrega se hizo el dueño de la cosa sin más obligación que devolver el género.

Extinción: En el mutuo no puede reclamarse la devolución antes del tiempo convenido mientras que en el comodato puede reclamarse antes cuando el comodante tuviere urgente necesidad de ella, tal y como establece el art. 1749 Cc.:

> Artículo 1749. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviera el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución.

Sobre el elemento temporal del comodato, el art. 1750 Cc. dispone lo siguiente:

> Artículo 1750. Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario.

Se deduce fácilmente de lo antedicho que el comodato no priva al dueño de dicha condición y deja simplemente superpuesta a su relación dominical con la cosa prestada otra de carácter obligacional con el comodatario que determina la medida y las posibilidades de uso por este último. Sobre esta cuestión, el art. 1741 Cc. establece:

> Artículo 1741. El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato.

Obsérvese cómo el 1741 utiliza el término convención (…la *convención* deja de ser comodato) en línea con lo dispuesto en el 1750 (Si no se *pactó* la duración del comodato ni el uso...). Convención es sinónimo de pacto, acuerdo o convenio y con esta expresión se hace referencia al que ineludiblemente debe haber sobre la duración del comodato o el uso de la cosa prestada –salvo que la costum-

bre de la tierra determine algo al respecto– para que el comodante no pueda reclamarla antes de su conclusión a no ser que tenga urgente necesidad de ella. Por lo tanto, la decisión inicial de ceder el uso es unilateral, siendo suficiente tenerlo; hasta cuándo o cómo se usa concierne ya tanto al cedente como al cesionario.

De lo expuesto conviene tener especialmente presente, antes de seguir profundizando en el análisis de la sentencia, que la idea del retorno a su propietario preside la utilización de la cosa prestada en comodato y que el carácter gratuito de este y su duración limitada son incompatibles con la pérdida definitiva de la propiedad de la cosa comodada o, en su caso, con una contraprestación, propios ya de una donación o de un arrendamiento, respectivamente, pero indudablemente fuera de la figura que nos ocupa.

§ 3. Comodato o precario. Criterios doctrinales

Si la delimitación anteriormente expuesta entre préstamo y comodato no presenta dudas razonables, la distinción de comodato y precario ya no resulta tan clara. Un sector doctrinal y jurisprudencial ha querido ver en el último apartado del art. 1750 Cc. –en virtud del cual, la ausencia de determinación de la duración del comodato, según los criterios contenidos en este precepto, permite al comodante reclamar la cosa a su voluntad– la recepción legal del instituto romano del precario. Y de aquí surge la cuestión de si este constituye una figura autónoma o una variedad del comodato pues ambos tienen en común tanto la tenencia o posesión de un bien como la gratuidad[2].

Con independencia de este debate teórico la alternativa anterior no es, a efectos prácticos, y por lo que aquí sobre todo interesa en relación con el supuesto de autos, una cuestión baladí ya que la opción por una u otra figura jurídica determinará, de manera definitiva, la recuperación del inmueble por parte de su propietario.

Si se califica de comodato, la devolución solamente será factible si el comodante acredita una «urgente necesidad» de la cosa (art. 1749 Cc.), aunque no haya transcurrido el plazo de duración establecido. Si, por el contrario, se considera la cesión como precario, el comodante podrá reclamarla en cualquier momento si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse y este no resultara determinado por la costumbre de la tierra *ex* art. 1750 Cc. En este último caso, no será precisa la alegación de causa alguna, ni siquiera la urgente necesidad antes mencionada.

---

[2] Actualmente la doctrina mayoritaria identifica en el 1750 Cc una subespecie del comodato, consistente en un comodato sin duración pactada que se extingue a voluntad del comodante. *Cfr.*, por ejemplo, De Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pp. 26, 248 y 249, Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, 4ª ed., revisada por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2009, p. 168 y Albadalejo García, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 800.

Lo verdaderamente relevante de lo arriba transcrito es que el precario es una figura procesal concreta que permite el ejercicio de la acción de desahucio *ex* art. 250.1.2. Lec. y que el comodato sin plazo de duración se considera, en la praxis, como una situación de precario. Por lo tanto, el comodante puede desahuciar al comodatario de conformidad con lo dispuesto en el precepto citado si se incumplen los presupuestos establecidos en el 1750 Cc. para la delimitación del contrato de comodato[3].

Resulta evidente, en consecuencia, que la solución de la restitución del inmueble a su propietario dependerá de si se considera a su ocupante como un comodatario o bien como un simple precarista. Y ello obedecerá esencialmente, a su vez, de las características que definan el uso que constituye la *causa commodati* (causa de la cesión del bien). Dado que, como se ha indicado al comienzo, posesión y gratuidad son notas comunes a comodato y precario, la diferenciación entre ambos estribará básicamente en la existencia de un uso específico y determinado o en la fijación, en su caso, de un plazo de duración.

Tomando como premisa los rasgos compartidos por ambas figuras y el régimen del Cc. dedicado a las mismas (arts. 1749 y 1750 Cc.), la doctrina ha identificado tres posibles criterios de diferenciación entre uno y otro, a saber, la especificación del uso que debe darse a la cosa prestada, el pacto sobre la duración del préstamo y la interpretación de la voluntad de las partes[4]:

1. *Especificación del uso de la cosa prestada*

En virtud de lo dispuesto en el art. 1749 Cc. si la cosa se prestó para un uso concreto y específico, el contrato deberá calificarse de comodato, extinguiéndose cuando el uso pactado finalice salvo urgente necesidad del comodante. Si, por el contrario, no ha quedado especificado, la situación posesoria será la de un precario y el propietario podrá reclamar la devolución en cualquier momento, tal y como establece el art. 1750 Cc.

Como puede advertirse, la interpretación de lo que sea un «uso determinado» resultará fundamental para la aplicación de uno u otro régimen. La especifi-

---

[3] *Cfr.* Trujillo Díez, I. J., «Comentario al art. 1750 Cc», *Comentarios al Código Civil,* coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi Editorial, Elcano (Navarra), p. 1973. Si existe precario, la legitimación activa para la acción de desahucio por el usufructuario (como sucede en el caso de autos con la viuda del propietario) no ofrece lugar a dudas por ser el poseedor real de la finca. *Vid.* al respecto Bello Janeiro, D., *El precario. Estudio teórico-práctico*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 52 y 56.

[4] *Cfr.* Aguilar Ruiz, L., «Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble. Comentario a la STS de 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2895)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 24, año 2010-1, pp. 262 a 265. Con pautas distintivas similares *vid.*, por todos, Martín Retortillo, C., «El comodato en nuestros días», *ADC,* T. VI, 1956, p. 856 y Marín López, M. J., «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?», *RDP,* marzo-abril 2008, pp. 21 a 26 (igualmente, del mismo autor, en *Derecho y familia en el siglo XXI. II Congreso Mundial de Derecho de Familia y Menores*, coordinado por López San Luis, Ariza Oriol y otros, vol. I, Edita Universidad de Almería, Almería, 2011, pp. 581 a 586).

cidad del uso de los arts. 1749 y 1750 Cc. exige que el destino haya sido determinado en sus características o finalidad o bien que haya sido delimitado en cuanto a su duración. En el caso particular de los inmuebles –como el de autos– el problema interpretativo se agrava por las dudas que suscita si la simple utilización del mismo como vivienda es un uso genérico y propio o bien resulta suficiente para apreciar la figura del comodato[5].

2. *La fijación del plazo de la cesión*

Si las partes no establecen plazo para la duración de la cesión esta deberá reputarse como precario *ex* art. 1750 Cc., *in fine*. La fijación del mismo puede ser expresa, con un término final, o bien –más frecuente– vinculada a un acontecimiento futuro pero cierto[6].

El sometimiento a una condición resolutoria cuya llegada es inicialmente incierta es más dudosa pues resulta difícilmente subsumible en el pacto de la duración del uso exigido literalmente en el art. 1750 Cc. y, por consiguiente, en la calificación de comodato[7].

3. *La interpretación de la voluntad de las partes*

Si las partes no han establecido de modo expreso el título que legitima el uso de la cosa prestada, el Tribunal puede realizar una interpretación teleológica del contrato analizando la verdadera voluntad de aquellas, en particular, si el propietario quiso ceder la posesión del bien durante cierto tiempo.

---

[5] La utilización de vivienda familiar como uso bastante para aceptar un comodato ha generado profusa jurisprudencia. *Vid.*, como ejemplo, SAP de Barcelona de 18 de noviembre de 2008 (JUR/2009/74382).

[6] La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de junio de 2010 (JUR/2011/8177) estima pertinente calificar de comodato la cesión de uso de una vivienda a la demandada y sus hijas, tras el cese de la convivencia *more uxorio* con el propietario, con la finalidad de servirle como tal *hasta que procediera a comprarla en un plazo aproximado de dos años*. En igual sentido, la SAP de Valencia de 26 de enero de 2010 (JUR/2011/149085) califica de comodato la cesión de uso de una vivienda por un hijo a su madre para que estableciera en ella su hogar *hasta que consiguiera vender la suya* y la SAP de La Coruña de 5 de diciembre de 2008 (JUR/2009/253206) la que concede la ocupación de un piso a un amigo y socio de la propietaria *hasta que en plazo prudencial pueda ocupar en arrendamiento el bajo sito en la misma casa,* por considerarlo un plazo concreto y determinable equivalente a la extinción por cualquier causa del arriendo vigente sobre el bajo. Por el contrario, la SAP de Burgos de 3 de octubre de 2008 (JUR/2009/93538) considera obvia y vacía de sentido la condición alegada por la demandada consistente en la subordinación de la duración de un comodato de una vivienda *hasta la realización de las obras de derribo o rehabilitación del edificio* del que forma parte por estimar que cualquier cesión de uso termina con la pérdida de la cosa que, en el caso de inmuebles, sucede naturalmente con las obras referidas.

[7] Declarando extinguido un comodato por cumplimiento de condición resolutoria consistente en la falta de necesidad del comodatario de una vivienda por disponer de una propia *cfr.* SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 de julio de 2010 (JUR /2011/7498).

§ 4. Aplicación de la doctrina sobre comodato y precario al caso de autos: opción por el comodato

En el supuesto litigioso, el hijo fallecido cede a su madre una vivienda propia, adquirida de soltero, con la finalidad de evitarle el pago del alquiler que está abonando por la que, hasta ese momento, reside. El uso del inmueble lo cede el hijo gratuitamente para que lo utilice su progenitora durante toda su vida («…que este puso a disposición de su madre, con *carácter gratuito*, para que la utilizara como tal *durante toda su vida, sin tener que pagar arrendamiento alguno*», reza el FD 2º de la sentencia de la APZ).

Para el TSJA –que confirma lo dispuesto anteriormente por la APZ– concurren todos los elementos definidores de un contrato de comodato: gratuidad y temporalidad. Esta conclusión lleva aparejada, implícitamente, la identificación de la intención del hijo con el establecimiento de esta clase de contrato.

Sin embargo, a mi juicio, la acotación cronológica propia del comodato no se aprecia con la misma nitidez que la gratuidad de la cesión que constituye su objeto –evidente en el acervo probatorio– y es, sin embargo, como se ha señalado anteriormente, tan ineludible como esta última en el régimen jurídico de esta figura. Por esta razón parece aconsejable la traslación de los criterios doctrinales antes expuestos al supuesto que nos ocupa con el objeto de intentar identificar la temporalidad propia del contrato de comodato en los datos disponibles y, por extensión, confirmar su existencia.

Nuestro análisis parte de la premisa de la ausencia de pacto expreso sobre duración lo que equivale a la necesaria utilización de los otros dos criterios, a saber, el del uso al que se destina la vivienda para la eventual determinación de la duración del comodato *ex* arts. 1740 y 1750 Cc. y el consistente en el análisis de la interpretación de la voluntad de las partes.

1. *La problemática delimitación de la temporalidad en el uso de la vivienda*

Sobre esta cuestión debe recalcarse, en primer lugar, que la entrega de la vivienda a la madre la realizó el hijo *para que la utilizara como tal*. Aquí estamos ante un uso concreto y determinado aunque se identifica con el genérico de servir de residencia. No obstante, el Cc. no exige en ningún momento que la especificación del uso implique que este tenga que ser diferente al genérico de la cosa[8] –en nuestro caso, que la madre utilice la vivienda para una finalidad distinta a servir de morada y alojamiento– sino que hace referencia a la finalidad concreta a la que se va a destinar aquella siendo su realización la que, realmente, se asocia a un período de tiempo preciso[9].

---

[8] *Cfr.* De Angel Yagüez, R., «Comentario al art. 1750 Cc», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 1606 y Pérez de Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.*, p. 149.

[9] El FD 4º de SAP de La Coruña de 22 de febrero de 2008 (AC/2008/874) resulta claro en esta materia: «(…) debe distinguirse entre *pacto sobre el uso de la cosa,* que implica una voluntad negocial

Como matiza en este punto MARÍN LÓPEZ[10], se trata de un criterio de delimitación temporal del contrato de tal manera que el tiempo de duración del comodato se establecería en función del período de utilización del bien para el fin convenido. En línea con lo expuesto, argumenta que la determinación del uso exigida en el precepto debe incardinarse no con el *cómo* sino con el *para qué,* entendido como la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento o realización se halla asociado a un período de tiempo concreto. Por esta razón sostiene que existe un uso específico en el sentido expuesto si, por ejemplo, se presta una vivienda para pasar las vacaciones de Navidad, de modo que la referencia a esa finalidad (pasar las vacaciones) sirve para fijar la duración del contrato. Así se deduce del tenor literal del 1750 Cc. en el que la alternativa a la ausencia de pacto expreso de duración para que el comodante pueda reclamar la cosa (*Si no se pactó la duración del comodato…*) es la fijación del uso *(…ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta determinado por la costumbre de la tierra...)*. Se trata, por tanto, de otra opción para fijar la limitación temporal inherente a esta figura de igual valor que el establecimiento expreso de aquella.

En nuestro supuesto fáctico, la cesión de uso de la vivienda objeto del litigio por parte del hijo refleja su voluntad de desprenderse de aquella mientras viva su madre (*para toda la vida*). En principio, no cabe alegar que, formalmente al menos, no se cumpla con la exigencia de la limitación temporal del art. 1740 Cc. pues resulta obvio que el fallecimiento de la madre es un hecho futuro y seguro[11].

---

expresa o tácita relativa a tal empleo de la cosa determinante de la duración del comodato, de la mera dedicación de la cosa al uso que le es propio de la que por sí sola no cabe deducir otra cosa que la cesión del objeto usado». En esta línea, entre muchas, *cfr.* SSTS de 26 de diciembre de 2005 (RJ/2006/180), 2 de octubre de 2008 (RJ/2008/5587), 29 de octubre de 2008 (RJ/2008/6923), 30 de octubre de 2008 (RJ/2008/6924), 14 de noviembre de 2008 (RJ/2009/393) y 13 de abril de 2009 (RJ/2009/2895).

La SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010 (JUR/2010/412100) falla en un supuesto peculiar estimando que la custodia compartida del hijo menor, establecida en convenio de separación, concede a la madre demandada título bastante para justificar su uso frente a la actora propietaria de la mitad indivisa y usufructuaria vitalicia de la otra mitad, abuela del niño y ex-suegra de la madre tras el divorcio del hijo de esta última, a la sazón padre del menor y nudo propietario de la mitad de la vivienda usufructuada por su progenitora: «*la distribución del uso de una vivienda entre el padre y la madre para atender al hijo común*, que es el que realmente resulta beneficiario del uso, permite calificar dicho *uso como concreto y determinado, y no genérico, y por tanto calificarlo como comodato,* siendo su duración mientras el hijo no tenga independencia económica (…), cumpliéndose también el requisito del tiempo cierto». En igual sentido, la SAP de Castellón de 22 de diciembre de 2006 (JUR/2007/221829) es favorable a la existencia de comodato en vivienda destinada a facilitar la atención al negocio de peluquería instalado en el local comercial lindante y cuya duración queda unida a la del arriendo del local de negocio.

[10] *Cfr.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Sentencia de 2 de octubre de 2008. Distinción entre comodato y precario. Doctrina jurisprudencial del TS en interés casacional: procedencia del desahucio por precario de la vivienda cedida por los propietarios a su hijo para su uso como vivienda familiar, una vez atribuido su uso a su esposa por resolución judicial de separación», *CCCJ*, núm. 80, mayo-agosto 2009, pp. 688 y 689.

[11] Para MARÍN LÓPEZ existe delimitación temporal cuando se hace depender la duración del comodato de un acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar aunque no se sabe cuando. En coherencia con ello, y a los efectos que interesan para el caso de autos, estima que existe comoda-

Asimismo, se ajustaría sin problemas al concepto de *día cierto* que el art. 1125 Cc. establece para las obligaciones sometidas a plazo, esto es, *aquel que necesariamente ha de venir, aunque no se sabe cuándo.*

Sin embargo, la total ignorancia e imprevisión de su acontecer definitivo impide perfilar, siquiera aproximadamente, ese *tiempo cierto* requerido en el Cc. Por ley natural, lo único probable habría sido que el fallecimiento de la madre fuera anterior al de su hijo y, finalmente, ni siquiera ocurrió así.

Por último, la vinculación del fin de la cesión al fallecimiento de la madre lleva asimismo lógicamente implícito la imposibilidad material de la devolución del bien por parte de esta establecida en el art. 1740 Cc., siendo sus eventuales herederos quienes, de existir y haber acontecido a la inversa, habrían debido cumplir con la obligación de retorno de la cosa comodada al hijo supérstite *ex* art. 1742.

2. *La interpretación de la voluntad del hijo propietario de la vivienda*

Aunque la configuración de la temporalidad de la cesión pueda generar las dudas interpretativas arriba expuestas, lo que parece claro en el supuesto litigioso, con independencia de la eventual calificación jurídica del contrato que nos ocupa, es que el hijo cede el uso de una vivienda de su propiedad de forma gratuita a su madre atendiendo a su condición de progenitora y con la única intención de proporcionarle una residencia hasta su fallecimiento.

Desde una perspectiva jurídica, el art. 1750 Cc. regula literalmente la necesaria *determinación* del uso de la cosa prestada (Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y este no resulta *determinado* por la costumbre de la tierra…) para que el comodante no pueda reclamarla a voluntad y el 1740 permite al comodatario usar de ella durante *cierto tiempo* antes de su devolución (*use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva)*. Determinar significa establecer, fijar, acordar el uso y así se realizó por el cedente al

---

to cuando cedente y cesionario pactan expresamente que este podrá vivir en el inmueble hasta su muerte citando, en este sentido, las SSAP de Las Palmas de 14 de junio de 2006 (AC/2006/1059) y de Asturias de 3 de abril de 2007 (JUR/2007/212848). *Cfr.* Marín López, M. J., «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación…», *op. cit.*, pp. 21 y 31 (igualmente en *Derecho y familia en el siglo XXI…*, *op. cit.*, p. 591).

El FD 4º de la primera sentencia resulta muy clarificador para el caso de autos: «No empece a lo dicho la consideración del apelante (…) de que *el comodato no es un contrato indefinido, pues creemos que no tiene esa calificación el contrato sujeto a una condición o hecho que es «certus an incertus quando» que sólo constituye un termino suspensivo, ya que la muerte de los ocupantes habrá de producirse fatalmente.*

Tampoco es obstáculo la falta de determinación del uso de la cosa (…) que es el normal de la vivienda».

En la misma línea, el FD 2º de la segunda, al resolver sobre la cesión de uso de una vivienda de un hijo a sus padres mientras ambos viviesen a cambio de asumir estos los gastos de rehabilitación y de la cesión de un negocio de alimentación afirma: « (…) no estamos ante una ocupación en precario sino *ante un comodato que faculta a la demandada para el uso de la vivienda hasta que se cumpla el tiempo establecido, que no es otro que el momento del óbito* (…)».

asociarlo a la vida de la cesionaria con lo cual aquel carece de la indefinición que permitiría su reclamación a voluntad del comodante. En esta misma línea, el tiempo *cierto* del 1740 supone utilizar la cosa cedida durante un lapso temporal indiscutible en contraposición a la perpetuación en el uso de la misma.

La subsunción del supuesto de hecho en estos requisitos es, en principio, aceptable, ya que si el deseo del hijo fue que su madre usara la vivienda para siempre de algún modo se acota la duración de la utilización de esta última. Ahora bien, esta dependencia de la continuidad del uso de algo tan absolutamente imprevisible como el fallecimiento de la cesionaria puede generar, según su longevidad, una excesiva prolongación en el tiempo del contrato difícilmente armonizable de producirse, en mi opinión, con la propia naturaleza jurídica del comodato, presidida por una transitoriedad esencial que implica, como consecuencia irremediable, la caducidad de la cesión y el subsiguiente retorno de la cosa prestada a su estado originario[12].

En cualquier caso, resulta evidente que mientras la efectiva realización de la situación anterior no es segura (como queda de manifiesto en el propio caso de autos) sí lo es, por el contrario, la voluntad del propietario en el momento de la cesión de la posesión de la vivienda, corroborada por las pruebas documentales y testificales aportadas en el proceso. Por esta razón, estimo que la interpretación de los deseos últimos del cedente constituye, posiblemente, el argumento más certero y conveniente a utilizar en nuestro análisis. En atención a esta opción, y a reserva de mejor criterio, me inclino por concluir admitiendo una calificación inicial de comodato en atención a la persona de la comodataria aceptando en cualquier caso que, de no haber fallecido antes el hijo, las circunstancias posteriores a la constitución de la cesión habrían podido resultar determinantes si aquella se hubiera prolongado en el tiempo, desdibujando la calificación propuesta hacia un contenido más próximo al precario.

Con independencia de lo anterior, quedaría en el aire el interrogante, imposible de aclarar, de si la intención última del hijo no estuvo quizás más próxima a la constitución de un usufructo o, probablemente, a la de una donación encubierta, no obstante la aparente opción formal por la figura del comodato[13].

---

[12] Para Martín Retortillo, una de las diferencias entre comodato y precario radica precisamente en que mientras el primero se hace generalmente para que el comodatario resuelva una situación pasajera reducida a un plazo breve, a lo sumo de temporada, en el precario la cesión atiende a satisfacer necesidades permanentes del precarista por un tiempo prolongado. *Cfr.* Martín Retortillo, C., «El comodato en nuestros días», *op. cit.*, p. 856.

[13] Partiendo de que el legislador no ha fijado ningún límite de tiempo ni de objeto al comodato, Vivas Tesón opina que ha de ser necesariamente temporal, pues no siendo un negocio transmisivo de la propiedad, la entrega de la cosa cierta con carácter gratuito y por largo tiempo o tiempo indefinido podría llegar a plantear algunos problemas de delimitación con la donación *cfr.* Vivas Tesón, I., *El contrato de comodato,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 41. Estimando que una entrega así no podría calificarse más que de donación o de un derecho real, *cfr.* Marín Pérez, P., «Comentario al artículo 1740 Cc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales,* T. XXII, vol. 1ª, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

IV. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL COMODATO

Partiendo de la calificación de comodato, el siguiente interrogante que se plantea es si este quedó extinguido tras el fallecimiento del hijo propietario de la vivienda cedida. La sentencia de la APZ estima que se extinguió por confusión *ex* arts. 1156 y 1192 Cc., ya que la única heredera del comodante es la propia madre comodataria. Por su parte, el TSJA desestima dicha pretensión, considerando que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida con fundamento en el usufructo de viudedad aragonés de la nuera sobre la vivienda cedida.

Con independencia de lo anterior, la reflexión previa y aislada acerca del fallecimiento del propietario como posible causa de extinción *per se* puede ayudar a ubicar después, en el contexto de los hechos litigiosos, la de confusión de derechos debatida en Segunda Instancia y casación:

§ 1. El fallecimiento del comodante en el caso de autos: ¿posible causa de extinción del comodato?

El art. 1742 Cc. dispone lo siguiente sobre las consecuencias derivadas del fallecimiento de las partes contratantes del comodato:

> Artículo 1742. Las obligaciones y derechos que nacen del contrato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a *no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada.*

La norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte se aplica al comodato por mediación del precepto citado, limitando el carácter personalísimo de este a los casos en que el préstamo se hubiere hecho *en contemplación a la persona del comodatario*[14], como es, precisamente, el que nos ocupa.

En coherencia con lo anterior, la muerte del comodatario será, en estos últimos supuestos, una causa más de extinción del comodato a añadir a la finalización del plazo de duración pactado o determinado por el uso a que debe destinarse la cosa prestada (arts. 1749 y 1750 Cc.) a no ser que la reclame antes el comodante si tuviera urgente necesidad de ella (art. 1749 Cc.). En cualquier otro caso, las obligaciones y los derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambas partes *ex* art. 1742.

Como puede advertirse de lo hasta ahora expuesto, la especial consideración o *intuitu personae* en el comodato solamente aparece regulada respecto al comodatario, limitando a su persona el derecho de uso de la cosa prestada[15]. El Cc. no

---

[14] *Cfr.* Marín Pérez, P., «Comentario al art. 1742 Cc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 51.

[15] *Cfr.* Díez-Picazo Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. II, op. cit.*, p. 402. Existe numerosa jurisprudencia afirmando con rotundidad la existencia de precario

regula con ello expresamente una particular forma de extinción de estos comodatos como es, sin duda, el fallecimiento del comodatario, probablemente por innecesaria dado el contexto del propio precepto[16].

Ahora bien, en el caso de autos, la que fallece no es la madre comodataria sino el hijo comodante con lo que, en principio, este supuesto no tendría cobijo en la literalidad del 1742. Sin embargo, existen varios argumentos que justifican, a mi juicio, la reflexión sobre una eventual extinción del comodato examinado en atención, también, a la muerte del comodante[17]: el especial vínculo personal motivador de la cesión, el fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria y la menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos *ex* art. 1289.1 Cc.

1. *El especial vínculo personal motivador de la cesión*

El fundamento del préstamo de la vivienda que constituye la *causa commodati* es, exclusivamente, el afecto filial del hijo propietario hacia la madre, presumiblemente mutuo y recíproco según se desprende de las circunstancias del caso. En principio, el hijo cede gratuitamente el uso de la vivienda a su madre en atención a su persona. Pero no es arriesgado afirmar que su progenitora acepta de buena fe y con total libertad el ofrecimiento simplemente en atención a quien se lo hace.

En virtud de lo dispuesto en el único precepto del Cc. relativo a estos comodatos personalísimos, el reiterado 1742 Cc., los herederos del comodatario no

---

con independencia de que la cesión de una vivienda realizada por los padres propietarios a su hijo para que constituya su hogar familiar pudiera ser calificada originariamente de comodato, pues la muerte del hijo cesionario provocaría la extinción de este por aplicación del 1742 Cc, al tratarse de un comodato hecho en contemplación a la persona del comodatario. *Vid.*, por ejemplo, SSAP de Asturias de 17 de julio de 2006 (AC/2007/88), Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR/2007/331923), Valencia de 30 de enero de 2008 (JUR/2008/146726) y Las Palmas de 27 de julio de 2010 (JUR/2011/6700).

[16] *Cfr.* VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato, op. cit.*, p. 42 y en «La esencial gratuidad del contrato de comodato y la responsabilidad del comodatario en la jurisprudencia», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 2002, p. 573. Para DE ÁNGEL, establece una forma especial de extinción del comodato cual es la muerte del comodatario cuando el préstamo se hubiere hecho en atención a él. *Cfr.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Comentario al art. 1742 Cc», *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 1067. Lo simplifica atinadamente, afirmando que la regla general es que los herederos del comodatario le suceden en su derecho personal a usar la cosa y la excepción el 1742 Cc. TRUJILLO DÍEZ, I. J., «Comentario al art. 1742 Cc», *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 1968 y 1969.

[17] En opinión de LACRUZ, posiblemente ocurre igual a lo dispuesto en el 1742 Cc. si el préstamo se hizo en contemplación exclusiva de la persona del comodante fallecido. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 166. Considerando que el comodato no se extingue por fallecimiento de ninguna de las partes salvo si se contrató *intuitu personae* en atención al comodatario *ex* art. 1742 Cc. *vid.*, entre otros, MENA BERNAL-ESCOBAR, M. J., «El comodato o el préstamo de uso», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coordinados por Cabanillas Sánchez y otros, T. II (Derecho civil, Derecho de obligaciones), Thomson- Civitas, Cizur Menor, 2002, pp. 2558 y 2560; O, CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Dijusa, Madrid, 2009, p. 597 y ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, op. cit.*, p. 803, matizando, este último, la posibilidad de pacto expreso de extinción por fallecimiento de comodante y comodatario.

pueden seguir usando la cosa comodada tras su muerte con lo que nada obstaría para una eventual continuidad en el uso por parte de la madre comodataria tras el óbito de su hijo.

No obstante, con independencia de lo anterior, considero que la posibilidad de que la cesionaria siga usando la vivienda una vez fallecido el hijo aunque, ciertamente, no incumple expresamente precepto legal alguno, no se compadece bien, sin embargo, con la particular reciprocidad del vínculo materno-filial que informa la cesión objeto de este concreto comodato. De igual manera que el comodato queda sin objeto cuando finaliza el uso concreto que se da a la cosa[18] o bien puede quedarlo cuando aquel es diferente al pactado[19] o se dilata por largo tiempo[20] podría interpretarse, en nuestro caso, que aquí sería la causa la que quedaría vacía de contenido al extinguirse por fallecimiento del hijo la relación motivadora de la cesión en tanto que su defunción conlleva la quiebra del presupuesto de hecho sobre el que inicialmente se decidió el préstamo del uso.

En línea con lo que antecede, la muerte tanto del hijo como de la madre, de haberse producido antes, provocarían igualmente que la *causa commodati* decayese y, por extensión, el contrato de comodato. La consecuencia sería que la continuidad del mismo no sería viable ni con los herederos del cesionario inicial ni tampoco con los del cedente pues el vínculo original familiar causante de la cesión –y especialmente, la singularidad e inmediatez de la relación madre/hijo que lo sustenta– desaparece en ambos supuestos.

Aunque la regla general de transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los contratos en caso de muerte del 1257 Cc., recogida al inicio del propio art.

---

[18] La SAP de Huesca de 20 de mayo de 2010 (JUR/2010/388928) considera que una cesión inicial en comodato de una vivienda con la finalidad de prestar servicios a una comunidad religiosa como mandadera-portera ha mutado a precario al haberse producido el cese en dichos servicios por un cambio de la congregación religiosa demandante antes de la interposición de la demanda. La SAP de Madrid de 28 de octubre de 2010 (AC/2010/2060) declara igualmente extinguido un comodato por fin de la actividad que justificaba la ocupación de una vivienda por el demandado en el recinto del Hipódromo de la Zarzuela de Madrid, derivada de su condición de mozo de cuadras, tras cesar las carreras de caballos en dicho Hipódromo y, con ello, las condiciones que determinaron la concesión original del uso litigioso.

[19] En este sentido, De Ángel Yagüez, R., «Comentario al art. 1749 Cc», *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 1617 y Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, p. 167. La SAP de Valladolid de 4 de julio de 2008 (JUR/2008/345388) falla a favor de la procedencia de la extinción de un comodato entre un particular y el Ayuntamiento de Valladolid resuelto por resolución administrativa firme que acordaba en su momento dar fin al uso de vivienda cedida por el citado Consistorio al estimar que el demandado no se estaba ajustando a los fines del Programa de Alojamientos Provisionales que constituía el marco de la concesión.

[20] De las consecuencias que puede conllevar la excesiva prolongación temporal del comodato resulta particularmente ilustrativa la STS de 25 de febrero de 2010 (RJ/2010/1407), fallando a favor de la transformación de un comodato inicial en un precario. Su FD 2º afirma: «*No obstante la presencia del título inicial habilitante de la ocupación gratuita, como es el comodato, e, incluso, con la existencia del uso autorizado para un fin concreto,* esta Sala, con base en el carácter temporal y la duración limitada del mentado contrato, como son sus características esenciales, declara que *cuando dicha situación se alarga temporalmente* o queda al arbitrio de la voluntad unilateral del ocupante, la posición se convierte en precario». En igual sentido *vid.* SSTS de 16 de marzo de 2004 (RJ/1995/413), SSAP La Rioja de 9 de julio de 2010 (JUR/2010/303549) y La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC/2010/2302).

1742 Cc. (*Las obligaciones y derechos que nacen del contrato pasan a los herederos de ambos contrayentes*), podría utilizarse, en principio, como argumento bastante *a contrario* de lo hasta ahora explicado no debe olvidarse que esta regla general tiene como excepciones (…) *los derechos y obligaciones del contrato que no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de la ley,* salvedades fundadas en el carácter personal atribuido a la posición de parte en el contrato, lo que determina su extinción a la muerte de una de ellas o de las dos si a ambas se atribuye tal carácter. De aceptarse el carácter mutuo y recíproco de la naturaleza personal del vínculo familiar del comodato del caso de autos las dos partes del mismo podrían incluirse en la excepción aludida del 1257 Cc., y por añadidura, aceptarse también su extinción con la muerte del comodatario[21].

2. *El fallecimiento del comodante anterior al de la comodataria*

De los antecedentes de hecho recogidos en la sentencias del TSJA y la APZ se desprende la ausencia de contemplación expresa o tácita, por parte del hijo propietario del inmueble, de la situación en la que se encuadra el supuesto litigioso. Resulta creíble admitir que aquel sustentó el préstamo de uso de la vivienda en la premoriencia de su madre, máxime si se atiende a la vinculación de su finalización al fallecimiento de esta. El incumplimiento *de facto* de esta circunstancia y la falta de previsión de sus consecuencias para el comodato harían factible la aplicación del art. 1283 Cc. (*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberían entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*) antes que la norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte recogida al inicio del art. 1742 Cc., impidiendo la aplicación de la analogía de lo regulado contractualmente a un supuesto no previsto por

---

[21] Partiendo de la premisa de que el Código Civil francés de 1804 es el modelo en el que se inspira principalmente el Código español en la regulación del comodato y que su art. 1875 contiene una definición de aquel similar a la proporcionada en nuestro país por el 1740 Cc, resulta especialmente destacable en la cuestión que nos ocupa como, para los juristas franceses cercanos al *Code*, con independencia del contenido de su art. 1879 del que nuestro 1742 Cc es casi también una reproducción literal, el derecho de uso es personal del prestatario y no lo puede transmitir a terceros. *Cfr.* Pérez de Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.,* p. 123. Esta tendencia doctrinal es recogida por Huc afirmando lo siguiente al comentar el art. 1879: «Cette disposition a été critiquée; on a prétendu qu'en bonne logique il aurait fallu adopter, quant aux héritiers de l'emprunteur, une solution contraire à celle du texte, la présomption devant être que le prêt à usage cesse à la mort de l'emprunteur, *en considération de la personne de qui le commodat a été consenti*. C'est la vieille équivoque créée par ce qu'on a appelé l'*intuitus personae*» (el subrayado es mío), Huc, T., *Commentaire Théorique & Practique du Code Civil*, T. XI, Libraire Cotillon, París, 1898, p. 204. Especialmente reveladora dentro de esta corriente es la opinión de Guillouard para quien la regulación francesa del 1879 es criticable, pues considera que no hay nada más personal que un acto de generosidad y amistad, de forma que la presunción establecida en la ley debería ser la contraria, es decir, que *el préstamo de uso cesa a la muerte del prestatario en atención a la naturaleza del contrato,* a menos que las circunstancias demuestren que el prestamista desee continuar la liberalidad con los herederos de este (el subrayado es mío), *cfr.* Guillouard, L., *Traités du Prêt, du Dêpot & du Séquestre,* Livre III, Titres X et XI du Code Civil, Libraires de la Cour d'Appel et l'Ordre des Avocats, París, 1892, p. 17. Igualmente, Baudry- Lacantinerie, G. y Whal, A., *Traité Théorique et practique de Droit Civil*, Librarie de la Sociétè du Recueil des Lois et des Arréts, Paris, 1898, t. III, núm. 806.

las partes[22]. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el art. 1283 Cc. contiene una norma de interpretación subjetiva que quedará, en su caso, a la voluntad del juzgador, con el único límite del respeto a la común intención de las partes[23].

3. *La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gratuitos*

Siendo el comodato un contrato esencialmente gratuito (art. 1740.2 Cc.) resulta coherente la aplicación de la regla de la menor transmisión de derechos que recoge el art. 1289.1 Cc[24]. A diferencia del 1283 Cc., el art. 1289.1 recoge una regla de interpretación objetiva que funciona como mecanismo de cierre, facilitando una solución definitiva si la ofrecida por el primero no fuera satisfactoria.

En el caso de autos, la aplicación de este criterio restrictivo debe realizarse al nuevo contexto surgido tras el fallecimiento del comodante, muy diferente al originario en el que se ubicaba la relación que sirvió de sustrato a la *causa commodati*. El vínculo personal madre-hijo ha desaparecido surgiendo, en su lugar, otro

---

Aunque estimo que la extensión del carácter personal a cualquier comodato argumentado por la doctrina francesa citada no resulta compatible con la variedad de causas que pueden informarlo actualmente en nuestro Derecho (benevolencia, solidaridad, cortesía o, simplemente, comportamientos políticamente correctos de cualquier sociedad desarrollada) la indubitada naturaleza personal del que nos ocupa sí permite trasladar, a mi parecer, la misma consecuencia extintiva que aquella defiende de manera generalizada para la muerte del comodatario a los supuestos en los que es el comodante el que fallece ya que la relación materno-filial constitutiva de la *causa commodati* desaparece, de igual modo, en los dos casos salvo que del contexto fáctico hubiera podido deducirse la intención contraria del hijo cedente.

[22] Utiliza este argumento para negar la continuidad del uso por la ex nuera y las nietas de los propietarios de vivienda habitual cedida en comodato en atención al hijo por razón de su matrimonio no obstante su divorcio y la existencia de convenio regulador atribuyendo el uso de la misma a la ex cónyuge e hijas Rams Albesa, J. J., «Sentencia de 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes», *CCJC*, núm. 30, 1992, p. 1082.

[23] *Cfr.* Díaz-Reganón García-Alcalá, C., «Comentario al art. 1283 Cc», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1502.

[24] Al ser por esencia el comodato un préstamo gratuito del uso temporal de una cosa por su titular a otra persona se impone una interpretación restrictiva del mismo. Así se pronuncia Rams para quien, a la hora de valorar las relaciones entre comodante y comodatario, habrá que estar a la regla de la menor transmisión de derechos propiciada por el 1289.1 Cc. *Cfr.* Rams Albesa, J. J., «Sentencia de 2 de diciembre de 1992. Mantenimiento en el goce de la vivienda familiar en régimen de comodato a la adjudicataria divorciada por convenio regulador sin anuencia de los comodantes», *op. cit.*, p. 1082. Para Del Olmo, el argumento de RAMS parece que apunta con claridad a entender que el comodante ha querido limitar lo más estrictamente posible la cesión del bien prestado al comodatario y que ni se ha desprendido más que lo indispensable para alcanzar el fin que perseguía con el contrato ni ha querido configurar un derecho del comodatario mayor al indispensable para ese fin. *Vid.* Del Olmo García, P., «La duración del comodato, tal cual», *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coordinados por Llamas Pombo, vol. 1, 2006, p. 508. En esta línea, SSAP de Valencia de 21 de febrero de 2007 (AC/2007/1378), La Rioja de 9 de julio de 2010 (JUR/2010/303549) y La Coruña de 16 de septiembre de 2010 (JUR/2010/34307) en sus FD 5º, 3º y 2º, respectivamente.

distinto entre personas carentes de lazos de consanguinidad (madre y nuera) que no resultaría adecuado, a la luz de la norma que nos ocupa, para la continuidad del comodato.

En un sentido genérico, y ya fuera del supuesto litigioso estudiado, la proyección de la interpretación restrictiva propuesta implicaría que al igual que los herederos del comodatario no podrían continuar beneficiándose del uso de la cosa comodada en comodatos con relaciones causales familiares *ex* art. 1742 resultaría igualmente coherente que los del comodante –de haberlos– no resultaran perjudicados por una prolongación del comodato tras el fallecimiento de aquel, salvo tolerancia derivada de la buena fe o, en su caso, previsión expresa al respecto.

4. *Conclusión*

A mi parecer, la interacción de los tres argumentos arriba expuestos ofrece una base jurídica que, aunque muy probablemente ajena a la voluntad del hijo, permite sustentar, no obstante, la muerte del comodante como una causa de extinción más a valorar del comodato del supuesto de autos. Si se rechaza el razonamiento expuesto[25], la madre es la única heredera del hijo con lo que el paso siguiente, objeto de examen y análisis en el apartado posterior, sería evaluar la

---

[25] Es el caso de la SAP de Madrid de 17 de noviembre de 2007 (AC/1993/2600) en la que se resuelve un supuesto en el que la muerte del comodante desempeña también un papel protagonista. En Primera Instancia se estima demanda de desahucio por precario condenando al desalojo a la usuaria de una vivienda tras haber fallecido el único titular adjudicatario de la misma, habiendo mantenido ambos hasta entonces una convivencia *more uxorio*. Sin embargo, la Audiencia estima el recurso de apelación, apoyándose en las especiales circunstancias de la convivencia de la pareja. El FD 2º comienza al respecto:

> «*La demandada vivía en la vivienda de don Gregorio (el fallecido) porque aquel aceptó la convivencia con ella y ella la convivencia con él. Este es el hecho radical, anterior a cualquier derecho y fundamentante de cualquier otra consecuencia. Y como convivían, también coposeían la vivienda en cuestión. Y el único título que podría ostentar la demandada era seguramente el amor*, pues de lo que se deja entrever en los documentos aportados, ella aceptó convivir con un hombre alcohólico que padecía, además, una enfermedad invalidante. *Era algo más que una ocupación tolerada o una ocupación sin contraprestación y gratuita* (por utilizar los mismos términos en que se expresa la sentencia de instancia al recoger la doctrina sobre el precario). *Y resulta humanamente imposible que una situación así tenga que abocar a una desprotección total desde el Derecho.*»

Este razonamiento sirve de sustrato para apreciar la existencia de un comodato vitalicio que subsiste tras la muerte del comodante *ex* art. 1742 Cc., fallando a favor de la pareja del fallecido:

> «*Inimaginable resulta* (…) *que don Gregorio pusiera condiciones y término a doña Carmen para el uso de la vivienda sino que más bien –y siguiendo con esta figura jurídica– se estableció entre ellos un comodato de por vida* (…). *Y esta situación, aunque sólo sea por las razones anteriormente expuestas* (…) *debe ser mantenida por los herederos de don Gregorio en aplicación del art. 1742 Cc.*»

A mi parecer, las circunstancias de la convivencia de comodante y comodatario podrían haberse interpretado como un comodato en atención al comodante o en el que el amor mutuo era la única *causa commodati*. De aceptarse la primera explicación, la extinción por fallecimiento del comodante es admitida por Lacruz Berdejo (ver nuestra nota núm. 17); si se contempla la segunda, su desaparición por muerte del comodante es la consecuencia que se ha tratado de argumentar en el texto.

posibilidad de extinción por confusión de derechos –aceptada en Segunda Instancia y rebatida después por el TSJA–, en atención a la reunión en su persona de la doble condición de comodante y comodataria. Si, por el contrario, se acepta la muerte del comodante como causa extintiva, la madre, como heredera única, carecería de derecho de uso alguno que oponer al que resulta inherente, junto al de disfrute, al usufructo de su nuera.

Por último, si se extrapola la solución defendida a otros supuestos enmarcados en relaciones familiares, los hipotéticos herederos del comodante serían, de aceptarse la herencia, los siguientes propietarios de la cosa en la que el comodato no constituiría gravamen alguno en el que forzosamente debieran subrogarse, máxime cuando su relación con el cesionario puede ser de naturaleza totalmente diferente –incluso inexistente– a la mantenida entre el meritado usuario y el cedente fallecido.

§ 2. La extinción por confusión de derechos

Sobre la posibilidad de extinción por confusión, la APZ consideró en Segunda Instancia que el comodato quedaba extinguido por esta causa, razonándolo como sigue en su sentencia de 29 de febrero de 2008:

> «(…) sin embargo tal situación jurídica (comodato) afectante al régimen de uso y disfrute de la aludida vivienda por parte de la Sra. Y cesó al fallecimiento de su referido hijo don X (…) al devenir aquella heredera legal única de su hijo, conforme a lo normado en los arts. 202.2, 204 y 214 Lsuc., al morir don X intestado y sin descendencia, viniendo a coincidir, por tanto, en la persona de la recurrente la doble condición de comodante y comodataria, lo que implica la extinción del referido contrato por la confusión de derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 Cc.), sin que resulte otra cosa de la previsión normativa contenida en el art. 1742 Cc., por cuanto que la única heredera del comodante es la propia comodataria y no la esposa de aquel».

Frente a dicha apreciación se alza en casación la parte demandada, aduciendo que si bien es cierto que don X falleció intestado y sin descendencia, siendo la Sra. Y su heredera legal, no concurre en ella la doble condición de comodante y comodataria, ya que lo que adquiere es la nuda propiedad, no el goce y disfrute de la vivienda, estimando que, por dicha razón, no existe confusión de derechos. El debate del recurso de casación versa sobre la existencia o no de la mentada causa de extinción del referido contrato y el TSJA considera finalmente improcedente la extinción del comodato por confusión por considerar que la madre no tenía la «entera» titularidad activa y pasiva del piso, al quedarse con la nuda propiedad y la nuera con el usufructo (FD 4º).

Mientras que la APZ aprecia la existencia de confusión en el supuesto de hecho el TSJA considera, por su parte, que la presencia del usufructo vidual de la nuera impide, sin más, la estimación de esta causa. Ciertamente, el propietario de la vivienda fallece intestado, sin descendencia y siendo su madre la única heredera legal con lo que esta situación fáctica implica, en principio, la coexistencia en la persona de la madre de las figuras de comodante, por sucesión *mortis causa*

ab intestato de su hijo fallecido, y comodataria, por voluntad de este último al constituir el comodato. La presencia de la viudedad aragonesa conlleva, además, que la nuera viuda sea usufructuaria de la vivienda en cuestión mientras que la madre deviene nudopropietaria de la misma.

La distinta interpretación de la interrelación de las relaciones jurídicas en liza elaborada por ambos Tribunales lleva a conclusiones absolutamente contrapuestas. Por esta razón parece conveniente examinar tanto el concepto genérico de la extinción por confusión en el Cc. como su eventual apreciación, dadas las características peculiares y principios inspiradores de nuestro Derecho sucesorio, en Derecho Aragonés, con la finalidad de extraer argumentos que permitan deliberar tanto sobre la eventual pervivencia del comodato como acerca de los efectos que la presencia simultánea del usufructo vidual aragonés produce en aquel.

1. *La confusión en el Código Civil*

No existe en el Cc. un precepto específico relativo a las causas de extinción del comodato pero cabe la remisión a las causas generales de extinción de las obligaciones, además de las que las partes establezcan voluntariamente o las que se derivan de la propia regulación del comodato. Entre las primeras mencionadas cobra eficacia en esta figura la confusión de los derechos de acreedor y deudor, que se producirá en aquellos casos en los que el comodatario pase a ostentar la cualidad de titular del objeto prestado (comodante) en virtud de una relación jurídica que se la otorgue[26]. La confusión aparece recogida en la enumeración de las causas de extinción de las obligaciones comprendida en el art. 1156 y regulada en el art. 1192. Cc. como sigue:

> Artículo 1192. Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si esta hubiere sido aceptada a beneficio de inventario.

Para que se produzca la extinción se precisan, por tanto, dos requisitos: la concurrencia en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor y, además, la reunión de los patrimonios de la herencia y el heredero, efecto este último que impide la aceptación de la herencia a beneficio de inventario contemplada como excepción en el 1192, *in fine*, regulada expresamente en el 1023.3º Cc[27].

El primero de los requisitos se fundamenta en la imposibilidad de coexistencia en un solo sujeto de cualidades opuestas y contradictorias como las de acreedor y deudor[28] mientras que el segundo se justifica por el hecho de que la exis-

---

[26] *Cfr.* De Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.,* pp. 218 a 220.

[27] *Cfr.* González Porras, J. M., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, T. XVI, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1980, pp. 384 y 385.

[28] *Vid.* O, Callaghan, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, op. cit.,* p. 151.

tencia de la separación de patrimonios impide que crédito y deuda pasen a formar parte de una misma masa patrimonial y que, por tanto, se confundan.

La coincidencia entre acreedor y deudor puede producirse por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La sucesión hereditaria universal, como el caso de autos, origina desde antiguo los más frecuentes y claros casos de confusión. No obstante, aun siendo una misma persona acreedor y deudor, no se dará la extinción por confusión en herencias aceptadas a beneficio de inventario por el efecto legal de la separación patrimonial que produce *ex* art. 1023.3 Cc. En estos supuestos, el Derecho permite, excepcionalmente, que una misma persona sea titular de dos patrimonios separados[29]. El fundamento de la subsistencia de crédito y deuda, cada uno en su propio patrimonio, descansa verosímilmente, en última instancia, en la capacidad de esa relación obligacional como mecanismo útil para seguir tutelando intereses jurídicamente preferenciales, no obstante su anomalía estructural[30].

Aunque podría calificarse de excepción a la regla general[31], quizá resulte acertado precisar que, en puridad, la confusión de los bienes particulares del heredero con los de la herencia no llega a producirse en perjuicio de aquel, en virtud del art. 1023.3 Cc., *para ningún efecto*. Por tanto, para el heredero, más que una excepción se trata de una ausencia de confusión puesto que, realmente, no llega a hacerse efectiva[32].

No obstante lo expuesto hasta ahora, y aunque tradicionalmente se ha venido entendiendo que la separación de patrimonios se justifica y fundamenta en la aceptación a beneficio de inventario, la doctrina civilista predominante actualmente se inclina a favor de tal separación a favor de acreedores de la herencia y legatarios, incluso en ausencia de aceptación con el citado beneficio[33]. En atención a este criterio, el heredero será titular, aceptada la herencia, de dos patrimonios, el suyo y el hereditario, pero los derechos y obligaciones de ambos permanecerán automáticamente separados y diferenciados a efectos de que quienes

---

[29] *Cfr.* Martínez de Aguirre Aldaz, C., *Curso de Derecho Civil. Vol. II, Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2008, pp. 313 a 314.

[30] *Cfr.* al respecto Abril Campoy, J. M., *La extinción de las obligaciones por confusión en el derecho sucesorio,* Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 90 y 91 y en *La confusión de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 128 a 132 y Arias Díaz, M. D., *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Servicio de publicaciones e Intercambio científico, Universidad de Jaén, 1994, pp. 249 a 252.

[31] *Vid.* Díez-Picazo Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 1089.

[32] *Cfr.* Vázquez Iruzubieta, C., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 1020 y López Jacoiste, J. J., «Comentario al art. 1023 Cc.», *Comentario del Código Civil,* T. I, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 2.410.

[33] *Cfr.* Valbuena Gutiérrez, J. A., «Comentario al art. 1192 Cc.», *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1411. El principal representante de esta tendencia es Peña para quien esta separación existirá siempre sin necesidad de solicitud por los acreedores hasta su total satisfacción. *Cfr.* Peña Bernaldo de Quirós, M., *La herencia y las deudas del causante,* INEJ, Madrid, 1967, p. 21. La solución tradicional obedece, a su juicio, a una aplicación *a contrario* equívoca y excesiva del art. 1023 Cc.

tengan derechos contra el hereditario (acreedores y legatarios) puedan satisfacerlos con preferencia a los acreedores del heredero[34].

Si la aceptación se ha producido con beneficio de inventario, la separación es más intensa ya que el heredero ve limitada su responsabilidad por el 1023.3 Cc. hasta donde alcanzan los bienes de la herencia, conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto y no se produce en su perjuicio confusión para ningún efecto entre sus bienes particulares y los de la herencia.

La conclusión de lo que antecede a los efectos de la apreciación de la causa extintiva que estamos examinando es que si se admite el automatismo de la separación de patrimonios y su desvinculación con la aceptación a beneficio de inventario, no habrá inicialmente confusión. En caso contrario, esta última solamente podrá excluirse mediante la solicitud de dicho beneficio[35].

2. *La confusión en Derecho Aragonés*

El objeto de la sucesión aragonesa por causa de muerte son las relaciones jurídicas del causante que no se extingan con su fallecimiento y no estén sujetas a reglas distintas del Derecho de Sucesiones. El núcleo esencial de la herencia, en sentido objetivo, son los bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, excluidos los intransmisibles como el uso y habitación (arts. 525 y 529 Cc.), el usufructo vitalicio (513 Cc.) o los créditos intransmisibles[36]. Entre estos últimos se encontraría el supuesto contemplado en el art. 1742 Cc. *in fine* que establece expresamente la intransmisibilidad de las obligaciones y derechos que nacen del comodato realizado *en contemplación a la persona del comodatario,* en cuyo caso *los herederos de este no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada.* La norma general de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos en caso de muerte se aplica al comodato en el resto de supuestos distintos al mencionado por mediación del precepto citado.

Para que la confusión llene su efecto de extinguir la obligación la doctrina del Cc., al interpretar la normativa que la regula, indica que se precisan como condiciones, además de que aquella se produzca entre el acreedor y deudor principal (art. 1193.2 Cc.), que sea completa y definitiva[37]. No es completa cuando se produce la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y no hay, por tanto,

---

[34] *Cfr.* Albadalejo García, M., *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 110 y 114.

[35] Opuesto a esta tendencia se muestra Díez-Picazo Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*, p. 1090.

[36] *Cfr.* Serrano García, J .A., «De las sucesiones en general», *Manual de Derecho Civil aragonés*, dirigido por Delgado Echeverría y coordinado por Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 438.

[37] *Vid.* al respecto, entre otros, Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. III, Ed. Reus, Madrid, 1992, p. 468 y O, Callaghan, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de Obligaciones, op. cit.*, p. 152.

confusión de derechos (art. 1192.2º Cc.). Y no es definitiva cuando recae en una parte de la obligación o alcanza a un titular mancomunado, en cuyo caso solamente la extingue en la parte que le afecta (art. 1194 Cc.), es decir, en la porción correspondiente al acreedor o al deudor en quien concurran los dos conceptos. Seguidamente, se van a extrapolar ambas condiciones al supuesto litigioso, aplicando el Derecho Aragonés y aceptando, como punto de partida, que la madre sucede al hijo tras su fallecimiento sin que resulte otra cosa *ex* art. 1742 Cc. por ser heredera única de aquel y que el comodato no quedaría extinguido por la muerte del hijo comodante.

El primer problema que se plantea a la hora de valorar una posible extinción completa de la obligación que constituye el comodato es que los conceptos de beneficio de inventario y confusión son absolutamente ajenos al Derecho aragonés. Y no es que se trate de una regulación ausente, o siquiera deficiente, en esta materia que pueda justificar, en su caso, la aplicación supletoria del Derecho estatal *ex* art. 1.2 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) sino que existe una normativa totalmente antagónica a la contenida en el Cc. La influencia germánica que inspira, con carácter general, el Derecho histórico aragonés está particularmente presente en el Derecho de sucesiones y es la razón principal de su alejamiento de la normativa del Cc. en este ámbito que se nutre, por el contrario, del Derecho romano[38].

---

[38] Como explica Iranzo Villacampa, el Derecho aragonés, especialmente hasta la publicación en 1247 de la primera Compilación general, tuvo por regla general un notorio paralelismo con las instituciones de Derecho germánico. Por esta razón, muchas de las actuales instituciones aragonesas participan de las principales características germanas, siendo nuestra región la que mejor supo sustraerse a las influencias del Derecho romano, creando un Derecho autóctono original acorde con la realidad y espíritu aragoneses. Por todo ello, afirma que no resulta extraño que fuese Ley del Reino, recogida tras larga vigencia en la Observancia 12, *De Testamentis* (*Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires haereditarias etiam si no federint inventarium*), la separación de patrimonios. A diferencia del Derecho romano, en el germánico todos los sucesores reciben instantáneamente la propiedad sin que sea necesario ningún acto por su parte, excepto para la repudiación. No cabe en este sistema la confusión de patrimonios y, por no haberla, es lógico que no se conozca el beneficio de inventario, creado para evitar una situación que en el Derecho germánico no se produce. Aquí no se concibe la herencia como una universalidad, como en Derecho romano, en la que el heredero responde ilimitadamente por las deudas de su causante sino disgregada en situaciones particulares, en atención al principio de troncalidad de igual origen germánico, con responsabilidad limitada a los bienes recibidos. *Cfr*: Iranzo Villacampa, F., «Algunas notas sobre la responsabilidad limitada del heredero», *ADA*, 1953-54, pp. 117 y 118. Esta última concepción real y familiar de la herencia, con responsabilidad hereditaria limitada, es la que inspira el Derecho aragonés histórico y la que ha permanecido, en esencia, hasta la actualidad. Entre la numerosa doctrina regnícola al respecto *cfr*: Molino M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis,* Zaragoza, 1585, 3ª ed., voz *haeres,* fol. 167; Franco de Villalba, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico fvlcita, legibus castellae conciliata et omnigena ervditione contexta,* T. VI, Zaragoza, 1743, p. 112; Dieste y Jiménez, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, Madrid, 1869, p. 67; Franco y López, L. y Guillén y Carabantes, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés,* Zaragoza, 1841 (reimpresión), ed. facsímil al cuidado de Víctor Fairén Guillén, Institución «Fernando el Católico» (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pp. 195 y 196 (arts. 391 y 392); Isábal y Bada, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragon» derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926, Reimpresión en 1985 en ed. facsímil por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, pp. 250 (art. 74) y 370 (art. 110).

En el sistema sucesorio aragonés, la separación de patrimonios es automática y general y la confusión de aquellos no se produce en daño ni del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto en virtud del art. 357.1 CDFA[39]. Y así viene siendo tradicionalmente, puesto que estamos ante uno de los principios básicos de la responsabilidad hereditaria en Derecho aragonés coherente con la limitación de la responsabilidad del heredero a los bienes que reciba de la herencia, aunque no se haga inventario, *ex* art. 355.1 CDFA[40]. Se trata de una responsabilidad *intra vires hereditatis* opuesta a la *ultra vires* (más allá de las posibilidades de la herencia) del art. 1023 Cc[41].

En atención a esta limitación, el heredero aragonés no sufre la confusión de su patrimonio con el de su causante, quedando este último aislado para responder, en solitario, de las deudas hereditarias. Esta disociación patrimonial actúa también en beneficio de los acreedores, permitiéndoles diferenciar los bienes de la herencia y ajustar sus pretensiones de cobro a su valor real. Y es, precisamente, la inexistencia de confusión la que lleva aparejada la imposibilidad de extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia (art. 357.2 CDFA)[42]. Quedan comprendidos aquí derechos de cualquier clase del heredero frente a su causante, estando legitimado por esta razón para ejercitar las acciones que sean precisas para su defensa como, por ejemplo, y a los efectos que aquí interesan, las posesorias[43].

De lo arriba expuesto se advierte fácilmente que los principios que inspiran esta materia en Derecho Aragonés nada tienen en común con los que informan

---

[39] Art. 42.1 Lsuc. vigente cuando fallece el hijo comodante del supuesto litigioso.

[40] Art. 40.1 Lsuc., idéntico al 138 de la Compilación aragonesa de 1967 (en adelante, Comp. aragonesa).

[41] El beneficio de inventario surge en Derecho romano con Justiniano para mitigar la responsabilidad ilimitada del heredero vigente hasta entonces y es el origen del beneficio legal de inventario de los arts. 1010 Cc. y ss. La referencia al mismo aparecerá, no obstante, tanto en la Observancia 12 *De Testamentis (…etiam si no federint inventarium)* como en el art. 44 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1925 (*La herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen el art. 1010 Cc y ss.*) y en el 138.1.Comp. aragonesa titulado, explícitamente, «Beneficio legal de inventario» (*El heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario*), pero con un componente de automatismo totalmente opuesto al beneficio rogado romano coherente con los principios aragoneses rectores germánicos vigentes tradicionalmente en esta materia. *Cfr.* Merino Hernández, J. L., «La responsabilidad del heredero», *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, «Colección: Derecho civil aragonés, nº 1, coordinada por José Luis Merino Hernández, Sonlibros, Zaragoza, 2006», pp. 117 a 119 y «Comentario al art. 138 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIV, vol., 2º, Edersa, Madrid, 1987, p. 146. Finalmente, esta expresión acaba desapareciendo en el art. 40 Lsuc. Para Dolado Pérez, se trata de una depuración de técnica legislativa coherente con las críticas doctrinales que había suscitado. *Vid.* Dolado Pérez, A. (ponente), «La responsabilidad del heredero y el legatario», *Actas de los Décimos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, p. 70.

[42] Art. 42.2 Lsuc.

[43] *Vid.* Merino Hernández, J. L., «Comentario al art. 42 Lsuc.», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIV, vol, 1º, Edersa, Madrid, 2002, p. 350. *Cfr.* igualmente Serrano García, J. A., «De las sucesiones en general», *Manual de Derecho Civil aragonés, op. cit.,* pp. 472 y 473. Indica este último que el art. 42.2 Lsuc. adapta, para Aragón, lo dispuesto en el art. 1192.2 Cc.

la regulación del Cc[44]. Tomando esta premisa de referencia, si se desciende al supuesto de autos, la separación de los patrimonios es, *ex lege,* automática y general por ser una herencia regida por norma aragonesa. Huelgan aquí, por tanto, las disquisiciones y divergencias doctrinales antes referidas sobre esta cuestión en la regulación del Cc. ya que la disociación patrimonial alcanza a todos, no solamente a favor de acreedores y legatarios, y además sin necesidad de solicitud de ningún beneficio ni inventario alguno[45]. La admisión de esta ausencia de reunión patrimonial trae como resultado la inexistencia de confusión de derechos y, por tanto, de la extinción de la obligación, a pesar de la concurrencia en la madre de la doble condición de comodante y comodataria, así como su participación en la herencia del hijo premuerto en virtud de dos títulos distintos: comodataria y heredera. El primero le faculta para el uso de la vivienda mientras que el segundo le otorga la nudapropiedad, en atención a la concurrencia del usufructo vidual de la nuera.

En mi opinión, la presencia del citado usufructo resulta irrelevante para mantener la conclusión antedicha. Por su parte, el FD 4º de la sentencia del TSJA afirma que para que se produzca la confusión con efectos extintivos es imprescindible que recaiga en una misma persona, por derecho propio, *la entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria* y que esta no recae en la madre heredera pues lo que adquiere *mortis causa* es solamente la nuda propiedad y no el disfrute de la vivienda. Por esta razón, el TSJA concluye que no existe la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida de la APZ.

El argumento sostenido por el TSJA para negar la extinción entronca con el segundo de los requisitos mencionados en el comienzo de este apartado, esto es, que la confusión sea definitiva. Para ello se precisa que no recaiga en una parte de la obligación o que no alcance solamente a un titular mancomunado, en cuyo caso solamente la extingue en la parte que le afecta (art. 1194 Cc.), es decir, en la porción correspondiente al acreedor o al deudor en quien concurran los dos conceptos. Por tanto, el requisito aludido en la sentencia del TSJA de que la confusión de derechos exije la reunión en una misma persona de la *entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria* significa que será preciso que o bien sea total o que cuando cualquiera de dichas titularidades esté constituida por una pluralidad de personas (acreedores o deudores) absolutamente todos

---

[44] *Cfr.* al respecto Ginot Llobateras, F., «La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en el Derecho común y foral», *ADC*, vol. 3, núm. 4, 1950, p. 1078.

[45] Afirmaba Iranzo Villacampa, vigente el Apéndice Foral de 1925: «(…) si, por principio, en Aragón, no puede quedar perjudicado el heredero por deudas de su causante *y para ello no necesita confeccionar ningún inventario* (…) *el uso de esta expresión únicamente debe aceptarse* en cuanto su terminología es la aplicada en la legislación común *para significar unos efectos que en Aragón se producen sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos para ello en el Derecho común*» (el subrayado es mío). *Cfr.* Iranzo Villacampa, F., «Algunas notas sobre la responsabilidad limitada del heredero», *op. cit.*, p. 120. La ausencia del inventario en la normativa actual es coherente con los principios rectores aragoneses en la materia pero no impide su solicitud, siendo aconsejable en caso de dudas sobre la solvencia de la herencia. *Cfr.* Dolado Pérez, A. (ponente), «La responsabilidad del heredero y el legatario», *Actas de los Décimos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 82.

los titulares adquieran la posición contraria. En definitiva, que afecte inexorablemente a toda la obligación[46].

Sin embargo, esta cuestión es independiente de tener o no la propiedad plena de la vivienda. Siguiendo la opinión de ALBADALEJO, estaríamos ante dos fenómenos extintivos en apariencia similares e incluso paralelos pero pertenecientes a ámbitos diferentes: la confusión del derecho de obligaciones y la consolidación de los derechos reales limitados o *iura in re aliena*. En la primera se dan una titularidad activa y otra pasiva y un solo derecho a extinguir (crédito, deuda o relación jurídica) mientras que, en la segunda, coexisten dos titularidades activas y dos derechos, propiedad y servidumbre o usufructo, en su caso, cediendo estos últimos ante el derecho de propiedad[47].

No puede existir, por tanto, dependencia entre ambos fenómenos extintivos porque, no obstante la reunión de dos cualidades en una sola persona y el efecto extintivo *ipso iure* como aspectos comunes, su ámbito de actuación es totalmente diferente y con una divergencia estructural importante: en la confusión se extingue el único derecho existente y en la consolidación subsiste uno de los derechos, el de propiedad. En nuestro caso, el objeto de la extinción por confusión sería el comodato mientras que, por su parte, la consolidación implicaría, de producirse, la absorción del usufructo vidual por el titular del dominio *ex* art. 513.3º Cc.

Por todo lo expuesto, considero que no ha lugar a la extinción por confusión del comodato, pero no en atención a su coexistencia con el usufructo, como falla la sentencia del TSJA, sino, simplemente, por aplicación literal del entonces vigente art. 42.1 Lsuc. En el apartado siguiente se va a valorar el efecto que, en mi opinión, sí produce la presencia del usufructo vidual aragonés en la pervivencia del comodato.

V. COMODATO Y USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS

Para la sentencia del TSJA, lo dispuesto en el art. 101.4 de la ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante, Lrem.), vigente cuando se produjeron los hechos objeto de litigio[48], no aporta nada decisivo en contra

---

[46] *Cfr.* DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, *op. cit.,* p. 1090 y ABRIL CAMPOY, J. M., *La confusión de derechos, op. cit.*, pp. 133 y 134.

[47] *Cfr.*, entre otros, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 308, nota 2; GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Comentario a los arts. 1192 a 1194 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* T. XVI, vol. 1º, *op. cit.,* pp. 375 a 377; ABRIL CAMPOY, J. M., *La confusión de derechos, op. cit.*, pp. 33 a 35; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *op. cit.*, p. 431, nota 1; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, T. IIII, *op. cit.*, p. 467.

[48] Art. 283.4º CDFA.

del fallo a favor de la continuidad de la madre en el uso la vivienda una vez fallecido su hijo propietario. El citado precepto disponía lo siguiente:

> Art. 101. *Comienzo y extensión del usufructo vidual*
>
> 4. Desde el fallecimiento de un cónyuge el sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo vidual.

El FD 5º de la sentencia del TSJA afirma al respecto:

> «Se trata de un caso de posesión civilísima y en virtud de la misma corresponde al viudo usufructuario la tenencia material de los bienes objeto de su derecho de usufructo, estando legitimado para entablar las acciones procedentes a fin de hacerla efectiva. La tenencia material consecuente a su *ius posessionis* puede hacerla valer el viudo usufructuario frente a cualesquiera poseedores de los bienes objeto de su usufructo vidual. Ahora bien, si al ingresar la cosa en el patrimonio de su consorte estuviese ya sujeta a un derecho de goce a favor de tercero y este subsistiese en el momento de fallecer aquel, el cónyuge sobreviviente (usufructuario vidual) tendrá solamente la posesión mediata y seguirá correspondiendo la inmediata al titular del mentado derecho y lo mismo ocurre si dicho derecho nace con anterioridad a la celebración del matrimonio, o sea, si es previo al nacimiento del derecho expectante de viudedad».

En atención a lo expuesto, el TSJA concluye a favor de la preeminencia del comodato de la madre sobre el usufructo de la nuera, apoyando su razonamiento en la anterioridad del primero sobre el segundo:

> «Pues bien, en el supuesto de autos el comodato se constituyó en el año 2002, con anterioridad por tanto al matrimonio del Sr. X., que tuvo lugar el 11 de abril de 2003, de forma que cuando nace el derecho expectante de viudedad ya se había constituido el derecho de la comodataria, que mientras no se extinga debe ser respetado por la usufructuaria vidual que tiene la posesión mediata de la vivienda (…), pasando a disfrutarla directamente una vez el comodato se extinga de conformidad con las disposiciones legales que le son de aplicación, y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar otra solución, al amparo de lo prevenido en el art. 109 Lrem.»

La preexistencia de un derecho de goce en el momento de celebración del matrimonio constituye, por tanto, el epicentro de la argumentación del fallo de la sentencia y resulta en principio coherente con el régimen jurídico y naturaleza familiar de la viudedad aragonesa, única entre todos los derechos viduales españoles vigentes.

La viudedad seguía teniendo en la Lrem., y en el ahora vigente CDFA, idéntica estructura que en la Compilación aragonesa de 1967. Por esta razón, continúa siendo una institución unitaria que nace *ministerio legis* con el matrimonio pero diversa en su manifestación y contenido jurídico pues evoluciona conforme al supuesto de hecho sobre el que se asiente: constante matrimonio, se manifiesta como un derecho expectante (arts. 89.2 y 97 Lrem.[49]), garantizando un eventual usufructo sobre los bienes del cónyuge que fallezca

[49] Actuales 271. 2 y 279 CDFA.

primero (art. 101 Lrem.[50]), si bien con carácter de gravamen real de eficacia *erga omnes* respecto a los inmuebles (art. 98 Lrem.[51]) y mera eficacia entre cónyuges respecto de los muebles vinculados, solamente, a no defraudar el derecho de viudedad del otro (art. 100 Lrem.[52]). En consecuencia, el carácter familiar de la institución descansa en dos pilares básicos que son su origen matrimonial *ex lege* y su omnipresencia expectante en toda vida matrimonial regida por norma aragonesa.

Por lo que aquí interesa, respecto a los inmuebles, el derecho expectante supone objetivamente un gravamen real, de origen legal, que grava inmediatamente todos los bienes de los cónyuges –comunes y privativos, con independencia de su título de adquisición– desde el momento de la celebración del matrimonio, si los hubiere, o a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios privativos de los cónyuges o en el común. Esta calificación implica la no extinción con su enajenación a excepción de los supuestos concretos regulados expresamente[53]. Desde un punto de vista subjetivo, es un derecho actual, inmediato y absoluto, garante de un futuro usufructo vidual sobre el que pesa, como condición exclusiva, la premoriencia del otro cónyuge. Así se desprende del tenor literal del art. 101.1º Lrem.[54]:

> Art. 101. *Comienzo y extensión del usufructo vidual*
>
> 1. El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.

En virtud de lo expuesto, el fallecimiento de un cónyuge trae como consecuencia la transformación del derecho expectante del otro en un usufructo vidual que le permite gozar y disfrutar, en dicho concepto, de todos los bienes que el premuerto no hubiera enajenado en vida o que, habiéndolo hecho, subsistiera sobre ellos el expectante. Por lo tanto, su titular tiene derecho tanto a los frutos

---

[50] Art. 283 CDFA.

[51] Art. 280 CDFA.

[52] Art. 282 CDFA.

[53] El régimen del expectante como gravamen real exige –tal y como señalaban Sancho Rebullida y De Pablo Contreras vigente la Compilación– un ingreso de un inmueble en un patrimonio en concepto de objeto de dominio con lo que correlativamente, y *a sensu contrario,* deberá haber una salida de aquel para considerarlo extinguido. *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 721 y 722. Como matiza Bayod López, la afección real de los bienes al expectante se produce cuando su titular ha adquirido el dominio aún cuando no tenga su posesión, Bayod López, Mª del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.,* p. 404. Sobre la regulación de las causas de extinción del derecho expectante en la Lrem. y toda su evolución anterior *vid.* Biesa Hernández, Mª del C.*, Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad aragonés en la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad,* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010 y *El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción*, Consejo Económico y Social de Aragón (CESA), Zaragoza, 2010.

[54] Art. 283.1º CDFA.

y rentas que los bienes produzcan desde ese instante como a ocupar físicamente los bienes sobre los que el usufructo recaiga.

La adquisición de la posesión se produce *ope legis* desde el momento del fallecimiento del consorte, sin necesidad de aceptación ni de acto alguno por parte del supérstite. Esta es la «posesión civilísima» a la que hace referencia el fallo de la sentencia, denominada así desde la Edad Media porque es absolutamente independiente de la recepción o tenencia material de la cosa[55]. Por esta razón, aunque se encuentren en poder de un tercero[56], nada obsta a la posesión de los bienes objeto del derecho de viudedad y el usufructuario está legitimado para ejercitar las acciones procedentes a fin de hacerla efectiva[57].

Afirma el TSJA que «…si al ingresar la cosa en el patrimonio de su consorte estuviese *ya sujeta a un derecho de goce a favor de tercero* el cónyuge sobreviviente (usufructuario vidual) tendrá solamente la posesión mediata». En igual sentido, continúa diciendo: «(…) *y lo mismo ocurre si dicho derecho nace con anterioridad a la*

---

[55] La denominación *civilísima* fue empleada en los preceptos reguladores del comienzo del usufructo de los sucesivos Anteproyectos de la Compilación de 1967 para calificar la posesión que adquiría el cónyuge supérstite, una vez fallecido su consorte, como usufructuario. Así aparece regulada en los arts. 147 y 115 de los Anteproyectos elaborados en los años 1961 y 1962, respectivamente, por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, en el 147 del redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia en 1963 y en el art. 78 del que preparó la Sección Especial de la Comisión General de Codificación en 1965. Finalmente, esta calificación no pasó a la redacción definitiva, en la que quedaría en solitario la palabra *posesión* en el art. 79 Comp.

En coherencia con esta posesión civilísima inherente al usufructo vidual es, asimismo, absolutamente irrelevante quién tenga la posesión para tener derecho expectante puesto que nunca ha sido necesaria tampoco para que este exista. *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* p. 722 y nota 33. En Derecho histórico, así lo disponían expresamente la Observancia 59 *De Iure Dotium* y la 33 de igual título. Más tarde, recogieron esta regla los arts. 151 del Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 1899 (Proyecto Ripollés), 135 del de 1904 (Proyecto Gil Berges) y, finalmente, el 65 de la redacción definitiva del Apéndice citado de 1925. En la doctrina aragonesa anterior *cfr.* Molino, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum….*, *op. cit.*, voz *viduitas,* fol. 330 y voz *divisio*, fol. 100; Portolés, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, 1592, p. 515; La Ripa, J. F., «Del Proceso de aprehensión», Parte I, *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, pp. 25, 26 y 113; Del Plano, M., *Manual del abogado aragonés*, Madrid, 1842, p. 112; Franco y López, L. y Guillén y Carabantes, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, pp. 45 y 46.

[56] Como matiza Merino Hernández, en la práctica ordinaria los bienes suelen estar ya poseídos por el cónyuge viudo. Sólo en los casos en los que hubieren sido transmitidos o simplemente cedidos en uso a otras personas, sin pérdida del derecho de viudedad por parte de su consorte, podrá hablarse de posesión civilísima. El autor pone como ejemplo de esta última la vivienda propiedad del fallecido que está siendo ocupada por uno de los hijos. Es el supuesto, a la inversa, del caso de autos, igualmente trasladable aquí a los efectos de identificarlo también como posesión civilísima. *Vid.* Merino Hernández, J. L., «Usufructo vidual», *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, núm. 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 354 y 355. La posesión del viudo sobre los bienes usufructuados desde el inicio mismo del usufructo la cataloga como posesión ordinaria.

[57] *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* pp. 779 y 780.

celebración del matrimonio, o sea, si es previo al nacimiento del derecho expectante de viudedad» que es lo que, precisamente, acontece en el supuesto de autos. La sentencia toma por tanto como referencias temporales para determinar la prelación correspondiente o el ingreso del bien en los patrimonios de los cónyuges o, en su caso, la fecha de celebración de su matrimonio, en buena lógica, en este segundo supuesto, con el régimen jurídico de la viudedad aragonesa pues su origen matrimonial es el que marca, como se ha indicado, el inicio de aquella en su fase expectante[58].

La traslación de dichos argumentos al supuesto litigioso conduce a que la solución de la sentencia sea relegar el usufructo vidual a un segundo plano, condicionando su plenitud a la desaparición del comodato según su normativa aplicable[59]:

---

[58] Este razonamiento es el planteado en extenso por SANCHO Y DE PABLO durante la vigencia de la Compilación –igualmente trasladable a la regulación actual– para los supuestos de ingreso de un bien, constante matrimonio, ya arrendado con derecho a prórroga forzosa o gravado en usufructo por un tercero en el patrimonio del consorte y uno u otro subsistan en el momento de fallecer este último. La sentencia lo extrapola en el fallo al supuesto litigioso en el que el comodato es anterior al matrimonio, en coherencia con la naturaleza legal y real del expectante que grava los bienes no solamente a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios de los cónyuges sino también desde la celebración del matrimonio, si los hubiere:

> «*Sin embargo, si al ingresar el bien en el patrimonio de su consorte, en vida de este, estuviere ya gravada la cosa por un usufructo a favor de un tercero o arrendada con derecho a prórroga forzosa, y subsistiese dicho usufructo o arrendamiento en el momento de fallecer aquel, el cónyuge sobreviviente, usufructuario vidual, habrá de contentarse momentáneamente con la posesión mediata y seguirá correspondiendo la inmediata al usufructuario o arrendatario.* En tales casos, el derecho expectante a favor del cónyuge nació en el momento en que el bien ingresó en el patrimonio de su consorte (*cfr.* art. 76.1) lo que tiene lugar también si está dado en usufructo o arrendado; pero del art. 76.2, según el cual aquel derecho no se extingue ni menoscaba por cualesquiera actos dispositivos ulteriores, se infiere a contrario -y la misma conclusión se alcanza por simple aplicación de la regla *prior tempore, potior iure-* que entonces el expectante no perjudica ni altera los efectos de los actos realizados por el anterior propietario de los bienes que, con arreglo a su disciplina específica, confieran a otra persona el derecho de poseerlos de forma inmediata y compelan al cónyuge adquirente a respetar tal posesión (sin perjuicio de la suya, mediata). *En estas condiciones (…), dicho usufructo del viudo no puede perjudicar la posesión que corresponde al usufructuario o arrendatario que ya lo eran al ingresar los bienes en el patrimonio del cónyuge premuerto: entonces, la posesión (mediata) no empece la (inmediata) de aquellos* (el subrayado es mío). *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* p. 782.

[59] *Vid.* idéntica consecuencia referida a arrendamientos o usufructos postmatrimoniales a favor de tercero en SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* pp. 782 y 783:

> «(…) el cónyuge sobreviviente sigue siendo usufructuario vidual, y por ello, *si subsiste un usufructo sobre alguno de los bienes, objeto de su derecho de viudedad, este se manifestará de momento como un usufructo de la nuda propiedad, consistiendo su contenido económico en la eventualidad de llegar a gozar la cosa en cuanto se reincorporen a aquella el resto de facultades de dominio*; y si subsiste un arrendamiento sobre alguno de tales bienes, percibirá por lo pronto el usufructuario vidual la renta como fruto civil de ellos, adquiriendo la posesión inmediata y disfrutándolos directamente en cuanto el arriendo se extinga de conformidad con las disposiciones legales específicas (…)» (el subrayado es mío).
>
> «Posesión inmediata» es la que se tiene directamente mientras que la «mediata» es la que se ostenta a través de la de otro. Aunque el TS ha utilizado en numerosas ocasiones esta clasificación al interpretar el 432 Cc para referirse a los supuestos de concurrencia de posesiones, no se en-

> «(…) mientras no se extinga debe ser respetado (el comodato) por la usufructuaria vidual que tiene la posesión mediata de la vivienda (…), *pasando a disfrutarla directamente una vez el comodato se extinga de conformidad con las disposiciones legales* que le son de aplicación, y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar otra solución, al amparo de lo prevenido en el art. 109 Lrem.»

Ciertamente, si se atiende en exclusiva al elemento temporal, la consecuencia no puede ser otra que la contenida en la sentencia. El *iter* sucesivo comodato-viudedad no permite contemplar otra posibilidad distinta a la supeditación del usufructo a la extinción del comodato.

Ahora bien, si se prescinde en el análisis de sus respectivas fechas de origen y se atiende a la naturaleza jurídica y características propias de una y otra figura, la solución no es tan clara. En principio, las dos conceden título bastante para habitar la vivienda litigiosa pero las diferencias existentes entre ambas hacen cuando menos dudoso sostener, sin abundar en ellas, que su distinta cronología sea, *per se*, definitiva.

El TSJA hace referencia a un «derecho de goce» a favor de tercero anterior al matrimonio del causante para justificar la posesión mediata de la usufructuaria vidual, con lo cual identifica como tal derecho tanto al comodato como al usufructo vidual aragonés. La cuestión principal a valorar aquí es si los dos términos de la comparación están realmente en una situación de igualdad jurídica que permita admitir que sea exclusivamente el elemento temporal el que determine la preferencia de uno sobre otro. En mi opinión, ninguno de los dos es un derecho de goce *strictu sensu*, el comodato por defecto y el usufructo por exceso[60], en atención a los argumentos siguientes:

Origen: El origen de la viudedad se identifica con un efecto legal del matrimonio sometido a norma aragonesa (arts. 10 y 89.1 Lrem[61].) conforme al artículo

---

cuentra, sin embargo, explicitada en el Código. *Cfr.* Ureña Martínez, M., «Comentario al art. 432 Cc.», *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 594. Revisando la doctrina aragonesa al respecto, Sancho distinguía en el ámbito del usufructo entre «posesión indirecta» y «posesión directa», considerando la primera una posesión sin detentación y la segunda una posesión con detentación que unía al *ius possidendi* el *ius detinendi* o recepción material de la cosa. La indirecta la vinculaba al concepto de administrador –identificándola con la del viudo hasta que cumpliera con la obligación de inventario exigible en el Apéndice entonces vigente– y la directa al disfrute del usufructuario propiamente dicho una vez cumplida la obligación citada. *Vid* en Sancho Rebullida, F., «La viudedad», *Informes del Seminario (1954-1958),* vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 193 y 194.

[60] El apartado XIII del Preámbulo de la Lrem., relativo al usufructo aragonés, comenzaba afirmando: «El usufructo vidual *no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena,* como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil. Su carácter de Derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas». En igual sentido, Sancho Rebullida ya indicaba: «(…) se trata de un usufructo especial, de un usufructo afectado y especializado, precisamente por la naturaleza familiar de la viudedad, *lo cual comporta, por una parte, ciertas limitaciones que no existen en el usufructo corriente y, por otra, poderes, incluso de disposición, más extensos que los del titular de un usufructo ordinario*» (el subrayado es mío). *Cfr.* Sancho Rebullida, F., «La viudedad», *Informes del Seminario (1954-1958),* vol. III, *op. cit.,* p. 49.

[61] Arts. 192 y 271 CDFA.

9.2 Cc., en relación con el 16.2 Cc. Por el contrario, el comodato es voluntario, resultado de un contrato de préstamo de uso entre las partes (art. 1740 Cc.).

Efectos: El derecho expectante de viudedad supone un gravamen real de origen legal, oponible *erga omnes*. Por su parte, el comodato carece de cualquier energía reipersecutoria y solamente tiene efecto *inter partes* vinculadas, simplemente, al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Objeto: La posesión que deriva del derecho de usufructo es, como ya se ha indicado *supra*, civilísima y originaria pues no hay sucesión en la misma al cónyuge premuerto[62]. El comodato implica una mera posesión natural del art. 430 Cc[63], derivativa de alguien que, simplemente, tenga un derecho de uso no personalísimo[64].

Facultades: El usufructo vidual aragonés permite usar y disfrutar de la cosa[65] mientras que el comodato no incluye el el *ius fruendi* o derecho a percibir los frutos (art. 1741 Cc.) sino tan sólo el *ius utendi* (derecho de uso)[66].

Carácter: La adquisición del usufructuario aragonés es un beneficio matrimonial. No es a título lucrativo porque no se produce con el fallecimiento de su cónyuge[67]. El comodato, sin embargo, es esencialmente gratuito (arts. 1740 y 1741 Cc.)[68].

---

[62] *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo de Contreras, P., «Comentario al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* p. 780 y Bayod López, Mª del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.,* p. 390.

[63] En mi opinión, el deber de restitución inherente al comodato excluye el *animus* de poseer como propia la cosa cedida característico de la posesión civil. Por esta razón, considero que la posesión por parte del comodatario se ajusta a la de una mera posesión natural *ex* art. 430 Cc. Si se atiende al concepto en que se posee, la posesión comodataria se ubicaría en la posesión en concepto de tenedor de la cosa para disfrutarla y conservarla al margen de su titularidad dominical (art. 432 Cc.). Para De Ontiveros Baquero, aunque este último precepto hable de «tenedor», no cabe duda de que se trata de un auténtico poseedor y que la posición del comodatario puede incluirse en el concepto posesorio contemplado en la norma de referencia. *Cfr.* De Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.*, p. 130.

[64] Para dar en comodato, basta tener un derecho de uso que no sea personalísimo o intransmisible. Como regla general, pueden dar en comodato el usufructuario o el arrendatario (salvo que no pueda subarrendar o ceder la cosa arrendada). *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil* II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.,* p. 16. Albadalejo estima posible dar en comodato una cosa propiedad del comodatario si no le corresponde a este su uso, Albadalejo García, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, *op. cit.,* pp. 800 y 801. La SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2010 (JUR/2010/376091) se pronuncia expresamente sobre la compatibilidad de comodato y usufructo (FD 4º).

[65] Se configura como un derecho real en cosa ajena que atribuye a su titular la propiedad de todos los frutos que los bienes sujetos al mismo produzcan así como el uso y goce de aquellos con las obligaciones pactadas o impuestas por la ley. *Cfr.* Bayod López, Mª del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.,* p. 419.

[66] En coherencia con la posesión natural que, entendemos, supone (*Vid.* nuestra nota núm. 63). *Cfr.* en esta línea Pérez De Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.,* pp. 127 y 133.

[67] *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L., «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», *ADA*, III, 1946, p. 354 y en «Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal», *ADA*, XII, 1963-64, pp. 357 y 358.

[68] El comodato es esencialmente gratuito *ex* art. 1741 Cc. Si interviene algún emolumento, la doctrina dominante estima que pasa a ser un arrendamiento, mutando su carácter gratuito en onero-

Interpretación en caso de duda: En caso de duda, el principio del *favor viduitatis*[69] trae como resultado la necesaria adopción de la interpretación más favorable a la viudedad[70]. Por el contrario, la interpretación restrictiva inherente a los contratos gratuitos supone decantarse en el comodato por la menor transmisión de derechos e intereses *ex* art. 1289.1[71].

La contraposición de los títulos legitimadores de la posesión en uno y otro caso pone de manifiesto que la concedida por el comodato es de ámbito mucho más restringido que la que otorga el usufructo vidual aragonés. Pero, con independencia de lo anterior, considero que lo realmente decisivo a los efectos que nos ocupan es, simplemente, que mientras el usufructo aragonés es un gravamen legal *erga omnes*, la facultad de usar inherente al comodato no convierte al beneficiado en titular de ningún derecho real. La cosa cedida en comodato no resulta gravada y el uso se inserta en una pura relación obligatoria entre las partes[72]. Por esta razón, no resultaría procedente la aplicación de la regla *prior tempore, potior iure* ya que el comodato no puede conceptuarse como una carga del bien por la que, indudablemente, constituye el usufructo[73].

---

so. *Vid.*, entre otros, Marín Pérez, P., «Comentario al art. 1741 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* T. XXII, vol. 1º*, op. cit.*, p. 48; Albadalejo García, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, op. cit.* p. 799; Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.,* p. 165 y Díez-Picazo Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV, Las particulares relaciones obligatorias, op. cit.,* p. 366. Admiten matizadamente la compatibilidad de esta gratuidad esencial con un beneficio para el comodante Martín Retortillo, C., «El comodato en nuestros días», *op. cit.*, p. 843, Pérez de Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.*, p. 74 y Rabanete Martínez, I., *El contrato modal y su distinción con el arrendamiento,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 28, 80, 81, 93 y 94 y en «Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)», *RGD*, núm. 656, 1999, en especial, pp. 5326 y 5327.

[69] Regulado en el art. 90.3 Lrem., cuando ocurrieron los hechos litigiosos, y, con igual literal, en el derogado 75.2 Comp. Aragonesa. Actualmente se recoge en el art. 272.3 CDFA.

[70] Sobre el art. 75.2 Comp. aragonesa *cfr.* Latorre Martínez de Baroja, E., «Comentario al art. 75 Comp. aragonesa», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dirigidos por Albadalejo García, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 316 y 317 y Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentarios al art. 75 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.,* pp. 697 a 701. Para el 90.3 Lrem. *vid.* Bayod López, Mª del C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.,* p. 400 y Merino Hernández, J. L., «Usufructo vidual», *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 399.

[71] En atención a su gratuidad, entiende Lacruz que las facultades del comodatario se apreciarán sin extenderlas más de lo claramente previsto en aplicación del art. 1289.1 Cc. *Cfr.* Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.,* p. 167. Sobre esta cuestión, véase nuestra nota núm. 24.

[72] *Cfr.* Marín Pérez, P., «Comentario al art. 1741 Cc.», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* T. XXII, vol. 1º, *op. cit.*, pp. 48 y 50; Moratilla Galán, I., «En el comodato y en el simple préstamo o mutuo se entrega un bien que debe ser restituido posteriormente», *RCDI,* marzo-abril, 2007, núm. 700, p. 828 y Pérez De Ontiveros Baquero, C., *El contrato de comodato, op. cit.,* p. 127.

[73] La utilización del principio *prior tempore, potior iure* resulta procedente ante un gravamen anterior al usufructo aragonés. *Cfr.* Bayod López, C., «La viudedad», *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.,* p. 405. El comodato, sin embargo, es una convención obligacional, con efecto entre las partes pero sin trascendencia real, con lo que el uso del principio citado para determinar su eventual preferencia sobre el usufructo vidual no tiene razón de ser. Sobre esta cuestión resolvía expresamente la

En atención a lo expuesto, puede concluirse que la posición jurídica derivada del comodato es mucho más débil que la que trae causa del usufructo vidual. De aceptarse esta premisa, resulta innecesario, a mi juicio, el criterio temporal utilizado en el fallo de la sentencia para dilucidar la posesión predominante. Esta solución sería igualmente aplicable en cualquier otro gravamen o arrendamiento con independencia de que fueran posteriores en el tiempo a la constitución del comodato e, igualmente, si se admite la interpretación defendida más arriba a favor de la extinción de este último por muerte del comodante y se contemplan los hechos desde la posición de heredera de la madre. En este último caso, el derecho de la viuda usufructuaria sería preferente al de su suegra heredera por proceder de un beneficio legal de origen matrimonial independiente de la voluntad del causante. Esta condición trae como consecuencia que se anteponga a los acreedores y herederos del cónyuge premuerto por no tratarse de una adquisición sucesoria a título lucrativo[74].

Cuestión muy distinta a todo lo precedente será valorar si el lanzamiento de la madre de la vivienda resulta admisible, tras la muerte del propietario, por causas distintas a las estrictamente jurídicas. A mi parecer, razones de justicia y equidad y, especialmente, el respeto de la voluntad del hijo fallecido que resul-

---

RDGRN de 4 de octubre de 1989 (BOE núm. 260 de 30 de octubre) considerando que la cesión de uso de un inmueble de un Ayuntamiento a la TGSS para servicios sociales no constituía derecho real al no constar la voluntad inequívoca de constituir un derecho de tal naturaleza sino una cesión del mero uso rigiendo, en este caso, las reglas del comodato. Por su parte, en el usufructo, la oponibilidad legal *erga omnes* inherente al derecho de viudedad aragonés hace que la inscripción registral resulte innecesaria aunque pueda resultar conveniente en el ámbito del Derecho Interregional. Sancho Rebullida y De Pablo Contreras exponen que la toma de razón autónoma del expectante en el Registro de la Propiedad es especialmente útil y conveniente en inmuebles ubicados fuera de Aragón, para evitar que, quien reúna la condición de tercero a efectos del art. 34 Lh., pueda invocar el 16.2.II Cc. y haga valer la inoponibilidad frente a él de dicho derecho. *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentario al art. 76 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 737 e, igualmente, Delgado Echeverría, J., «La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)», *Jornadas de Derecho Foral*, Jaca, 28-31 agosto de 1976, *ADA*, XVII, 1974-76, pp. 97 y 98 y Serrano García, J. A., «Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)», *CCJC*, núm. 20, abril-agosto, 1989, p. 621.

[74] Adviértase, no obstante, que la posesión inherente a la condición de heredera sería también civilísima (art. 440 Cc.) como la del usufructo vidual. La diferencia sustancial entre ambas radica en que la que adquiere el viudo usufructuario es independiente de la que pudiera tener su cónyuge, afectando a todos los bienes sobre los que recaiga su derecho de viudedad abstracción hecha de quien sea su poseedor. No hay sucesión en su posesión sino adquisición originaria de esta. *Cfr.* Sancho Rebullida, F. y De Pablo Contreras, P., «Comentarios al art. 79 Comp. aragonesa», *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 780. Por su parte, la adquisición posesoria en las sucesiones *mortis causa* se produce *ex lege* desde el momento de la muerte del causante sin necesidad de aprehensión material de la cosa, como ocurre en el usufructo vidual aragonés pero, a diferencia de este último, siempre y cuando el heredero acepte la herencia. La aceptación, de producirse, tiene eficacia retroactiva, gozando entonces el heredero de una posesión civilísima desde el momento del fallecimiento del causante. *Cfr.* Ureña Martínez, M., «Comentario al art. 440 Cc.», *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 594. Considerando importante la diferencia de la necesidad de aceptación de cualquier derecho sucesorio, ya sea herencia o legado, para entrar en el patrimonio del favorecido frente al automatismo del usufructo vidual aragonés tras el fallecimiento del causante *vid.* Merino Hernández, J. L., «Usufructo vidual», *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 355.

ta ineludible para la aceptación de la figura del comodato frente al precario, hacen defendible, sin duda alguna, la solución contraria a la que arriba se ha tratado de argumentar legalmente.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Finalizados estudio y análisis de la sentencia objeto de comentario, las principales conclusiones que pueden extraerse son las siguientes:

§ 1. Calificación de la cesión de la vivienda: comodato *intuitu personae* en atención a la madre

La asociación del fin de la cesión del uso del inmueble litigioso, propiedad del hijo fallecido, a la muerte de la madre comodataria genera, *ab initio,* cierta inseguridad jurídica para una calificación de comodato nítida e incuestionable. Aunque la admisión del fallecimiento de la madre como un término *certus an incertus quando* y la interpretación de la voluntad del hijo, deducible del contexto del préstamo de uso, hacen verosímil, a reserva de mejor criterio, la defensa de una inicial calificación de comodato *intuitu personae* en atención a la cesionaria con entidad suficiente para la resolución del caso de autos, la transitoriedad esencial inherente a la naturaleza jurídica de esta figura legitima igualmente a nuestro juicio, de no haber acontecido la premoriencia del hijo, la aceptación de una posible transformación a simple precario ante una eventual prolongación excesiva en el tiempo vinculada a la longevidad de la comodataria en función de su edad en el momento de la cesión.

§ 2. Admisión de la extinción del comodato por muerte del comodante

Aunque el comodato *intuitu personae* solamente aparece regulado en el Cc. respecto al comodatario en el art. 1742, limitando a su persona el derecho de uso de la cosa prestada y, por tanto, estableciendo implícitamente el fallecimiento de este último como causa de extinción, la especial naturaleza de la *causa commodati* que informa el comodato de autos hace admisible, en nuestra opinión, someter a valoración la muerte del comodante como posible causa de terminación del comodato. La aceptación del carácter mutuo y recíproco del vínculo personal materno-filial que lo informa permitiría incluir como excepción a la regla general de transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los contratos en caso de muerte del 1257 Cc. tanto a los del comodante como a los del comodatario –salvo que del contexto fáctico se hubiera deducido lo contrario– y concluir que el comodato se extinguiría, indistintamente, *mortis causa,* pues el vínculo personal desaparece de igual modo con el fallecimiento de cualquiera de las dos partes. La menor transmisión de derechos propia de la interpretación de los contratos gra-

tuitos y la muy probable sustentación de la cesión en la premoriencia de la madre, con una correlativa ausencia de previsión alguna *a contrario*, contribuirían a sostener esta interpretación *ex* arts. 1289.1 y 1283 Cc., respectivamente, no obstante su carencia de cobertura legal expresa.

§ 3. Inadmisión de extinción por confusión del comodato *ex* art. 1192 Cc.

La estrecha vinculación existente entre las consecuencias del fenómeno confusivo en las obligaciones y los distintos sistemas legales de sucesión *mortis causa* se pone especialmente de relieve en la contraposición de la regulación del Cc. y la aragonesa en esta última materia. A diferencia del Derecho común, la concurrencia en la persona de la madre, tras el óbito de su hijo, de la doble condición de comodante y comodataria no genera en Derecho Aragonés ninguna confusión que pueda extinguir la obligación comodaticia, en atención a la separación de patrimonios automática y general que resulta aplicable por ser una herencia regida por norma aragonesa. En nuestra opinión, la presencia del usufructo de viudedad aragonés resulta irrelevante para mantener la conclusión precedente ya que no cabe dependencia alguna entre ambos fenómenos extintivos por tener un ámbito de actuación y consecuencias distintas. La confusión, dentro del Derecho de Obligaciones, tendría por objeto, en su caso, el comodato, mientras que la consolidación, propia de los derechos reales limitados, implicaría, de producirse, la absorción del usufructo vidual por la titular del dominio. La primera no era posible según el 42.1 Lsuc. y la segunda porque la titularidad de la nuda propiedad pertenece a la madre del comodante fallecido y la del derecho de usufructo a su viuda.

§ 4. Supremacía del usufructo vidual aragonés sobre el comodato

Con independencia del posicionamiento adoptado sobre la pervivencia del comodato, la situación jurídica derivada del mismo es mucho más débil que la que trae causa del usufructo vidual aragonés. Mientras este último es un gravamen real, de origen legal y oponible *erga omnes*, la facultad de usar inherente al comodato no convierte al comodatario en titular de ningún derecho real. La cosa cedida en comodato no resulta gravada y el uso se inserta en una pura relación obligatoria que liga a las partes. Por esta razón, estimamos innecesario el criterio temporal utilizado en el fallo de la sentencia para dilucidar la posesión predominante ya que el comodato no puede conceptuarse como una carga del bien a diferencia de la que, indudablemente, constituye el usufructo.

§ 5. Criterios jurídicos *versus* criterios de justicia y respeto a la voluntad del fallecido

Nuestra postura final a favor del uso de la vivienda para la nuera supérstite tiene como único sustrato la aplicación –más o menos estricta– de la normativa vigente, a excepción de la admisión de la muerte del comodante como causa de

extinción que obedece a una interpretación amplia y debatible de aquella. Sin embargo, consideraciones de justicia material derivadas del caso concreto y de intereses dignos de protección jurídica hacen admisible la continuidad en el uso de la vivienda de la madre del fallecido siendo esta, por añadidura, la más que probable voluntad inspiradora de la cesión por parte de su hijo.

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.

I. LEY 9/2011, DE 24 DE MARZO, DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARAGÓN

(BOA núm. 70, de 7 de abril de 2011, págs. 7659 a 7668)

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 45 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

PREÁMBULO

La presente ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar.

La familia, como institución social básica y viva, es y ha sido continuamente el centro de muchas y diversas problemáticas que no siempre pueden resolverse dentro de su propio ámbito.

Para dar respuesta a esta problemática es por lo que se han instrumentado en los últimos tiempos mecanismos alternativos a la resolución de conflictos por la vía judicial, como el de la mediación, que se van imponiendo como métodos prioritarios para solucionarlos. El sistema tradicional de acudir a las instancias judiciales para resolver las controversias derivadas de problemas familiares ha demostrado que, en muchas ocasiones, resulta poco efectivo para apaciguarlos, buscándose otras vías de resolución más cercanas a la voluntariedad y al consenso de las partes, pasando de la imposición al acuerdo y a la aceptación.

La mediación familiar desarrolla las posibilidades de actuación de las personas favoreciendo el diálogo, el acercamiento y la comprensión, para llegar a soluciones pactadas por las partes que al final suponen un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, sobre todo para los menores y las personas más vulnerables.

Tampoco debe olvidarse que los problemas tratados a través del proceso de mediación no suelen evolucionar a formas más controvertidas de resolución, evitando y previniendo en muchas ocasiones situaciones familiares de malos tratos.

Por todo esto, se pretende con esta ley establecer un marco normativo favorable al desarrollo de la función mediadora ya que se ha mostrado como una garantía de respuesta a la conflictividad familiar y, por tanto, una figura que debe ser objeto de una especial atención por parte de instituciones públicas y privadas.

Hay que tener en cuenta los antecedentes normativos que, desde las instituciones comunitarias, se han aprobado en esta materia. Cabe citar como más destacados la Recomendación número R (98) I, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación familiar, desde la que se insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituirla y potenciarla; el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, elaborado por la Comisión de la Unión Europea, que invita a los Estados miembros a examinar la posibilidad de elaborar modelos de soluciones no judiciales de los conflictos; o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que indica que debe tender a generalizarse la mediación como modelo de resolución de controversias.

A nivel estatal, la Constitución Española establece en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación. En este sentido, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, supuso un paso adelante en esta materia, concediendo a las partes la facultad de solicitar en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el artículo 71.34.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón establece como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón la acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial. En este sentido, la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, establece que los niños y adolescentes tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral como personas en el seno de una familia, preferiblemente con sus padres. Asimismo, indica que la aplicación de los principios del Estado de Derecho a la protección de los menores conlleva una responsabilidad compartida entre sus padres y los poderes públicos. Es fundamental destacar la aprobación de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, el derecho universal de acceso a los servicios sociales, como derecho de la ciudadanía, para promover el bienestar del conjunto de la población y contribuir al pleno desarrollo de las personas.

Especial importancia en la figura de la mediación tiene la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, una norma aprobada por las Cortes de Aragón, pionera en aspectos fundamentales del Derecho de familia, que en su Preámbulo señala que la mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura.

El artículo 4 de la mencionada ley establece que los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. Añade que, en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y también podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. Asimismo, continúa el precepto señalando que, iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán, de común acuerdo, solicitar su suspensión al Juez en cualquier momento para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación.

En este sentido, y para regular temporalmente un sistema que facilitara a las partes la consecución de acuerdos en el ámbito de las rupturas familiares, la disposición transitoria segunda de la citada Ley 2/2010 establecía un régimen provisional de mediación familiar hasta la entrada en vigor de la Ley de Mediación Familiar a la que se refiere la disposición final segunda, entendiendo por mediación familiar el servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, derivados de la ruptura de la pareja, que afecten a menores de edad. Este ámbito de aplicación de la mediación familiar, de carácter temporal, tenía su fundamento en que el objeto de la Ley 2/2010 es regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, entendiendo, por tanto, que la mediación familiar debía comprender únicamente los conflictos familiares referidos a rupturas de parejas con hijos menores de edad. La corriente internacional actual, al igual que están haciendo numerosas Comunidades Autónomas, apuesta por una extensión de la aplicación de la mediación familiar a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares, considerando el objeto de la mediación de forma amplia.

Hay que señalar que la disposición final segunda de la Ley 2/2010 establece un plazo de tres meses desde su entrada en vigor para que el Gobierno de Aragón remita a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley de Mediación Familiar, en la que se regularán el funcionamiento, competencias y atribuciones de este instrumento alternativo a la vía judicial de resolución de los conflictos familiares.

Por otro lado, el artículo 7 del Decreto 252/2003, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Servicios Sociales y

Familia, atribuye a la Dirección General de Familia, entre otras competencias, la puesta en funcionamiento de un servicio de mediación, conciliación y orientación familiar.

El vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 71.59.ª atribuye competencia exclusiva a nuestra Comunidad Autónoma en lo relativo a los medios personales y materiales de la Administración de Justicia. Mediante Real Decreto 1702/2007, de 14 de diciembre, se hizo efectiva la transferencia en Administración de Justicia desde la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón, localizándose orgánicamente en el Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior.

Hay que tener en cuenta que la norma fundamental en la materia, esto es, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada en el 2003 y, últimamente, por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, coloca al lado de la oficina judicial la unidad administrativa a la que corresponderá la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos, medios informáticos y demás medios materiales, atribuyéndose en el artículo 456.3 al Secretario judicial las conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se remite la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en sus artículos 770 y siguientes regula las demandas de separación y divorcio, disponiendo que se sustanciarán por los trámites de juicio verbal, pudiendo las partes, de común acuerdo, solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Es preciso, por tanto, reconocer al lado de la mediación extrajudicial la mediación intrajudicial como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales. Cuando ya se ha iniciado un proceso judicial de nulidad, separación o divorcio, el Juez puede decretar la suspensión de actuaciones si advierte que existen posibilidades reales de que las partes puedan llegar a un acuerdo y, para valorarlas, es importante que cuente con un coordinador de mediación que explore e informe.

La ley se compone de un total de treinta y cuatro artículos, estructurados en cinco capítulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

El Capítulo I recoge las disposiciones de carácter general, el objeto y el concepto de la mediación familiar, remarcando su carácter extrajudicial y consensuado, y los conflictos susceptibles de mediación familiar, haciéndola extensiva a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares. El ámbito de aplicación de la ley se circunscribe a las mediaciones familiares que se efectúen por mediadores designados por el departamento del Gobierno de Aragón competente en mediación familiar. En el proceso de mediación destaca el interés superior de los menores de edad y la protección a las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia. Este Capítulo también establece los fundamentos de la mediación familiar y analiza los principios generales por los que se rige, refiriéndose a la voluntariedad de las partes, no solo para iniciar y poner fin al procedimiento sino también para desistir de él en cualquier

momento. La igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo y buena fe se enumeran como fundamentos básicos de todos los procesos de mediación.

El Capítulo II está dedicado al mediador familiar, regulándose los requisitos de titulación, formación y experiencia que este debe cumplir, así como sus derechos y deberes.

El Capítulo III hace referencia a las fases a lo largo de las cuales se desenvuelve el procedimiento de la mediación, desde la reunión inicial al acta final, así como las funciones que debe desempeñar el mediador familiar en el ejercicio de su actuación. Se estima adecuado y suficiente que el plazo de duración del proceso de mediación sea de sesenta días, susceptibles de prórroga si se producen determinadas circunstancias que lo aconsejen, sin perjuicio de las especialidades en plazos de la mediación iniciada por la Autoridad Judicial. También trata de la sesión informativa previa a la que los Jueces pueden derivar a las partes. Se establece, además, la prohibición de acudir a mediación familiar cuando se esté incurso en determinados procesos penales o cuando se advierta la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Finalmente, se regulan los casos en que los acuerdos alcanzados por las partes deben ser ratificados judicialmente.

El Capítulo IV establece la organización administrativa y las competencias y funciones en materia de mediación familiar, erigiendo como órgano administrativo responsable del servicio de mediación familiar al departamento del Gobierno de Aragón que tenga atribuidas las competencias en el área de mediación familiar. Se permite que los Colegios Profesionales puedan llegar a colaborar en diferentes momentos. Se crea también el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales que cumplan los requisitos establecidos en la ley. A su vez, se señalan los supuestos en los que el servicio de mediación tendrá carácter gratuito y cuándo será abonado por los interesados, de acuerdo a las tarifas que se establezcan reglamentariamente.

Finalmente, el Capítulo V describe el régimen de infracciones y sanciones en que puede incurrir el mediador familiar.

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1.—*Objeto.*

La presente ley tiene por objeto regular la mediación familiar en Aragón como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar.

Artículo 2.—*Concepto de mediación familiar.*

Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la

comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.

Artículo 3.—*Ámbito de aplicación.*

1. La presente ley será de aplicación a las mediaciones familiares que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón por mediadores familiares designados desde el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2. Para poder solicitar las actuaciones del servicio de mediación familiar, al menos una de las personas en situación de conflicto familiar debe tener residencia efectiva en Aragón.

Artículo 4.—*Servicios de mediación familiar.*

1. Existirá un servicio de mediación familiar, adscrito al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón, que tendrá como finalidad la prestación de este servicio social de mediación en las condiciones y con los requisitos que se establecen en esta ley, así como proporcionar asesoramiento, ayuda y formación a las personas y entidades relacionadas con la materia.

2. Cuando la mediación se realice por iniciativa propia de los colegios profesionales, corporaciones locales u otras entidades públicas o privadas, se estará a lo dispuesto en su normativa reguladora.

3. Las mediaciones realizadas por particulares no inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón se regularán por la legislación correspondiente al ejercicio de su actividad profesional.

Artículo 5.—*Conflictos susceptibles de mediación familiar.*

1. La mediación regulada en la presente ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado.

2. Específicamente, la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos:

a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.

b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.

c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja.

e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.

f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de Derecho internacional.

g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar.

Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o mo-

ral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos.

h) Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar.

i) Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte.

Artículo 6.—*Alcance de la mediación familiar.*

1. La intervención del mediador familiar podrá versar sobre cualquier materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente.

2. El proceso de mediación velará sobre todo por el interés superior de los menores de edad y protegerá a las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia.

Artículo 7.—*Principios generales de la mediación familiar***.**

Los principios generales que fundamentan la mediación son los siguientes:

a) Voluntariedad: el principio básico de la mediación es la voluntariedad, de manera que las partes, de forma completamente autónoma, deciden compartir las cuestiones familiares contenciosas con un tercero, siendo libres para desistir, en cualquier momento, de la mediación requerida.

b) Igualdad: ambas partes tienen los mismos derechos y obligaciones en el desarrollo del proceso de mediación.

c) Confidencialidad: todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal. Las partes no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador familiar en calidad de perito o testigo, salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente.

d) Transparencia: la comunicación entre las partes y el mediador familiar ha de estar regida por la mutua confianza entre ellos y la claridad y veracidad en el intercambio de información, a través de un procedimiento que facilite el diálogo y la participación.

e) Imparcialidad: el interés que se pretende proteger es el equilibrio entre las partes y la igualdad de oportunidades entre ellas, fundamentado en una actuación del mediador familiar completamente equitativa.

f) Neutralidad: las partes deben llegar a un acuerdo de manera independiente y consensuada, sin que el mediador familiar pueda imponer soluciones o medidas concretas, ni influir en las decisiones de las partes en conflicto.

g) Flexibilidad: la mediación no está sujeta a formas concretas de procedimiento sino que, al contrario, impregna su espíritu la ausencia de formalismos, lo que facilitará la consecución de acuerdos, sin perjuicio del respeto a las normas mínimas exigidas en la presente ley.

h) Carácter personalísimo: es obligado para las partes acudir personalmente a las sesiones, sin que puedan celebrarse a través de representantes o intermediarios.

i) Buena fe: el principio de buena fe entre los participantes fundamenta por completo el proceso de mediación.

CAPÍTULO II

El Mediador Familiar

Artículo 8.—*El mediador familiar.*

1. El mediador familiar deberá poseer una titulación universitaria y acreditar la formación específica en mediación, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

2. La homologación de entidades susceptibles de impartir la formación en mediación familiar a que se refiere el apartado anterior, así como la aprobación de los correspondientes programas docentes, corresponderán al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón.

3. El mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón. Además, tendrá que colegiarse en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo.

Artículo 9.—*Derechos del mediador familiar.*

El mediador familiar tiene los siguientes derechos:

a) Rechazar las solicitudes de mediación cuando, por causas razonadas, se presuma que no van a alcanzarse los fines perseguidos por esta.

b) Dar por finalizada la mediación cuando existan motivos que demuestren la ineficacia del procedimiento.

c) Actuar con independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones.

d) Solicitar la asistencia de técnicos y colaboradores cuando su presencia sea indispensable para garantizar los objetivos de la mediación.

e) Recibir de las partes los antecedentes administrativos y judiciales que se consideren necesarios para el buen desarrollo del procedimiento.

f) Percibir los honorarios que reglamentariamente se establezcan.

Artículo 10.—*Deberes del mediador familiar.*

El mediador familiar tiene los siguientes deberes:

a) Intervenir en los procedimientos de mediación que le sean derivados desde el departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón en los términos que señala la presente ley.

b) Facilitar la comunicación y la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes.

c) Cumplir con las normas deontológicas que se establezcan por su colegio o asociación profesional.

d) Garantizar una imparcialidad y neutralidad absolutas.

e) Mantener la confidencialidad necesaria sobre la información obtenida durante el procedimiento de mediación, excepto si comporta amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona.

f) Salvaguardar sobre todo el interés superior de los menores de edad y atender a las especiales circunstancias de las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia.

g) Abstenerse de intervenir cuando exista, con cualquiera de las partes, relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o

afinidad, o se tenga o se haya tenido algún tipo de relación personal, afectiva o profesional que menoscabe el ejercicio de sus funciones.

h) Informar a las partes sobre el coste o gratuidad, en su caso, del servicio de mediación.

i) Denunciar ante las autoridades administrativas o judiciales los casos en que pueda apreciarse que, por alguna de las partes, se esté cometiendo cualquier actuación ilícita.

j) Abstenerse de intervenir cuando tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

k) Redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones.

Artículo 11.—*Responsabilidad del mediador familiar.*

El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente ley, siempre que comporte una actuación u omisión constitutiva de alguna de las infracciones administrativas previstas en su Capítulo V, dará lugar a la imposición de las sanciones correspondientes, previa tramitación del oportuno procedimiento.

CAPÍTULO III

Desarrollo de la Mediación Familiar

Artículo 12.—*Momento para plantear la mediación familiar.*

El proceso de la mediación podrá plantearse:

a) Antes de iniciar cualquier actuación judicial.

b) Durante el desarrollo de cualquier actuación judicial, momento en el cual el proceso judicial podrá quedar suspendido.

c) Después de haber finalizado el proceso judicial.

Artículo 13.—*Inicio de la mediación familiar.*

1. La mediación podrá iniciarse:

a) Por solicitud escrita de ambas partes.

b) A iniciativa de una de las partes. En este supuesto, la otra parte deberá manifestar su aceptación dentro del plazo de quince días hábiles desde que se la haya citado a tal efecto.

c) A instancia de la Autoridad Judicial.

2. No podrá llevarse a cabo una nueva mediación sobre el mismo objeto hasta que no transcurra el plazo de un año desde que la anterior fue intentada, salvo que hubiera concluido sin acuerdos o que la Autoridad Judicial determine que deba practicarse de nuevo por concurrir especiales circunstancias familiares que así lo aconsejen.

3. En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar cuando se esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra parte o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando por la Autoridad Judicial se advier-

ta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Artículo 14.—*Especialidades de la iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial.*

1. En los procesos de nulidad, separación o divorcio y en los que versen sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para la organización y funcionamiento de la iniciación de las actuaciones de mediación intrajudiciales en Juzgados y Tribunales reguladas en este artículo corresponderá al departamento con competencia en la Administración de Justicia.

2. En el supuesto del apartado anterior, en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre las partes, proponerles una solución de mediación. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de las partes a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

3. La sesión consistirá en una reunión de las partes con un técnico especializado dependiente del departamento competente en materia de Justicia, que les informará sobre las ventajas que supone la figura de la mediación familiar, especialmente para los hijos menores de edad, así como del procedimiento y características del proceso de mediación.

4. Las partes podrán acudir a la sesión informativa previa asistidas por sus respectivos abogados.

5. Celebrada la sesión informativa, las partes podrán solicitar al Juez la suspensión del procedimiento, que será acordada por el Secretario Judicial con arreglo a la norma procesal civil, por el tiempo necesario para someterse a mediación familiar. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.

6. Si las partes acuerdan someterse a mediación familiar, esta se realizará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos siguientes para la mediación extrajudicial, realizándose las actuaciones procedentes en coordinación con el técnico especializado dependiente del departamento competente en materia de Justicia.

Artículo 15.—*Designación del mediador familiar.*

1. El mediador familiar será designado, en los términos que se determinen reglamentariamente, por el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón entre las personas que figuren inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

2. El ejercicio de la intervención regulado en el artículo 5.2.g) de esta ley será realizado por el órgano competente en protección de menores.

Artículo 16.—*Reunión inicial.*

1. El mediador familiar convocará a las partes a una primera reunión en la que les explicará, de manera comprensible, el procedimiento, los principios y los efectos de la mediación familiar, así como el coste o gratuidad del servicio.

2. En la reunión inicial, el mediador familiar y las partes deberán acordar las cuestiones que tienen que examinarse y planificar el desarrollo de las sesiones que puedan ser necesarias.

3. De la reunión inicial se expedirá un acta, en la cual se expresará el lugar y la fecha de inicio, la identificación de las partes y del mediador familiar y los datos más relevantes relacionados con el proceso de mediación.

4. El acta será firmada por las partes y el mediador familiar, entregándose un ejemplar a cada una de ellas. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial, el mediador familiar le hará llegar a esta una copia del acta inicial de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

Artículo 17.—*Funciones del mediador familiar.*

Durante el proceso de mediación, el mediador familiar debe desempeñar las siguientes funciones:

a) Restablecer la comunicación entre las partes en conflicto, posibilitando cualquier tipo de intercambio constructivo que conduzca a resoluciones consensuadas.

b) Procurar un compromiso de acción posterior que permita llevar a la práctica los acuerdos alcanzados, con especial significación de los que se refieran a su responsabilidad coparental.

c) Facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores.

Artículo 18.—*Duración de la mediación familiar.*

1. La duración de la mediación estará en función de las características del proceso y de su evolución sin que, en principio, pueda exceder de sesenta días, a contar desde la reunión inicial. Mediante propuesta razonada del mediador familiar, se podrá acordar una prórroga de la misma por el tiempo necesario para conseguir los fines de este procedimiento.

2. El mediador familiar podrá interrumpir el procedimiento o dar por finalizada la mediación cuando se observen indicios que permitan concluir que el proceso de mediación no está consiguiendo los fines previstos en esta ley.

3. En el supuesto de iniciación por la Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal.

Artículo 19.—*Final de la mediación familiar.*

1. La finalización del procedimiento de mediación se producirá cuando las partes alcancen un acuerdo total o parcial, cuando cualquiera de ellas desista de la mediación o cuando así lo decida razonadamente la persona mediadora por concurrir alguno de los siguientes supuestos:

a) Falta de colaboración de alguna de las partes.

b) Incumplimiento por alguna de las partes de las condiciones establecidas.

c) Inasistencia no justificada de alguna de las partes.

d) Cuando considere que el procedimiento no conseguirá los objetivos de la mediación.

2. Las actuaciones finalizarán con un acta en la que se harán constar los siguientes extremos:

a) Lugar, fecha de comienzo y finalización de la mediación y número de sesiones.

b) Identificación de las partes, del mediador familiar y de aquellas otras que hayan podido intervenir en el procedimiento.

c) Síntesis del conflicto y acuerdos alcanzados.

d) Imposibilidad, en su caso, de alcanzar acuerdos.

e) Otras observaciones y circunstancias que se estimen convenientes.

3. Del acta final se entregará un ejemplar a cada una de las partes. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial, el mediador familiar le hará llegar a esta una copia del acta final de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

Artículo 20.—*Ratificación judicial de los acuerdos.*

1. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar, cuando se refieran a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el artículo 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

2. Tratándose de acuerdos sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

CAPÍTULO IV

Competencias y Organización Administrativa

Artículo 21.—*Órgano competente en materia de mediación familiar.*

1. El departamento del Gobierno de Aragón responsable del servicio de mediación familiar será aquel que tenga atribuidas las competencias en mediación familiar, sin perjuicio de las que correspondan al departamento que tenga a su cargo la Administración de Justicia.

2. Los colegios profesionales podrán colaborar en la consecución de los objetivos de esta ley en las condiciones que se determinen.

Artículo 22.—*Funciones del departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón.*

Corresponden al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de las que correspondan al departamento que tenga a su cargo la Administración de Justicia, las siguientes funciones:

a) Regular y evaluar el procedimiento y las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de la mediación familiar.

b) Gestionar el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

c) Establecer las retribuciones de las personas mediadoras que presten sus servicios a través del Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

d) Adjudicar los casos de mediación a las personas inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

e) Homologar a las entidades autorizadas para impartir la formación necesaria para el desempeño de las funciones de mediador familiar.

f) Promover y difundir la figura de la mediación en el ámbito familiar.

g) Fomentar la colaboración con colegios profesionales, asociaciones sin ánimo de lucro, corporaciones locales y otras entidades públicas para facilitar el desarrollo de la mediación familiar.

h) Elaborar conjuntamente con el departamento competente en materia de Administración de Justicia una memoria anual sobre los resultados de la aplicación de la mediación familiar en Aragón.

Artículo 23.—*Registro de Mediadores Familiares de Aragón.*

1. Se crea el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, adscrito al departamento competente en mediación familiar. Reglamentariamente se establecerá su sistema de organización y funcionamiento.

2. El servicio de mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se prestará por los profesionales inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

3. El personal técnico en mediación familiar al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón atenderá los casos, situaciones y supuestos que se determinen.

Artículo 24.—*Coste de la mediación familiar.*

1. El servicio de mediación será gratuito en los siguientes casos:

a) En aquellos casos que, en atención a la concurrencia de especiales circunstancias económicas o sociales de los interesados, así lo determine el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

b) En el supuesto de iniciación de la mediación por la Autoridad Judicial, los solicitantes deberán tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme a su normativa reguladora.

2. En cualquier otro supuesto, el servicio será abonado por los interesados según las tarifas que se establezcan reglamentariamente.

CAPÍTULO V

Régimen Sancionador

Artículo 25.—*Definición y tipos de infracciones.*

1. Se consideran infracciones administrativas las acciones u omisiones tipificadas y sancionadas por la presente ley que sean imputables a la persona mediadora en el ejercicio de las funciones de mediación, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que pueda incurrir.

2. Las infracciones se clasifican en leves, graves o muy graves.

Artículo 26.—*Infracciones leves.*

Constituyen infracciones leves:

a) No comunicar al Registro de Mediadores Familiares de Aragón la

información correspondiente en la forma que se determine reglamentariamente.

b) No informar a las partes, con carácter previo al inicio del proceso, sobre el coste de la mediación en los supuestos de no gratuidad.

c) No entregar a las partes una copia de las actas inicial y final.

d) Incumplir cualquier deber de los señalados en el artículo 10 de la presente ley, cuando dicho incumplimiento no esté calificado como infracción grave o muy grave.

Artículo 27.—*Infracciones graves.*

Constituyen infracciones graves:

a) Rechazar la iniciación o abandonar la función mediadora iniciada, cuando no concurra causa justificada.

b) Incumplir el deber de abstenerse de intervenir cuando concurra causa de abstención.

c) Incurrir en grave falta de respeto hacia las partes sometidas a mediación.

d) Excederse, sin causa justificada, del plazo fijado en el artículo 18 de la presente ley para el desarrollo del proceso de mediación.

e) Cometer la tercera falta leve en el término de un año.

f) No dar respuesta a las quejas o reclamaciones debidamente presentadas.

Artículo 28.—*Infracciones muy graves.*

Constituyen infracciones muy graves:

a) Cobrar compensaciones económicas u honorarios o gastos por la actividad mediadora en aquellos supuestos en que las partes tengan reconocida la gratuidad de la misma.

b) Ejecutar actos que supongan una discriminación por razón de sexo, raza, religión, lengua, lugar de nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación.

c) Abandonar la función mediadora sin causa justificada, si además comporta un grave perjuicio para las personas menores implicadas en el proceso y las personas dependientes.

d) Incumplir el deber de confidencialidad y secreto profesional.

e) Incumplir los deberes de neutralidad e imparcialidad regulados en esta ley.

f) Adoptar acuerdos manifiestamente contrarios a Derecho que causen perjuicio grave a las partes sometidas a la mediación.

g) Cometer una infracción, cualquiera que sea, cuando el autor haya sido sancionado por resolución firme por la comisión de dos faltas graves en el término de un año.

h) Participar en procedimientos de mediación estando suspendido para ello o ejercer la mediación familiar prevista en la presente ley sin estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

i) Comenzar o proseguir la mediación en aquellos supuestos expresamente excluidos en el artículo 13.3 de la presente ley.

Artículo 29.—*Prescripción de las infracciones.*

Las infracciones contempladas en la presente ley prescribirán a los seis

meses si son leves, al año si son graves y a los dos años si son muy graves.

Artículo 30.—*Sanciones.*

1. Las infracciones leves podrán ser sancionadas con:

a) Apercibimiento o amonestación por escrito.

b) Multa de hasta 300 euros.

2. Las infracciones graves podrán ser sancionadas con:

a) Suspensión temporal para ejercer como persona mediadora por un período de entre tres meses y un año.

b) Multa desde 301 hasta 6.000 euros.

3. Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas con:

a) Suspensión temporal para ejercer como persona mediadora por un período de entre un año y un día y tres años.

b) Multa desde 6.001 hasta 15.000 euros.

Artículo 31.—*Graduación.*

Para la graduación de las sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a) La gravedad del perjuicio psíquico, moral o económico ocasionado a las partes del procedimiento de mediación, cuando no se haya tenido en cuenta para tipificar la infracción.

b) El grado de intencionalidad o negligencia en la acción u omisión.

c) El beneficio económico obtenido por la persona infractora, de forma que la sanción que se le imponga no sea inferior al beneficio obtenido con la comisión de la infracción.

d) La trascendencia social de la infracción.

e) La reincidencia o reiteración cuando no se haya tenido en cuenta para tipificar la infracción. Se entenderá que existe reincidencia cuando se haya cometido, en el término de un año, más de una infracción de la misma naturaleza, declarado así por resolución firme en vía administrativa.

f) El incumplimiento de advertencias o requerimientos previos por la Administración.

g) La gravedad del riesgo o peligro creado para las partes o personas implicadas en el procedimiento.

Artículo 32.—*Órgano competente.*

La competencia para la imposición de las sanciones previstas en la presente ley corresponderá, en caso de faltas leves, al director general competente en mediación familiar y, en caso de faltas graves y muy graves, al consejero competente en dicha materia.

Artículo 33.—*Prescripción de las sanciones.*

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año, a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impuso la sanción.

Artículo 34.—*Procedimiento sancionador.*

La tramitación de los expedientes sancionadores derivados de la comisión de infracciones previstas en

la presente ley se ajustará al procedimiento general establecido para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Disposición Adicional primera.— *Difusión de información sobre el servicio de mediación familiar.*

Por parte de los departamentos competentes en materia de mediación familiar y de Administración de Justicia se realizarán las actuaciones oportunas para difundir la información sobre el servicio de mediación familiar por todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Disposición Adicional segunda.— *Términos genéricos.*

Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el articulado de la presente ley se entenderán referidas también a sus correspondientes en femenino.

Disposición Transitoria única.— *Designación de mediadores familiares.*

Mientras no esté en funcionamiento el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, las mediaciones de carácter gratuito a que se hace referencia en la presente ley se efectuarán por el servicio de mediación que gestiona la Dirección General de Familia.

Disposición Final primera.—*Desarrollo reglamentario.*

Se autoriza al departamento competente en mediación familiar a aprobar las órdenes de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para su correcta aplicación.

Disposición Final segunda.—*Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al 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, 24 de marzo de 2011.

El Presidente del Gobierno de Aragón,
MARCELINO IGLESIAS RICOU

II. LEY 10/2011, DE 24 DE MARZO, DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE MORIR Y DE LA MUERTE

(BOA núm. 70, de 7 de abril de 2011, págs. 7669 a 7682)

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 45 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

PREÁMBULO

I

El artículo 149.1.16.ª de la Constitución Española atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad. En su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

En el ámbito autonómico, el artículo 71.55.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, confiere a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de sanidad y salud pública.

Asimismo, el artículo 6.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón indica que los derechos y libertades de los aragoneses y aragonesas son los reconocidos en la Constitución, los incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales de protección de los mismos suscritos o ratificados por España, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el propio Estatuto. De igual manera, el apartado segundo de dicho artículo 6 indica que los poderes públicos aragoneses están vinculados por estos derechos y libertades y además deben velar por su protección y respeto, así como promover su pleno ejercicio.

Entre los derechos establecidos tanto en la Constitución (artículo 43) como en el Estatuto de Autonomía de Aragón (artículo 14), figura el derecho a la protección de la salud. En

concreto, el apartado segundo de este último precepto afirma que los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario. Y en ese mismo artículo 14, en su apartado 4, se establece que todas las personas podrán expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que desean recibir.

Los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título I del Estatuto de Autonomía vinculan a todos los poderes públicos aragoneses y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. Las Cortes de Aragón deben aprobar las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos.

En el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, dispone en el apartado a) de su artículo 2, entre otros principios rectores, que las actuaciones sobre protección de la salud se inspirarán en el principio de concepción integral de la salud.

II

Las cuestiones relacionadas con el proceso de morir y de la muerte han adquirido gran importancia en nuestra sociedad. Por un lado, los avances de la medicina y otras ciencias afines permiten la prolongación de la vida o el mantenimiento de funciones vitales hasta límites insospechados hace pocos años. Ello, sumado al envejecimiento de la población y al consiguiente incremento de las enfermedades crónicas, hace que un número creciente de personas con enfermedades degenerativas o irreversibles lleguen a una situación terminal, caracterizada por la incurabilidad de la enfermedad causal y un pronóstico de vida limitado, con frecuencia en un contexto de atención sanitaria intensiva altamente tecnificada. Por otra parte, la emergencia del valor de la autonomía personal ha modificado profundamente los valores de la relación clínica, que debe adaptarse ahora a la individualidad de la persona enferma. En una sociedad democrática, el respeto a la libertad y a la autonomía de la voluntad de la persona ha de mantenerse durante la enfermedad y alcanzar plenamente al proceso de morir y de la muerte.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, establece, en su artículo 5, que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. De igual manera, la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005, determina, en su artículo 5, que se ha-

brá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones.

El ejercicio de este derecho tiene especial trascendencia en la sociedad aragonesa, multicultural y diversa, en la que coexisten distintas creencias, valores y preferencias acerca de la muerte y de la forma de afrontarla, que merecen igual respeto y garantía de su libre ejercicio, siempre que no se infrinja lo establecido en el ordenamiento jurídico. Tanto la Ley 14/1986, de 24 de abril, General de Sanidad, como la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, han reconocido y regulado el derecho a la autonomía individual de los pacientes con respecto a su estado de salud. Sin embargo, la frecuencia cada vez mayor de situaciones complejas relacionadas con la capacidad de decisión sobre la propia vida y sobre la aplicación o no de determinados tratamientos, que han motivado un amplio debate social, refleja la conveniencia de abordar de forma específica la regulación de los derechos de quienes afrontan el proceso de su muerte, con el fin de preservar la dignidad de la persona en ese trance, respetar su autonomía y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

Mediante la presente Ley, en el marco de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía para Aragón, se procede al desarrollo del artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con su artículo 12.1, reflejando los contenidos éticos de una regulación normativa sobre la dignidad de las personas ante el proceso de morir y de la muerte.

Todos los seres humanos tienen derecho a vivir dignamente. El ordenamiento jurídico trata de concretar y simultáneamente proteger este derecho. Pero la muerte también forma parte de la vida. Morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquélla como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una atención digna en la etapa final de la vida y una muerte digna.

El derecho a una vida humana digna no se puede truncar con una muerte indigna. El ordenamiento jurídico está, por tanto, llamado también a concretar y proteger este ideal de la muerte digna.

La dimensión concreta de este ideal y los derechos que generan han sido motivo de debate en los últimos años, no solo en nuestro país, en nuestra Comunidad Autónoma, sino en el mundo entero. Sin embargo, hoy en día puede afirmarse que existe un consenso ético y jurídico bastante consolidado en torno a algunos de los contenidos y derechos del ideal de la buena muerte, sobre los que inciden los artículos de la presente Ley.

Entre los contenidos claves del ideal de muerte digna que gozan de consenso se encuentra el derecho de los pacientes a recibir cuidados paliativos integrales de alta calidad. La Recomendación 1418/1999, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre «Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos», ya lo estableció así. La Recomendación 24/2003, del Consejo de Europa, sobre «La organización de los cuidados paliativos», sugiere que se adopten medidas legislativas para es-

tablecer un marco coherente sobre cuidados paliativos. Dichas Recomendaciones fueron tomadas en consideración en la Proposición no de Ley sobre cuidados paliativos, aprobada por la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 2005.

En cambio, no puede afirmarse que exista consenso ético y jurídico en determinadas situaciones como la de permitir al paciente que sufre solicitar ayuda para que otro termine con su vida. En este punto resulta obligado hacer referencia a un término tan relevante como el de «eutanasia». Etimológicamente, el término sólo significa «buena muerte» y, en este sentido etimológico, vendría a resumir de excelente manera el ideal de la muerte digna. Sin embargo, esta palabra se ha ido cargando de numerosos significados y adherencias emocionales, que la han vuelto imprecisa y necesitada de una nueva definición. Para deslindar sus diversos significados se han introducido adjetivos como «activa», «pasiva», «directa», «indirecta», «voluntaria» o «involuntaria». El resultado final ha sido que la confusión entre la ciudadanía, los profesionales sanitarios, los medios de comunicación y, aun, los expertos en bioética o en Derecho no ha hecho sino aumentar. Como un intento de delimitar el significado de la palabra eutanasia, existe hoy en día una tendencia creciente a considerar sólo como tal las actuaciones que: a) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, b) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad, c) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que el paciente experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios, por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y d) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa.

De acuerdo con estos criterios, las actuaciones que no encajen en los supuestos anteriores no deberían ser etiquetadas como «eutanasia». El Código Penal vigente no utiliza este término, pero su artículo 143.4 incluye la situación expuesta mediante un subtipo privilegiado para una forma de auxilio o inducción al suicidio.

La presente Ley no contempla la regulación de la «eutanasia». Por el contrario, el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital y la sedación paliativa no deben ser calificadas como acciones de eutanasia. Dichas actuaciones nunca buscan deliberadamente la muerte, sino aliviar o evitar el sufrimiento, respetar la autonomía del paciente y humanizar el proceso de morir y de la muerte. Aceptar el derecho de las personas enfermas a rechazar una determinada intervención sanitaria no es sino mostrar un exquisito respeto a la autonomía personal, a la libertad de cada uno para gestionar su propia biografía asumiendo las consecuencias de las decisiones que toma.

El uso inadecuado de medidas de soporte vital, esto es, su aplicación cuando no tienen otro efecto que mantener artificialmente una vida meramente biológica, sin posibilidades reales de recuperación de la integridad funcional de la vida personal,

es contrario a la dignidad de la vida humana. Por eso, no iniciar o retirar dichas medidas es algo que sólo aspira a respetar dicha dignidad de forma plena. Facilitar, a aquellas personas en situación terminal que libremente lo deseen, la posibilidad de entrar en la muerte sin sufrimiento, en paz, no puede ser sino otra expresión del respeto a la dignidad del ser humano. Ninguna de estas prácticas puede ser considerada contraria a una ética basada en la idea de dignidad y en el respeto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Antes al contrario, deben ser consideradas buena práctica clínica y actuaciones profesionales plenamente conformes a la legalidad vigente.

En los últimos años, diversos casos relacionados con el rechazo de tratamiento, la limitación de medidas de soporte vital o la sedación paliativa han sido motivo de debate en la sociedad aragonesa y española. En ellos se han generado dudas acerca de si las actuaciones de los profesionales habían sido éticamente correctas y conformes a Derecho. Esta Ley quiere contribuir decisivamente a proporcionar seguridad jurídica, a la ciudadanía y a los profesionales sanitarios, en las actuaciones contempladas en ella.

III

Reconocido en la legislación vigente, tanto nacional como autonómica, se encuentra el derecho de las personas a redactar un documento escrito en el que hagan constar sus deseos y preferencias de tratamiento para el caso eventual en el que no puedan decidir por sí mismas, así como a designar mediante dicho documento a quién tomará decisiones en su lugar. La Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, regula en su capítulo III, artículo 15, el ejercicio de las voluntades anticipadas, su declaración y efectos, entendiendo por voluntades anticipadas el documento dirigido al médico o médica responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente, libremente manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. El Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, aprobó el reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, que, tras la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley de Salud, pasó a depender del departamento competente en materia de salud. Dicha Ley 8/2009 ya introdujo algunos cambios en la formalización del documento de voluntades anticipadas, reduciendo, por ejemplo, de tres a dos los testigos ante los que puede realizarse. Por la presente Ley se amplía dicha formalización a un tercer procedimiento, además de los dos regulados hasta ahora, y se reconoce también a los menores emancipados y a los menores aragoneses mayores de catorce años, con la debida asistencia, la posibilidad de otorgar documento de voluntades anticipadas.

Por ello, la presente Ley ofrece un marco inmejorable para actualizar la regulación jurídica de este importante contenido del ideal de la muerte digna. La experiencia acumulada indica que la legislación actual se puede mejorar más. Desde la perspectiva del principio de autonomía de la voluntad de la persona, existen dos cauces

o instrumentos principales para hacer posible su dignidad en el proceso de morir y de la muerte. El primero, el derecho de la persona a la información clínica, al consentimiento informado y a la toma de decisiones. El segundo consiste en el derecho de la persona a realizar la declaración de voluntades anticipadas y a que sean respetadas las mismas. Se trata de dos derechos que tienen un presupuesto común –el principio de autonomía de la voluntad–, si bien en el consentimiento informado dicha voluntad se manifiesta de presente, es decir, en el momento mismo en que surge la necesidad de la intervención sanitaria, mientras que en la declaración de voluntades anticipadas se anticipa el consentimiento para el caso de que surja esa necesidad.

Desde esta perspectiva, una de las reformas conceptuales que se introducen en la presente Ley es la de incorporar el ámbito de los «valores vitales de la persona» al contenido del documento de voluntades anticipadas, así como la posibilidad de dar a la ciudadanía mayor accesibilidad a la declaración de voluntades anticipadas.

La presente Ley prevé que el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas se pueda formalizar bien ante notario, en documento privado ante dos testigos o en presencia de personal habilitado por el departamento competente en materia de salud, facilitando de este modo el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas, cualquiera que sea el punto territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón, y, con ello, la accesibilidad de la ciudadanía al Registro de Voluntades Vitales Anticipadas.

Otro aspecto puesto de manifiesto es la necesidad de mejorar la accesibilidad de los profesionales sanitarios que participan en la atención sanitaria al documento de voluntades anticipadas. Así, la Ley amplía ese deber a todo el equipo sanitario encargado de la atención sanitaria, reforzando de este modo la eficacia de la declaración, de cuya existencia se dejará constancia en la historia clínica de acuerdo con la legislación vigente.

Por otra parte, es novedosa e importante la regulación expresa de los deberes de los profesionales sanitarios respecto a las declaraciones de voluntades anticipadas, al establecer la obligación de proporcionar a las personas información acerca de la declaración, de recabar información sobre si se ha otorgado, de consultar, en su caso, el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas para conocer su contenido y el deber de respetar los valores e instrucciones contenidos en el documento.

Otro punto principal es la delimitación de las funciones de la persona representante designada por la persona autora de la declaración. La práctica ha puesto de manifiesto que los principales problemas de interpretación de la declaración de voluntades anticipadas y del papel de la persona representante surgen cuando las situaciones clínicas no han sido previstas –hay que recordar que este instrumento se puede utilizar tanto por personas que están sufriendo ya una enfermedad terminal, como por otras que simplemente anticipan su voluntad para el caso de que puedan surgir situaciones futuras– al ser casi imposible prever todas y cada una de ellas. Además, son gran número las declaraciones de voluntades anticipadas en

las que las personas autoras se limitan a expresar cuáles son sus valores y al nombramiento de una persona representante, sin especificar ninguna instrucción o situación clínica determinada. Por todas estas razones, se ha considerado muy conveniente concretar más su función, así como los criterios hermenéuticos que pueda tener en cuenta la persona representante. De este modo, bajo el presupuesto de que esta actuará siempre buscando el mayor beneficio de la persona que representa y con respeto a su dignidad personal, se dispone que, para las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en el documento, deberá tener en cuenta tanto los valores vitales recogidos en la declaración, como la voluntad que presuntamente tendría el paciente si estuviera en ese momento en situación de capacidad.

IV

Al objeto de asegurar de manera efectiva la plena dignidad en el proceso de morir y de la muerte, la presente Ley no solo establece y desarrolla los derechos que asisten a las personas en este trance, sino que también determina los deberes del personal sanitario que atiende a los pacientes durante este proceso y atribuye un conjunto de obligaciones para instituciones sanitarias, públicas o privadas, en orden a garantizar los derechos de los pacientes.

Se regulan de esta manera los deberes de los profesionales sanitarios encargados de la atención a personas ante el proceso de morir y de la muerte, en lo que se refiere a la información sobre su proceso, de la que deberá quedar constancia en la historia clínica, y al respeto de las preferencias del paciente en la toma de decisiones, ya se expresen estas a través del consentimiento informado o en forma de declaración de voluntades anticipadas, estableciéndose para este caso criterios mínimos para la valoración de la incapacidad de hecho del paciente.

Especial atención han merecido los deberes de los profesionales respecto de la limitación de las medidas de soporte vital, con el fin de evitar la denominada obstinación terapéutica y determinar el procedimiento de retirada o no instauración de estas medidas de forma consensuada entre el equipo asistencial, de acuerdo con el paciente, cuando la situación clínica lo aconseje, o su representante, y preservando las intervenciones necesarias para el adecuado confort de la persona en estas circunstancias.

Adquieren las instituciones y centros sanitarios una especial relevancia en esta Ley en cuanto que garantes del ejercicio de los derechos y tributarios de un conjunto de obligaciones respecto de la provisión de servicios. En este sentido, los centros e instituciones deben facilitar el acompañamiento familiar y garantizar la adecuada atención asistencial, incluyendo el tratamiento del dolor y tanto el asesoramiento como la atención de cuidados paliativos, de calidad y equitativa, bien en los centros sanitarios, bien en el propio domicilio del paciente.

De igual forma, procurarán apoyo y soporte emocional a la familia de la persona en situación terminal, incluyendo la atención al duelo y la provisión de una habitación individual en

los casos en los que la atención se produzca en régimen de internamiento.

Finalmente, la Ley regula la implantación en todos los centros sanitarios de un Comité de Ética Asistencial, con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos, y se crea el Comité de Bioética de Aragón. La necesidad de este se basa en la conveniencia de una reflexión seria, permanente, sistemática y continuada, previa a la toma de decisiones responsables y prudentes en el entorno sanitario. Los protagonistas de la bioética son los médicos, el personal sanitario y los ciudadanos que se enfrentan a dilemas sobre lo que se puede y lo que se debe hacer. Como grupo interdisciplinario de consenso y diálogo, mediante un proceso deliberativo, el Comité de Bioética de Aragón intentará clarificar y resolver conflictos de valores que se pueden presentar en la investigación o en la práctica clínica.

Por último, en la disposición final primera, se modifican algunos aspectos concretos de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, contenidos en los artículos 4, 13 y 15. Se amplía al personal habilitado al efecto por el departamento competente en materia de salud la capacidad de verificación de los requisitos determinantes de la validez del testamento vital, así como la de informar, asesorar y dar apoyo al ciudadano. Se amplía el acceso a la declaración de voluntades anticipadas a todo el equipo sanitario implicado en el proceso y se establece la obligatoriedad de que en la historia clínica haya constancia de la existencia del mismo, de acuerdo con la legislación vigente.

TÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1.—*Objeto.*

La presente Ley tiene como objeto regular el ejercicio de los derechos de la persona ante el proceso de su muerte, los deberes del personal sanitario que atiende a estos pacientes, así como las garantías y medios que las instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas, y otras entidades estarán obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso.

Artículo 2.—*Fines.*

La presente Ley tiene como fines:

a) Garantizar la dignidad de la persona en el proceso de su muerte.

b) Asegurar la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad y valores vitales en la etapa final de su vida, dentro de los límites reconocidos en la legislación básica en la materia, incluyendo la manifestada mediante el documento de voluntades anticipadas.

Artículo 3.—*Ámbito de aplicación.*

1. La presente Ley se aplicará, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, a las personas que así lo deseen y que se encuentren en el proceso de su muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso, al personal implicado en su atención sanitaria, así como a las instituciones sanitarias, a los centros, servicios y establecimientos que atiendan dicho proceso, tanto públicos como privados, y a las entidades aseguradoras que presten sus servicios en Aragón.

2. Las normas sobre capacidad de los pacientes menores de edad y de las personas en situaciones de incapacidad contenidas en la presente Ley serán de aplicación a los que ostenten la vecindad civil aragonesa.

Artículo 4.—*Principios básicos.*

Son principios básicos que inspiran esta Ley:

a) La garantía del pleno respeto del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

b) La promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias y valores vitales, así como la preservación de su intimidad y la confidencialidad de sus datos personales.

c) La garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona o de su representante, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención sanitaria integral ni del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de su muerte.

d) La garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales, que incluyen un adecuado tratamiento del dolor y de cualquier otro síntoma que surja en el proceso de morir y de la muerte, así como proporcionar el soporte emocional tanto al paciente como a su familia y allegados, facilitando la elaboración del duelo de una forma saludable.

e) La igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de morir y de la muerte.

Artículo 5.—*Definiciones.*

A los efectos de la presente Ley, se entiende por:

a) Adecuación de las medidas terapéuticas: retirada o no instauración de una medida de soporte vital o de cualquier otra intervención que, dado el mal pronóstico del paciente en términos de cantidad y calidad de vida futuras, constituye, a juicio de los profesionales sanitarios implicados, algo fútil, que sólo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejoría.

b) Calidad de vida: satisfacción individual de las condiciones objetivas de vida de una persona desde sus valores vitales.

c) Consentimiento informado: conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir y comprender la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

d) Cuidados paliativos: enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familiares que se enfrentan a los problemas relacionados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento, por medio de la identificación temprana y la impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.

e) Declaración de voluntades anticipadas: manifestación escrita, hecha para ser incorporada al Registro de Voluntades Anticipadas, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instruc-

ciones que deben respetarse en la atención sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

f) Historia de valores: conjunto de documentos que recogen los valores vitales de una persona que dan significado a las decisiones futuras respecto a la atención sanitaria a recibir y respecto al destino del cuerpo o sus órganos y tejidos y a otras disposiciones para después de morir.

g) Intervención en el ámbito de la sanidad: toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

h) Médico o médica responsable: profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

i) Medida de soporte vital: intervención sanitaria destinada a mantener las constantes vitales de un paciente, independientemente de que dicha intervención actúe o no terapéuticamente sobre la enfermedad de base o el proceso biológico que amenaza su vida.

j) Obstinación terapéutica: situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, o afecta de una enfermedad grave e irreversible, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación.

k) Personas en proceso de morir y de la muerte: personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de pronóstico mortal, que se encuentran en situación terminal o de agonía.

l) Planificación anticipada de las decisiones sanitarias relativas al proceso de morir y de la muerte: procesos de reflexión y comunicación entre profesionales, pacientes y familiares, que ayudan a mejorar la calidad moral en la toma de decisiones de una persona durante el proceso de morir y de la muerte, atendiendo, entre otros criterios, al documento de voluntades anticipadas o a cualquier otro que forme parte de su historia de valores.

m) Representante: persona mayor de edad y capaz que emite el consentimiento por representación de otra, habiendo sido designada para tal función mediante una declaración de voluntades anticipadas o, de no existir esta, siguiendo las disposiciones legales aplicables en la materia.

n) Sedación paliativa: administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un paciente en situación terminal o de agonía, o afectas de una enfermedad grave e irreversible para aliviar adecuadamente su sufrimiento o uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado en los términos establecidos en la Ley.

ñ) Síntoma o sufrimiento refractario: aquel que no responde al trata-

miento adecuado y precisa, para ser aliviado, reducir la conciencia del paciente.

o) Situación de agonía: fase gradual que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de conciencia, dificultad de relación y de ingesta, y pronóstico vital de pocos días.

p) Situación de incapacidad de hecho: situación en la que las personas carecen de entendimiento y voluntad suficientes para gobernar su vida por sí mismas de forma autónoma, sin que sea necesario que haya recaído resolución judicial firme de incapacitación.

q) Situación terminal: presencia de una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado y en la que pueden concurrir síntomas intensos y cambiantes que requieran una asistencia paliativa específica.

r) Valores vitales: conjunto de valores y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que sustentan sus decisiones y preferencias en los procesos de enfermedad y muerte.

TÍTULO II

Derechos de las personas ante el proceso de morir y de la muerte

Artículo 6.—*Derecho a la información asistencial.*

1. Las personas que se encuentren en el proceso de morir y de la muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso tienen derecho a recibir información en los términos que establecen los artículos 4 y 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

2. Cuando, a pesar del explícito ofrecimiento de información asistencial por los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente, este rechace voluntaria y libremente el ser informado, se respetará dicha decisión, haciéndole ver la trascendencia de la misma y dejando constancia documental de su renuncia, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención, conforme a lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Artículo 7.—*Derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado.*

1. Toda persona tiene el derecho de participar en la planificación anticipada de las decisiones sanitarias relativas a su proceso de morir y de la muerte.

2. Las personas que se encuentren en el proceso de morir y de la muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso tienen derecho a tomar decisiones respecto a las intervenciones sanitarias que les afecten.

3. Sin perjuicio de los supuestos previstos en los artículos 10 y 11 de la presente Ley, toda intervención en este ámbito requiere el previo consentimiento libre y voluntario del paciente, una vez que haya recibido la información prevista en el artículo 6.

4. El consentimiento será verbal, por regla general, dejándose en todo caso constancia en la historia clínica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Artículo 8.—*Derecho al rechazo y a la retirada de una intervención.*

1. Toda persona tiene derecho a rechazar la intervención propuesta por los profesionales sanitarios, tras un proceso de información y decisión, aunque ello pueda poner en peligro su vida. Dicho rechazo deberá constar por escrito. Si no pudiere firmar, firmará por el paciente una persona que actuará como testigo a su ruego, dejando constancia de su identificación y del motivo que impide la firma por la persona que rechaza la intervención propuesta. Todo ello deberá constar por escrito en la historia clínica.

2. Igualmente, el paciente tiene derecho a revocar el consentimiento informado emitido respecto de una intervención concreta, lo que implicará necesariamente la interrupción de dicha intervención, aunque ello pueda poner en peligro su vida, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

3. La revocación del consentimiento informado deberá constar por escrito. Si no pudiere firmar, firmará por el paciente una persona que actuará como testigo a su ruego, dejando constancia de su identificación y del motivo que impide la firma por la persona que revoca su consentimiento informado. Todo ello deberá constar por escrito en la historia clínica.

Artículo 9.—*Derecho a realizar la declaración de voluntades anticipadas.*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, toda persona tiene derecho a formalizar su declaración de voluntades anticipadas en las condiciones establecidas en la Ley 6/2002, de 15 de abril, y en el resto de normativa que sea de aplicación.

2. Una vez inscrita, en su caso, la declaración en el Registro de Voluntades Anticipadas, la información sobre su existencia constará en la historia clínica del paciente, en los términos que reglamentariamente se determinen.

3. Cuando en la declaración de voluntades anticipadas se designe a una persona representante, esta siempre actuará buscando el mayor beneficio y el respeto a la dignidad personal y a los valores vitales de su representado. En todo caso velará para que, en las situaciones clínicas contempladas en la declaración, se cumplan las instrucciones que la persona a la que represente haya dejado establecidas.

4. Para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración de voluntades anticipadas, a fin de presumir la voluntad que tendría el paciente si estuviera en ese momento en situación de capacidad, la persona representante tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en la citada declaración.

5. La persona interesada podrá determinar las funciones de la persona representante, quien deberá atenerse a las mismas. Asimismo, el que otorga una declaración de voluntades anticipadas podrá expresar quien quiere que tenga acceso a la misma, así como también sus restricciones.

Artículo 10.—*Derechos de las personas en situaciones de incapacidad respecto a la información, la toma de decisiones y el consentimiento informado.*

1. Cuando el paciente esté en situación de incapacidad de hecho, a

criterio de su médico o médica responsable, tanto la recepción de la información, como la prestación del consentimiento y, en su caso, la elección del domicilio para recibir cuidados paliativos integrales, a que se refiere el artículo 12, se realizarán, por este orden: por la persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntades anticipadas, por el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, o por el pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas, resolverá el Juez lo que estime más conveniente para este.

2. En el caso de pacientes incapacitados judicialmente, se estará a lo dispuesto en la sentencia judicial de incapacitación, salvo que en ella no exista prohibición o limitación expresa sobre la recepción de información o la prestación del consentimiento informado, situación en la cual el médico o la médica responsable valorará la capacidad de hecho del paciente, en la forma establecida en el artículo 20.

3. La situación de incapacidad no obsta para que el paciente sea informado y participe en el proceso de toma de decisiones de modo adecuado a su grado de discernimiento.

4. El ejercicio de los derechos de los pacientes que se encuentren en situación de incapacidad se hará siempre buscando su mayor beneficio y el respeto a su dignidad personal y valores vitales. Para la interpretación de la voluntad del paciente se tendrán en cuenta tanto sus deseos expresados previamente como los que hubiera formulado presuntamente de encontrarse ahora en situación de capacidad.

Artículo 11.—*Derechos de los pacientes menores de edad.*

1. Todo paciente menor de edad tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad e intervenciones sanitarias propuestas, de forma adaptada a su capacidad de comprensión.

2. Si el paciente menor de catorce años tiene suficiente juicio para entender el alcance de la intervención sanitaria propuesta, el consentimiento informado será otorgado por él mismo, pero se requerirá la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. Contra la voluntad del menor solo será posible practicar intervenciones sanitarias con autorización judicial en interés del mismo.

Si el paciente menor de catorce años no tiene suficiente juicio, sólo será posible practicar intervenciones sanitarias cuando lo exija su interés, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Las personas menores mayores de catorce años podrán prestar por sí mismas consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas, con la asistencia, en los casos previstos en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. Las mismas normas se aplicarán para la revocación del consentimiento informado y para el re-

chazo de la intervención que les sea propuesta por profesionales sanitarios, en los términos previstos en el artículo 8 de esta Ley.

Si el paciente menor mayor de catorce años no está en condiciones de decidir, la intervención sanitaria sólo será posible cuando lo exija el interés del mismo apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

4. El proceso de atención a las personas menores de edad respetará las necesidades especiales de estas y se ajustará a lo establecido en la normativa vigente.

Artículo 12.—*Derecho del paciente a recibir cuidados paliativos integrales y a la elección del domicilio para recibirlos.*

Todas las personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de pronóstico mortal, que se encuentran en situación terminal o de agonía tienen derecho al alivio del sufrimiento, mediante cuidados paliativos integrales de calidad, en el lugar elegido por el paciente y, si su situación lo permite y así lo desea, en el domicilio.

Artículo 13.—*Derecho del paciente al tratamiento del dolor y de cualquier otro síntoma.*

El paciente tiene derecho a recibir la atención idónea que prevenga y alivie el dolor, incluida la sedación si los síntomas son refractarios al tratamiento específico.

Artículo 14.—*Derecho del paciente a la administración de sedación paliativa.*

El paciente en situación grave e irreversible, terminal o de agonía que padece un sufrimiento refractario tiene derecho a recibir sedación paliativa.

Artículo 15.—*Derecho a la intimidad personal y familiar y a la confidencialidad.*

El paciente ante el proceso de morir y de la muerte tiene derecho a que se preserve su intimidad personal y familiar y a la protección de todos los datos relacionados con su atención sanitaria.

Artículo 16.—*Derecho al acompañamiento.*

En los términos expresados en el artículo 23 de esta Ley y siempre que la asistencia se preste en régimen de internamiento en un centro sanitario, el paciente, ante el proceso de morir y de la muerte, tiene derecho:

a) A disponer, si así lo desea, de acompañamiento familiar.

b) A recibir, cuando así lo solicite, auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones y creencias.

TÍTULO III

Deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de morir y de la muerte

Artículo 17.—*Deberes respecto a la información clínica.*

1. El profesional sanitario responsable del paciente deberá garantizar el cumplimiento del derecho a la información establecido en el artículo 6.

2. El resto de los profesionales sanitarios que le atiendan durante el

proceso asistencial, o le apliquen una intervención concreta, también tienen obligación de facilitarle información clínica en función de su grado de responsabilidad y participación en el proceso de atención sanitaria.

3. Los profesionales a los que se refieren los apartados 1 y 2 dejarán constancia en la historia clínica de que dicha información fue proporcionada a los pacientes y suficientemente comprendida por estos.

Artículo 18.—*Deberes respecto a la toma de decisiones clínicas.*

1. El profesional sanitario, antes de proponer cualquier intervención sanitaria a una persona en proceso de morir y de la muerte, deberá asegurarse de que la misma está clínicamente indicada, elaborando su juicio clínico al respecto basándose en el estado de la ciencia, en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado clínico, gravedad y pronóstico de la persona afecta. En el caso de que este juicio profesional concluya en la indicación de una intervención sanitaria, someterá entonces la misma al consentimiento libre y voluntario del paciente, que podrá aceptar la intervención propuesta, elegir libremente entre las opciones clínicas disponibles o rechazarla, en los términos previstos en la presente Ley y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

2. Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 6/2002, de 15 de abril, y en sus respectivas normas de desarrollo, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas.

Artículo 19.—*Deberes respecto a la declaración de voluntades anticipadas.*

1. Todos los profesionales sanitarios están obligados a proporcionar, a las personas que se la soliciten, información acerca del derecho a formular la declaración de voluntades anticipadas.

2. Cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, en los términos previstos en la presente Ley, los profesionales sanitarios implicados en el proceso consultarán la historia clínica del paciente y, en su caso, a su familia, allegados o representante, o bien directamente al Registro de Voluntades Anticipadas, para comprobar si existe constancia del otorgamiento de declaración de voluntades anticipadas.

3. Los profesionales sanitarios tienen obligación de respetar los valores e instrucciones contenidos en la declaración de voluntades anticipadas, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 6/2002, de 15 de abril, y en sus respectivas normas de desarrollo.

Artículo 20.—*Deberes respecto a las personas que puedan hallarse en situación de incapacidad de hecho.*

1. El profesional sanitario responsable es quien debe valorar si el paciente pudiera hallarse en una situa-

ción de incapacidad de hecho que le impidiera decidir por sí mismo. Tal valoración debe constar adecuadamente en la historia clínica del paciente. Para determinar la situación de incapacidad de hecho se evaluarán, entre otros factores que se estimen clínicamente convenientes, los siguientes:

a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra.

b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones.

c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones.

d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas.

e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla.

2. Para la valoración de estos criterios se podrá contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención del paciente. Asimismo, se deberá consultar a la familia con objeto de conocer su opinión.

3. Una vez establecida la situación de incapacidad de hecho, el médico o médica responsable deberá hacer constar en la historia clínica los datos de la persona que deba actuar por el incapaz, conforme a lo previsto en el artículo 10.1.

Artículo 21.—*Deberes respecto a la adecuación de las medidas terapéuticas.*

1. El profesional sanitario responsable del paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica, evitará la obstinación terapéutica y adecuará las medidas terapéuticas cuando la situación clínica del paciente lo aconseje, de acuerdo con este o su representante. De todo este proceso se dejará constancia en la historia clínica del paciente.

2. Dicha limitación requiere la opinión coincidente de, al menos, otros dos profesionales sanitarios de los que participen en la atención sanitaria del paciente. Al menos uno de ellos deberá ser personal facultativo médico y otro la enfermera o enfermero responsable de los cuidados. La identidad de dichos profesionales y su opinión será registrada en la historia clínica.

3. En cualquier caso, el equipo sanitario que atiende al paciente está obligado a ofrecer al paciente aquellas intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado y confort, teniendo en cuenta que la elección de las medidas terapéuticas a aplicar han podido ser ya expresadas previamente mediante un documento de voluntades anticipadas.

TÍTULO IV

Garantías que proporcionarán las instituciones y centros sanitarios

Artículo 22.—*Garantía de los derechos del paciente.*

1. La Administración sanitaria, así como las instituciones recogidas en el artículo 3, deberán garantizar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos establecidos en el Título II de la presente Ley.

2. La institución sanitaria responsable de la atención directa al pacien-

te deberá arbitrar los medios para que los derechos de este no se vean mermados en ningún caso o eventualidad, incluida la negativa o ausencia del profesional, así como cualquier otra causa sobrevenida.

Artículo 23.—*Acompañamiento del paciente.*

1. Los centros e instituciones sanitarias facilitarán a la persona en proceso de morir y de la muerte el acompañamiento familiar, compatibilizando este con el conjunto de medidas sanitarias necesarias para ofrecer una atención de calidad al paciente.

2. Los centros e instituciones sanitarias facilitarán, a petición del paciente, de la persona que sea su representante o de sus familiares, el acceso de aquellas personas que le puedan proporcionar al paciente auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y creencias, procurando, en todo caso, que las mismas no interfieran con las actuaciones del equipo sanitario.

Artículo 24.—*Apoyo a la familia y personas cuidadoras.*

1. Los centros e instituciones prestarán apoyo y asistencia a las personas cuidadoras y familias de pacientes en proceso de morir y de la muerte, tanto en los centros como en su domicilio.

2. Los centros e instituciones que atiendan dicho proceso prestarán una atención en el duelo a la familia y a las personas cuidadoras y promoverán medidas para la aceptación de la muerte de un ser querido y la prevención del duelo complicado.

Artículo 25.—*Asesoramiento en cuidados paliativos.*

Se garantizará al paciente en proceso de morir y de la muerte información sobre su estado de salud y sobre los objetivos de los cuidados paliativos que recibirá durante su proceso, de acuerdo con sus necesidades y preferencias.

Artículo 26.—*Estancia en habitación individual para personas en situación terminal.*

1. Los centros e instituciones sanitarias garantizarán al paciente en situación terminal, que deba ser atendido en régimen de hospitalización, una habitación individual durante su estancia, con el nivel de confort e intimidad que requiere su estado de salud.

2. Asimismo, estos pacientes podrán estar acompañados permanentemente por una persona familiar o allegada.

Artículo 27.—*Comité de Bioética de Aragón.*

1. Se crea el Comité de Bioética, órgano colegiado, deliberativo, independiente, multidisciplinar, participativo y de carácter consultivo, que desarrollará sus funciones, con plena transparencia, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas de la medicina y ciencias de la salud, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico. En su actuación, el Comité podrá tomar en consideración otras normas y documentos de referencia internacional.

2. Reglamentariamente, se regularán sus funciones y composición, los derechos y deberes de los miembros

del comité, así como las competencias y procedimientos para el desarrollo de su trabajo.

Artículo 28.—*Comités de Ética Asistencial.*

1. Se crean los Comités de Ética para la asistencia sanitaria en Aragón, órganos consultivos e interdisciplinares de los centros sanitarios, públicos o privados, constituidos para analizar y asesorar a sus profesionales y usuarios sobre aquellos aspectos de la práctica clínica que presenten dificultades o peculiaridades de orden ético, así como para impulsar la formación en bioética de los profesionales sanitarios, con el objetivo final de mejorar la calidad de la asistencia sanitaria.

2. Existirá al menos un Comité de Ética Asistencial en cada sector sanitario, con sede en el hospital de referencia del sector.

3. Los centros o servicios sanitarios, públicos o privados, que no cuenten con un Comité de Ética Asistencial podrán solicitar asesoramiento al comité del sector sanitario.

4. En los casos de discrepancia entre los profesionales sanitarios y los pacientes o, en su caso, con quienes ejerciten sus derechos, o entre estos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de morir y de la muerte, que no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las partes, se solicitará asesoramiento al Comité de Ética Asistencial correspondiente, que podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas. Los informes o dictámenes de los Comités de Ética Asistencial se dictarán de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en ningún caso sustituirán las decisiones que tengan que adoptar los profesionales sanitarios.

5. Las personas integrantes de los Comités estarán obligadas a guardar secreto sobre el contenido de sus deliberaciones y a proteger la confidencialidad de los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y personas allegadas, hayan podido conocer en su condición de miembros del Comité.

6. Reglamentariamente, se regularán sus funciones y composición, los derechos y deberes de los miembros de los Comités de Ética Asistencial, así como las competencias y procedimientos para el desarrollo de su trabajo.

TÍTULO V

Infracciones y sanciones

Artículo 29.—*Disposiciones generales.*

1. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, las infracciones contempladas en la presente Ley y en las especificaciones que la desarrollen en el ejercicio de la potestad reglamentaria serán objeto de sanción administrativa, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

2. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados, penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

3. Son sujetos responsables de las infracciones cometidas, en la mate-

ria regulada por esta Ley, las personas físicas o jurídicas que, por acción u omisión, hubiesen participado en aquéllas mediando dolo, culpa o negligencia.

Artículo 30.—*Infracciones leves.*

Se tipifica como infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la vulneración de cualquier prohibición de las previstas en esta Ley, siempre que no proceda su calificación como infracción grave o muy grave.

Artículo 31.—*Infracciones graves.*

1. Se tipifican como infracciones graves las siguientes:

a) El incumplimiento de las normas relativas a la cumplimentación de los datos clínicos.

b) El impedimento del acompañamiento en el proceso de morir y de la muerte, salvo que existan circunstancias clínicas que así lo justifiquen.

2. Las infracciones tipificadas como leves podrán calificarse de graves cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Lesividad del hecho.

b) Cuantía del eventual beneficio obtenido.

c) Gravedad de la alteración sanitaria y social producida.

d) Grado de intencionalidad.

Artículo 32.—*Infracciones muy graves.*

1. Se tipifican como infracciones muy graves las siguientes:

a) El obstáculo o impedimento a los ciudadanos o ciudadanas del disfrute de cualquiera de los derechos expresados en el Título II de la presente Ley.

b) La actuación que suponga incumplimiento de los deberes establecidos en el Título III de la presente Ley.

2. Las infracciones tipificadas como graves podrán calificarse de muy graves cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo anterior, salvo que esta concurrencia haya determinado su tipificación como grave.

Artículo 33.—*Sanciones.*

1. Las infracciones previstas en esta Ley serán objeto de las sanciones contempladas en el artículo 36 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si las citadas infracciones son cometidas por personal estatutario del Sistema Sanitario Público de Aragón, se sancionarán conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

3. Para la determinación de la cuantía concreta de las multas a imponer por las infracciones señaladas en esta Ley, se aplicará una graduación, por tercios, de mínimo, medio y máximo a cada nivel de infracción y se elegirá el que proceda en función de la negligencia o intencionalidad del infractor, de la existencia de fraude o connivencia, del incumplimiento de advertencias previas, del número de personas afectadas, del perjuicio causado, del beneficio obtenido con la infracción, de la permanencia o

transitoriedad de los riesgos, y de la concurrencia con otras infracciones sanitarias o del hecho de haber servido para facilitar o encubrir su comisión. Estas circunstancias se tendrán en cuenta siempre que no formen parte del tipo de infracción.

4. Sin perjuicio de la sanción económica que pudiera corresponder, en los supuestos de infracciones muy graves, se podrá acordar por el Gobierno de Aragón la revocación de la autorización concedida para la actividad en centros y establecimientos sanitarios.

Artículo 34.—*Competencia.*

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a los órganos del departamento competente en materia de salud, en los términos que se determinen reglamentariamente, sin perjuicio de la competencia atribuida al Gobierno de Aragón por el apartado 4 del artículo anterior.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—*Difusión de la Ley.*

El departamento competente en materia de salud habilitará los mecanismos oportunos para dar la máxima difusión a la presente ley entre los profesionales y la ciudadanía en general.

Segunda.—*Evaluación de la Ley.*

El departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de salud elaborará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, un estudio relativo a la forma en la que la ciudadanía aragonesa afronta y vive el proceso de su muerte. Este informe se actualizará periódicamente, con el fin de permitir evaluar con regularidad la aplicación y efectos de esta Ley.

Tercera.—*Cuidados paliativos.*

1. El Gobierno de Aragón elaborará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Plan de Cuidados Paliativos de Aragón.

2. La Administración Pública Sanitaria, para el mejor cumplimiento de lo establecido en la presente Ley en relación con la prestación de cuidados paliativos, procurará una formación específica de alta calidad a sus profesionales en su ámbito y promoverá las medidas necesarias para disponer en el Sistema de Salud de Aragón del número y dotación adecuados de unidades de cuidados paliativos y equipos de soporte.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.—Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—*Modificación de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.*

1. Se modifica la letra l) del apartado 1 del artículo 4 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que tendrá la siguiente redacción:

«l) A recibir información adecuada y comprensible sobre su proceso asistencial, incluyendo el diagnóstico, el pronóstico, así como los riesgos, be-

neficios y alternativas de tratamiento, a la confidencialidad de los datos referentes a su salud y al acceso a la historia clínica en los términos previstos en el Título III de la presente ley».

2. Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 13 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que queda redactada del siguiente modo:

«b) Cuando la urgencia no permita demoras por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento y no haya manifestación negativa expresa del enfermo a dicho procedimiento, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, lo dispuesto en su declaración de voluntades anticipadas».

3. Se modifica el artículo 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que tendrá la siguiente redacción:

«**Artículo 15.—***Las voluntades anticipadas.*

1. Se entiende por voluntades anticipadas el documento en el que una persona con capacidad legal suficiente, mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, en su caso con la asistencia prevista en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, libremente puede manifestar:

a) Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria.

b) La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que este proceda.

c) Su decisión respecto de la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, en el supuesto que se produzca el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia.

d) Los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias.

2. Para que la declaración de voluntades anticipadas sea considerada válidamente emitida, además de la capacidad exigida al autor, se requiere que conste por escrito, con la identificación del autor, su firma, así como fecha y lugar de otorgamiento, siendo recomendable su inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas a efectos de garantizar su acceso al equipo sanitario que preste la atención de salud en cualquier parte del territorio nacional y la posterior incorporación de la información de la existencia del documento de voluntades anticipadas en la historia clínica del paciente. En el supuesto previsto en la letra b) del apartado primero de este artículo, se requiere que el representante esté plenamente identificado y que además haya expresado su aceptación a serlo. En todo caso, esta persona deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad.

3. Además de los mayores de edad, menores emancipados y menores aragoneses mayores de catorce años en los términos indicados en el apartado primero de este artículo, podrán emitir declaración de voluntades anticipadas los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el

personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

4. Cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, en los términos previstos en la presente Ley, los profesionales sanitarios implicados en el proceso consultarán la historia clínica del paciente y, en su caso, a su familia, allegados o representante, o bien directamente al Registro de Voluntades Anticipadas, para comprobar si existe constancia del otorgamiento de declaración de voluntades anticipadas, actuando conforme a lo previsto en ella.

5. Debe existir constancia fehaciente de que el documento ha sido otorgado en las condiciones señaladas en los apartados anteriores. A tales efectos, la declaración de voluntades anticipadas se podrá formalizar mediante uno de los siguientes procedimientos:

a) Ante notario.

b) Ante dos testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales uno no puede tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante.

c) Ante el personal habilitado al efecto por el departamento competente en materia de salud.

6. Se crea el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas, que dependerá del departamento competente en materia de Salud. Reglamentariamente se regulará su organización y funcionamiento, así como el acceso a los documentos contenidos en él.

El registro guardará la debida coordinación con el Registro Nacional de Instrucciones Previas, con el fin de asegurar la eficacia de las instrucciones manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley en todo el territorio del Estado.»

Segunda.—*Habilitación al Gobierno de Aragón.*

Se faculta al Gobierno de Aragón para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.

Tercera.—*Comité de Bioética de Aragón y Comités de Ética Asistencial.*

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno de Aragón desarrollará reglamentariamente el Comité de Bioética de Aragón y los Comités de Ética Asistencial.

Cuarta.—*Entrada en vigor.*

Esta Ley entrará en vigor a los tres meses 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, 24 de marzo de 2011.

El Presidente del Gobierno de Aragón,
MARCELINO IGLESIAS RICOU

III. CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.

Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón» el texto refundido de las leyes civiles aragonesas

(BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

De acuerdo con lo establecido en el artículo 155 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas.

Zaragoza, 5 de abril de 2011.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. [...]

IV. DICTAMEN NÚM. 33/2011, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ARAGÓN SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Materia sometida a dictamen: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón.

ANTECEDENTES

Primero.— Con fecha 2 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro del Consejo Consultivo de Aragón el expediente del texto del proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón remitido por la Consejera de Presidencia, mediante oficio de 28 de febrero de 2011, en el que solicita la emisión por el Pleno de este Consejo Consultivo de su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 de su Ley reguladora 1/2009, de 30 de marzo.

Segundo.— En unión a la citada solicitud, el expediente remitido viene constituido, junto con el propio proyecto normativo, por los siguientes documentos:

— Certificado del Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 25 de enero de 2011 por el que se encomienda a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la elaboración de un Decreto Legislativo con el Título de Código del Derecho Foral de Aragón, en cumplimiento de lo señalado en la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial.

— Informe de la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia de fecha 25 de febrero de 2011, según el cual no procede realizar ninguna observación en cuanto a la corrección técnica del citado proyecto, elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, y compuesta por juristas de reconocido prestigio en el campo del Derecho Civil Aragonés; precisando, a los efectos exigidos por el artículo 41.2, en relación con el artículo 37, de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que, al tratarse de un texto refundido de disposiciones legales en vigor, su apro-

bación no comportará nuevos efectos económicos.

— Informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos de fecha 25 de febrero de 2011, de carácter favorable al proyecto, al haber sido elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, compuesta por juristas de reconocido prestigio en el campo del Derecho Civil Aragonés, y resultar ajustado a la distribución de competencias establecida en esta materia por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

Tercero.— Por parte de la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia, para completar el expediente, se remitió a este órgano consultivo oficio de fecha 2 de marzo de 2011, con entrada en el Registro del Consejo Consultivo el día 3 de marzo de 2011, por el que se aporta la siguiente documentación:

— Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón (BOE núm. 86, de 11 de abril), junto con su corrección de errores (BOE núm. 92, de 18 de abril).

— Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación de Derecho Civil de Aragón (BOA núm. 39, de 23 de mayo), junto con sus correcciones de errores (BOA núm. 44, de 31 de mayo y núm. 51, de 14 de junio).

— Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte (BOA núm. 26, de 4 de marzo).

— Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas (BOA núm. 39, de 6 de abril).

— Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (BOA núm. 22, de 24 de febrero).

— Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (BOA núm. 149, de 30 de diciembre).

— Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Padres (BOA núm. 111, de 8 de junio).

— Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial (BOA núm. 248, de 22 de diciembre).

Cuarto.— Posteriormente, el día 3 de marzo de 2011, se aportó al expediente la siguiente documentación:

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 19 de enero de 2011 (ACTA 256).

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 26 de enero de 2011 (ACTA 257).

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 2 de febrero de 2011 (ACTA 258).

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 9 de febrero de 2011 (ACTA 259).

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 16 de febrero de 2011 (ACTA 260).

— Copia del acta de la sesión de la Comisión Aragonesa del Derecho Civil de 23 de febrero de 2011 (ACTA 261).

Quinto.— El proyecto de Decreto Legislativo sometido a dictamen consta de una Exposición de Motivos, un artículo único, una disposición adicional, una disposición derogatoria, una disposición final y un anexo**.**

El anexo incorporado contiene el Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón, el cual, a su vez, consta de un índice del articulado, un amplio Preámbulo, 599 artículos, divididos en un Título Preliminar y Cuatro Libros (los Libros están divididos en Títulos, Capítulos, Secciones y, ocasionalmente, en Subsecciones), cuatro Disposiciones Adicionales y veinticuatro Disposiciones Transitorias.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

El Dictamen solicitado se encuadra por su contenido dentro de los calificados como de emisión preceptiva por parte de este Consejo Consultivo de Aragón según lo dispuesto tanto en el artículo 41.3 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que establece que *«los proyectos de Decretos Legislativos se someterán al Dictamen del Consejo Consultivo de conformidad con su Ley reguladora»*, como en el artículo 15.2 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, que dispone que *«el Consejo Consultivo será consultado preceptivamente en los proyectos de decretos legislativos que elabore el Gobierno en uso de la delegación legislativa»*.

A su vez, por el objeto del Dictamen solicitado, corresponde su emisión al Pleno de este órgano consultivo por la atribución de competencias que establece el art. 19.a) de la Ley 1/2009 antes citada, ya que el Dictamen está referido a un texto de naturaleza normativa.

II

La potestad del Gobierno de Aragón para dictar Decretos Legislativos deriva de lo previsto en el artículo 43.1 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, a cuyo tenor *«las Cortes de Aragón pueden delegar en el Gobierno de Aragón la potestad de dictar normas con rango de Ley»*. En relación con esta delegación, y recogiendo la regulación constitucional sobre la materia, el mismo artículo 43.1 del Estatuto de Autonomía, contiene, singularmente en relación con la modalidad de los textos refundidos, las siguientes líneas maestras sobre la figura que nos ocupa:

a) Las disposiciones del Gobierno que contienen legislación delegada se denominan Decretos Legislativos.

b) La delegación debe ser expresa, mediante Ley, para una materia concreta y con la determinación de un plazo cierto para ejercerla. La delegación se agota por transcurso del plazo o por aprobación del Decreto Legislativo correspondiente. No puede hacerse uso de la delegación cuando el Gobierno se encuentra en funciones por disolución de las Cortes.

c) Cuando se trate de autorizar al Gobierno para refundir textos legales, la Ley habilitante determinará el alcance y los criterios de la refundición.

Como ha manifestado este Consejo Consultivo en anteriores ocasiones, se trata del ejercicio de una

técnica normativa vinculada a la realización efectiva del principio de seguridad jurídica proclamado constitucionalmente (art. 9.3 CE) que trata de poner orden y sistema en determinados sectores del ordenamiento jurídico afectados por intervenciones normativas reiteradas que en ciertos momentos pueden llegar a hacer dudar, incluso, de cuál sea el precepto jurídico aplicable a una determinada relación jurídica o que, en todo caso, no hacen excesivamente fácil la búsqueda de tal norma y, sobre todo, ocasionan dificultades para su lectura e interpretación en forma coherente con el resto del ordenamiento jurídico aplicable.

Por tanto, todo lo relativo al ejercicio de esta facultad del Gobierno debe ser examinado por este órgano consultivo con extrema meticulosidad, focalizando su análisis, especialmente, en las cuestiones relativas al ámbito normativo de las normas que deben ser refundidas y en el plazo en que la autorización otorgada por las Cortes de Aragón al Gobierno puede ser usada, no pudiendo en modo alguno refundir más allá de lo estrictamente indicado por las Cortes de Aragón ni entenderse tampoco prorrogado de forma alguna el plazo otorgado para ello.

Sentado lo anterior, pasamos a examinar el texto sometido al Dictamen del Consejo que es un proyecto de Decreto Legislativo por el que se pretende aprobar el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Derecho Civil Aragonés con el nombre impuesto en la Ley Delegante de Código del Derecho Foral de Aragón que le acompaña como anexo.

La norma habilitante para llevar a cabo la refundición no es otra que la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial, que en su apartado primero dispone lo siguiente:

«1. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, un Decreto Legislativo que refunda:

a) El Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables No Casadas.

d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres.

g) La presente Ley de Derecho Civil Patrimonial.»

Se le otorga, por tanto, al Gobierno de Aragón un plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2010 (la cual tuvo lugar el 1 de enero de 2011) para la aprobación del texto refundido encomendado. En consecuencia, a la fecha de emisión de este Dictamen se encuentra en vigor el plazo así otorgado para el cumplimiento del citado mandato, que necesariamente también deberá encontrarse en vigor, para su validez, en el momento en que el Gobierno apruebe el Decreto Legislativo.

Además de la autorización de refundición, el transcrito precepto legal incluye en su número 2 de la facultad de «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos», por lo que la facultad del Gobierno no se limita a una acrítica y literal yuxtaposición en un solo texto del contenido de las siete leyes a refundir sino que, con ocasión de este trabajo de refundición, puede regularizar, aclarar y armonizar entre sí tal contenido.

III

Iniciando el estudio del proyecto normativo objeto de este Dictamen, ha de comprobarse, en primer término, la acomodación del proceso de elaboración al procedimiento específico contenido en el artículo 41.2 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, que señala que *«el procedimiento de elaboración de los Decretos Legislativos será el previsto para la elaboración de proyectos de Ley»*.

Por tanto, el artículo 41.2 de la Ley 2/2009 se remite a lo dispuesto para la tramitación de los proyectos de Ley en el artículo 37 de la misma norma y es a este artículo 37 al que debemos acudir para examinar si en el procedimiento de elaboración de este proyecto normativo se ha dado cumplimiento a todos los trámites y requisitos establecidos en él.

Pues bien, según el artículo 37.1 de la Ley 2/2009 *«la iniciativa para la elaboración de proyectos de Ley corresponderá a los miembros del Gobierno por razón de la competencia en la materia objeto de regulación»*, precisando el segundo inciso del apartado 2 del mismo artículo que *«en el caso del Derecho Foral Civil Aragonés, los anteproyectos de Ley podrán ser elaborados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil»*.

Este proyecto sometido a nuestro Dictamen ha sido elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en respuesta a la encomienda efectuada por el Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 25 de enero de 2011, acuerdo que ha sido incorporado al expediente. Aunque este acuerdo del Gobierno de Aragón se adoptó sin un previo acto formal de iniciativa de elaboración del Decreto Legislativo por Orden de la Consejera de Presidencia, ello parece claramente innecesario en este procedimiento ya que tal iniciativa de elaboración de esta norma, no sólo está ínsita en el acuerdo del Gobierno de Aragón que efectuó tal encomienda a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, sino que también venía impuesta en una previsión legal: la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial, que antes hemos transcrito.

Elaborado el proyecto por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, como hemos visto en los Antecedentes, han emitido informe sobre él la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia y la Dirección General de los Servicios Jurídicos en cumplimiento de lo dispuesto con carácter preceptivo en el apartado 4 del artículo 37 de la Ley 2/2009.

En cuanto a los requisitos del proyecto en relación con su contenido, el apartado 2 del artículo 37 de la Ley 2/2009 exige que *«incluya una Exposición de Motivos, así como una memoria sobre los efectos económicos»*.

Se contiene en el proyecto sometido a nuestro dictamen una Exposición de Motivos en donde se hace referencia, por una parte, a la Ley de Delegación que autoriza al Gobierno de Aragón a elaborar este Decreto Legislativo y, por otra, a las distintas leyes que van a ser refundidas con el objeto de reconstruir el proceso de actualización y desarrollo del Derecho Civil de Aragón contenido en la Compilación de 1967 que ha llevado a cabo el Legislador autonómico desde 1985 hasta 2010 y que culminará con la aprobación del «Código del Derecho Foral de Aragón».

Por lo que respecta a la Memoria Económica, en el expediente no figura la misma, aunque esta omisión se justifica, a nuestro juicio suficientemente, con la mención efectuada en el antes citado informe emitido por la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia a que *«al tratarse de un mero texto refundido, no comporta nuevos efectos económicos»*.

IV

Debemos entrar ya en el análisis del proyecto, distinguiendo, por una parte, el Decreto Legislativo y, por otra, el Texto Refundido que se aprueba por aquél.

En cuanto al Decreto Legislativo, consta de una Exposición de Motivos, una parte dispositiva compuesta por un artículo único, así como de una Disposición Adicional, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final, recogiéndose como Anexo el Texto Refundido del Código del Derecho Foral Aragonés.

Tal y como hemos expuesto anteriormente, la Exposición de Motivos se refiere a la ley habilitante para la elaboración de este Decreto Legislativo, así como a las distintas leyes que se van a refundir, reconstruyendo el proceso de actualización y desarrollo del Derecho Civil de Aragón. Por tanto, cumple de modo suficiente los requerimientos mínimos, en cuanto facilita la comprensión del objetivo de la norma, aludiendo a sus antecedentes y al título competencial en cuyo ejercicio se dicta, ayudando a advertir el sentido y alcance de su contenido.

Tan sólo indicar que en la fórmula promulgatoria, la expresión *«de acuerdo con el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo»* que se utiliza en la misma presupone que el Gobierno, en el texto normativo que finalmente apruebe, va a atender a las recomendaciones que se realicen en este dictamen; en caso contrario deberá utilizarse la fórmula *«oído el dictamen del Consejo Consultivo»*.

La parte dispositiva del proyecto se limita a aprobar el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», que se inserta como Anexo.

Entendemos que debería precisarse que se incorpora como Anexo, mejor que señalar que «se inserta a continuación», debiendo anteponerse al principio del Código del Derecho Foral de Aragón, sucesivamente, los títulos de «Anexo» y «Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas».

La Disposición Adicional se limita a indicar que las remisiones contenidas en otras disposiciones a las Leyes objeto de refundición se deben entender hechas a los artículos correspondientes del Código que se aprueba

con este Decreto Legislativo, lo cual será obvio una vez aprobado, aunque pueda ocasionar alguna dificultad en la búsqueda de la ley aplicable.

La Disposición Derogatoria recoge la derogación general de toda norma de igual o inferior rango que se oponga al Decreto Legislativo y al Texto Refundido y la derogación particular de las leyes refundidas.

Por último, la Disposición Final se limita a indicar la fecha de entrada en vigor tanto del Decreto Legislativo como del Texto Refundido, habiendo elegido la del 23 de abril de 2011 que, obviamente, estaría dentro del plazo del año concedido por las Cortes de Aragón al Gobierno de Aragón para llevar a cabo este encargo.

No existen Disposiciones Transitorias en el Decreto Legislativo porque, al referirse las normas transitorias de cada Ley refundida a aspectos diversos, el redactor, con buen criterio, ha optado por integrar estas normas de Derecho Transitorio en el propio Código, con mención a las diversas partes en las que el mismo se divide.

V

Entrando ya en el análisis del Texto Refundido, debemos hacer en primer lugar unas consideraciones de carácter formal:

De entre las diferentes posibilidades de numeración de los artículos del Texto Refundido, se ha optado por el sistema tradicional, que numera correlativamente los artículos del primero al último. No obstante, debemos llamar la atención de que, por error, los artículos 1º a 9º son ordinales, en lugar de números cardinales que son los empleados en el resto del articulado y que, por tanto también deberían serlo en los artículos 1 a 9.

Se respeta, en general, la división en Títulos, Capítulos y Secciones de las Leyes objeto de refundición, salvo en el caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres que, originalmente, estaba dividida en Capítulos y en el Proyecto pasa a ser una Sección de un Capítulo (aunque se divide en tantas Subsecciones como Capítulos tenía la Ley de procedencia).

Como exigencias de la regularización, las remisiones internas de cada una de las Leyes refundidas, así como las de cada una de ellas a alguna de las otras, se hacen ahora a los números de los artículos resultantes de la refundición o a la localización que las materias objeto de remisión tienen ahora dentro de la sistemática del propio Código.

Al respecto, debemos advertir un error de remisión existente en el artículo 426 del Texto Refundido. En él, el apartado 1 se remite a la letra a) del apartado 1 del artículo 108, de forma literal a como se recoge en la norma de procedencia que es la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, sin tener en cuenta que, después de la refundición llevada a cabo por este texto, la remisión correcta debe ser al artículo 423 del nuevo Código en el que se recoge el texto que contenía ese artículo 108.1.a) de la Ley 1/1999. Lo mismo sucede con el apartado 2 del artículo 426. En definitiva, las remisiones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 426 del Código, deben hacerse al artículo 423.1 letras a) y b) del propio Código, respectivamente.

Las referencias internas de las leyes objeto de refundición a lo dicho en «esta Ley», se han sustituido por la referencia a lo dispuesto en «este Libro», en «este Título» o, en su caso, en «esta Sección». También se añaden referencias para indicar, cuando se alude en algún precepto a la mayoría de edad de un sujeto, que esa mayoría de edad es la regulada en el artículo 4.

En la Disposición Adicional Primera se establece que *«las menciones genéricas en masculino que aparecen en el presente Código se entenderán referidas también a su correspondiente femenino»*. Sin embargo, en el articulado existen preceptos en los que se usa una mención genérica en masculino y otros en los que se usa el término en masculino y femenino. Podría ser conveniente que se utilizase el mismo criterio en todo el texto.

Se observa, además, una errata en el artículo 532.4 del texto: donde se indica que *«…los primeros heredan por cabezas y los* ***segundo*** *por estirpes…», debería utilizarse el plural «****segundos****»*.

Y, terminando con las cuestiones formales, advertir que hay en el texto algunas palabras que aparecen en negrita sin razón para ello, por lo que debería suprimirse tal anomalía.

VI

Entrando en el contenido del Código, de cuyo nombre no debe opinar este Consejo Consultivo al haber sido decidido, en la Ley habilitante, por las Cortes de Aragón, se introduce el mismo con un adecuado índice de contenidos, que facilita su consulta, incorporando a continuación un Preámbulo que precede al articulado y que es una correcta síntesis de los preámbulos que acompañan a las leyes objeto de refundición.

En cuanto al fondo, pasamos a analizar brevemente cada uno de los elementos de los que se compone el Código, anticipando que la práctica totalidad de la norma material se limita a trascribir literalmente los preceptos de las siete leyes que agrupa, por lo que nuestras indicaciones se van a centrar especialmente en aquellos aspectos del texto en los que, al amparo de esas facultades de regularización, aclaración y armonización concedidas al Gobierno por la Ley delegante, el Código modifica el texto legal de procedencia.

VII

En relación con el Título Preliminar, debemos destacar que en él se recogen los artículos que quedaban en vigor de la Compilación Aragonesa de 1967, los artículos 1 a 3, conservando la misma rúbrica, «Las normas en el Derecho civil de Aragón» y con un único cambio respecto de la ley refundida, perfectamente razonable a efectos de mantener una sistemática armónica: el titulillo que da noticia del contenido de cada precepto se coloca en la misma línea que el número del artículo y a continuación del mismo, como en los restantes artículos del Código.

VIII

En el Libro Primero, «Derecho de la Persona», (artículos 4 a 181), se recogen (sic) en cuatro títulos (Título Primero –debería ser Título I– «De la

capacidad y estado de las personas», –arts. 4 a 55–; Título II «De las relaciones entre ascendientes y descendientes», –arts. 56 a 99–; Título III «De las relaciones tutelares», –arts. 100 a 169–; y Título IV «De la junta de parientes», –arts. 170 a 182–), el Código integra los preceptos contenidos en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, y los que figuran en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, (que han quedado integrados como la Sección 3ª del Capítulo II del Título II, bajo la denominación «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo»).

En cuanto a las novedades que apreciamos en el Código respecto del contenido de las leyes que se refunden en este Libro Primero, podemos efectuar los siguientes comentarios:

— En la letra a) del artículo 46, al tratar del defensor del desaparecido en caso de ausencia, se transcribe el contenido del artículo 43.a) de la Ley 13/2006, (en adelante, LDP), pero añadiendo al llamamiento con tal finalidad de *«el cónyuge presente no separado legalmente o de hecho» la expresión «o el otro miembro de la pareja estable no casada»*, lo cual encuentra su justificación en que así resulta del artículo 11 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y en que este lugar es el sistemáticamente más adecuado para integrar este precepto en el nuevo Código.

— En el artículo 54.2 (procedente del artículo 51.2 LDP), relativo al alcance del usufructo vidual del ausente que apareciera una vez fallecido su cónyuge, se introduce una remisión interna a lo regulado en el propio Código (arts. 280.1.c) y 283.2) sobre la ausencia en sede del derecho de viudedad, lo cual también se encuentra dentro de las facultades aclaratorias otorgadas al Gobierno por la Ley habilitante de esta delegación normativa.

— En el apartado 4 del artículo 76, (procedente del artículo 2.4 de la Ley 2/2010, en adelante LIRF), sobre «derechos y principios» reconocidos y rectores de la situación de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, se sustituye el texto de la Ley por una remisión a lo dispuesto en el artículo 6 del propio Código, sobre el derecho del menor a ser oído, antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona, con la finalidad de evitar innecesarias reiteraciones.

— Se introduce un nuevo artículo, el 109, referido al *«mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación»*, permitiendo que cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente pueda, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Esta cuestión plantea mayores problemas puesto que la procedencia de esta norma se encuentra en el artículo 95 LDP, que permitía esta posibilidad de un mandato que sobreviva a la incapacidad o incapacitación del mandante exclusivamente como parte de la escritura pública en la que una persona hubiera llevado a cabo la delación voluntaria de la tutela. El origen de este nuevo precepto lo encontramos en el acta de la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil celebrada el 26 de enero de 2011, en donde se decidió su introducción ante la experiencia de resoluciones de la Di-

rección General de los Registros y del Notariado que habían considerado que no era posible este otorgamiento de mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación del mandante en escritura pública en la que no se contuviera también la delación de la tutela.

A juicio de este Consejo Consultivo de Aragón, esta decisión no puede considerarse amparada en la facultad otorgada por la Ley delegante al Gobierno de Aragón para que el Texto Refundido proceda a aclarar los textos legales integrados en el nuevo Código, dado que tal facultad aclaratoria, así como la de armonización y regularización, se refiere exclusivamente a los textos que han de ser refundidos, sin permitir al Gobierno que proceda a innovar el ordenamiento jurídico previendo algo que hoy, en principio, no está expresamente permitido por él como es esta posibilidad de mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación del mandante en una escritura pública en la que no se lleve a cabo la delación de la tutela. Aunque este precepto que se pretende introducir tiene clara justificación en la necesidad de corregir la citada interpretación efectuada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, tal corrección entendemos que sólo puede llevarla a cabo la Ley y no un Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en las que no se contiene tal previsión.

Si se atiende a este reparo, habrá que suprimir el correspondiente inciso del Preámbulo del Código en que se hace referencia a este cambio normativo.

— Se modifica el titulillo del artículo 111 (respecto del que tenía el artículo 97 LDP), sustituyendo *«publicidad de la delación voluntaria»* por *«publicidad»*, lo cual es perfectamente razonable dado que este precepto se encuentra en la Sección Primera del Capítulo II, cuyo título es *«Delación voluntaria»*.

— En el apartado 1, letra a) del artículo 116 (respecto del texto original del artículo 102.1.a) LDP), al disponer el orden de preferencia para la designación del tutor en la delación dativa, se introduce junto al cónyuge del incapacitado que conviva con este, como disyuntiva, *«o al otro miembro de la pareja estable no casada»*, lo cual es perfectamente conforme a lo dispuesto en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

— Con la finalidad de añadir las precisiones de carácter procesal que se han introducido en la regulación del desamparo y la tutela automática de menores en el Código Civil, el Código, en el artículo 121, no sólo permite formular oposición ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, contra la resolución de desamparo, que es a la única a la que se refiere el artículo 107 LDP, sino también *«contra las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores e incapacitados»*. También se ha decidido añadir como inciso final del artículo, respecto del contenido del artículo de procedencia de la LDP, la expresión *«en el plazo y condiciones determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil»*, todo lo cual cuadra perfectamente con las facultades armonizadoras atribuidas al Gobierno de Aragón por la Ley delegante.

IX

En el Libro Segundo, «Derecho de la Familia», artículos 183 a 315, se recogen (sic) en seis títulos (Título Primero –debería ser Título I–, «Efectos generales del matrimonio», –arts. 183 a 194–; Título II, «De los capítulos matrimoniales», –arts. 195 a 202–; Título III, «Del régimen económico matrimonial de separación de bienes», –arts. 203 a 209–; Título IV, «Del consorcio conyugal», –arts. 210 a 270–; Título V, «De la viudedad», –arts. 271 a 302–; y Título VI, «De las parejas estables no casadas», –arts. 303 a 315–) se recogen los artículos procedentes de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad y el articulado de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas que, como hemos visto, se integra como Título VI del mismo.

Los cambios más relevantes que encontramos en la redacción de este Libro Segundo respecto del texto de las leyes que se refunden en el mismo aconsejan efectuar los siguientes comentarios:

— Se suprimen en numerosos artículos (v. gr. arts. 183.1, 183.2, 184.1, 189, 218.1.e), 226.4, 253.1 y 253.3), las referencias a marido y mujer, sustituyéndolas por la expresión «los cónyuges», para adaptarse a la ley estatal 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, lo que es claramente encajable en las facultades armonizadoras de las leyes a refundir que se otorgó al autor de este texto por la Ley de delegación.

— En el artículo 187, (procedente del texto del artículo 5 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, en adelante LREM), al tratar de los deberes de los hijos, mientras convivan con sus padres, cualquiera que sea su edad, de contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares, se añade al final la expresión *«conforme a lo previsto en los artículos 66, 67 y 70»*, lo cual es perfectamente admisible dado que esta remisión persigue armonizar el contenido de este precepto con el de la Ley de Derecho de la persona en estas materias de contribución personal y económica de los hijos al mantenimiento de la familia.

— Se cambia, respecto del que tenía en la Ley de procedencia, el epígrafe del Título III, de forma que, en lugar de titularlo como *«Del régimen de separación de bienes»*, se precisa ahora que se trata del régimen *«económico matrimonial»* de separación de bienes, puesto que en el Código existen normas referidas al matrimonio y otras que hacen mención a las parejas estables no casadas, a las que no se aplica este régimen económico, propio del matrimonio.

— En el artículo 253 (procedente del artículo 71 LREM), en el que se regula la disolución del consorcio conyugal por muerte, al tratar de la excepción a la regla general de que el cónyuge viudo administra el consorcio hasta tanto no se adjudique su patrimonio que se limitaba al caso de que al producirse la disolución se encontrasen en trámite procedimientos de nulidad del matrimonio, divorcio, separación o disolución del consorcio, se introduce en el apartado 1, respecto del texto original, el inciso *«a instancia de uno o ambos cónyuges»*, con el objeto de armonizar los artículos que se refieren a los efectos de la pendencia de los procedimientos matrimoniales.

— En el artículo 278 (que parte de lo establecido en el artículo 96 LREM) se incluyen dos remisiones a preceptos del Libro Tercero que regula el Derecho de sucesiones por causa de muerte (al artículo 354.3, cuando se habla del usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente del derecho a aceptar o repudiar la herencia y al artículo 374.3 cuando se trata de los derechos adquiridos por el cónyuge del consorte fallecido), para que el lector pueda tener un conocimiento más sistemático de lo pretendido en este artículo.

— Con el mismo objeto, se incluye un inciso final en el apartado 2 del artículo 283, (respecto del texto original del artículo 101 LREM) remitiéndolo al artículo 54 del propio Código en el que se regula la ausencia y el usufructo de viudedad, como antes hemos visto.

— En relación con el Título VI, procedente de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas, el Código ha optado por no reiterar de nuevo en este apartado varios artículos que se consideran innecesarios por redundantes: los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 6/1999, puesto que se remitían a la legislación sucesoria aragonesa y, al quedar esta integrada en el mismo Código, se hace innecesaria tal remisión; el artículo 11 de la Ley 6/1999, que se refiere a la representación del ausente y que se elimina porque esa materia, como antes hemos visto, ya se regula en el artículo 54.2, al tratar de la ausencia; y, por último, el artículo 12 de la misma Ley, referido a la delación dativa de la tutela, porque también se regula en su sede respectiva como anteriormente hemos comentado.

— Se otorga una nueva redacción al artículo 303 del Código respecto de la que figuraba en el artículo 1 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, (en adelante LPENC), que, al dar el concepto de pareja estable no casada *(«las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título»)*, se precisa que esta definición lo es *«a efectos de este Código»*, para diferenciar a las parejas estables no casadas reguladas de las meras parejas de hecho.

— En el artículo 304, (procedente del artículo 2 LPENC), se sustituye la referencia a *«las medidas administrativas reguladas en esta Ley»* por la mención de *«las medidas administrativas que le correspondan»*, ya que, al no ser el Código una norma propia del campo del Derecho Administrativo, ha optado por no recoger en su seno los preceptos de la LPENC que regulan los efectos administrativos de esta situación.

— En el artículo 306 (cuyo origen se encuentra en el artículo 4 LPENC), al regular los requisitos de capacidad para constituir una pareja estable no casada, ya no se habla de las parejas estables no casadas *«de las reguladas en el presente Título»*, por coherencia con la redacción dada al concepto de pareja estable no casada que, como antes hemos visto, al definirlo en el artículo 303, ya se precisa que tal definición resulta aplicable a efectos de este Código.

— Se incorpora como artículo 308 del Código el precepto que en la Ley 6/1999 se contenía en su Disposición

Adicional Primera, lo cual es claramente acorde a las facultades sistematizadoras otorgadas al redactor por la Ley delegante dado que, por el contenido de este precepto (que permite otorgar a la escritura de constitución de una pareja estable no casada el valor de capitulaciones matrimoniales para el caso de que sus miembros contraigan matrimonio en el futuro, si así lo hubieran previsto en tal escritura) su ubicación sistemática más razonable es precisamente dentro del articulado de este Título VI del Libro Segundo.

X

En el Libro Tercero, «Derecho de sucesiones por causa de muerte», artículos 316 a 536, sistematizados en siete títulos (Título Primero –debe ser Título I–, «De las sucesiones en general», –arts. 316 a 376—; Título II, «De la sucesión paccionada», –arts. 377 a 404–; Título III, «De la sucesión testamentaria», –arts. 405 a 438–; Título IV, «De la fiducia sucesoria», arts. 439 a 463–; Título V, «Normas comunes a las sucesiones voluntarias», arts. 464 a 485–; Título VI, «De la legítima», –arts. 486 a 515–; y Título VII, «De la sucesión legal», –arts. 516 a 536–), se mantienen casi sin ninguna variación el contenido y sistemática actuales de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. No obstante, destacamos, para justificar su procedencia, los mínimos cambios introducidos en este Libro del Código respecto de la redacción original de esta Ley así refundida:

— En el segundo inciso del apartado 3 del artículo 321, se ha sustituido la expresión *«nueva delación»* utilizada en el refundido artículo 6.3 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, (en adelante LS) por la palabra *«sustitución»*. Desde el punto de vista técnico es indudable que esta modificación es correcta puesto que el precepto se refiere al momento en que tiene lugar la delación de la herencia y, en este caso del número 3 del artículo 321 del Código, que trata de la sustitución fideicomisaria, la delación a favor del sustituto ya existe desde el mismo momento en el que se produce la delación a favor del heredero fiduciario, por lo que no era correcto, (como afirmaba el art. 6.3 de la LS), que en los llamamientos sucesivos, no habiéndose frustrado el llamamiento anterior, «la delación» tenga lugar cuando fallezca el heredero precedente o de otra forma se extinga su derecho, sino que, en tal caso, lo que tiene lugar, en propiedad, es «la sustitución». Evidentemente este cambio supone variar la expresión que se utiliza en el ordenamiento jurídico vigente pero no para modificar su contenido imperativo, que sigue siendo el mismo, por lo que tal variación, fruto de una mejora técnica, entendemos que encaja en las facultades de regularización que otorgó al Gobierno la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, en la que se contiene la delegación normativa de la que se hace uso con este Código.

— Algo similar ocurre en el texto del artículo 334 del Código. En el precepto de cuya refundición aquí se trata (art. 19 LS), incluido en el Capítulo dedicado a la Sustitución Legal, el precepto comenzaba con la expresión *«Salvo previsión en contrario del disponente»,* para añadir a continuación que, *«los descendientes de un llamado a título universal o particular*

o legitimario de grado preferente ocupan el lugar de este en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos» en la propia norma. Pues bien, en el artículo 334 del Código se suprime esa entradilla al resultar evidente que, como se está regulando la sustitución legal, que puede tener lugar tanto en la sucesión voluntaria como en la legal, esa excepción de previsión en contrario del disponente solo será válida para los casos de sucesión voluntaria. Insistimos en que ello no implica innovar el ordenamiento jurídico, sino regularizarlo desde el punto de vista técnico, porque esa excepción *«salvo previsión en contrario del disponente»* se incluye ahora acertadamente en el artículo 336.1 del Código referido exclusivamente a la sustitución legal en las sucesiones voluntarias.

— En el artículo 21.2 LS se establecía que *«la sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante»*. En el apartado 2 del artículo 336 del Código, a continuación de ese párrafo, se añade ahora el siguiente: *«Cuando el sustituido sea descendiente del causante y la sustitución favorezca a sus nietos o descendientes ulteriores, heredarán siempre por estirpes, aunque todos los sustitutos sean del mismo grado. Si el sustituido es hermano del causante y entre sus sustitutos concurren hijos y descendientes ulteriores, aquellos suceden por cabezas y estos, por estirpes; si sólo hay nietos, heredarán por cabezas»*. Aunque es un largo precepto que se incluye «ex novo» con ocasión de esta refundición, queda perfectamente amparado en las facultades armonizadoras otorgadas por la Ley delegante dado que, como adecuadamente se razonó en la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 2 de febrero de 2011 en la que se trató este tema, el breve texto del artículo 21.2 de la LS no era suficientemente claro porque podría permitir entender que no hay sustitución legal cuando concurren solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido cuando lo cierto es que en tal caso sigue existiendo sustitución pero los hijos y nietos sustitutos, si sólo concurren con otros hijos y nietos, respectivamente, dividen por cabezas y no por estirpes, lo cual no es más que aclarar lo que, rectamente entendido, ya estaba ínsito en el precepto que se refunde.

— El apartado 2 del artículo 338 también varía el texto original del artículo 23.2 LS por los mismos motivos. En este se decía que *«en tales supuestos* (aquellos en los que la sustitución tiene lugar cuando el llamado ha premuerto, ha sido declarado ausente o indigno, ha sido desheredado o excluido absolutamente en la sucesión), *la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurran solos; mientras que la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y siempre que no concurran solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido»*. Ahora, este artículo 338.2 del Código dirá que *«en tales supuestos, la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurran solos dividen por estirpes; mientras que la sustitución legal en favor de los des-*

cendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y si concurren con algún hermano del causante dividen por estirpes, pero si concurren solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, si bien cuando concurren por sustitución solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundo por estirpes».

— El artículo 59.3 LS, dentro de las normas dedicadas al consorcio foral, indica que *«si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio»*. Pues bien, en el artículo 374, apartado 3 del Código, se introduce a continuación de idéntico texto el inciso *«pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido»*. Ello no hace sino armonizar la legislación que se refunde, al recordar en este precepto lo que resulta de la regulación del usufructo vidual contenida en los artículos 101 a 120 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, que ahora se recogerán en los artículos 283 a 302 del propio Código. En consecuencia, no hay nada que objetar desde el punto de vista de la legalidad a que se lleve a cabo esta armonización.

— Por la misma razón y con la misma justificación a las que nos hemos referido al comentar la redacción que se propone como artículo 253 del Código, a los efectos de dar la misma redacción a los demás artículos en los que se hace mención a la pendencia en los procedimientos matrimoniales, se introduce el inciso *«a instancia de uno o ambos cónyuges»* en los artículos 404, 438, 440 y 531.1 (procedentes de los arts. 89, 123, 125.2 y 216 LS).

— En el artículo 486, apartado 2 del Código, se parte de la redacción contenida en el artículo 171.2 LS pero se sustituye su inciso final, estableciendo que si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida *«entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal»*, en lugar de decir, como hacía este artículo 171.2 LS *«por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente»*. También puede entenderse que esta modificación del precepto no innova el ordenamiento jurídico dado que las reglas de la sucesión legal (artículos 211 a 221 de la LS, que ahora se recogerán en los artículos 516 a 536 del Código), también prevén esa atribución por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente y otros mandatos, que aunque no los dijera el artículo 171.2 LS, también resultaban de aplicación.

— En el apartado 2 del artículo 508 (procedente del artículo 193.2 LS), se sustituye la expresión *«delación abintestato»* por *«delación legal»* que, en este caso, son sinónimos por lo que no existe ninguna innovación trascendente del ordenamiento jurídico.

— En el artículo 519 del Código en el que, en sede de la regulación de la sucesión legal se trata del principio de proximidad de grado, además de lo que indicaba el artículo 204.1 LS, cuyo texto se mantiene, *(«Dentro de cada línea, el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo en los casos en que proceda el derecho de sustitución legal»)*, se añade un nuevo apartado 2 (de manera que el antiguo apartado 2 pasa a ser al apartado 3) que establece lo siguiente: *«Repudian-*

do la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante». Esta incorporación consideramos que está amparada en las facultades armonizadoras de los textos legales conferidas por la Ley delegante puesto que tan sólo se trata de hacer explícita la misma norma que en tal sentido se contiene en los artículos 923 del Código Civil para las sucesiones en general y en el artículo 208.2 LS (ahora 523.2 del Código) tan sólo para la sucesión legal de descendientes.

— Para aclarar las dudas que ofrece su redacción original contenida en el art. 211.1º LS, (en el que, al tratar de los bienes troncales, cuando no proceda el recobro, su sucesión se deferirá primero *«a los hermanos por la línea de donde proceden los bienes, sustituidos por sus respectivas estirpes de descendientes. Habiendo solo hijos o solo nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas»*) se propone otorgar al número 1º del artículo 526 una redacción más técnica, aunque materialmente indica lo mismo que ya era posible interpretar de la redacción del precepto en vigor: *«A los hermanos e hijos y nietos de hermanos por la línea de donde procedan los bienes. Los hijos y nietos de hermanos suceden por sustitución legal o por derecho propio conforme a lo dispuesto en el artículo 532»*.

— Exactamente por la misma razón, en el artículo 532, apartados 3 y 4 (procedentes del artículo 217.3 y 4 LS), se introducen modificaciones para aclarar la regulación de la sustitución legal, quedando así la nueva redacción: *«3. Si concurren hermanos con descendientes de otros hermanos de doble vínculo sustituidos, la herencia se defiere a los primeros por derecho propio y a los segundos por sustitución legal. 4. Si por falta de hermanos concurren solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes, pero si concurren sólo hijos o sólo nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, todo ello conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 338»*. Es indiscutible que estas variaciones de texto tienen su amparo en las facultades de regularización y aclaración concedidas al Gobierno de Aragón por la norma legal de delegación.

XI

El Libro Cuarto, «Derecho Patrimonial», artículos 537 a 599, distribuidos en cuatro títulos, (Título Primero –debería ser Título I– «De las relaciones de vecindad» –arts. 537 a 550–; Título II, «De las servidumbres», –arts. 551 a 587–; Título III «Del derecho de abolorio o de la saca», –arts. 588 a 598–; y Título IV, «De los contratos sobre ganadería» –art. 599–), se limita a transcribir literalmente el contenido de los artículos 1 a 63 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial que, recordemos es la que en su Disposición Final Primera autorizó al Gobierno para la aprobación de este Código del Derecho Foral de Aragón mediante el oportuno decreto legislativo. El único cambio es el consistente en que, mientras este Libro Cuarto del Código se denomina «Derecho Patrimonial», la Ley 8/2010 se denominaba de «Derecho Civil Patrimonial», sin que haya nada que objetar

a esta omisión cuando este Libro se encuentra dentro del Código por el que se refunden las leyes civiles aragonesas.

XII

En cuanto a las Disposiciones Adicionales, se establece en la Primera una alusión a los términos genéricos en masculino, para entenderlos referidos también a su correspondiente femenino (que ya se contenía en las Leyes 13/2006 y 2/2010); y las Disposiciones Segunda, Tercera y Cuarta se corresponden con las Disposiciones Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

En relación con las Disposiciones Transitorias, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, autora del texto que, a solicitud de la Consejera de la Presidencia del Gobierno de Aragón, aquí dictaminamos, mantuvo un rico debate acerca de si procedía o no incluir normas transitorias en un simple texto refundido que no deroga expresamente las leyes que refunde, aunque finalmente el texto estudiado ha optado por establecerlas y ordenarlas según el Libro del Código del Derecho Foral de Aragón al que afectan, transcribiendo las respectivas normas de Derecho Transitorio contenidas en las leyes refundidas de las que proceden esos Libros. Así, de las 24 Disposiciones Transitorias contenidas en el Código, se refieren al Libro Primero las Disposiciones Transitorias Primera a Séptima; al Libro Segundo, las Disposiciones Transitorias Octava a Duodécima; al Libro Tercero, las Disposiciones Transitorias Decimotercera a Vigesimosegunda; y al Libro Cuarto, las dos últimas Disposiciones Transitorias, esto es, la Vigesimotercera y la Vigesimocuarta, respetando esencialmente las diversas normas temporales que se contenían en las leyes refundidas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

«Que procede informa favorablemente el proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón, excepto en la introducción del nuevo artículo 109 del mismo, cuya legalidad hemos objetado en el Fundamento de Derecho VIII de este dictamen».

En Zaragoza, a quince de marzo del año dos mil once.

V. PROPOSICIÓN NO DE LEY NÚM. 43/2011-VIII, SOBRE TRIBUTACIÓN DE LA FIDUCIA ARAGONESA, PARA SU TRAMITACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

(BOCA núm. 12, de 29 de septiembre de 2011, pág. 361)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 21 de septiembre de 2011, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 43/11-VIII, sobre tributación de la fiducia aragonesa, presentada por el G.P. Chunta Aragonesista, y ha acordado su tramitación ante la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública, en virtud de la voluntad manifestada por el Grupo Parlamentario proponente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 201.3 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Proposición no de Ley hasta veinticuatro horas antes de la hora fijada para el comienzo de la sesión en que haya de debatirse.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 21 de septiembre de 2011.

El Presidente de las Cortes

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Nieves Ibeas Vuelta, Portavoz del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), de conformidad con lo establecido en los artículos 200 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre tributación de la fiducia aragonesa, para su tramitación ante la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 439 del Código del Derecho

Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente.

El artículo 448 del mismo cuerpo legal establece 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 de su extinción, y añade que, mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.

Por tanto, en la fiducia aragonesa el llamamiento hereditario no tiene lugar en el momento del fallecimiento del comitente, sino en el momento de ejecución o extinción de la fiducia, y, en consecuencia, mientras la herencia se encuentra pendiente de asignación fiduciaria, no existe adquisición de bienes o derechos a favor de persona alguna y, conforme a lo previsto en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no existe hecho imponible.

Por ello, la práctica de la liquidación del impuesto no debe proceder hasta que, en virtud de la ejecución de la fiducia o de su extinción, tenga lugar un incremento patrimonial en beneficio de causahabientes concretos. No tiene ningún fundamento legal practicar liquidaciones provisionales a cargo de personas que, no sólo no han adquirido ningún bien o derecho, sino que, además, podrán no llegar a adquirirlos nunca.

En consecuencia, el procedimiento de liquidación de las herencias ordenadas mediante fiducia que se detalla en el artículo 133.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas en materia de tributos cedidos vulnera la naturaleza jurídica de la fiducia e ignora el momento en el que, por disposición legal, tiene lugar la delación.

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a incluir en el próximo Proyecto de Ley de medidas tributarias la modificación del artículo 133.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, relativo al procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia, a fin de respetar la naturaleza jurídica de la institución, difiriendo la liquidación al momento en que tiene lugar la delación, por ejecución parcial o total o por extinción de la fiducia, y arbitrando mecanismos suficientes para que la Administración tributaria disponga de los datos y documentos necesarios para realizar el seguimiento y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los sujetos pasivos del impuesto.

En el Palacio de la Aljafería, a 19 de septiembre de 2011.

La Portavoz
NIEVES IBEAS VUELTA

VI. PROPOSICIÓN NO DE LEY NÚM. 78/2011-VIII, SOBRE LA DIVULGACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS

(BOCA núm. 16, de 2 de noviembre de 2011, pág. 635)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 19 de octubre de 2011, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 78/11-VIII, sobre la divulgación y conocimiento del Derecho Foral Aragonés, presentada por el G.P. Chunta Aragonesista, y ha acordado su tramitación ante el Pleno, en virtud de la voluntad manifestada por el Grupo Parlamentario proponente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 201.3 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Proposición no de Ley hasta veinticuatro horas antes de la hora fijada para el comienzo de la sesión en que haya de debatirse.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 19 de octubre de 2011.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Nieves Ibeas Vuelta, Portavoz del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), de conformidad con lo establecido en los artículos 200 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre la divulgación y conocimiento del Derecho Foral Aragonés, para su tramitación ante el Pleno de la Cámara.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

No cabe duda que uno de los elementos identificadores más importantes de Aragón es su Derecho, circunstancia esta que recoge nuestro Estatuto de Autonomía en la Exposición de Motivos al establecer como

seña de identidad de la historia del Reino de Aragón el Derecho foral, «que se fundamenta en derechos originarios y es reflejo de los valores aragoneses de pacto, lealtad y libertad». En coherencia con este carácter identitario que el Derecho foral tiene para Aragón el artículo 71.2.ª del Estatuto de Autonomía establece como competencia exclusiva de nuestra comunidad autónoma la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes».

No obstante la fortaleza y vigencia del Derecho foral estará directamente relacionada con su uso cotidiano y ese uso sólo puede producirse desde el conocimiento por los llamados a regular sus relaciones por el mismo, que son los propios aragoneses. Por ello junto a la labor de desarrollo normativo es necesario hacer un importante esfuerzo de difusión y divulgación del Derecho foral. Diversas instituciones como el Justicia de Aragón, los colegios profesionales de ámbito jurídico, el Gobierno de Aragón y las propias Cortes de Aragón han realizado una importante labor de conocimiento del Derecho propio de Aragón entre los operadores jurídicos. Sin embargo, el grado de conocimiento del Derecho foral aragonés es muy inferior en el conjunto de la población, y en concreto entre los que no son juristas, ni profesionales del mundo del Derecho pero que son, en definitiva, los que al regular sus relaciones por ese Derecho le dan significado y garantizan su pervivencia futura.

Por todo ello, el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista presenta la siguiente:

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a presentar en el plazo de seis meses un plan de actuación con medidas concretas tendentes a divulgar y dar a conocer el Derecho foral de Aragón entre la población aragonesa, y en particular entre los no juristas ni profesionales del Derecho.

Zaragoza, a 10 de octubre de 2011.

La Portavoz
NIEVES IBEAS VUELTA

NOTICIAS*

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. Informe Anual del año 2010

El Informe Anual del Justicia de Aragón correspondiente a 2010 se presentó ante las Cortes de Aragón el día 7 de septiembre de 2011. Pasamos a exponer un resumen de la actividad de la Institución:

En 2010 se tramitaron un total de 2.090 quejas, número similar a los expedientes incoados el año anterior, que fueron 2.089.

El número de quejas recibidas por actuaciones llevadas a cabo en nuestra Comunidad Autónoma asciende a 1.834, de las que 1.460 fueron iniciadas por personas residentes en Zaragoza y provincia (el año anterior fueron 1.547), 235 en Huesca y provincia (frente a las 252 de 2009) y 139 en Teruel y provincia (registrándose el anterior año 133). Procedentes de ciudadanos residentes en otras Comunidades Autónomas se han recibido 70 quejas, y una proveniente de un ciudadano residente en otro país.

Del total de las quejas tramitadas, 761 hacen referencia a actuaciones que se corresponden con el ámbito del Gobierno de Aragón, a las empresas que gestionan servicios públicos y a los grupos parlamentarios; 65 han sido los expedientes incoados en virtud de quejas presentadas en relación a servicios y actuaciones de la Administración del Estado y 537 atañen a las competencias de la Administración Local (el año anterior fueron 594). En 27 casos las actuaciones en las que se centraban el motivo de las quejas habían sido llevadas a cabo por las tres Diputaciones Provinciales y en 22 ocasiones nos hemos dirigido a las Comarcas.

En cuanto a la forma de presentación de las quejas y, contrariamente a lo ocurrido en los dos años anteriores, ha descendido ligeramente el número de quejas remitidas a esta Institución por vía telemática, bien a través de la página web, bien a través del correo electrónico (634 quejas frente a las 688 recibidas el pasado año). Por el contrario, se han atendido 1.027 comparecencias de ciudadanos en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel, y en las sedes de las comarcas de la Jacetania, Campo de Daroca y Cuencas Mineras (en 2009 se recibió a 881 ciudadanos), aumentando así considerablemente la personación de la ciudadanía en la Institución, y constatándose que este es el medio mayoritariamente elegido para exponer las quejas, probablemente no sólo por ser el más directo sino porque en bastantes casos, tras exponer las causas de sus pretensiones, quie-

nes acuden personalmente a la Institución obtienen una información o respuesta inmediata, cuando se les puede ofrecer.

El impulso e iniciativa de la actividad de la Institución se ha traducido en los 185 expedientes de oficio tramitados durante 2010, doblando la cifra del año anterior que fue de 92.

En relación a las materias objeto de estudio, el mayor número de expedientes incoados en el año 2010 se corresponde al área de Educación (213, con 201 el año anterior), seguida de Función Pública (173 expedientes, cuando el año pasado se tramitaron 158) y de Sanidad (169, habiéndose incoado 158 en 2009); en 2009 fue el área de Interior la que mayor número de expedientes registró, seguida de Educación y Asistencia Social.

En cuanto al número de resoluciones dictadas, en 2010 se han emitido un total de 300 Resoluciones dirigidas a la Administración, (incrementándose en un 3,9 por cien las dictadas en el pasado año, 289), de las cuales, 266 han sido Sugerencias y Recomendaciones y 34 Recordatorios de Deberes Legales. Por lo que se refiere a las Sugerencias y Recomendaciones, fueron aceptadas 161, lo que supone el 61 por cien del total, se rechazaron 40, esto es, el 15 por cien del total, y no recibieron respuesta alguna de la Administración a la que iban dirigidas 31, es decir, el 12 por cien del total; 34 sugerencias se encontraban pendientes de respuesta a la fecha de cerrar el Informe, es decir, el 13 por cien.

Respecto a la resolución de expedientes, durante el año de 2010 se han solucionado 730 casos con el mero ofrecimiento por parte de la Institución de la información que demandaban y con la facilitación de la información interesada a la Administración competente; en 243 ocasiones se ha solucionado el problema expuesto por el ciudadano tras la intervención o mediación del Justicia, y en 53 se ha tenido conocimiento por el propio ciudadano de que el problema había sido resuelto. Si a estas cifras se le añaden las 300 Resoluciones dictadas y los 65 supuestos en los que se ha conferido el oportuno traslado del problema a la Administración responsable, acercando la pretensión ciudadana al órgano competente para atenderla y resolverla, debemos concluir que durante el año de 2010 esta Institución ha contribuido a resolver los problemas de los ciudadanos en 1.391 expedientes.

Siguiendo el mandato contenido en el Estatuto de Autonomía y en la Ley Reguladora del Justicia de Aragón, relativo a la función de tutela, defensa y difusión del ordenamiento jurídico aragonés y de la propia Institución, el Justicia de Aragón ha pronunciado a lo largo del año 15 conferencias fuera de la sede, habiendo recibido la visita en las dependencias de la Institución de 46 grupos y de 1.620 personas en total. Además, se han emitido 31 espacios radiofónicos en distintas emisoras con la participación directa del titular de la Institución.

Asimismo ha continuado a lo largo del año 2010 la labor editorial de la Institución, con la publicación y presentación de siete libros, entre ellos, *«Los Fueros de Aragón. La Compilación de Huesca»,* de don Antonio Pérez Martín.

Especial mención merece la elaboración a lo largo de 2010 de dos informes: uno, el relativo a la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; el otro, el concerniente a la Ley de Derecho Civil Patrimonial.

También debemos referirnos a la celebración de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que se desarrollaron, como en años anteriores durante las tardes de todos los martes de noviembre, convocándose la última de ellas en Huesca.

El 4 de noviembre de 2010 el Justicia de Aragón inauguró las Jornadas promovidas por la Institución sobre la Casación Foral Aragonesa en el Colegio Notarial de Aragón.

Los días 2 y 3 de diciembre de 2010, el titular de Ia Institución inauguró e intervino en las Octavas Jornadas Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y del Justicia de Aragón, bajo el título *«Conflictos sociales, crisis económica y Constitución»*.

Además, en el marco de promoción del estudio de la Corona de Aragón, y en colaboración con la Universidad de Messina (Sicilia), en fecha 26 de julio de 2010 el Justicia impartió en la sede de dicha Universidad la conferencia *«Entre el pasado y el presente: el papel del Justicia de Aragón»,* en el Seminario Internacional sobre Historia Comparada de las Instituciones Políticas y Jurídicas de la Europa Mediterránea.

La Institución participó en el mes de septiembre de 2010 en las XXV Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en La Rioja; el 6 de octubre del mismo año recibió en la Institución, organizando una jornada de trabajo, al Defensor del Pueblo de Macedonia. Durante los días 7 al 9 de noviembre de 2010, asistió al VII Seminario Regional de la Red Europea de Defensores del Pueblo en Innsbruck (Austria), y el 12 de noviembre del mismo año impartió una conferencia en Perm (Rusia) sobre *«El papel de los Defensores del Pueblo españoles en el control del cumplimiento de la Convención de Derechos Humanos»*, en el marco de una Conferencia Internacional organizada por la Unión Europea y la Defensora del Pueblo de la Región de Perm, Rusia.

Durante el año de 2010, el Justicia de Aragón ha comparecido en varias ocasiones ante las Cortes de Aragón; el día 30 de junio, ante el Pleno, presentó el Informe Anual correspondiente al año 2009. El 26 de octubre volvió a comparecer ante la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos para presentar el Informe Especial sobre *«Incendios forestales en Aragón»* y el Informe preceptivo sobre *«La situación de los menores en Aragón»* correspondiente al año 2010.

2. Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés

El día 23 de septiembre de 2010 se firmó por la Institución de El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zara-

goza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Aragón, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», con el siguiente programa de ponencias:

— Día 9 de noviembre de 2010 en Zaragoza: *Enajenación de bienes de las entidades locales,* por don José María Gimeno Feliu, don Miguel Temprado Aguado y don Jesús Colás Tena.

— Día 16 de noviembre de 2010 en Zaragoza: *El derecho de abolorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial,* por doña Aurora López Azcona, don Manuel Domínguez Pérez y don Javier Mazana Puyol.

— Día 23 de noviembre de 2010 en Zaragoza: *La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar,* por don Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, don Javier Forcada Miranda y doña María José Balda Medarde.

— Día 30 de noviembre de 2010 en Huesca: *Cooperativas de viviendas,* por don Ángel Luis Monge Gil, doña Mercedes Zubiri de Salinas y don Luis de Codes Díaz-Quetcuti.

Las Actas con el contenido de dichas Ponencias se encuentran ya editadas.

3. Becas para el Estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés

En 2010 se ha dotado una nueva beca para la realización de estudios de Derecho Aragonés, de un año de duración. Concluido el proceso de selección (previa convocatoria pública anunciada en el Boletín Oficial de Aragón), se ha adjudicado la misma a don Carlos Bosque Argachal.

El becario ha comenzado su actividad centrando su estudio en el ámbito del Derecho y Medio Ambiente y su reflejo en la jurisprudencia aragonesa.

4. Publicaciones sobre Derecho Aragonés del año 2010

- Actas de los Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en el que se recogen las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2009, sobre los temas siguientes: «Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte», «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», «Transmisión de la vivienda protegida» y «Cuestiones prácticas para juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón».
- *Los Fueros de Aragón: la Compilación de Huesca. Edición crítica del texto oficial latino,* cuyo autor es Antonio Pérez Martín.

- Núm. 42 de la colección del Justicia, *La intervención de la Iglesia en la sucesión* ab intestato. *Zaragoza S. XVI-XVIII,* cuya autora es Natividad Rapún Gimeno.
- Núm. 43 de la colección del Justicia, *Estudios de Derecho Comparado*, cuyo autor es Gabriel García Cantero.
- Núm. 44 de la colección del Justicia, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad,* coordinado por Sofía de Salas Murillo.
- Núm. 45 de la colección del Justicia, *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad,* cuya autora es María del Carmen Biesa Hernández.
- Núm. 46 de la colección del Justicia, *Capitulaciones matrimoniales de Barbastro y su Somontano (1459-1775),* cuyo autor es Manuel Gómez de Valenzuela.

Informe especial del Justicia de Aragón sobre los incendios forestales en Aragón.

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. Cursos en la Universidad de la Experiencia

Desde el curso 2001-2002, en el se inauguró por primera vez en Zaragoza la llamada Universidad de la Experiencia, se contó con un curso de Derecho civil aragonés.

En la actualidad y por décimo año consecutivo, el Derecho civil aragonés sigue estando en la nómina de lo cursos que allí se imparten y cada año con más alumnos y éxito.

En este curso 2010-2011, por poner un ejemplo, el ciclo de conferencias*, El Derecho civil aragonés en el siglo XXI*, coordinado por la prof. Bayod, y en el que intervienen los profesores José Antonio Serrano García, Carmen Bayod, Alfredo Sánchez-Rubio García, Mª Teresa Alonso Pérez, Elena Bellod Fernández de Palencia, Miguel Lacruz Mantecón, María Martínez Martínez, José Luis Argudo Périz, Aurora López Azcona, Marta Salanova Villanueva y, en la Sesión de clausura, el Excmo. Sr. don Fernando García Vicente, Justicia de Aragón, institución que, además, colabora en la financiación del mismo, ha contado todavía con un mayor incremento de alumnos con respecto a las ediciones anteriores, que eran las que con más alumnos contaban entre los curso ofertados por el UE.

Se imparte también el *Diploma II sobre Derecho civil aragonés*, que cuenta con una amplia matrícula y está a cargo de las profesoras Bayod y Bellod.

2. XXII edición del curso de Derecho aragonés de la *«Cátedra Lacruz Berdejo»*

El curso de Derecho aragonés, que se organiza e imparte por la Escuela de Práctica Jurídica, nació en virtud del Convenio firmado por aquélla con la Diputación General de Aragón en 27 de junio de 1990.

Mediante dicho Convenio se dio cumplimiento al Decreto 65/1990, de 8 de mayo, que creó la Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, para impulsar la enseñanza y la investigación en las áreas del Derecho público y privado de Aragón.

Desde 1990, han tenido lugar sucesivas ediciones del Curso de Derecho Aragonés, de manera que en este curso 2010-2011 llegaremos a su XXI edición.

En su desarrollo, además del Director (Antonio Embid Irujo) y los Responsables de las Áreas (Jesús Delgado Echeverría, Manuel Contreras Casado e Ismael Jiménez Compairez) correspondientes, han intervenido profesores de reconocida competencia de la Universidad de Zaragoza y de otras Universidades.

Cada año, el curso cuenta con una treintena de alumnos, sin que, a pesar de las sucesivas ediciones haya bajado el número de alumnos.

3. Curso de Derecho aragonés patrocinado por la Confederación Hidrográfica del Ebro

La Confederación hidrográfica del Ebro, el pasado curso 2010-2011 incluyó, por cuarto año consecutivo, entre los cursos de formación que habitualmente se imparten para sus funcionarios uno dedicado al Derecho civil aragonés. Las coordinadoras del curso fueron las profesoras Carmen Bayod López y Aurora López Azcona y las sesiones estuvieron a cargo de especialistas en Derecho civil aragonés, encabezando el equipo el maestro Delgado Echeverría. Junto a él intervinieron, los profesores Parra Lucán, Serrano García, Bayod López, Sánchez Rubio, Bellod Fernández de Palencia, Martínez Martínez, Argudo Périz y López Azcona.

4. Seminario Sobre Derecho civil patrimonial aragonés

Los días 26 y 27 de mayo de 2011 se celebró en la sede de la Institución «Fernando el Católico» de la DPZ un *Seminario de Derecho civil patrimonial aragonés*, dirigido por el Dr. Jesús Delgado Echeverría, Director de la Cátedra «Miguel del Molino» de dicha Institución y coordinado por la Dra. Carmen Bayod López.

El Seminario tuvo por objeto la exposición del vigente Derecho patrimonial de Aragón, señalando las novedades de la reforma, tanto desde el punto

de vista de la teoría como de la práctica al contar con la intervención de profesionales prácticos del Derecho que explicaron el funcionamiento cotidiano de las servidumbres, las relaciones de vecindad y el derecho de abolorio. Se atendió, también, a cuestiones de Derecho comparado con otros Derechos civiles patrimoniales españoles. La última parte del Seminario abordó el tránsito que ha seguido en este decenio el Derecho civil aragonés para este siglo XXI: de las leyes civiles aragonesas (ahora derogadas) al Código del Derecho foral de Aragón vigente.

En el Seminario intervinieron los profesores, DELGADO ECHEVERRÍA (*El Derecho civil aragonés actual: El Código del Derecho civil foral de Aragón*); Serrano García (*Objetivos y fines de la regulación aragonesa sobre Derecho civil patrimonial: las novedades de la reforma*); MARTÍNEZ MARTÍNEZ (*Título Primero. Relaciones de Vecindad. Capítulo I, Disposiciones Generales, y Capítulos II a IV*); ARBUÉS AISA (*Título Primero. Relaciones de Vecindad. Capítulo V. Luces y vistas*); BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA (*Título II. De las servidumbres. Capítulo I. Disposiciones Generales. Secciones 1ª y 2ª: Concepto. Clases, caracteres y contenido de las servidumbres*); ALONSO PÉREZ (*Título II. De las servidumbres. Capítulo I. Disposiciones Generales. Secciones 3ª a 5ª: Constitución, usucapión, extinción y modificación de las servidumbres*); LACRUZ MANTECÓN (*Título II. De las servidumbres. Capítulos II a IV: servidumbres de luces y vistas; servidumbres forzosas de paso y de acceso a red general*); ARGUDO PÉRIZ (*Título II. De las servidumbres. Capítulo V. Derecho de pastos y ademprios*); LÓPEZ AZCONA (*Título Tercero. Derecho de abolorio o de la Saca*); BAYOD LÓPEZ (*Título IV. De los contratos sobre ganadería. Disposiciones transitorias, Disposición derogatoria y Disposiciones finales*).

Se celebraron también dos mesas redondas, la primera, moderada por el Dr. Serrano, *El Derecho civil patrimonial en la práctica profesional y en el Registro de la propiedad: Valoración de la reforma,* que contó con la participación de diversos profesionales (don Ignacio Medrano; doña Teresa Cruz Gisper, don Manuel Domínguez Pérez, don Alfredo Sánchez-Rubio) y la otra, moderada por la profesora Bayod, *Reflexiones finales: Una visión de Derecho comparado español,* en la que intervinieron profesores de otras Universidades españolas (don Joaquín Rams, don Josep Ferrer Riba, doña Belén Trigo).

El Seminario fue un éxito de público (casi cien personas, y de ellas el 90 por cien eran profesionales del foro y académicos; el 10 por cien restante estudiantes de Derecho).

En breve verá la luz un libro editado por la IFC que recogerá las ponencias del mismo y algunas intervenciones de las mesas redondas.

5. Otros Cursos y actividades sobre Derecho civil aragonés

a) La Nueva Ley Aragonesa de Derecho Civil Patrimonial: Una aproximación útil

Seminario organizado por la Sede de Calatayud de la UNED el 28 de abril de 2011, al objeto de analizar la Ley 8/2010, de Derecho Civil Patrimonial.

Su impartición corrió a cargo de Fernando Agustín Bonaga, Notario y Profesor tutor de la UNED de Calatayud y de Aurora López Azcona, Profesora de Derecho Civil de la UZ. Acto seguido, se celebró una mesa redonda-coloquio moderada por Javier Mazana Puyol, Notario y Director de la Academia de Preparadores de Opositores del Colegio Notarial de Aragón, con una importante participación del público asistente.

b) *Simposium* de Derecho Agroalimentario

Simposio celebrado en la Universidad de Lleida el 6 de mayo de 2011, al objeto de analizar el nuevo marco legal de la producción animal.

En la sesión de tarde intervino la Prof.ª Aurora López Azcona (UZ) con la ponencia «los contratos de ganadería», en la que se ofreció una visión comparada de la normativa y práctica aragonesa y catalana existente sobre esta modalidad contractual, tan importante para la economía de ambas Comunidades Autónomas.

C) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

I. Las iniciales previsiones de la Comisión

El párrafo final de las últimas *Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil* publicadas en la *RDCA*-XV-2009 dice así: «El 20 de enero de 2010, Presidente y Secretario de la Comisión hacen entrega del Anteproyecto [de Ley de Derecho civil patrimonial] al Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón, don Javier Velasco Rodríguez. En el Consejo de Gobierno del día 26 de enero se aprueba, sin ninguna modificación sobre el texto preparado por la Comisión, el *Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial* que se envía seguidamente a las Cortes de Aragón para su tramitación parlamentaria. Si las estimaciones son acertadas, podría haber tiempo para que el Proyecto de Ley fuera aprobado y la Ley entrara en vigor el día 23 de abril de 2010. También parece haber tiempo para que antes de finalizar la actual Legislatura el Gobierno de Aragón apruebe el Decreto Legislativo relativo al *Código del Derecho civil de Aragón*, que bien podría entrar en vigor el 23 de abril de 2011».

La segunda de estas previsiones se ha cumplido. El 23 de abril de 2011, ha entrado en vigor el *Código del Derecho Foral de Aragón*. El *Boletín Oficial de Aragón*, núm. 63, de 29 de marzo de 2011, publica el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que se inserta a continuación. En la disposición final única se prevé la entrada en vigor

de ambos el día 23 de abril de 2011, no en vano un 23 de abril entraron en vigor también tres de las Leyes objeto de refundición.

En cambio, la primera de las previsiones no pudo cumplirse en el plazo inicialmente previsto, pero sí ocho meses después. En la disposición final segunda del Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial se indicaba que la Ley entraría en vigor el 23 de abril de 2010, pero la Comisión Aragonesa de Derecho civil, prudentemente, había dejado dicha fecha entre corchetes porque no había seguridad de que pudiera ser así. Era difícil, aunque no imposible, conseguir ese inicial objetivo, pero la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial se retrasó mucho más de lo previsto y no concluyó hasta el 2 de diciembre de 2010, fecha de su aprobación y promulgación como Ley, Ley que no se publicará en el «BOA» hasta el 22 de diciembre de 2010 y que, finalmente, entrará en vigor el día 1 de enero de 2011.

Llama la atención el contraste entre la lentitud en la aprobación de la Ley de Derecho civil patrimonial y la rapidez en la aprobación del Código del Derecho Foral de Aragón.

II. Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial, Propuestas del Justicia y Observaciones del Colegio Notarial

Por acuerdo de la Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 18 de febrero de 2010, se ordena la remisión a la Comisión Institucional y la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* (BOCA) del *Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial*, el cual se tramitará por el procedimiento legislativo común.

El *BOCA* núm. 203, de 22 de febrero de 2010, publica el Proyecto de Ley y abre un plazo de 15 días, que finaliza el 15 de marzo de 2010, para presentar enmiendas al mismo. Plazo que, a solicitud del G. P. Chunta Aragonesista (CHA), se prorroga durante otros 15 días, por lo que el plazo de presentación de enmiendas finaliza el día 5 de abril de 2010 (v*id. BOCA* núm. 206, de 10 de marzo de 2010).

Antes de la presentación de las enmiendas, *el Justicia de Aragón* hizo llegar a los Grupos Parlamentarios unas *Propuestas* sobre el Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial (las publica la *RDCA*-XVI-2010, págs. 293-295) que, resumidamente, eran las siguientes:

1. Supresión del art. 3 sobre el *uso inocuo de la posesión ajena* o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones.
2. Mantener expresamente, junto al conocimiento de la enajenación por el retrayente, la fecha de inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad, como momento de inicio del plazo de ejercicio del derecho de abolorio como retracto.
3. Reintroducir la facultad de los Tribunales de moderación equitativa del ejercicio del derecho de abolorio contenida en el art. 149.2 Comp.

De manera similar, *el Colegio Notarial de Aragón* trasladó a los responsables políticos unas *Observaciones* al Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial (las publica la *RDCA*, XVI, 2010, págs. 289-292) que, en resumen, proponen:

1. Suprimir el art. 3 sobre el *uso inocuo de la posesión ajena*, porque es preferible que el *ius usus inocui* siga siendo una figura consuetudinaria.
2. Sobre el derecho de abolorio:
   A. Limitar los bienes de abolorio a los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios *destinados a vivienda que se transmitan enteros.*
   B. Exigir un tiempo de permanencia en la familia y que el bien haya pasado por más de una generación para que pueda tener la condición de bien de abolorio.
   C. Contar el plazo de ejercicio del derecho de abolorio como retracto a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales.
   D. Mantener la facultad moderadora de los Tribunales.

III. Enmiendas, «Nota verbal» de la CADC e Informe de la Ponencia

Estas propuestas y observaciones influyen decisivamente en las enmiendas presentadas por algunos Grupos Parlamentarios, especialmente en las del G.P. Popular. Se presentan 67 *enmiendas*: 57 del G.P CHA, 7 del G.P. Popular y 3 de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto); Los GG. PP. que apoyan al Gobierno (el Socialista y el del Partido Aragonés) no presentan ninguna enmienda (*BOCA* núm. 214, de 13 de abril de 2010).

La CADC, a petición de la Ponencia designada en la Comisión Institucional, hizo saber a los ponentes, mediante una *«nota verbal»,* su valoración de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley. Un buen número de enmiendas no se apartan del sistema y opciones principales del Proyecto, sino que tienden a mejorar aspectos concretos o a redactar las normas con mayor claridad y precisión, aunque, en opinión de la CADC, no siempre lo consiguen. Hay, por tanto, muchas enmiendas que, de ser asumidas por la Ponencia, no producirían problemas apreciables de coherencia sistemática ni de otra índole. Unas pocas enmiendas tienen simultáneamente la cualidad de entrañar opciones de política legislativa distintas a las recogidas en el Proyecto y la de, en caso de ser aprobadas, no producir consecuencias apreciables en el resto del Proyecto. Respecto de alguna de ellas las opiniones manifestadas en su momento por los miembros de la Comisión no fueron unánimes. El resto de las enmiendas entrañan opciones de política legislativa distintas, más o menos apartadas o contrapuestas a las del Proyecto, y, en ocasiones, su aprobación necesitaría un estudio cuidadoso de las consecuencias.

Algunas de las principales modificaciones introducidas en el *Informe de la Ponencia (*se publica en el *BOCA* núm. 259, de 19 de noviembre de 2010, y en el

BOCA núm. 260, de 25 de noviembre de 2010, se corrigen algunos errores observados en su publicación), y que se mantendrán ya sin variación hasta el Pleno de las Cortes, son las siguientes:

1. Inclusión en el titulillo y en el texto del art. 2, junto al término «inmuebles», de la expresión *sitios*.
2. Supresión del art. 3 del Proyecto, *del uso inocuo de la posesión ajena*.
3. Traslado de la regulación de los *voladizos* desde el capítulo de las servidumbres de luces y vistas al de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas; además se otorga acción para exigir la supresión de los voladizos que contravengan las previsiones legales y se reitera la imprescriptibilidad de dicha acción.
4. Concentración de la regulación del *derecho a edificar o construir* en un solo artículo, suprimiendo el apartado último del artículo sobre «régimen normal de luces y vistas».
5. Supresión del titulillo *servidumbres personales* y sustitución por el de *derechos reales de aprovechamiento parcial*.
6. Reunión en un mismo artículo, titulado *modificación de la servidumbre*, del *ius variandi* y la modificación en la forma de ejercicio de la servidumbre por usucapión o prescripción, suprimiéndose el artículo sobre *prescripción de la forma de ejercicio*.
7. Extensión del derecho de abolorio a los *descendientes del enajenante mayores de catorce años que sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia*.
8. Regulación más clara y con mayor detalle de los *plazos de ejercicio del derecho de abolorio* y adición de la referencia a que el conocimiento de la enajenación y sus condiciones *puede tener lugar a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad*.
9. Mayor claridad en la regulación de los *requisitos de ejercicio del derecho de abolorio*, con expresión de la posibilidad de garantizar el precio mediante aval bancario o cheque conformado.
10. Cambio del nombre del futuro Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que de *Código del Derecho civil de Aragón* pasa a *Código del Derecho foral de Aragón*.
11. Adición de un apartado 3 a la disposición adicional 1ª que permite elaborar el Texto Refundido utilizando «*la técnica de codificación y la sistemática más adecuadas para favorecer el mantenimiento actualizado del Código del Derecho Foral de Aragón en caso de incorporación de nuevos contenidos*».
12. En la *refundición* se incluye también, mediante corrección técnica aprobada por unanimidad, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

Los cambios introducidos por la Ponencia conllevan, por la supresión del art. 3 y la refundición de dos artículos en uno, una *reducción del número de artículos:* de los 65 del Proyecto se pasa a los 63 de la Ley.

IV. Dictamen de la Comisión y aprobación por el Pleno de las Cortes

El *Dictamen de la Comisión Institucional* coincide literalmente con el texto del Informe de la Ponencia (se publica en el *BOCA* núm. 262, de 9 de diciembre de 2010). *El Pleno de las Cortes*, en sesión celebrada los días 2 y 3 de diciembre de 2010, *debate y vota el Dictamen de la Comisión institucional (DISCA* núm. 79, fasc. 1º, de 2 y 3 de diciembre de 2010) y el texto aprobado se convierte en la *Ley de Derecho civil Patrimonial* que publica el *BOCA* núm. 262, de 9 de diciembre de 2010. Observado un error en la publicación del texto aprobado por el Pleno de las Cortes, se corrige en el *BOCA* núm. 263, de 15 de diciembre de 2010.

De las 67 enmiendas presentadas, solamente 19 han quedado vivas para el Pleno. En el debate plenario se dice que esta ha sido una ley en la que ha primado el consenso y la actitud conciliadora de los parlamentarios y, de hecho, aunque se rechazan las enmiendas que quedaban vivas, toda la Ley (artículos, disposiciones, títulos, exposición de motivos, etc.) resulta aprobada sin ningún voto en contra y casi toda ella por unanimidad de los presentes. Los ponentes agradecen a la CADC la preparación del Anteproyecto de Ley y, por otra parte, se sienten orgullosos del consenso alcanzado y de haber contribuido al texto definitivo de esta Ley.

Los ponentes son conscientes de que se cierra una etapa importante, iniciada con la Ley de sucesiones, de desarrollo del Derecho contenido en la Compilación aragonesa, pero que con ello no se ha agotado la competencia en materia de Derecho civil aragonés, por lo que en la siguiente Legislatura va a iniciarse una nueva etapa en el desarrollo de nuestro Derecho privado.

V. Fin de la reformulación legislativa del Derecho compilado y autorización para la refundición de las Leyes civiles aragonesas

La Ley de Derecho civil patrimonial es importante también por contener en su disposición final segunda la autorización al Gobierno de Aragón para refundir las Leyes civiles aragonesas vigentes. Así que, como dice el punto I de su Preámbulo, «*con esta Ley se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina la entonces anunciada reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación. El Derecho civil aragonés, en este trayecto, ha revitalizado sus viejas raíces, se ha adaptado a las nuevas necesidades y deseos de los aragoneses y las aragonesas del siglo XXI y ha adquirido mayor presencia en nuestra sociedad.*

Su crecimiento ha sido más en intensidad que en extensión: en esta fase ha parecido oportuno mantener la regulación legal, básicamente, en el ámbito de las instituciones que ya tenían asiento en la Compilación, sin pretender agotar la competencia legislativa asu-

mida por el artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Ahora bien, el número de preceptos se ha multiplicado con la finalidad de aclarar y completar las normas anteriores, proporcionar pautas de interpretación, aumentar de este modo la seguridad jurídica y robustecer la eficacia social de las normas en cuanto conformadoras de las relaciones privadas.

La presente Ley, última aprobada en este proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés, delega en el Gobierno la aprobación del Código del Derecho Foral de Aragón, refundiendo mediante decreto legislativo todas las leyes civiles aragonesas vigentes, incluida esta.

De este modo, tendrán acogida en el nuevo Código la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999, la relativa a parejas estables no casadas del mismo año, la de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003, la de Derecho de la persona de 2006, la de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres de 2010 y la presente Ley de Derecho civil patrimonial, más el Título preliminar de la Compilación, revisado en 1999, clave de bóveda del sistema, puesto que fija las fuentes del Derecho civil de Aragón».

VI. Ejecución de la refundición de las Leyes civiles aragonesas

El cumplimiento de esta delegación legislativa para refundir los textos legales citados exige, por un lado, hacer el Texto Refundido ordenado, es decir, elaborar el «Código del Derecho Foral de Aragón» y, por otro, preparar un Decreto Legislativo que lo incluya como Anexo, lo apruebe como norma con rango de Ley y le dé el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», todo ello en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2010, la cual tuvo lugar el 1 de enero de 2011.

Por Acuerdo del Gobierno de Aragón de fecha 25 de enero de 2011, a propuesta de la nueva Consejera de Presidencia y Relaciones Institucionales (Eva Almunia, PSOE), se encomienda a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la elaboración de un Decreto Legislativo con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, en cumplimiento de lo señalado en la Disposición Final Primera de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial.

En tiempo récord la Comisión cumple el encargo recibido, comienza su trabajo el 19 de enero de 2011, antes de recibir el encargo formal, y lo termina el 23 de febrero de 2011, son un total de cinco sesiones de trabajo las que dedica a debatir la refundición y el Anteproyecto de Decreto Legislativo; terminado el Anteproyecto lo entrega al Gobierno que lo convierte en Proyecto. La rapidez con que se aborda toda esta fase final está justificada por la cercanía de las elecciones autonómicas y por el hecho de que, según el art. 43.3 EAA, «no puede hacerse uso de la delegación cuando el Gobierno se encuentra en funciones por disolución de las Cortes». Había, por tanto, muy poco tiempo disponible, pero fue suficiente. La Comisión trabajó sobre borradores que yo mismo preparé por encargo anticipado del Gobierno de Aragón, lo que facilitó mucho las cosas.

Elaborado el Proyecto, emiten informe favorable sobre él la Secretaría General Técnica del Departamento de Presidencia y la Dirección General de los Servicios Jurídicos, ambos informes llevan fecha de 25 de febrero de 2011. Mediante oficio de 28 de febrero de 2011, la Consejera de Presidencia remite el Proyecto al Consejo Consultivo del Gobierno de Aragón y solicita la emisión por el Pleno de este Consejo Consultivo de su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.2 de su Ley reguladora 1/2009, de 30 de marzo.

El Dictamen núm. 33/2011 del Pleno del Consejo Consultivo, emitido en su sesión celebrada el día 15 de marzo de 2011, es del siguiente tenor literal: «Que procede informar favorablemente el proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido del Código del Derecho Foral de Aragón, excepto en la introducción del nuevo artículo 109 del mismo, cuya legalidad hemos objetado en el Fundamento de Derecho VIII de este dictamen». En ese fundamento se viene a decir, en resumen, que esta norma traspasa los límites de la delegación al crear una norma de competencia nueva que antes no existía en el Derecho aragonés.

La CADC hizo saber al Gobierno de Aragón mediante «nota verbal» que, en su opinión, el art. 109 del Texto refundido no introduce ninguna norma nueva, sino que se limita a aclarar el sentido de la ya vigente, por lo que entiende que no está justificada la objeción a su legalidad[1].

---

[1] El texto completo de la «nota verbal» de la CADC es el siguiente:

«El Consejo Consultivo, para su objeción de legalidad al art. 109, da por buena una interpretación del art. 95 LDP cuestionable y, en nuestra opinión, errónea. Entiende que el art. 95 LDP "permitía esta posibilidad de un mandato que sobreviva a la incapacidad o incapacitación del mandante exclusivamente *como parte de la escritura pública en la que una persona hubiera llevado a cabo la delación voluntaria de la tutela*. Pero tal limitación o condicionamiento no resulta del texto del art. 95. Su sintaxis es quizás algo enrevesada (y por ello útil y correcto aclararla en el texto refundido), pero si se analiza resulta lo siguiente:

"Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona….. podrá, en escritura pública:

a) designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares /

/ y sus sustitutos,

b) excluir a determinadas personas /

/ o dispensar causas de inhabilidad,

c) así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, /

/ incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación."

Como puede verse, el contenido señalado con c) es totalmente independiente del señalado con a), es decir, el otorgamiento de mandato que no se extinga por incapacidad o incapacitación de su otorgante no está condicionado ni limitado a los casos en que el sujeto designe a las personas que han de ejercer las funciones tutelares.

Contra esta clara expresión del texto legal no procede en ningún caso una interpretación restrictiva de la libertad de las personas, máxime en un ordenamiento basado en la libertad civil de acuerdo con el principio *standum est chartae* (según el cual «se estará a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés»), principio expresamente invocado en el art. 95 LDP para subrayar que los poderes o facultades conferidos a los particulares en este artículo han de interpretarse en la forma más amplia amparada por aquel principio.

El Gobierno de Aragón, en su reunión del 22 de marzo de 2011, al no estar vinculado por el Dictamen del Consejo Consultivo, aprobó el art. 109, al igual que el resto del Proyecto, en la forma propuesta por la CADC, con la fórmula «oído el Consejo Consultivo».

VII. Apertura de una nueva etapa en el desarrollo del Derecho civil aragonés

Las 6 Leyes civiles vigentes a comienzo de 2011, junto al Título Preliminar de la Compilación, única parte que le quedaba vigente, han quedado refundidas en el nuevo Código del Derecho Foral de Aragón por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y ambos han entrado en vigor el 23 de abril de 2011.

Así que, hasta este momento, las competencias legislativas autonómicas se han ejercitado para reformular el Derecho civil compilado y refundir todas las Leyes civiles aprobadas al hacerlo, con el añadido de dos más, en un nuevo cuerpo legal llamado Código del Derecho Foral de Aragón.

Ha sido una larga etapa, que ahora se cierra brillantemente con la aprobación del Código, en la que, sin embargo, es evidente que no se han agotado las competencias legislativas autonómicas. Ninguna de las Leyes aprobadas regula por completo las materias que, dejando a salvo las de competencia exclusiva del Estado, corresponden a Aragón en los campos de los Derechos de la persona, de la familia, de las sucesiones por causa de muerte y tampoco, como es obvio, en el campo del Derecho civil patrimonial.

Por tanto, no se han agotado las competencias legislativas y, como bien han advertido los parlamentarios, ahora comienza una nueva etapa en la que la sociedad aragonesa tiene la palabra. Es bueno que el Código recién estrenado dure, cuanto más mejor, pero es claro que la sociedad aragonesa, si quiere, puede seguir desarrollando su Derecho civil (los contratos de integración ganadera, son solo un buen ejemplo).

Hasta el momento en que esto escribo (noviembre de 2011), la Comisión no ha vuelto a reunirse.

José Antonio Serrano García

Yendo más al fondo del asunto, el otorgamiento de mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación posterior de su otorgante tiene sentido en la práctica, sobre todo, como instrumento alternativo a la tutela, no como su complemento (el art. 100.2 LDP es buen testimonio de ello). Así es también en el Código civil y en otros ordenamientos civiles españoles.

En conclusión, no hay ninguna razón para que el mandato tenga mayores limitaciones en el Derecho aragonés que en los de nuestro entorno, la letra del art. 95 LDP es clara y el principio *standum est chartae*, el más importante y decisivo en nuestro Derecho, nos lleva siempre a la interpretación más favorable a la libertad civil.

El art. 109 del Texto Refundido, por tanto, no introduce ninguna norma nueva, sino que se limita a aclarar el sentido de la ya vigente, por lo que entendemos que no está justificada la objeción a su legalidad.»

D) NOTICIAS SOBRE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN (AÑO 2011)

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, en colaboración con el Grupo de Investigación «Eficiencia de las medidas de actuación para la simplificación, aceleración y sustitución del proceso para reducir la litigiosidad» (SimAceSu) de la Universidad de Zaragoza, Campus Iberus de Excelencia Internacional del Valle del Ebro; El Justicia de Aragón; el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza; la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación y el Consejo Aragonés de Cámaras de Comercio, organizó la «Jornada de Mediación y Arbitraje. Situación actual y perspectiva de reforma», que tuvo lugar el día 11 de abril de 2011 en la Sala Pilar Sinués del edificio Paraninfo de la Universidad de Zaragoza. El inicio estuvo a cargo de don Julio Fuentes Gómez, Subdirector General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia, quien pronunció la conferencia inaugural «Aproximación a las reformas proyectadas en materia de mediación y de arbitraje». El desarrollo de la Jornada se hizo a través de dos mesas redondas; en la primera titulada «La nueva cultura de la mediación». En ella intervinieron: la profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Zaragoza y Árbitro de la Junta de Arbitraje de Consumo del Ayuntamiento de Zaragoza, doctora Rosa Gutiérrez Sanz para tratar de «Mediación y arbitraje: una forma de entender la resolución de los conflictos jurídicos»; la investigadora de Derecho Procesal de la Universidad de Trento (Italia), doctora Silvana dalla Bontà que trató de «La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE: la mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles según el decreto legislativo núm. 28/2010»; y la profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Murcia, doctora Gemma García-Rostán Calvín que habló de «La mediación *on line*». La segunda mesa estuvo compuesta por don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, abogado de Zaragoza, Madrid y París, ex miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y miembro de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, quien trató de «El arbitraje internacional»; don Javier Sancho-Arroyo y López-Rioboo, abogado de los colegios de abogados de Zaragoza, Madrid, Teruel y Soria, vicepresidente de la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación y ex secretario general de la Unión Internacional de Abogados, que habló sobre «Reflexiones sobre el procedimiento de arbitraje»; y el profesor doctor Faustino Cordón Moreno, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares y abogado de los colegios de abogados de Madrid y Pamplona, que trató de los «Problemas frecuentes sobre la anulación y la ejecución del laudo arbitral».

El día 22 de junio, en la sede del Justicia de Aragón se presentó el libro dirigido por el presidente de la Academia don Ángel Bonet Navarro, titulado «*La casación foral aragonesa*», en el que han intervenido los siguientes autores: don Ángel Bonet Navarro, don Francisco Javier Fernández Urzainqui, don Juan Francisco Herrero Perezagua, don Julio Javier Muerza Esparza, doña María Ángeles Parra Lucán, doña María del Carmen Samanes Ara y don Fernando

Zubiri de Salinas; la obra recoge las ponencias expuestas en las Jornadas organizadas por la Academia y El Justicia de Aragón, con la colaboración del Colegio Notarial de Aragón en el mes de noviembre de 2010.

En sesión pública solemne celebrada el día 27 de junio, en el salón de actos del Colegio Notarial de Aragón, el académico doctor don José Bermejo Vera pronunció el discurso sobre «*Derecho sostenible*»; seguidamente se hizo entrega del XIII premio de Derecho público Gascón y Marín de 2010 a don Orlando Vignolo Cueva por el trabajo «*Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*», dotado económicamente por la Caja de Ahorros de la Inmaculada. El premiado expuso un resumen de su trabajo. Con esta misma fecha fue elegido académico de número don Francisco Javier Sancho-Arroyo y López-Rioboo, abogado.

Los días 21 y 22 de septiembre la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación junto con el Colegio Notarial de Aragón, el Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, el Colegio de Abogados de Zaragoza y el Colegio de Procuradores de Zaragoza, organizaron, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, las «Jornadas de homenaje al jurista Joaquín Costa con motivo del centenario de su fallecimiento», que se desarrollaron por medio de dos mesas redondas; en la primera: «Joaquín Costa y la libertad civil» moderada por el presidente de la Academia, don Ángel Bonet Navarro, fueron ponentes don Fernando García Vicente, Justicia de Aragón y miembro de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, magistrado del Tribunal Supremo y académico correspondiente de la misma Academia, y don Jesús Delgado Echevarría, catedrático de Derecho civil. La segunda mesa: «Joaquín Costa y la reorganización del notariado, del registro de la propiedad y de la administración de justicia» moderada por don Ignacio Gutiérrez Arrudi, abogado y decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, tuvo como ponentes don Eloy Jiménez Pérez, decano del Colegio Notarial de Aragón, doña Pilar Palazón Valentín, registradora de la propiedad de Zaragoza y miembro de número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y don Fernando Zubiri de Salinas, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El día 26 de octubre celebraron solemne sesión de apertura del curso 2011-2012, presidida por el rector de la Universidad de Zaragoza y los presidentes de las Academias de Aragón, la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis, la Real Academia de Medicina de Zaragoza, la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas, Químicas y Naturales, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y la Academia de Farmacia «Reino de Aragón»; con intervención del rector de la Universidad de Zaragoza, don Manuel López Pérez; impartió la lección inaugural el académico de número de la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis, Fernando Alvira Banzo quien disertó sobre «Valentín Carderera. Un aragonés decisivo en la conservación del patrimonio español desde el siglo XIX»; con la intervención final del presidente de la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis don Domingo Buesa Conde.

Los días 27 y 28 de octubre, en Barcelona, el presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, representándola, intervino en la reunión conjunta de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de Catalunya, Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares con el objeto de preparar el próximo congreso iberoamericano de las academias jurídicas y sociales que se celebrará en 2012 en Chile. Asimismo participó en la sesión de la academia catalana en la que don Joan Egea Fernández disertó sobre «Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya».

Asimismo, el día 24 de noviembre, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación conjuntamente con la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis, la Real Academia de Medicina de Zaragoza, la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas, Químicas y Naturales y la Academia de Farmacia «Reino de Aragón» organizaron la sesión solemne conjunta de las academias de Aragón para conmemorar el V centenario del nacimiento de Miguel Servet. En dicha sesión intervinieron don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, académico numerario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y de la Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis quien disertó sobre «Miguel Servet abstractor de quintaesencias» y don Fernando Solsona Motrel, académico numerario de las Reales Academias de Medicina, de Ciencias Exactas, Físicas, Químicas y Naturales, y de Nobles y Bellas Artes de San Luis que habló sobre «Los saberes científicos y médicos de Miguel Servet».

En la sesión celebrada el día 19 de diciembre fue elegido nuevo académico de número don Julio Arenere Bayo, magistrado, presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza. El mismo día en la sesión pública y solemne el académico doctor don Eduardo Montull Lavilla, Secretario General de esta Corporación, disertó sobre «El estudio introductorio del Derecho en los planes de enseñanza media en España». Seguidamente se entregó a doña Nuria Magaldi Mendaña el premio de Derecho público «Gascón y Marín» en su XIV edición correspondiente al año 2011. Intervinieron además en la sesión doña María González Guindín, directora de la Obra Social de la Caja de Ahorros de la Inmaculada, el decano del Colegio Notarial de Aragón, don Eloy Jiménez Pérez, y cerró el acto el presidente de la Academia don Ángel Bonet Navarro.

Eduardo Montull Lavilla

Académico de Número. Secretario General de la Academia Aragonesa

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

IV. OBRAS GENERALES, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

5. Panorámicas

Bayod López, Mª del Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 63 págs.

Trabajo con finalidad divulgadora de las instituciones civiles aragonesas que incide de manera especial en aquellas cuestiones que suscitan más debate en la práctica profesional y en los tribunales. Trabajo de gran utilidad también para los alumnos de Derecho.

Merino Hernández, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Ed. F. Lefebvre, Madrid, 2011, 605 págs.

Primera obra de comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón, de las características propias de las Ediciones de F. Lefebvre, escrita por el Notario José Luis Merino, el Magistrado Luis Gil Nogueras y el abogado Francisco Mata Rivas, bajo la coordinación del primero de ellos.

6. Revistas

Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, 284 págs.

Incluye las ponencias sobre «Enajenación de bienes de entidades locales» (José María Gimeno Feliz –ponente–, Miguel Temprado Aguado y Jesús Colás Tena –coponentes–), «El derecho de abolorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial» (Aurora López Azcona –ponente–, Manuel Domínguez Pérez y Javier Manzxana Puyo –coponentes–), «La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar» (Carlos Martínez de Aguirre Aldaz –ponente–, Javier Forcada Miranda y María José Balda Medarde –coponentes–) y «Cooperativas de viviendas» (Ángel Luis Monge Gil –ponente–, Luis de Codes Díaz-Quetcuti y Mercedes Zubiri de Salinas –coponentes–).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. Temas comunes a todos los Derechos forales

1.1. *La codificación y los Derechos forales*

Palma Fernández, José Luis: «La codificación en España: de los turdetanos a Internet», en *Diario La Ley*, núm. 7552, 2011.

La codificación de normas constituye un fenómeno jurídico, continuado en el tiempo, común a todos los regímenes políticos hasta llegar actualmente a la conveniente publicación de textos normativos consolidados en Internet, hito último que debe ser atendido por la Administración Pública como obligada garante del principio de seguridad jurídica.

1.4. *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

Acedo Penco, Ángel: «Derecho civil autonómico *versus* Derecho civil estatal: Estado de la cuestión tras la sentencia del tribunal constitucional 31/2010 de 28 de junio», en *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), núm. 28, 2010, págs. 245-259.

Estado de la cuestión tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio, sobre la tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre las competencias de Derecho civil derivadas de la Constitución Española.

Pedro Bonet, Xavier de: «La identidad de Aragón en su Estatuto de Autonomía. Los derechos históricos del pueblo aragonés», en *Reyes de Aragón: Soberanos de un País con futuro. Ramiro I-Juan Carlos I (1035-2011)*, Gobierno de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 2011, págs. 289-303.

Interesantes reflexiones sobre la historia en la Constitución de 1978 y, en particular, sobre el contenido y los sujetos de los Derechos históricos reconocidos en la DA 1ª de la Constitución, para terminar hablando de los Derechos históricos del pueblo aragonés, es decir, de su identidad histórica, y de su tratamiento en el Estatuto de Autonomía de 2007.

Rubio Torrano, Enrique. «Competencia autonómica en Derecho Civil», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-2, págs. 11-14.

Tribuna de la Revista en la que el autor comenta brevemente y de forma crítica la STC de 14 de febrero de 2011 (RTC 2011, 4) que declara la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, del inciso final del art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior, que al regular la venta en rebajas, ha incidido sobre el contenido contractual de este tipo de ventas, vulnerando la competencia estatal relativa a la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE). Cree el autor que el TC hace supuesto de la cuestión. No tenía que haber dado por entendido que la materia sobre la que

recae el recurso y, en particular, la «venta a precio rebajado», constituye «legislación mercantil».

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «¿Qué fue del artículo 149.1.8.ª de la Constitución?: diálogo entre tres civilistas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Diario La Ley*, núm. 7649, 2011, págs. 3-16.

Lejos de ser la presente una exposición doctrinal convencional, la misma plantea un diálogo entre civilistas que tienen una diferente manera de entender cuáles son los límites de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil, a la vista de la STC sobre el Estatuto de Cataluña y a la vista de lo previsto en los nuevos Estatutos de Autonomía. Su autor entiende que la civilística española lleva demasiados años diciendo las mismas cosas sin que se logre detener la avidez del legislador autonómico, y ello aconsejaba a su juicio un género literario diferente al habitual, y que tiene su hábitat natural en la literatura dramática y es poco frecuente en el terreno de los prosaicos estudios jurídicos. Las diferentes maneras de interpretar el alambicado art. 149.1.8.ª CE han dado lugar a un debate doctrinal próximo a la violencia dialéctica, en el que se hace conveniente que la palabra escrita permita también revelar intenciones y estados de ánimo. Revelar, en definitiva, lo que no se puede ver en las exposiciones doctrinales al uso.

1.5. *La casación foral*

BONET NAVARRO, Ángel (Director): *La casación foral aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, 421 págs.

Estudio serio y riguroso de la Ley reguladora del recurso de casación aragonés, primera norma de Derecho procesal aragonés que se promulga en siglos, y su funcionamiento. La obra está dirigida por Ángel Bonet Navarro y recoge las ponencias de unas Jornadas organizadas por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación en las que intervinieron, además de Ángel Bonet, Fernando Zubiri, Carmen Samanes, Julio Javier Muerza, Juan Francisco Herrero, Mª Ángeles Parra y Francisco Javier Fernández Urzainqui.

BONET NAVARRO, Ángel: «La selección de asuntos: una labor configuradora de la casación foral aragonesa», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 25-96.

La Ley de casación foral aragonesa no puede considerarse un mero retoque de las normas que regulan la casación estatal en la LEC/1/2000. Hay dos maneras de garantizar la formación de la doctrina jurisprudencial a través del recurso de casación en materia de Derecho civil aragonés, la de la LEC y la de la Ley aragonesa. El legislador aragonés ha optado por la reducción de los «filtros», rebajando la cuantía de la «summa cassationis», lo que no beneficia automáticamente a la formación de la jurisprudencia. Asunto distinto es el de los accesos permitidos por razón del interés casacional, en ellos, pese a los elementos discre-

tamente reductores de los «filtros», se pone en manos del TSJA la posibilidad de crear la jurisprudencia aragonesa.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «La casación foral en la legislación procesal general y en la autonómica. Análisis comparativo», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 351-421.

Excelente y clarificador estudio que distingue entre la situación de la casación foral bajo la vigencia de la LEC1881 y la actual situación de la casación general y foral en la nueva LEC2000; analiza críticamente la regulación de la casación foral en la legislación procesal autonómica y termina defendiendo la opción por la regulación general de la casación.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «El motivo de impugnación en el recurso de casación foral aragonesa», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 211-255.

El recurso de casación ante el TSJA sólo puede fundarse en la infracción de norma civil aragonesa; norma integrada en el Derecho civil de Aragón bien como Derecho recibido, bien como Derecho supletorio. También se aborda la cuestión de la pluralidad de pretensiones impugnatorias en el mismo recurso o formuladas en recursos distintos. Por último, se resalta la trascendencia de la formulación del motivo en la determinación de la competencia y en relación con el interés casacional.

MUERZA ESPARZA, Julio Javier: «Los motivos de apertura del recurso de casación», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 171-209.

Se ha rebajado sustancialmente la cuantía que permite el acceso al recurso. En relación con el interés casacional, se puede afirmar que la regulación del art. 3 es sustancialmente idéntica a la prevista en el art. 477.3 LEC.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La jurisprudencia foral», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 257-349.

Largo e importante estudio sobre la jurisprudencia foral aragonesa que indica la función de la jurisprudencia, su papel en el recurso de casación, la finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia; también aborda con detalle los temas de la jurisprudencia foral de nuestro TSJ y la eficiencia de esta jurisprudencia.

SAMANES ARA, María del Carmen: «La casación foral aragonesa», en *La casación foral aragonesa* (Director: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 137-169.

El apartado 1 está dedicado a la casación foral aragonesa: Título competencial; fundamento y causas de la promulgación de la Ley aragonesa; el apartado 2

desarrolla los presupuestos de la competencia funcional del TSJA; el 3 trata de la procedibilidad del recurso de casación aragonés y el 4, de la acumulación de motivos de recurso extraordinario por infracción procesal.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón», en *La casación foral aragonesa* (Dir.: Ángel Bonet Navarro), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 97-136.

En el primer punto se parte de la previsión constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia, y se da cuenta de su creación orgánica, de la mención estatutaria, de la reforma del Estatuto de Autonomía y los problemas sobre la identidad competencial del TSJA, del nuevo Estatuto de Aragón y de la Ley sobre la Casación Foral aragonesa. En un segundo apartado se ocupa de la composición del TSJA, sus salas, los magistrados y la provisión de plazas, la especialización. El punto tercero y último es específico de la Sala de lo Civil y Penal: competencia en materia civil y especial referencia a la competencia casacional.

1.6. *Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil*

GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «Vecindad civil, fraude de ley y discriminación por razón de sexo. Comentario de la STS de 14 septiembre 2009 (ponente: Encarna Roca)», en VV.AA.*: Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil),* Vol. 3º (2009), Dir. M. Izquierdo Tolsada, Dykinson, S. L., Madrid, 2010, págs. 881-904.

Excelente comentario que se inicia con el análisis del asunto del fraude de ley en el cambio de vecindad civil, a partir de lo dicho en la STS 5 abril 1994, las críticas de los autores y las nuevas bases que el TS sienta en la sentencia de 2009 comentada. El TS admite que el cambio de vecindad civil puede ser en fraude de ley, pero advierte que tal fraude deberá ser probado, sin que pueda deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostentaba. Y ello (entre otros argumentos) porque: primero, el cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el art. 14 Cc., cuyas normas exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa; y segundo, la igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable, de suerte que no podría argüirse una mayor o menor legitimidad de los Derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así facilitar la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

El segundo punto objeto de análisis es el de la vecindad civil y la discriminación por razón de sexo, en el que primero expone la tesis de la constitucionalidad del antiguo art. 14.4 Cc. y las dudas suscitadas por la disposición transitoria de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, para luego suscribir los pronunciamientos de la STS comentada. El TS reputa inconstitucional dicho precepto al contrariar el principio de igualdad de los cónyuges establecidos en los arts. 14 y 32.1 CE. De este modo, al haber quedado excluido por la norma constitucional el criterio

de la unidad familiar, desde su entrada en vigor la mujer casada pudo adquirir una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos por el Código civil y, así (como en el caso de autos), el de residencia por plazo de diez años. No obstante, el autor expone al final algunas divergencias en la aplicación de estos postulados básicos al caso concreto.

2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e Instituciones del Reino de Aragón

2.2. *«Fueros de sobrarbe»*

Peiró Arroyo, Antonio: *El árbol de Sobrarbe: Los mitos del origen del reino de Aragón*, Zaragoza, 2005.

En este libro se estudian los mitos relacionados con el origen del reino de Aragón. Se trata de mitos políticos, que explican el origen del reino en términos de un acuerdo de los aragoneses para crear sus propias instituciones y elegir a un rey, a la vez que limitaban sus atribuciones.

Junto a estas leyendas se estudian otras dos no relacionadas con el origen del reino, sino con su final. La primera es la de la Campana de Huesca y la otra se refiere al simbólico final de reino, un final que al ser personificado en el del Justicia de Aragón, se adelanta en más de un siglo a la realidad.

2.4. *Los Fueros y Observancias y su época*

Fernández Albaladejo, P.: «*Lex regia aragonensium*. Monarquía compuesta e identidad de reinos en el reinado de Felipe III», en la obra del autor *Materia de España. Cultura política e identidad en la España moderna*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2007, págs. 65-91.

Morales Arrizabalaga, Jesús: «La formación bajomedieval del sistema aragonés de Fueros y Observancias» en *La Corona de Aragón en el centro de su historia (1208-1458). La Monarquía aragonesa y los reinos de la Corona/* coord. José Ángel Sesma, Zaragoza: Grupo de investigación C.E.M.A., 2010, págs. 353-394.

Morales Arrizabalaga, Jesús: «La edición y constitución de normas en la historia del Derecho de Aragón» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80 (2010), págs. 11-56.

Interesante estudio que tiene la siguiente estructura: 1. Bases conceptuales del modelo aragonés de fueros y observancias: el Fuero de Aragón, raíz de un sistema normativo abierto. Validez, exigibilidad y reacción frente al incumplimiento. 2. La búsqueda de un modelo normativo entre Jaime I y Jaime II. La manera de concebir la ley y el legislador, causa del fracaso de la compilación elaborada por Vidal de Canellas y aprobada mediante el decreto *in excelsis*. 3. La doble vía curial de edición del fuero durante los siglos XIV-XV: Fueros de Cortes;

Observancias y determinaciones. La institucionalización del sistema desde el reinado de Jaime II hasta Pedro IV. Los fueros constitucionales. Las observancias, declaración judicial del Fuero de Aragón por el Justicia. Los fueros de Cortes, declaración legislativa del Fuero de Aragón por las Cortes. 4. El Rey y el Fuero de Aragón: La confrontación y desarrollo de espacios normativos exentos del fuero. La construcción de un modelo teórico explicativo desde 1437. Recopilaciones y colecciones de normas deducidas del Fuero de Aragón. La publicación impresa de normas autónomas del Fuero de Aragón. 5. La implantación de un modelo normativo de tipo castellano a partir de las leyes del nuevo gobierno.

2.5. *Fueros de la extremadura aragonesa; historia de las Comunidades de Teruel, Albarracín, Daroca, Calatayud*

CASTÁN ESTEBAN, José Luis: *El final de los Fueros de Teruel y Albarracín en el siglo XVI*, Centro de Estudios de la Comunidad de Albarracín. Colección Estudios, 4. Teruel, 2009, 293 págs.

Este libro, que forma parte de la tesis doctoral en Historia del Derecho de su autor, analiza tanto los Fueros de Teruel y Albarracín en el siglo XVI, como la convulsa situación política que enfrentó a estas dos ciudades y comunidades en la monarquía, y que concluyó con la renuncia a su propio ordenamiento jurídico y la incorporación a los Fueros del reino de Aragón.

2.7. *Estudios de historia de las instituciones (Públicas y privadas)*

BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco, «El Derecho en el Justicia de Aragón histórico», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 93-112.

Visión de síntesis y resumen de lo tratado, básicamente, en los anteriores Encuentros, que se articula bajo los siguientes epígrafes: Aragón, Derecho, Justicia y el Justicia; Del Justicia mítico al Justicia histórico; Las etapas en el Justiciazgo; Orígenes; El Justicia, entre el rey y la nobleza; Jaime II y Pérez de Salanova: asentamiento del Justicia; Siglos XIV y XV; El Justicia en la Edad Moderna; El Justicia jurista; El Justicia, juez y árbitro; El Justicia, legislador, agente, consultor e intérprete; El Justicia en las Cortes; El Justicia no jurista, los juristas del Justicia.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: «Limitaciones de dominio y servidumbres prediales en los siglos medievales», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, págs. 13 a 169.

Estudio de las limitaciones de dominio y las servidumbres prediales en el Derecho romano y su evolución posterior en las fuentes medievales peninsula-

res. Las fuentes utilizadas son fueros y cartas pueblas y demás textos de Derecho local y municipal correspondientes al período analizado, Partidas y otros cuerpos legislativos regios, principalmente castellanos, y redacciones de Derecho señorial y territorial de los distintos reinos peninsulares.

FERNÁNDEZ CLEMENTE, Eloy: «Recordando los encuentros», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 145-152.

La intervención pretende abordar la historia de los Encuentros, hacer historiografía sobre cómo y por qué se decidió llevarlos a cabo, cuál fue su acontecer y cuáles sus aportaciones científicas; quiénes sus participantes, y cuáles las circunstancias en que se realizaron. También reflejar cómo percibimos hoy la institución jurídica, política, social, del Justicia y a nuestro actual Justicia, el Dr. García Vicente.

HERNÁNDEZ LATAS, José Antonio: «Memoria y homenaje al Justicia de Aragón, don Juan de Lanuza, a través de los monumentos públicos y de la pintura de historia», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008),* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 113- 144.

El cometido de esta intervención no tiene otra pretensión que la de acompañar o servir de guía a los asistentes en un recorrido visual por la huella que los sucesos de 1591 dejaron en la pintura de historia del s. XIX y en las diferentes iniciativas monumentales.

JARQUE MARTÍNEZ, Encarna: «El Justicia de Aragón en los siglos XVI y XVII», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 29-43.

El Justicia de Aragón fue la institución histórica más relevante y específica del reino de Aragón en los ss. XVI y XVII, que contribuyó de manera esencial a la identidad aragonesa. El Justicia gozaba de un espacio jurisdiccional propio en el que el monarca no tenía franqueado el paso; la jurisdicción sobre las materias «constitucionales» del reino pertenece al Justicia, no al rey, pues sólo al primero se le reconocían las importantes funciones de garante de las libertades, intérprete foral y juez de contrafuero.

Por otra parte, fue en la época moderna cuando llegó a su punto álgido la mitificación del Justicia, mitificación que, lejos de desaparecer junto a la supresión del cargo en el XVIII, iba a perdurar en el tiempo político e historiográfico y, sobre todo, en el imaginario popular hasta nuestros días.

Durante los ss. XVI y XVII se produce la transformación de la Corte del Justicia. Concluye el proceso de conversión de la magistratura personal del Justicia en el denominado Justiciazgo o Corte del Justicia de Aragón; el Justiciazgo evoluciona y de tribunal más importante del reino en el quinientos, va a pasar a situarse en el seiscientos en un segundo lugar tras la corte de la Real

Audiencia, por antonomasia el tribunal del rey; además, concluye en este tiempo la condición vitalicia del titular del cargo.

El progresivo aumento del poder real en el reino, la discordia y desunión de la clase dirigente aragonesa y la transformación favorable al monarca producida en la parte más importante de dicha clase, la nobleza, y el «cursus honorum» implantado entre los profesionales del Derecho produjo como efecto un cambio apreciable entre un s. XVI, alterado y enfrentado al soberano, y un XVII pacífico y gobernable, en el que fue posible conciliar la perviviencia de los elementos esenciales del sistema de gobierno aragonés con la mayor aceptación y presencia del poder monárquico en el reino. Lo acontecido en la Corte del Justicia en los ss. XVI y XVII fue una manifestación de estos cambios.

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «El Justicia de Aragón», en *Aragón. Escenarios de la Justicia,* IX Congreso de la Abogacía Española, Zaragoza 2007, págs. 111-136.

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «El Justicia de Aragón en el siglo XVIII: la transición de una institución jurisdiccional a un símbolo político», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 45-78.

Trabajo de recopilación y síntesis que tiene por objeto exponer las líneas que unen al Justicia de Aragón como institución judicial cierta que actúa hasta 1707 con el referente historiográfico utilizado intensamente en la definición del modelo de monarquía constitucional española y de estructura territorial de administración y gobierno de España, que se mueve entre propuestas unitarias y federalizantes.

Trata sucesivamente de los efectos de una derogación compleja sobre una institución polifacética; el Justicia de Aragón, contrapunto del Rey en el sistema aragonés de Fueros y Observancias (siglos XIV-XVII); el Justicia de Aragón, símbolo de las decisiones de Felipe V sobre la constitución política aragonesa; el Justicia en la constitución política de España desde la segunda mitad del siglo XVIII.

PACHECO CABALLERO, Francisco Luis: «Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el Derecho aragonés, 1247-1967 (Legislación, práctica, doctrina)», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, págs. 269-328.

Completo estudio de revisión de la historia del Derecho aragonés en materia de servidumbres prediales y relaciones de vecindad con referencias a lo dicho en los Fueros (bien poco), el Vidal Mayor, la tradición turolense, las observancias y las glosas a los Fueros, así como por los juristas aragoneses de la edad moderna (Del Molino, Portolés, Bardají, Lissa, Franco). En el apartado final, titulado «el camino hacia el Apéndice y la Compilación», se indica que la categoría de las servidumbres legales ha sido la coartada para la conservación de las especialida-

des en tema de relaciones de vecindad y que no hay una reflexión específica sobre servidumbres prediales.

PEIRÓ MARTÍN, ANTONIO: «La recuperación del mito de El Justicia de Aragón en el siglo XIX y su reflejo en la investigación histórica», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 79-91.

El propósito del trabajo es trazar las grandes líneas del escenario sobre el que se desarrollaron algunos de los actos de la transformación del personaje histórico Juan de Lanuza en un mito dentro de la *cultura nacional española*.

RAPÚN GIMENO, Natividad: *La intervención de la Iglesia en la sucesión* ab intestato. *Zaragoza siglos XVI-XVIII*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010. Núm. 42 de la Colección «El Justicia de Aragón»; 828 págs.

La Magistrada y brillante historiadora Rapún Gimeno ya publicó un libro, el núm 34 de esta Colección, titulado *Intestatio* e *Inconfessio. Qui porro intestatus decesserit habeatur olim pro damnato ac infami*, en el que hacía un estudio histórico de las disposiciones a favor de la Iglesia y los pobres en la sucesión testada e intestada en la Edad Media, que constituye el preámbulo de su nueva obra.

El nuevo libro estudia la intervención de la Iglesia en la sucesión *ab intestato*, profundizando en las peculiaridades de esta figura en Aragón y en la Zaragoza de los siglos XVI a XVIII a través del estudio de la documentación parroquial y diocesana, así como la aportada en procesos seguidos ante los tribunales eclesiásticos y civiles derivados de las disputas surgidas de la administración y adjudicación de los bienes de los intestados.

A través de su trabajo ha sacado a la luz una institución consuetudinaria escasamente conocida, caracterizada por su naturaleza canónica, ya que fue la Iglesia su introductora en el tráfico jurídico pero, también, dotada de carácter civil porque ostentaban esta condición los efectos que su observancia generaban, en el patrimonio hereditario del difunto y en el de sus herederos *ab intestato* pudiendo, además, ser objeto de litigio, como de hecho ocurrió, en los tribunales del Reino, pasando así a formar parte de la historia del Derecho civil de Aragón.

RAPÚN GIMENO, Natividad: *La insolvencia en el Derecho histórico aragonés. La quiebra. Siglos XVI-XVIII*. Civitas (Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2011, 466 págs.

Interesante, bien construida y elegantemente escrita monografía de Historia del Derecho aragonés en materia eminentemente procesal (procedimientos en caso de insolvencia del deudor) y, desde el siglo XVI, mercantil (la quiebra). La obra se estructura en VI capítulos: tras el planteamiento y estado de la cuestión del capítulo I, los dos siguientes se ocupan de la insolvencia, uno de la general (II) y el otro (III) de la propia del mercader a partir de los fueros de 1528 y 1547;

los tres restantes tienen por objeto la quiebra: en la doctrina jurídica aragonesa (IV), en el Derecho procesal foral (V) y tras los Decretos de Nueva Planta (VI). Se añade un extenso anexo documental.

RIBERA TARRAGÓ, Julián: *Orígenes del Justicia de Aragón*. Prólogo de Francisco Codera. Colección de Estudios Árabes, núm. II, Zaragoza, Tip. y Lib. de comas hermanos, 1897, XIX + 472 págs. Edición facsímile de El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008 (Coords.: G. Redondo y E. Sarasa).

La edición facsímile incluye, junto a la presentación del Justicia, una «Introducción al Libro de Julián Ribera …» obra de Esteban Sarasa Sánchez y un estudio de María José Cervera Fras sobre «la Ley y la justicia en el mundo islámico».

SARASA SÁNCHEZ, Esteban: «Una introducción al libro de Julián Ribera, *Orígenes del Justicia de Aragón*, de 1897», en la edición facsímile de dicho libro realizada por El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, bajo la coordinación de G. Redondo y E. Sarasa, págs. 15-37.

Se pregunta el autor: ¿estamos hablando de antecedentes o de similitudes en las atribuciones de dos magistraturas distintas, de muy diferente época y ámbito, el musulman de Alandalus hasta el final del Califato Omeya de Córdoba en 1031 y el cristiano del reino de Aragón a partir del siglo XI? Porque, parecen dos cuestiones distintas, ya que no es la primera vez que dos situaciones semejantes se den en áreas alejadas o en circunstancias encontradas y sin tener que compartir unos mismos orígenes o sucederse en el tiempo.

SARASA SÁNCHEZ, Esteban: «El Justicia de Aragón en la Edad Media. Génesis y primer desarrollo», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 19-28.

Es a partir del s. XIII cuando se puede documentar la existencia de un Justicia del reino. Parece que se puede adelantar la presunción de que a mediados del s. XIII la figura del Justicia Mayor del reino de Aragón estaba configurada en torno a unas atribuciones, competencias y protagonismo; respaldada por la realeza que nombraba a los responsables del cargo en cuestión y dentro del marco que los Fueros y las Cortes abrían en relación con la articulación constitucional del país.

Documentación dispersa y diversa permite construir la historia de la institución para los ss. XIII y XIV. A partir del comienzo del s. XIV el protagonismo y presencia del Justicia de Aragón aumenta, especialmente después de la derrota definitiva de la Unión en 1348, convirtiéndose en la magistratura interpretadora del ordenamiento foral del reino. Protagonismo y presencia que se mantiene para el resto del s. XIV y hasta el fin de la Edad Media, ante diversas situaciones y ejerciendo su autoridad en distintas causas presentadas ante su corte o encomendadas por la monarquía en cada momento.

VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 232 págs.

El VIII Encuentro tuvo por título *Elaborando la Historia de la Institución de El Justicia de Aragón,* y con los diferentes trabajos que en este libro se recogen, pretendió completar y recapitular el conocimiento de todos los aspectos sobre esta Institución.

De las fuentes para el estudio de la Institución del Justicia de Aragón se ocupa Diego Navarro Bonilla; de la génesis y primer desarrollo en la Edad Media, Esteban Sarasa Sánchez; sobre el Justicia en los siglos XVI y XVII escribe Encarna Jarque Martínez; Jesús Morales Arrizabalaga lo hace sobre el siglo XVIII y la transición de una institución jurisdiccional a un símbolo político; de la recuperación del mito del Justicia de Aragón en el siglo XIX y su reflejo en la investigación histórica se ocupa Ignacio Peiró Martín; del Derecho en el Justicia de Aragón histórico escribe Juan Francisco Baltar Rodríguez; José Antonio Hernández Latas se ocupa de la memoria y homenaje al Justicia de Aragón, don Juan de Lanuza, a través de los monumentos públicos y de la pintura de historia; y por último, Eloy Fernández Clemente aborda la historia de los Encuentros, analiza el cómo y por qué se decidió llevarlos a cabo, y realiza un síntesis de todos los participantes y de sus aportaciones científicas. El volumen se cierra con unas extensas ilustraciones generales.

4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas

4.2. *Textos legales*

Serrano García, José Antonio: *Derecho civil de Aragón. Edición actualizada a Enero de 2011.* Texto Legales, núm. 114, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 507 págs.

En la presente edición se publica, en primer lugar, el Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, única parte que quedaba vigente de este Cuerpo legal al hacerse la edición. Se introducen seguidamente, respetando el orden que las materias tenían en la Compilación, y en la redacción entonces en vigor, la Ley de Derecho de la persona, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, la Ley de sucesiones por causa de muerte y la Ley de Derecho civil patrimonial. Se añaden a continuación la Ley relativa a parejas estables no casadas, modificada en 2004, y la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Los textos que desde su entrada en vigor han sufrido alguna modificación se resaltan en negrita, y, en nota a pie de página, se indica la procedencia del texto modificado y la redacción que tenía con anterioridad.

Este número de la colección de Textos Legales se completa con dos anexos, uno relativo a las normas modificadoras del Derecho Civil de Aragón, y otro que recoge, en la redacción que tenían al ser derogados, los textos de la Compilación no vigentes al hacer la edición. Se cierra con un completo índice analítico.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Código del Derecho Foral de Aragón*. Textos Legales núm. 116, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 516 págs.

En esta edición se publica, en primer lugar, el Decreto Legislativo que aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y, a continuación, el *Código del Derecho Foral de Aragón*, que es el nombre o título dado a dicho Texto Refundido por la disposición final primera de la Ley 8/2010 que autorizó la refundición.

Este número de la colección de Textos Legales se completa con un anexo que incluye la Ley de casación foral, la Ley de Mediación Familiar de Aragón, el texto derogado de la Compilación y una relación de las normas que han introducido modificaciones en el Derecho Civil de Aragón desde 1978. En nota a pie de página se facilita la redacción original, y las sucesivas en su caso, de aquellos artículos de la Compilación y de las Leyes refundidas que habían sido objeto de alguna modificación antes de su derogación.

La edición se cierra con un completo índice analítico del Código del Derecho Foral de Aragón.

4.3. *Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil*

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «El Código del Derecho Foral de Aragón. Texto Refundido de las Leyes civiles aragoneses», Revista *Actualidad del Derecho en Aragón*, año III, núm. 10, abril 2011, págs. 18-19.

Breve escrito de presentación del Código del Derecho Foral de Aragón a la comunidad jurídica aragonesa en el que se da cuenta del Decreto Legislativo que lo aprueba, así como del contenido y sistemática del Código, se resalta que el Código no introduce ninguna novedad de fondo pero que tiene las ventajas propias de todo código, se indica que el Código es un broche de oro a quince años de intenso y fructífero trabajo y contiene el Derecho civil aragonés para el siglo XXI.

5. PARTE GENERAL DEL DERECHO

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «La autonomía de la voluntad en el siglo XXI: objeto del 11.º Congreso Notarial Español, conmemorativo del «150 Aniversario de la Ley del Notariado»», en *Diario La Ley*, núm. 7646, 2011.

Tras 150 años de vigencia de la Ley Orgánica del Notariado, se ha convocado el 11º Congreso Notarial Español, cuya sesión de clausura se celebrará a partir del 28 de mayo de 2012, fecha del Aniversario de la Ley. Este Congreso se compone de varias sesiones, la primera de las cuales tuvo lugar en Sevilla el pasado mes de marzo, y en la que están comprometidos juristas de singular valía intelectual. El Congreso es muestra de la preocupación del notariado porque el futuro de nuestro país se funda en bases teóricas sólidas y acordes con la realidad y

necesidades de la compleja sociedad actual. Por ello ha elegido mirar al futuro analizando la autonomía de la voluntad, como concepto eje del Derecho privado del siglo XIX y según la formulación aún presente en los Códigos Civil, de Comercio o de la propia Ley del Notariado, con la intención de formular propuestas para su reformulación y delimitación conforme a los principios y valores propios de la sociedad del siglo XXI. El aval que supone que los notarios conozcan de primera mano los problemas que se presentan en las relaciones entre particulares y la rigurosa y excelente formación jurídica de los congresistas y ponentes hacen presagiar enriquecedoras aportaciones, debates y conclusiones.

6. Persona y familia

6.1. *En general*

Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos: «Líneas básicas de la reciente legislación aragonesa en materia de familia», en J. M. Navarro Viñuales (dir.), *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Madrid, Thomson-Civitas-Consejo General del Notariado, 2006) págs. 38 y ss.

6.2. *Edad*

Iglesia Monje, María Isabel de la: «La necesaria autorización judicial en la venta de bienes de menores», en *Revista crítica de derecho inmobiliario,* núm. 722, 2010, págs. 2875-2878.

Breve comentario a la STS 22 abril 2010 (ponente: Encarna Roca) en la que se declara que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta y radical por inexistencia de consentimiento de los menores e inexistencia de la autorización judicial a favor del padre de ls menores.

Martínez Ripa, José: «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial: a propósito de la STS de 22 de abril de 2010», en *Diario La Ley*, núm. 7566, 2011, págs. 4-6.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 sienta como doctrina jurisprudencial que los negocios celebrados por los padres sin la preceptiva autorización judicial constituyen, no un acto «nulo», sino un «negocio jurídico incompleto» que mantiene en suspenso su eficacia hasta que el hijo lo ratifique una vez alcance la mayoría de edad. ¿Es plausible esta tesis, o debería prevalecer el principio del interés y la protección de los hijos?

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

Balda Medarde, María José: «La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la conviven-

cia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 217-230.

La coponente, después de señalar algunos antecedentes e indicaciones generales sobre la vivienda familiar, aborda en concreto la decisión sobre el destino de la vivienda en el pacto de relaciones familiares y analiza las medidas judiciales en defecto de pacto entre los progenitores, tanto en los supuestos de custodia compartida, como en los de custodia individual. Analiza también la limitación temporal del uso de la vivienda y su posible venta como medida judicial. Termina señalando algunas omisiones del legislador.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: «El derecho de familia del Código civil catalán –Ley 15/2010, de 29 de julio– y la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable», en VV.AA: *La nueva regulación del Derecho de familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.* Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 69-133.

Pese al título, el Magistrado asume sólo la parte relativa a la nueva Ley aragonesa 2/2010. Tras una extensa exposición de diversas cuestiones así como del contenido de dicha Ley, la valora positivamente, le da una cordial bienvenida y espera que su aplicación práctica mejore la situación precedente.

FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215.

Esta coponencia se centra en analizar algunos aspectos colaterales de la custodia compartida y su reflejo en el real ejercicio efectivo de la autoridad familiar. La Ley aragonesa establece un marco legal moderno y adaptado a las actuales exigencias del siglo XXI. La fijeza de los conceptos de custodia y visitas y su resistencia a las nuevas exigencias de una sociedad moderna. Reflexiones terminológicas sobre custodia y visitas. Las llamadas calificaciones autónomas de los derechos de custodia y visita y sus consecuencias prácticas. La custodia compartida y las decisiones sobre la reubicación de hijos a cargo. Custodia compartida y traslado de menores: una ilustrativa visión de derecho comparado. Conclusiones, propuestas y sugerencias.

GASPAR LERA, Silvia: «El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones: patria potestad y autonomía del menor», en *Derecho privado y Constitución*, 2010, págs. 333-367.

Este trabajo tiene por objeto ahondar en el conflicto suscitado entre los padres sobre la educación y formación religiosa de sus hijos. De lo que se trata

es de indicar los criterios que permiten concretar en esta materia el interés del menor. A estos efectos resulta ineludible, con carácter previo, determinar cuándo el menor tiene aptitud para ejercitar por sí el derecho de libertad religiosa. En los casos en que falta esa aptitud y los padres no conviven, la solución pasa por determinar si la atribución de la guarda, o el ejercicio de la patria potestad por uno de ellos, comportan la facultad de decidir en exclusiva sobre la educación de los hijos comunes.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola: *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008, 582 págs.

Estudio de la guarda y custodia de los hijos en el Código civil, y en particular del ejercicio compartido previsto en el art. 92.4 Cc.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «El síndrome de alienación parental: la carreta delante de los bueyes», en *Diario La Ley*, núm. 7567, 2011.

En este trabajo se aborda el contenido del «síndrome de alienación parental», figura empleada como un arma arrojadiza, normalmente contra la mujer, en la medida en que se la considera instigadora de la conducta en virtud de la cual el hijo manifiesta no querer ver a su padre y que en ocasiones también se utiliza para exculpar una causa penal de maltrato, cuando lo primero que debería analizarse es si existe o no efectivamente un supuesto de maltrato por parte del progenitor «alienado».

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133- 176.

Interesante y clara ponencia sobre la nueva Ley «de custodia compartida» de Aragón que, tras una aproximación inicial (objeto y campo de aplicación, derechos y principios), aborda la cuestión central de las reglas sobre guarda y custodia de los menores en la nueva Ley: la autoridad familiar en caso de ruptura de la convivencia; establecimiento de las reglas sobre guarda y custodia, entre el pacto y las normas supletorias; la opción legal: custodia compartida y custodia individual; la preferencia legal por la custodia compartida. La ponencia termina con unas reflexiones sobre las novedades introducidas por esta Ley y sobre la custodia compartida y el Derecho de familia.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo», en *Diario La Ley*, núm. 7600, 2011, págs. 1-5.

En la práctica forense, nos encontramos, con cierta frecuencia, solicitudes, o demandas, de modificación de medidas. Estas demandas suelen ser interpuestas por el progenitor no custodio, solicitando se modifique el régimen de custodia establecido en su día. Sin embargo, en otras ocasiones, son los propios hijos los que desean esta modificación, fruto del deseo, en muchas ocasiones, de convivir con el progenitor no custodio, de trasladarse a vivir con este y dejar de convivir

con el progenitor que, hasta ese momento, disfrutaba de la guarda y custodia de los hijos menores. Cuando son los hijos, efectivamente, los que solicitan el cambio, la modificación del régimen instaurado en su día, se plantea una problemática interesante que hay que resolver en el ámbito del Derecho de Familia.

TAMAYO HAYA, Silvia: *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas.* Colección Scientia Iuridica. Editorial Reus, Madrid, 2009, 216 págs.

En las cada día más frecuentes familias reconstituidas, la asunción de responsabilidades parentales por parte de las nuevas parejas de los progenitores conlleva una reasignación de roles familiares. Asistimos a una disociación entre la paternidad biológica y la social; en la constitución de la familia, el elemento carnal, biológico, va perdiendo importancia a favor del elemento psicológico, afectivo. Se hace por ello preciso calibrar el posible reconocimiento de derechos a un padre «no legal», así como examinar aquellos mecanismos a través de los cuales es factible otorgarles legitimidad. Se estudia la respuesta ofrecida por el Derecho comparado y la inadecuada situación española. Hay alguna referencia al Derecho aragonés.

TENA PIAZUELO, ISAAC: «Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños «de primera»?» *Aranzadi Civil-Mercantil, 1/2011*, págs. 79-98.

Algunas Comunidades Autónomas se han propuesto regular, en sus ordenamientos jurídicos, la guarda de los hijos tras la ruptura como pareja de los progenitores. Fue la aragonesa la primera en lograrlo, con la Ley 2/2010, de 26 de mayo. Su reciente entrada en vigor ha puesto de manifiesto cómo, frente al criterio sumamente restrictivo del Código, es posible que la custodia compartida quede constituida como regla general o criterio preferente de atribución de la guarda. A dicha Ley 2/2010, se dedica un breve comentario.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Discriminación por razón de nacimiento: derechos sucesorios de los adoptados (1)», en *Actualidad civil*, núm. 1, 2011.

La regulación de la adopción en el Código Civil es una de las instituciones que ha sufrido más cambios desde su redacción originaria, por tal motivo se realiza una exposición de la evolución legislativa en la materia y concretamente de los derechos sucesorios de los hijos adoptados. Todo ello a luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2010 que aborda el supuesto de una sustitución fideicomisaria condicional a favor de los hijos y descendientes legítimos lo que conduce a la necesidad de interpretar el testamento a los efectos de salvaguardar la voluntad del causante pero, conjugándolo con el principio constitucional de no discriminación.

6.5. *Relaciones tutelares y parentales. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores*

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 722, 2010, págs. 2844-2874.

El presente estudio se centra en el análisis de la figura de la guarda de hecho en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, teniendo en cuenta no sólo la regulación que se contiene en el Cc. español, sino también en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón, y en el Cc. catalán, tras la aprobación del Libro II relativo a la persona y familia por Ley 25/2010, de 29 de julio.

TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes: «Indemnización de los daños morales por ruptura de la relación paterno-filial cuando los progenitores son privados indebidamente de la compañía y relación de sus hijos por la Administración», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 87, núm. 723, 2011, págs. 584-607.

La ruptura irreversible de la relación parental, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración, procedente de una declaración de desamparo de menores, que hace imposible la devolución de la guarda y custodia a los padres decretada judicialmente, da lugar a un daño efectivo, un daño moral. Se analiza en el comentario la jurisprudencia más reciente sobre el tema, comparando las orientaciones proporcionadas por los Tribunales de lo civil y de los contencioso-administrativo. Se hace especial referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

6.6. *Régimen económico conyugal*

6.6.1. En general

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «La incidencia de la Ley concursal en los regímenes económicos matrimoniales de Derecho foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución», en *Derecho privado y Constitución*, núm. 24, 2010, págs. 67-108.

En este trabajo se estudia la incidencia de los preceptos de la Ley concursal que afectan a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, en los regímenes forales, a fin de justificar que tal incidencia es mínima y que, en cualquier caso, se produce al amparo de la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia concursal. Para ello se realiza un tratamiento diferenciado de los preceptos aplicables a los regímenes comunitarios y separatistas.

CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel: «Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda», en VV.AA.: *Derecho inmobiliario: problemática actual*. Tomo I (Dir. M. A. Larrosa Amante). Manuales de Formación Continuada núm. 50. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 33-250.

Completo estudio de un Magistrado de la rica problemática que plantea la atribución y el uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales o de las parejas de hecho, con abundante referencias a los criterios mayoritarios en los Tribunales.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», en *Diario La Ley*, núm. 7646, 2011, págs. 9-13.

Uno de los temas más complejos que tiene, en la actualidad, planteado el Derecho de Familia es, precisamente, el relativo a los deberes conyugales y, en concreto, al deber de fidelidad, al aparecer enunciado en el Código Civil, y cuando se produce la infracción de este deber matrimonial hay que entrar a considerar si esa transgresión va a conllevar la consiguiente exigencia, por parte del cónyuge ofendido, de responsabilidad civil.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «Concurso de persona física casada y registro de la propiedad», en *Anuario de derecho concursal*, núm. 22, 2011, págs. 177-206.

La Ley concursal determina la incorporación a la masa del concurso de los bienes comunes de los concursados que estén casados en régimen de comunidad. En estos casos, debemos estudiar en qué situación queda el otro cónyuge y qué requisitos habrá que observar respecto al mismo para hacer constar el concurso en el Registro, dadas las exigencias del principio de tracto sucesivo. Reflejado el concurso en el registro, habrá que plantearse luego el cierre registral respecto de los acreedores no incluidos en el concurso (los del cónyuge no concursado). La especialidad en la titularidad de bienes comunes, debe llevarnos a plantear que el cierre registral no opere respecto de los acreedores del no concursado que están en el concurso. Si los bienes están inscritos con arreglo a regímenes extranjeros, habrá que estudiar igualmente la protección del no concursado. Finalmente, la protección que frente a las acciones de reintegración tienen los terceros revestirá cierta especialidad en el caso de los concursados casados, sobre todo si estos adquirieron bienes privativos por confesión (que son de la masa, pero antes del concurso pudieron ser transmitidos sólo por el no concursado).

6.6.2. Régimen matrimonial paccionado

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania (1441-1811)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, 430 págs., núm. 41 de la Colección «El Justicia de Aragón».

El Libro publica una colección de 120 documentos de la comarca de la Jacetania, el Viejo Aragón, que proceden de los valles de Ansó, Canfranc, Echo, Aragüés del Puerto, Aísa, Canal de Berdún, Pintado, Val Ancha y de la villa de Berdún. Los documentos abarcan casi cuatro siglos y en su mayoría son capitulaciones matrimoniales, aunque se incluyen también algunos documentos matrimoniales curiosos.

En la presentación el autor nos describe los rasgos generales de la colección, hace un análisis de la estructura general de las capitulaciones y de las cláusulas más frecuentes, alude a otros documentos matrimoniales curiosos y termina destacando la información sobre cultivos que aportan los documentos publicados.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Barbastro y su somontano (1459-1775)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, 415 págs., núm. 46 de la Colección «El Justicia de Aragón».

Décimo libro de documentación civil histórica preparado por Gómez de Valenzuela y publicado por el Justicia de Aragón. En esta recopilación se recogen 117 instrumentos públicos en su mayoría de capitulaciones matrimoniales procedentes de notarios barbastrenses y de algunos lugares de su Somontano; hay dos de amancebamiento, dos de anulación de capitulaciones matrimoniales y otros dos de promesa de matrimonio, sin estipulaciones económicas. La totalidad de los actos recopilados proceden del Archivo Histórico Provincial de Huesca.

Al final del estudio introductorio el autor llega a la conclusión de que estos documentos ponen de relieve, una vez más, la enorme libertad civil aragonesa, que permite a cada comarca tener sus propios usos, sus propias características y si se quiere, incluso modas jurídicas. Todo ello obedece a la necesidad de hacer frente a los retos impuestos por la vida, muy distintos en una próspera ciudad agrícola, artesa y mercantil como Barbastro que en los riscos pirenaicos. Estos documentos contribuyen a confirmar la riqueza de la práctica jurídica de nuestros antepasados, y por tanto dan a conocer la real aplicación y vigencia de los fueros y observancias aragoneses.

MORENO VELASCO, Víctor: «El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *Diario La Ley*, núm. 7609, 2011, págs. 1-6.

Si hay un tema «de moda» últimamente en materia de Derecho de familia es el relativo a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y en especial a los acuerdos prematrimoniales y a la eficacia de los convenios de separación de hecho y convenios reguladores no ratificados judicialmente. La materia se ha visto desde muchos puntos de vista, si bien, sobre el origen constitucional y legal de tal autonomía, y sus límites, normalmente se pasa de puntillas. A juicio del autor este es un tema de vital importancia ya que, admitido por el Tribunal Supremo y la mayoría de las Audiencias Provinciales el valor como negocio jurídico de derecho de familia de dichos pactos, el práctico del Derecho siempre choca con la cuestión de los límites. En el trabajo se trata de hacer un acercamiento al fundamento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges tras lo cual y como corolario se exponen cuáles son, a juicio del autor, los principales límites a los pactos conyugales.

PINTO ANDRADE, Cristóbal: «La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 49, 2010, págs. 63-74.

El autor considera posible indicar con carácter orientador una genérica validez de los pactos referidos a aspectos patrimoniales del matrimonio y una exclusión de la autonomía de la voluntad con relación a los aspectos personales del matrimonio.

PINTO ANDRADE, Cristóbal: «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7571, 2011, págs. 1-5.

Uno de los puntos más discutidos actualmente en la Doctrina es la posibilidad de que los cónyuges pacten, fijen, modulen e incluso renuncien a la pensión compensatoria del art. 97 CC. Aunque la repercusión práctica de la polémica haya perdido cierto vigor tras la Reforma en 2005 del art. 97 CC, ello no obsta a que la cuestión siga despertando gran interés, en especial cuando tales pactos se otorgan antes de producirse la ruptura conyugal, incluso antes de contraer matrimonio, y, más en concreto, cuando lo que se pacta es su renuncia.

6.6.3. Consorcio conyugal

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «Embargo de un cónyuge contra el otro, en régimen de gananciales. Comentario a la RDGRN de 7 de agosto de 2010», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 811, 2010, págs. 8-9.

Breve pero buen resumen de la doctrina de la DGRN sobre el embargo de un cónyuge contra el otro por deudas privativas, ya sea anterior a la disolución de comunidad matrimonial, posterior a ella pero previa a la división, o posterior a la división.

MORENO VELASCO, Víctor: «Las deudas posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales», en *Diario La Ley*, núm. 7541, 2011, págs. 13-15.

Una vez disuelta la sociedad legal de gananciales, los bienes que la integran pasan a formar parte de una comunidad ordinaria sobre el conjunto de los mismos cuyos titulares son los cónyuges y/o sus herederos. Mucho se ha escrito sobre esta comunidad, si bien la parte menos tratada es la referente a las deudas contraídas por los cónyuges con posterioridad a la disolución y antes de la liquidación. El autor expone su opinión sobre el régimen jurídico de estas deudas incidiendo en si deben o no incluirse en la futura liquidación de la sociedad de gananciales.

6.8. *Viudedad*

BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen: *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*. Núm. 45 de la Colección «El Justicia de Aragón». Zaragoza, 2010, 750 págs.

Excelente tesis doctoral realizada bajo la dirección de la doctora Bayod López. En el capítulo I estudia la naturaleza jurídica de la viudedad en el Derecho vigente y entiende que hay que seguir calificándola de institución de carácter familiar, aunque la acepción familiar se relativiza cuando se priva a la viudedad de la fase de derecho expectante. Considera aplicable el art. 16.2.III Cc. a los aragoneses por residencia.

El capítulo II está dedicado al estudio y exégesis de las causas de extinción del derecho expectante sobre bienes inmuebles reguladas en el art. 98 Lrem. En el Capítulo III se analiza la extinción del derecho expectante en la disposición voluntaria de la vivienda familiar (art. 8 Lrem.). De la enajenación judicial de bienes inmuebles y el derecho expectante (art. 99 Lrem.) se ocupa el capítulo IV. El régimen del derecho expectante sobre los bienes muebles (art. 100 Lrem.) se expone en el capítulo V.

En el Capítulo VI y último se estudia la eficacia espacial del expectante sobre bienes inmuebles, con un análisis, valoración crítica y fijación del ámbito de aplicación del art. 16.2.II Cc. La obra incluye unas conclusiones finales y un epílogo.

BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen: *El derecho expectante de viudedad aragonés. Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción*, Consejo Económico y Social de Aragón (CESA), Zaragoza, 2011, 200 págs.

La tesis doctoral de la autora (Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad aragonés en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad» recibió un accésit en la Convocatoria del CESA correspondiente al año 2009. La tesis fue publicada por El Justicia de Aragón. Ahora el CESA, en esta nueva publicación, transcribe íntegramente los capítulos II y III de la tesis doctoral (el texto completo se incorpora a esta publicación en soporte informático), al considerar que son los de mayor alcance práctico. Están dedicados, respectivamente, a los supuestos de extinción automática del expectante en disposiciones de carácter voluntario sobre bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas y a los supuestos de extinción en la disposición de la vivienda habitual privativa de uno de los cónyuges.

En unas páginas iniciales se analiza el concepto del expectante, su inescindible conexión con la naturaleza familiar de la viudedad y los efectos que su presencia conlleva en el tráfico jurídico de bienes inmuebles.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La viudedad aragonesa», Epígrafe II del Cap. 51 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco.* Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 2243-2297.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. *De las sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias*

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores», en *Revista jurídica del notariado*, núm. 75, 2010, págs. 9-56.

Interesante y completa exposición sobre el modo, en particular el modo testamentario, en la que se destaca su contenido obligacional y se estudian los elementos personales (el gravado con la obligación modal y el beneficiario), los requisitos y límites, la eficacia (cumplimiento o resolución) y la imposibilidad de cumplimiento. El autor tiene en cuenta todas las legislaciones civiles españolas que tienen alguna norma referida al modo.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 87, núm. 723, 2011, págs. 550-568.

Interesante análisis crítico de la jurisprudencia sobre el fideicomisso *si sine liberis decceserit*, entendido como una sustitución fideicomisaria condicional. La interpretación judicial de la condición habrá de hacerse en el momento de cumplimiento de la sustitución (SS TS 6 de febrero de 1997, 28 de junio de 2002, 15 de diciembre de 2005 y 29 de septiembre de 2009; STEDH 13 de julio de 2004); la interpretación también está sometida al control de constitucionalido si el origen de la discriminación reside en el órgano judicial (STC 9/2010, de 27 de abril). Si la redacción de la cláusula del testamento es ambigua, la interpretación judicial habrá de ajustarse a los principios constitucionales y, en particular, al de interdicción de discriminación por razón del nacimiento. En su defecto, la exclusión del llamamiento a la herencia hecha al inferir que la expresión «hijos legítimos» no abarca a los adoptivos, lesiona de forma directa los derechos de los afectados, de modo tal que el origen del tratamiento discriminatorio es imputable al órgano judicial y no al testamento.

Ahora bien, si la cláusula no es ambigua, como nadie tiene derecho a un acto de liberalidad a su favor, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad entre vivos o por causa de muerte.

7.2.2. Testamento mancomunado

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «El testamento mancomunado aragonés», epígrafe I del Cap. 11 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*. Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 471-511.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

7.3. *Sucesión paccionada*

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Pactos sucesorios en Aragón», Cap. 33 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cata-*

luña, Galicia, Navarra, País Vasco. Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1317-1366.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

NAVAS NAVARRO, Susana: «Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción», en *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, págs. 41-74.

Dado que el legislador catalán ha apostado, en la modificación que ha llevado a cabo del Derecho de sucesiones, por los pactos sucesorios como instrumento de planificación sucesoria para la empresa familiar, en el presente trabajo se comparan estos con el testamento, como otro posible negocio jurídico con el que organizar el relevo generacional en la referida empresa, haciéndose desde la perspectiva de los costes que para la misma y para el causante puede conllevar el decantarse por uno u otro modelo jurídico-sucesorio *mortis causa*. Las conclusiones a las que se llega no resultan especialmente en sintonía con la voluntad del legislador autonómico. A su vez, se aprovecha la tesitura para hacer una breve referencia a los pactos sucesorios de atribución particular, los cuales parecen equipararse a los legados otorgados en testamento.

7.4. *Fiducia sucesoria*

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La fiducia sucesoria aragonesa», Cap. 21 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*. Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 843-869.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

7.5. *Legítima*

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La legítima en Aragón», Cap. 46 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*. Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1959-2027.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

7.6. *Sucesión legal*

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «La sucesión intestada en Aragón», Cap. 39 del *Tratado de Derecho de Sucesiones. Código civil y normativa autonómica: Aragón, Baleares, Cata-*

luña, Galicia, Navarra, País Vasco. Tomo I. Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Solé Resina (Coord.), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 1597-1659.

Exposición actualizada del estado de la cuestión sobre esta figura aragonesa para un tratado de Derecho de sucesiones de ámbito nacional.

8. Derecho de bienes

Domínguez Luelmo, Andrés: «Régimen jurídico de la medianería en el Código civil y en los Derecho civiles autonómicos», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, págs. 635 a 733.

Completo estudio de la medianería en el Código civil y los Derechos civiles autonómicos: naturaleza jurídica; problemática de la medianería como servidumbre forzosa; fuentes por las que se rige; formas de constitución; presunciones favorables, signos exteriores contrarios; régimen jurídico de la medianería.

En Aragón, las referencias de los arts. 144 y 145 Comp. a la pared medianera introduce un régimen distinto al de los arts. 580, 581 y 573.1º Cc.

Loranca Ruilópez, Asunción: «Las relaciones de vecindad y las inmisiones. La inmisión acústica en particular», en VV.AA.: *Derecho inmobiliario: problemática actual*. Tomo I (Dir. M. A. Larrosa Amante). Manuales de Formación Continuada núm. 50. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, págs. 467-650.

Aunque no hace referencia al Derecho aragonés, puede ser un trabajo a tener en cuenta para fijar el estado de la cuestión en el Código civil español, en el catalán y en el Derecho foral navarro, sobre relaciones de vecindad, inmisiones, acción negatoria, y la inmisión acústica en particular.

Pacheco Caballero, Francisco Luis: «Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el Derecho aragonés, 1247-1967 (Legislación, práctica, doctrina»), en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, págs. 269-328.

Completo estudio de revisión de la historia del Derecho aragonés en materia de servidumbres prediales y relaciones de vecindad con referencias a lo dicho en los Fueros (bien poco), el Vidal Mayor, la tradición turolense, las observancias y las glosas a los Fueros, así como por los juristas aragoneses de la edad moderna (Del Molino, Portolés, Bardají, Lissa, Franco). En el apartado final, titulado «el camino hacia el Apéndice y la Compilación», se indica que la categoría de las

servidumbres legales ha sido la coartada para la conservación de las especialidades en tema de relaciones de vecindad y que no hay una reflexión específica sobre servidumbres prediales.

9.2. *Derecho de abolorio o de la saca*

Domínguez Pérez, Manuel: «La facultad moderadora y la finalidad del Derecho de abolorio», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 115-121.

Este coponente, Registrador de la Propiedad de Boltaña, aborda uno de los temas más polémicos objeto de modificación en la reforma de 2010: la conveniencia de mantener o no la facultad moderadora y su conexión con la finalidad del derecho.

López Azcona, Aurora: «El derecho de abolorio en la Ley del Derecho civil patrimonial», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 75-114.

La ponente, gran especialista en la materia, ofrece una visión general de la institución a la luz de la nueva regulación resultante de la reforma de 2010, en su exposición resalta las novedades introducidas en su régimen jurídico en la reciente reforma.

Mazana Puyol, Javier: «El elemento objetivo del derecho de abolorio: sobre qué bienes recae. Análisis del art. 53 de la Ley de Derecho civil patrimonial de Aragón», en *Actas de los XX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2010), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 123-130.

Este coponente, Notario de Calatayud, se ocupa de examinar el elemento objetivo del derecho de abolorio y, más en concreto, la restricción que han sufrido los bienes sobre los que recae el mismo.

0. Otras materias

Tena Piazuelo, Isaac: «Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba», en *Diario La Ley*, núm. 7626, 2011, págs. 8-13.

En tanto el legislador nacional trata de cumplir el propósito de elaborar una ley de mediación, contenido en una de las Disposiciones finales de la Ley 15/2005, las Comunidades Autónomas siguen aprobando las propias. A finales de marzo lo ha conseguido la aragonesa, con cuya Ley de Mediación Familiar ya son doce las elaboradas en los Derechos territoriales. A la Ley aragonesa se dedica este breve estudio.

VI. OBRAS AUXILIARES

1. Metodología docente e investigadora

Navarro Bonilla, Diego: «Fuentes para el estudio de la institución de El Justicia de Aragón: algunas notas complementarias», en VV.AA.: *Octavo Encuentro de Estudios sobre el Justicia de Aragón (Zaragoza, 3 y 4 de junio de 2008*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 9- 17.

Referencia al Centro de Documentación Histórica de Ibercaja (Palacio Larrinaga) que permite acceder a dos series: Archivo de la Corona de Aragón y Archivo Histórico Nacional. También se destaca el interés y utilidad de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (BIVIDA).

4. Documentos de aplicación del Derecho

Gómez de Valenzuela, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania (1441-1811)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, núm. 41 de la Colección «El Justicia de Aragón».

El Libro publica una colección de 120 documentos de la comarca de la Jacetania, el Viejo Aragón, que proceden de los valles de Ansó, Canfranc, Echo, Aragüés del Puerto, Aísa, Canal de Berdún, Pintado, Val Ancha y de la villa de Berdún. Los documentos abarcan casi cuatro siglos y en su mayoría son capitulaciones matrimoniales, aunque se incluyen también algunos documentos matrimoniales curiosos.

En la presentación el autor nos describe los rasgos generales de la colección, hace un análisis de la estructura general de las capitulaciones y de las cláusulas más frecuentes, alude a otros documentos matrimoniales curioso y termina destacando la información sobre cultivos que aportan los documentos publicados.

Gómez de Valenzuela, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Barbastro y su somontano (1459-1775)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, núm. 46 de la Colección «El Justicia de Aragón»; 415 págs.

Décimo libro de documentación civil histórica preparado por Gómez de Valenzuela y publicado por el Justicia de Aragón. En esta recopilación se recogen 117 instrumentos públicos en su mayoría de capitulaciones matrimoniales procedentes de notarios barbastrenses y de algunos lugares de su Somontano; hay dos de amancebamiento, dos de anulación de capitulaciones matrimoniales y otros dos de promesa de matrimonio, sin estipulaciones económicas. La totalidad de los actos recopilados proceden del Archivo Histórico Provincial de Huesca.

Al final del estudio introductorio el autor llega a la conclusión de que estos documentos ponen de relieve, una vez más, la enorme libertad civil aragonesa, que permite a cada comarca tener sus propios usos, sus propias características y

si se quiere, incluso modas jurídicas. Todo ello obedece a la necesidad de hacer frente a los retos impuestos por la vida, muy distintos en una próspera ciudad agrícola, artesa y mercantil como Barbastro que en los riscos pirenaicos. Estos documentos contribuyen a confirmar la riqueza de la práctica jurídica de nuestros antepasados, y por tanto dan a conocer la real aplicación y vigencia de los fueros y observancias aragoneses.

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; 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) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2009, 2010, 2011)

1

NÚM. 1

A. TSJA de 16 de marzo de 2009

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: ***Se solicita la modificación del pronunciamiento judicial sobre costas en el sentido de que no se le impongan a la recurrente, pero tal postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación. Como excepción a la vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite modificación debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas. El pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano judicial que la dictó.***

DISPOSICIONES CITADAS:

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.***

Zaragoza a dieciséis de marzo de dos mil nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único: El Procurador don Julián Gaspar Capapé Felez, actuando en nombre y representación de doña Enriqueta D. I. F. C., presentó en tiempo y forma escrito en el que solicitaba se modificase el pronunciamiento de la sentencia relativo a las costas, en el sentido de que no se le impongan.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: La Sra. D. I. F. C. solicita se modifique el pronunciamiento sobre costas, en el sentido de que no se le impongan las correspondientes al recurso de casación, pero tal postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación.

Como excepción a la norma de vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite su

modificación, debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas, una vez suscritas, en virtud de su invariabilidad, y en concreto el pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano jurisdiccional que lo dictó, sin que quepa distinguir, al respecto, entre pronunciamientos principales y pronunciamientos accesorios o colaterales, ya que ningún pronunciamiento se puede alterar por el propio Tribunal sentenciador, salvo en los supuestos indicados, por razones lógicas de seguridad jurídica.

La sala acuerda

No ha lugar a modificar el pronunciamiento sobre costas de la sentencia de casación dictada en los presentes autos.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

2

NÚM. 2

S. TSJA de 25 de noviembre de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: Usucapión: ***La servidumbre de paso puede adquirirse por usucapión cuando cuenta con signo aparentes. La palabra signo equivale a señal, indicio. No se necesita, por tanto, ninguna obra, sino que basta una señal de paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.***

Disposiciones citadas: ***arts. 1.2, 147 Comp. aragonesa; art. 532 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.***

En Zaragoza a veinticinco de noviembre de de dos mil nueve.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 8/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha de 18 de marzo de 2009, recaída en el rollo de apelación núm. 224/2008, dimanante de autos de juicio verbal núm. 400/2007, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia, núm. 1 de Monzón, en el que son partes, como recurrente, don Cosme S. P., representado por el Procurador de los Tribunales don Emilio y dirigido por el Letrado don Francisco Vallejo Crespo, y como recurridos don José y don Joaquín E. S., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Eva Capablo Mañas y dirigidos por la letrada doña Silvia Ballestín Gracia.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Sampériz Cambra, actuando en nombre y representación de don Joaquín y don José E. S., presentó demanda de juicio verbal en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «1: Se reconozca la existencia de servidumbre de paso permanente de personas y vehículos a favor de la parcela catastral núm. de Monzón (Huesca) propiedad de los demandantes adquirida por usucapión, en línea recta a través de la parcela catastral núm. de Monzón (Huesca), propiedad de los demandados, desde el camino público por su lindero sur y en paralelo al desagüe existente, en dimensiones suficientes para el ejercicio del derecho de paso de personas y maquinaria agrícola tal y como hasta ahora se venía haciendo, condenando a los demandados a eliminar los obstáculos por ellos colocados y que impiden el paso. 2. Subsidiariamente a lo anterior: 2.1. Se declare la constitución de servidumbre legal de paso permanente de personas y vehículos para todas las necesidades del previo dominante, a favor de la finca de los demandantes, parcela catastral núm. de Monzón (Huesca), sobre la finca de los demandados,

parcela catastral núm. del mismo T. M., mediante el trazado de un camino en paralelo a lo largo de todo el lindero sur de la parcela catastral núm. en su colindancia con el desagüe existente, y que discurra por dentro de dicha parcela catastral núm., desde el camino público y hasta dar acceso a la parcela del actor, todo ello con una anchura de cuatro metros. 2.2. Se fije en concepto de indemnización por la constitución de la servidumbre la cantidad de novecientos setenta y nueve euros con veinte céntimos (979,20 euros) que los demandantes deberán abonar a los demandados con carácter previo al establecimiento de la servidumbre de paso. 3. Se condene a los demandados al pago de las costas causadas»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, y citadas las partes para la celebración de la vista, tuvo lugar con el resultado que obra en las actuaciones, tras la cual se dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2008, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Joaquín E. S. y José E. S. contra Cosme S. P. y María José P. P., y declaro: Que la finca de los actores () está beneficiada con una servidumbre de paso adquirida por usucapión que grava la finca colindante de los demandados (). Dicha servidumbre de paso atraviesa la finca de los demandados de Sureste a Noroeste, por el límite sur de la misma, en paralelo al desagüe existente, tiene una anchura suficiente para el ejercicio de derecho de paso de personas y maquinaria agrícola. Condeno a los demandados a eliminar los obstáculos por ellos colocados y que impiden el paso. Se impone a los demandados el pago de las costas procesales»

Tercero: La representación procesal de la parte demandada interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, esta dictó sentencia en fecha 18 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cosme S. P. contra la sentencia de nueve de abril de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Monzón en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos al citado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada».

Cuarto: El procurador Sr. Laguarta Recaj, actuando en nombre y representación de don Cosme S. P., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en infracción por indebida aplicación del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha de 3 de julio de 2009 providencia por la que se daba traslado a las partes para alegaciones sobre la concurrencia de una posible causa de inadmisión del recurso de casación interpuesto por hacer «supuesto de la cuestión». Formuladas alegaciones al respecto, por auto de 7 de septiembre de 2009 se admitió el recurso a trámite en cuanto a la infracción de norma sustantiva que se aduce, contemplada desde una valoración de los hechos idéntica a la constatada en la instancia, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición en tiempo y forma, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre del presente año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— Los actores, don Joaquín y don José E. S., interpusieron ante los juzgados de

Primera Instancia de Monzón (Huesca), en fecha de 31 de julio de 2007, demanda frente a don Cosme S. P. y su esposa doña Mª José P. P., en la que ejercitaban una acción confesoria de servidumbre de paso a favor de la parcela catastral núm. del polígono del término municipal de Monzón (Huesca), y subsidiariamente formulaban acción constitutiva de servidumbre forzosa de paso.

Por lo que se refiere a la primera de dichas acciones, alegan en su demanda que tanto ellos como los anteriores propietarios han tenido acceso a la mentada parcela, la catastral núm. del polígono, a través de la finca de los demandados, la parcela núm. del polígono , habiendo utilizado de forma pública, pacífica e ininterrumpida un paso de anchura suficiente para personas y maquinaria agrícola, situación que se prolongó durante más de diez años, y como estamos ante una servidumbre aparente, se adquirió el derecho de paso por usucapión, a tenor de lo establecido en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

— El demandado Sr. S. P. se personó en autos y se opuso a ambas pretensiones (principal y subsidiaria), y tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Monzón, en fecha de 9 de abril de 2008, sentencia por la que, estimando la pretensión principal, se declara que la finca de los actores «está beneficiada con una servidumbre de paso adquirida por usucapión, que grava la finca colindante de los demandados», la cual discurre «por el límite sur de la misma, en paralelo al desagüe existente», y «tiene una anchura suficiente para el ejercicio de derecho de paso de personas y maquinaria agrícola».

— Interpuesto recurso de apelación por el demandado-personado, don Cosme S P, este alegó, entre otras cosas, que la simple existencia de rodaduras de un vehículo no es suficiente para convertir la servidumbre de paso en aparente, pues las mismas pueden ser circunstanciales. Sustanciado dicho recurso, al que se opusieron los actores-recurridos, recayó el 18 de marzo de 2009 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que se confirma íntegramente la de instancia, expresándose en el fundamento de derecho segundo, entre otras cosas, que las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes permiten «apreciar un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela núm. y que nace en el camino vecinal que, por el Este, discurre junto a la parcela núm. de los demandados».

— Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca se formuló por el Sr. S. P. recurso de casación por interés casacional, en el que pidió se deje la misma sin efecto y se acuerde desestimar la demanda en lo que respecta a la acción confesoria ejercitada por entender que la servidumbre de paso que nos ocupa no es aparente, remitiéndose el procedimiento al Juzgado de Primera Instancia de Monzón o a la Audiencia Provincial de Huesca para que resuelva la acción constitutiva de servidumbre forzosa de paso formulada por la actora con carácter subsidiario.

Segundo: La Compilación del Derecho Civil de Aragón establece en su artículo 147 que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres. Por lo que se refiere a la servidumbre

que nos ocupa, la de paso, es aparente en unos casos y en otros no, ya que puede ejercitarse por un lugar determinado, con signo visible de su uso, un camino o un carril por ejemplo, o sin dejar signo exterior visible de su ejercicio.

Pues bien, la cuestión a debate en esta sede radica en dilucidar si en el supuesto de autos nos hallamos ante una servidumbre de paso aparente a los efectos de poder adquirirla por usucapión conforme al artículo 147 de la Compilación. A este respecto, la Audiencia Provincial de Huesca procedió a revisar nuevamente la prueba practicada en primera instancia, y a la vista de las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes, aprecia la existencia de «un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela núm. y que nace en el camino vecinal que, por el Este, discurre junto a la parcela núm. de los demandados», añadiendo que «esta apreciación, junto con la declaración de una parte de los testigos, permite concluir que los demandantes han estado utilizando dicho paso o camino para acceder a su finca –parcela núm. del polígono– desde que adquirieron la finca en 1995 y antes quien se la transmitió, pues es un hecho que tras la construcción del desagüe por la Confederación Hidrográfica del Ebro en la década de los sesenta –folio 294– los propietarios de las cuatro parcelas llegaron a un acuerdo, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, en función del cual han estado pasando los demandantes por la finca de los demandados».

Por lo tanto, la Audiencia Provincial, tras una apreciación global y conjunta de la prueba practicada, estima la existencia de signos exteriores (camino o paso) que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre y que dicha situación se prolongó durante más de diez años, tiempo necesario para la adquisición del derecho de paso por usucapión, a tenor de lo prevenido en el artículo 147 de la Compilación.

Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo, al precisar el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2008, entre otras muchas).

Sentado lo anterior, es obvio que aquí debe estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria en que se basa la sentencia recurrida.

En consecuencia, como la Audiencia Provincial de Huesca aprecia la existencia de un camino o carril revelador de la servidumbre y que dicha situación se prolongó más de diez años (continuidad o permanencia del signo exterior), se llega a la conclusión de que nos hallamos ante una servidumbre aparente, a tenor de la noción que de la misma se contiene en el Código Civil, y por tanto la sentencia recurrida no infringió el artículo 147 de la Compilación.

Tercero: Aduce el recurrente que los signos exteriores que se aprecian en las fotografías aportadas por los actores son insuficientes para estimar que nos encontra-

mos ante una servidumbre aparente, toda vez que los signos visibles que reflejan dichas fotografías pueden responder a un uso circunstancial, pero debe estarse, como dijimos, a la valoración probatoria realizada en la instancia, habiendo estimado la Audiencia Provincial de Huesca, a la vista de las fotografías aéreas y de «la declaración de una parte de los testigos», que se dan los requisitos exigidos por el artículo 532 del Código Civil para apreciar la existencia de una servidumbre aparente.

Entiende el Sr. S que una servidumbre de paso sólo puede ser considerada aparente si se trata de una franja de tierra que haya sido «preparada y apisonada como camino» para el acceso al predio dominante de personas, animales o vehículos, pero tal postura no puede acogerse.

La distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes no fue formulada por el Derecho Romano, sino que se perfiló en la elaboración medieval, plasmándose finalmente en el Código de Napoleón y en los posteriores. Ahora bien, mientras unos Códigos tienen una noción amplia de las servidumbres aparentes, limitándose a exigir un signo exterior y visible, otros por el contrario concretan el signo en obras, así el francés o el italiano de 1942.

La palabra signo equivale a señal, indicio. Este último término se emplea por el mismo artículo 532 al definir las servidumbres no aparentes. No se necesita por tanto ninguna obra, sino que basta una señal del paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ciertamente las obras destinadas al ejercicio de la servidumbre son signos exteriores y visibles de su existencia, pero no el único: cabe la existencia de otros, dado que el concepto del término signo es más amplio que el del término obra.

Por lo tanto, la noción que propugna el recurrente, en cuanto requiere para que una servidumbre de paso sea considerada aparente la realización de obra (que la tierra haya sido «preparada y apisonada como camino»), no es conforme al Código Civil, que solo exige la existencia de un signo exterior visible que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

La fórmula postulada por la parte recurrente es más precisa y elimina dudas, pero ello es a base de separarse de la noción legal, adoptando otra más restrictiva. Nuestro legislador solo exige la existencia de un signo exterior que esté continuamente a la vista y sea revelador del uso de la servidumbre, por lo que en caso de tratarse de un camino o carril, basta con que el mismo sea fruto del mero acto de pasar, que al repetirse acaba dejando signos visibles, sin que sea preciso la realización de trabajos específicamente dirigidos a preparar y apisonar una franja de tierra (obra).

Finalmente, es de señalar que no hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de la servidumbre a que se refiere. Basta, según la opinión común, que el signo exterior revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre, lo que nos sitúa ante una cuestión de hecho a determinar en cada caso a la vista de la prueba de autos. Ello explica la aparente contradicción al respecto entre sentencias, que, por lo general, no es tal, pues parten de la noción legal recogida en el artículo 532 del Código Civil y llegan a conclusiones distintas en función de los datos fácticos concurrentes en cada supuesto. En suma, el presente recurso debe ser desestimado, manteniéndose la resolución impugnada.

Cuarto: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 8/2009, interpuesto por el Procurador don Mariano Laguarta Recaj, en nombre y re-

presentación de don Cosme S. P., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha de 18 de marzo de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3

NÚM. 3

A. TSJA de 16 de abril de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec. al tener naturaleza incidental.*** **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: (voto particular):** ***Los Magistrado disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista en la Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 205, 447, 455, 466, 477.2, 478.1, 481, 483.4, 771.775, 787, 809 y 810 Lec.; art. 1.6 Cc.; arts. 1, 2 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 73.1.a, 260 LOPJ.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

VOTO PARTICULAR: ***Excmo. señor Zubiri de Salinas e Ilmo. señor Martínez Lasierra.***

Zaragoza a dieciséis de abril de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchís actuando en nombre y representación de doña M. A. B., presentó ante la Audiencia Provincial de Teruel escrito de preparación de recurso de casación por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso frente a la sentencia de fecha de 30 de noviembre de 2009, dictada por dicha Audiencia en el rollo núm. 186/2009, dimanante de autos de liquidación de régimen económico núm. 372/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. Dos de Teruel. Por providencia de fecha 11 de diciembre de 2009 se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición que se basó en los siguientes motivos: Primero. Que no siendo el presente recurso de casación una tercera instancia, habrá que estar a lo declarado probado en la sentencia de instancia; Segundo. En cuanto a las cantidades percibidas por el Sr. T. de la entidad «M C S», se considera infringido el artículo 30.1 apartado c) de la Ley 2/2003, por aplicación indebida, y también se infringe el artículo 28, en sus apartados d) y f), de la misma norma, por inaplicación; y Tercero. Respecto a las cantidades percibidas por el Sr. T. de la entidad «MDADZ», se considera infringido el

artículo 30.1 apartado c) de la Ley 2/2003, por aplicación indebida, y también se infringe el artículo 28, en su apartado d), de la misma norma, por inaplicación. Tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se registró el recurso de Casación con el número 2/10 y comparecidas, por la parte recurrente, la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Serrano Méndez, y por la parte recurrida la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Isiegas Gemer, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso formulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por providencia de 4 de marzo del presente se dio traslado a la partes por diez días para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas con respecto a la concurrencia de las posibles causas de inadmisibilidad: «1. Falta de expresión del inciso del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que se articula el recurso. 2. Estar excluida la resolución dictada de la posibilidad de ser recurrida en casación. Al respecto, debe tenerse en cuenta que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que deben ser inadmitidos los recursos en materia como la que es objeto del presente recurso, de práctica de inventario y liquidación de los bienes integrados en el régimen económico matrimonial por los cauces previstos en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina sostenida por ejemplo, en autos de 10 de febrero de 2004 (recurso 124/03), 15 de julio de 2008 (recurso 65/2006), o 12 de mayo de 2009 (recurso 573/2005).»

Haciéndolo las partes dentro de plazo.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Razonamientos jurídicos

Primero: El recurso de casación presentado por la representación procesal de doña M. A. B. contra la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel se formula en procedimiento previsto en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial.

Como se señaló en la providencia dictada en el presente recurso el día 4 de marzo pasado, el Tribunal Supremo ha sentado Jurisprudencia de modo reiterado con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación formulados en procedimientos como el presente, de modo que el alto tribunal tiene una consolidada doctrina jurisprudencial en el sentido de que en tales procedimientos no es admisible el recurso de casación, por no darse el presupuesto legal exigido por el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de fecha de 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 4 de marzo pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica, (Fundamento de Derecho 2): (...). *Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 1/2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado* 2 *del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 1/2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia,*

como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo. (…)

Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 1/2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 1/2000) (…).

(…) Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001 formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario, en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos). (...).

Segundo: La invocación por la parte recurrente de lo ordenado en el artículo 2 de la Ley de Aragón, 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa como razón de admisión del recurso no modifica lo ya expuesto, puesto que esta norma prevé como sentencias recurribles las dictadas en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida. De modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón.

Tercero: En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que hace innecesario pronunciamiento sobre otros posibles motivos de inadmisión.

Cuarto: No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados demás de general aplicación.

La sala acuerda por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M. A. B. contra la Sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel en el rollo de apelación núm. 186/09 dimanante de los autos de juicio verbal –liquidación de régimen económico matrimonial– núm. 372/08 del Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Teruel.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia.

Así lo acuerdan, mandan y firman, el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala, anunciando Voto Particular el Excmo. Sr. Presi-

dente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

Voto particular

Que formulan los Magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al Auto de esta Sala dictado el dieciséis de abril del presente año en el rollo de recurso de casación, núm. 2/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Teruel.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

AUTO

En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de Derecho, que deberían ser los siguientes:

Fundamentos de derecho

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al cumplirse el requisito de la cuantía, superior a 3.000 euros, y lo basa en la infracción del artículo 30, apartados b) y c) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial, así como del articulo 28, apartados d) y f), de la misma Ley.

Segundo: En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, argumentando que las partidas discutidas tienen un valor superior a los 3.000 euros requeridos en el citado precepto, por lo que debe entenderse que, efectivamente, se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 30, apartados b) y c) de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial, así como del articulo 28, apartados d) y f), de la misma Ley aragonesa.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.

La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisa-

mente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría.

Tercero: El Auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de Derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El art. 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de esta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obligadas a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicias;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que esta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el art. 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del Derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

Cuarto: El escrito inicial del procedimiento es de solicitud de inventario –debe entenderse de formación de inventario– pero la parte demandante ni siquiera lo dirige en ese primer trámite a la liquidación del régimen económico del matrimonio, aunque indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas

será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (art. 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que carece de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que *«la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes»*, de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario.

Quinto: Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de *«sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque la LEC 1/2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial»* (Auto de 7 de noviembre de 2006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 1/2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: *«Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia* de cualquier tipo de proceso civil *podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación»*. Debe partirse, pues, de la que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo Capítulo III del Título 1 del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, señala el artículo 455 que «las sentencias dictadas en toda clase de juicio, *los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables»*. Luego el recurso de apelación permite en los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que *«la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas»*, y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y las sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 1/2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resol-

ver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley *15/2005,* de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 1/2000 que *«el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación»*, recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, *«por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 1/2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala»*.

Pero ya en el Auto de 5 de diciembre de 2006, recurso 2578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en Juicios de separación o divorcio que el criterio *«cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio»*, debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modificación de medidas definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el Auto de 13 de enero de 2009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación *«circunscrito al ordinal tercero del artículo* 477.2 *de la LEC 1/2000, habida cuenta del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo* 477.2, *lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional»,* lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810, resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declaración de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de

prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo *«sobre todas las cuestiones suscitadas»* no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

Sexto: La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentivación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y división y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la cuantía del recurso permite su acceso a casación, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, *en la interpretación discrepante que hemos argumentado,*

Proponemos la siguiente parte dispositiva:

La Sala Acuerda:

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento

del presente recurso de casación por razón de la cuantía y se admite a trámite.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de veinte días puedan formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a veinte de abril de dos mil diez.

4

NÚM. 4

A. TSJA de 16 de abril de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec.al tener naturaleza incidental.*** **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: (voto particular)** ***: Los Magistrado disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista el Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 205, 447, 455, 466, 477.2, 478.1, 481, 483.4, 771, 775, 787, 809 y 810 Lec.; art. 1.6 Cc.; arts. 1, 2 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 73.1.a, 260 LOPJ.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.***

VOTO PARTICULAR: ***Excmo. señor Zubiri de Salinas e Ilmo. señor Martínez Lasierra.***

Zaragoza a dieciséis de abril de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador don David Sanau Villarroya, actuando en nombre y representación de don J. G. C., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha 26 de enero de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación civil núm. 450/2009, dimanante del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial núm. 509/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta Ciudad, y por providencia de fecha de 5 de febrero pasado se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, relativo a si es o no procedente la inclusión en el activo consorcial del valor de las mejoras llevadas a cabo en el negocio-estanco privativo del esposo, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala, con emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de casación núm. 6/2010.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la posibilidad de inadmisión, dado que el Tribunal Supremo considera que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno del procedimiento para la liquidación

del régimen económico matrimonial sustanciado por el cauce de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son recurribles en casación (autos de 10 de febrero de 2004, 7 de noviembre de 2006 y 15 de julio de 2008, entre otros), se acordó por providencia de fecha 8 de marzo de 2010 oír a las partes por diez días, habiendo presentado ambas escrito de alegaciones.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Femández Álvarez.

Fundamentos jurídicos

Primero: El presente recurso de casación tiene por objeto dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo consorcial del valor de las mejoras llevadas a cabo en el estanco del esposo, cuestión que se suscita en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sustanciado por los cauces de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como se señaló en la providencia de fecha 8 de marzo pasado, el Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil.

Así, por ejemplo, en el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 8 de marzo pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica (Fundamento de Derecho 2):

Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.

Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…).

Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de

2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos).

Segundo: La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón.

Tercero: En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto: No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

La sala acuerda por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por el Procurador don David Sanau Villarroya, en nombre y representación de don J. G. C., frente a la sentencia de fecha 26 de enero del presente año, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recaída en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial numo 509/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta Ciudad.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Sección de la Audiencia Provincial.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala, anunciando Voto particular el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

Voto particular

Que formulan los Magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al Auto de esta Sala dictado el dieciséis de abril del presente año en el rollo de recurso de casación, núm. 6/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

AUTO

En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de derecho, que deberían ser los siguientes:

Fundamentos de derecho

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia

pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los apartados 2, número 2º del mismo y el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al cumplirse el requisito de la cuantía, superior a 3.000 euros, y lo basa en la infracción del artículo 36 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y de viudedad.

Segundo: En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, argumentando que la cuestión litigiosa tiene un valor superior a los 3.000 euros requeridos en el citado precepto, por lo que debe entenderse que, efectivamente, se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 36 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.

La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisamente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría.

Tercero: El Auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de Derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El art. 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de esta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obliga-

das a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicias;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que esta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el arto 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del Derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

Cuarto: El escrito inicial del procedimiento es de solicitud de formación de inventario, como primer trámite para la liquidación del régimen económico del matrimonio, dirigido inicialmente al inventario de masas comunes y privativas para, posteriormente, llegar a la liquidación del patrimonio común con la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (artículo 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que carece de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que *«la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes»*, de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario.

Quinto: Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de *«sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque la LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial»* (Auto de 7 de noviembre de 2006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: *«Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia* de cualquier tipo de proceso civil *podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación»*. Debe partirse, pues, de la que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo Capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, seña-

la el artículo 455 que «las sentencias dictadas en toda clase de juicio, *los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables*». Luego el recurso de apelación permite en los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que *«la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas»*, y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y las sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 2000 que *«el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación»*, recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, *"por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala»*.

Pero ya en el Auto de 5 de diciembre de 2006, recurso 2.578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio que el criterio *«cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de* 8 *de julio»*, debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modificación de medidas

definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el Auto de 13 de enero de 2009, recurso *457/2008,* determina la consecuencia de su acceso a la casación *«circunscrito al ordinal tercero del artículo* 477.2 *de la LEC 2000, habida cuenta del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo* 477.2, *lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional»,* lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810, resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declaración de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo *«sobre todas las cuestiones suscitadas»* no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

Sexto: La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentivación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y división y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la cuantía del recurso permite su acceso a casación, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, *en la interpretación discrepante que hemos argumentado,*

Proponemos la siguiente parte dispositiva:

La Sala Acuerda:

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación por razón de la cuantía y se admite a trámite.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de veinte días puedan formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a veinte de abril de dos mil diez.

5

NÚM. 5

S. TSJA de 12 de mayo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Deber de crianza y educación: Gastos de los hijos mayores o emancipados*: Como regla general, el advenimiento de la mayoría de edad de los hijos conlleva en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación. Con todo la LDP establece en su art. 66 una excepción: seguirá la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación aun cuando el hijo sea mayor de edad siempre y cuando el hijo 1) no haya completado su formación profesional y , además, 2) no tenga recursos propios para sufragar él mismo tales gastos. El mantenimiento de esta obligación de los padres tiene carácter excepcional, como se deduce de la norma, ya que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento y sólo el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete.* **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITO-**

RIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: ***Estima el magistrado disidente que este asunto no es objeto de recurso de casación sino de infracción procesal puesto que la solución del caso depende de la valoración de la prueba: si el hijo tiene o no recursos suficientes para cubrir sus gastos de sustento, habitación y vestido, habiendo dos valoraciones distintas: la del Juzgado, que consideró que sí, y extinguió la obligación del padre; y la de la AP, que consideró que no es suficiente, y por ello revocó el fallo en la Instancia y mantuvo la obligación de crianza del padre. En el recuso de casación debe estarse a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada, esto es, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferente a la efectuada por la AP, por ello no se debe variar este hecho y en consecuencia se debe desestimar el recurso de casación.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 55, (ahora 58 CDFA), 66 LDP (ahora 69 CDFA); arts. 93, 142, 143, 152.3 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

VOTO PARTICULAR: ***Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.***

Zaragoza a doce de mayo de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 1/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 17 de noviembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 446/2009, dimanante de autos de modificación de medidas numero 1312/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Manuel M. B., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar y dirigido por el Letrado don Damián Prieto Crespo, y como recurrida doña Rosalía G. G., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Julia Bordetas Aguado y dirigida por la Letrada doña Mercedes López Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de don Manuel M. B., presentó demanda de modificación de medidas en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde «la modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio núm. 851/2003, de fecha 19 de diciembre de 2003, autos de divorcio con consentimiento núm. 925/2003-B, declarando extinguida la pensión de alimentos a favor del hijo común don Francisco Manuel M. G., con efectos desde la presentación de la demanda.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, quién compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la celebración de vista pública, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimo en la forma indicada la demanda interpuesta por Manuel M. B. contra Rosalía G. G. y decreto la modificación de medidas definitivas solicitada acordando, con efectos de la fecha de esta sentencia, la extinción de la obligación de abono por el demandante de pensión de alimentos para el hijo Francisco Manuel M. G. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, esta dictó sentencia de fecha de 17 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS. Que estimando en parte el recurso de apelación

interpuesto por doña Rosalía G. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6 de Zaragoza el 15 de abril de 2009, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de mantener la pensión alimenticia del hijo Francisco Manuel durante dos años desde el dictado de la presente resolución, transcurridos los cuales cesará la obligación de abono del padre, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de don Manuel M. B., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, y una vez que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en infracción del artículo 66.1 de la Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona y del artículo 152.3 de Código Civil.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 1 de marzo de 2010 auto por el que se admitía el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 8 de abril de 2010 se señaló para votación y fallo el día 22 del mismo mes y año.

Habiendo sido designado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Femández Álvarez, como consecuencia de discrepancia en la votación asume la ponencia el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, formulando voto particular el Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

Fundamentos de derecho

Primero: Para la adecuada comprensión de la materia litigiosa es útil consignar, con carácter previo, los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— Don Manuel M. B. y doña Rosalía G. G. contrajeron el 5 de mayo de 1979 matrimonio canónico, de cuya unión tuvieron dos hijos, María Nieves y Francisco Manuel, nacidos, respectivamente, el 17 de noviembre de 1981 y el 14 de marzo de 1986.

— El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó en fecha 12 de junio de 2000 sentencia de separación de los cónyuges, aprobando el Convenio suscrito por ellos el 3 de mayo de 2000.

— Por sentencia de 19 de diciembre de 2003, dictada por dicho Juzgado en autos de divorcio solicitado por don Manuel M. B. con el consentimiento de su esposa, se acordó la disolución del matrimonio, aprobando el nuevo Convenio regulador suscrito en fecha 5 de junio de 2003, cuya estipulación segunda dice así:

«El padre abonará a la madre en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos la cantidad de 223,23 euros mensuales por cada uno de ellos, es decir, en total 446,46 euros mensuales. Esta cantidad será ingresada por don Manuel M. B. en la cuenta que designe doña Rosalía G. G. a tal efecto, dentro de los primeros cinco días de cada mes, por mensualidades anticipadas, y se verá incrementada anualmente, tal y como se viene actualizando, de acuerdo con el índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo pudiera sustituir.

Los gastos extraordinarios de carácter médico, incluidos los quirúrgicos, de los hijos del matrimonio serán abonados por partes iguales por los progenitores. En cualquier otro gasto de carácter extraordinario que pueda surgir, los comparecientes acordarán de mutuo acuerdo la forma de abono, acudiendo al Juzgado de Familia que corresponda en caso de desacuerdo.

Los gastos que se generen en concepto de matrículas y libros por los estudios universitarios que pudieran cursar los hijos del

matrimonio también serán abonados por mitades por los padres.

Tanto los gastos extraordinarios de carácter médico, incluidos los quirúrgicos, como los gastos en concepto de matrículas y libros a los que se alude en esta estipulación, deberán ser justificados documentalmente para su abono.

(...)

La pensión de alimentos a favor de los hijos y la obligación de abono de los gastos extraordinarios, de matrículas y libros, fijadas en esta estipulación, se extinguirán cuando los hijos se independicen de su madre o realicen cualquier trabajo remunerado que les permita mantenerse por sí mismos».

— La pensión de alimentos a favor de la hija común, doña María Nieves M. G., quedó extinguida mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en el proceso de modificación de medidas núm. 1623/04-B de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de esta Ciudad, al haberse acreditado que había dejado los estudios y que trabajaba por cuenta ajena, obteniendo ingresos que le permitían mantenerse por sí misma.

— En fecha de 30 de octubre de 2008, don Manuel M. B. presentó ante dicho Juzgado demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, en la que pide se declare extinguida la pensión de alimentos a favor del hijo común, don Francisco Manuel M. G., a la sazón de 22 años de edad, alegando que había abandonado los estudios y se había insertado en el mercado laboral, obteniendo una remuneración que le permitía atender a sus necesidades.

Segundo: La sentencia que resolvió la demanda de modificación de medidas, dictada el día 15 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia, tras exponer las diversas circunstancias que debían ponderarse para concluir si el hijo don Francisco Manuel dependía económicamente de sus padres, y valorar pormenorizadamente la prueba obrante al respecto, concluyó que era hecho acreditado que había alcanzado una inserción definitiva en el mercado de trabajo, percibiendo remuneraciones superiores a la pensión alimenticia que venía abonando su padre y, además, que podía contribuir en parte al sostenimiento del hogar familiar, en el que convive con su madre y hermana, ambas insertadas en el mercado laboral. En consecuencia, valorando como hecho definitivo la incorporación y capacitación de don Francisco Manuel para el mercado laboral, acordó la extinción de la pensión que le abonaba el padre, don Manuel.

Apelada la anterior resolución por la representación procesal de la madre, doña Rosalía, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, dictó sentencia el día 17 de noviembre de 2009 que revocaba parcialmente la del Juzgado, con base principal en entender que, si bien concurría la inserción laboral del hijo del matrimonio, con abandono de su formación académica, sin embargo no cabía, dados sus ingresos acreditados, suprimir de plano la pensión alimenticia. Por lo que, en lugar de la extinción de la pensión acordada por la resolución de primera instancia, acordó el mantenimiento de la pensión durante dos años desde el dictado de la sentencia.

Presentado recurso de casación contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial, es primer motivo de impugnación la infracción, por no aplicación, del artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 23 de diciembre, de Derecho de la Persona, ya que entiende el recurrente que, conforme a tal norma, el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad únicamente se debe mantener cuando el hijo cumpla simultáneamente el no haber completado su formación profesional y el no tener recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación.

El segundo motivo del recurso de casación se basa en la infracción del artículo 152 apartado 3 del Código Civil, ya que, según argumentación del recurrente, se dan los motivos previstos en tal norma

para cesar la obligación de alimentos que fijó la sentencia, puesto que el alimentista puede ejercer oficio, profesión o industria y no le es necesaria la pensión para su subsistencia.

Por tanto, ambos motivos de casación encuentran su fundamento en distinta norma, y también es diferente el título originario de cobro de la pensión en cada caso, pues el artículo 66 de la Ley 13/2006 regula la prolongación de la obligación derivada de la autoridad familiar que relaciona a padres con hijos menores, mientras que el artículo 152.3 del Código Civil, por referencia con los artículos 142 y 143, se refiere a un deber más amplio, generado por el mero vínculo familiar.

Tales diferencias entre uno y otro motivo de casación no obstan, sin embargo, a considerar que es mejor su tratamiento conjunto en esta resolución, dada la indudable vinculación que se da en los autos entre uno y otro fundamento de la impugnación, y por la común naturaleza que comparten, ya que los mismos cuerpos legales citados los relacionan, pues el artículo 93 del Código Civil se refiere a la obligación de alimentos del artículo 142 como vinculada a la situación de crisis matrimonial y su derivada de prestación de alimentos de padres e hijos, mientras que el artículo 55 de la Ley 13/2006 ordena que la asistencia entre padres e hijos, comprensiva de la obligación de prestar alimentos, se mantiene durante toda la vida. Y también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencias de 3 de octubre de 2008 y 24 del mismo mes y año) se ha pronunciado afirmativamente sobre la indudable vinculación de las obligaciones de alimentos derivadas de la relación paterno filial con la más general propia de la relación familiar más extensa.

Tercero: Por lo que respecta a la Ley de Aragón 13/2006, establece en su artículo primero la mayoría de edad en los 18 años, y declara de modo expreso que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley. Mayoría de edad que conlleva, en los términos que emplea la misma Ley al tratar de la emancipación en el artículo 30 que, a partir de los 18 años, la persona rige su persona y bienes, aunque existan casos especiales en que se excepciona a tal norma general.

Tales casos especiales pueden venir dados por varias causas, de las que la propia Ley 13/2006 regula dos de modo específico: las derivadas de la declaración de incapacidad de la persona prevista en los artículos 31 y 42, y que darán lugar a la exclusión o limitación del reconocimiento de plena capacidad que atribuye la mayoría de edad; y las causas que ahora interesan, derivadas de la necesidad de que el descendiente continúe su formación no culminada, aunque haya alcanzado la mayoría de edad y sea ya plenamente responsable de sus actos y único habilitado para ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones.

Más en concreto, y en lo referente a la normativa específica para la consecución de la adecuada formación, mientras se es menor de edad, el artículo 62 ordena, dentro del contenido propio de la autoridad familiar, que quienes la ejercen tienen atribuida la crianza y educación de los hijos y comprende, entre sus derechos y deberes, el previsto en el artículo 62.c) de «Educarlos y procurarles una formación integral...».

Esta obligación, al igual que los demás derechos y deberes que integran la autoridad familiar terminará, con carácter general, cuando la propia autoridad familiar se extinga, esto es, cuando el hijo sea emancipado o alcance la mayoría de edad.

Por tanto, en conclusión conforme a la normativa básica y general recogida en la Ley 13/2006, el advenimiento de la mayoría de edad conlleva, en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación.

Cuarto: Ahora bien, como ya se adelantó, al lado de la terminación de la obligación de crianza y educación por alcanzarse la mayoría de edad, la repetida Ley 13/2006

establece sin embargo una importante excepción en su artículo 66, en el caso de que sean los padres los titulares de la autoridad familiar. Literalmente, tal norma prevé «l. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. el deber al que se refiere el apartado anterior, se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.»

En consecuencia, conforme a tal precepto, y como ya se trató en sentencia dictada por esta misma Sala el día 2 de septiembre de 2009, para que se mantenga la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, aun habiendo alcanzado el descendiente la mayoría de edad, es preciso que el hijo no haya completado su formación profesional y, además, que no tenga recursos propios para sufragar, él mismo, tales gastos. El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma, cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. Además de que, salvo acuerdo expreso u orden judicial, en ningún otro caso se extenderá más allá de los 26 años, sin perjuicio del derecho a reclamar alimentos.

La regulación del Código Civil respecto de alimentos entre mayores de edad y no derivada de la prórroga de las obligaciones del mismo Código respecto de la patria potestad que es invocada por el último apartado del artículo 66 de la Ley 13/2006, viene recogida en los artículos 142 a 153. Esta normativa, lejos de ser más amplia que la del artículo 66 de la Ley 13/2006 es, por contrario, más exigente, pues para la fijación y mantenimiento de la pensión al alimentista requiere que la necesite para lo indispensable, y prevé su cese en cuanto no sea precisa para la subsistencia.

Quinto: En el caso de los presentes autos, los hechos declarados probados y ponderados en primera instancia, no contradichos por la sentencia de apelación, y los propios datos fácticos que son recogidos como acreditados en la sentencia de segunda instancia y recurrida ahora, evidencian que el hijo, de 22 años de edad, terminó sus estudios, logrando una inserción definitiva en el mercado laboral, y tienen por probado, asimismo, que la cantidad que percibe por su trabajo le permite tanto su propio sostenimiento como contribuir al del hogar en que convive en compañía de su madre y de su hermana, ambas también empleadas.

Dado que, por tanto, el hijo que alcanzó la mayoría de edad terminó su formación, y accedió con normalidad al mercado laboral, está ausente el requisito de no haber completado la formación profesional previsto en el artículo 66 para continuar la obligación, propia de la autoridad familiar, de pago de crianza y educación que termina normalmente con la mayoría de edad. Además, consideran acreditado que percibe lo suficiente para su sustento, de modo que no se da el motivo razonable exigido por el mismo artículo 66 de la Ley 13/2006 ni los requisitos exigidos por el artículo 142 por relación al artículo 152.3 del Código Civil para que se continúe con el pago de tales gastos por parte de los padres. En consecuencia, debe estarse a la extinción de la obligación de pago de pensión que venía abonando el padre como derivada de la autoridad familiar de que era titular respecto del hijo.

La terminación de la causa que justificaba el mantenimiento de la obligación de pago de pensión durante varios años aun después del cese de la autoridad familiar fue total desde que cesó el motivo de com-

pletar la formación profesional que la legitimaba, y al no resultar del artículo 66 de la Ley 13/2006, ni de la regulación del Código Civil, ni de los hechos considerados probados en la instancia, justificación para mantener la pensión dos años o cualquier otro período, no fue ajustada a las citadas previsiones legales la sentencia recurrida cuando ordenó mantener la pensión por dos anualidades. Por ello, finalmente, estimando el recurso extraordinario interpuesto contra tal resolución, procede su casación, acordando estar, en su lugar, al pronunciamiento que contiene la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Sexto: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando el recurso de casación no procede hacer expresa imposición de las costas causadas, sin que existan motivos que justifique la imposición de las causadas en la segunda instancia.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimando el recurso, procede ordenar en la misma resolución la devolución de la totalidad del depósito constituido por el recurrente, por lo que se acordará en consecuencia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Manuel M. B. contra la sentencia dictada el día 17 de noviembre de 2009 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos y dejamos sin efectos.

En su lugar acordamos que se estará a los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. Seis, el día 15 de abril de 2009 en procedimiento de Modificación de medidas, núm. 1.312 de 2008.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en pnmera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para la presentación del recurso de casación.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

Voto particular

Que formula el Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el doce de mayo del presente año en el rollo de casación, núm. 1/2010, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió de ser la siguiente:

SENTENCIA

En Zaragoza a trece de mayo de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

Fundamentos de derecho

Primero: Se admite el de la resolución de la mayoría, añadiendo los siguientes párrafos:

— La expresada demanda dio lugar a los presentes autos, y una vez sustanciado

el procedimiento por sus trámites, recayó sentencia de fecha de 15 de abril de 2009 en la que se declara extinguida la pensión de alimentos a favor de don Francisco Manuel M. G.

— Interpuesto recurso de alzada, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial se dictó sentencia de fecha de 17 de noviembre de 2009, la cual revoca parcialmente la del Juzgado, acordando mantener la pensión alimenticia del hijo común durante dos años desde la fecha de la sentencia, transcurridos los cuales cesaría la obligación de pago del padre.

Segundo: Aduce el recurrente como motivo único de casación que la sentencia ha infringido, por inaplicación, el art. 66.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, y el 152.3º del Código Civil.

El mentado artículo 66.1 dice así:

«Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.»

Por su parte el art. 152.3º del Código Civil dispone que la obligación de dar alimentos cesará «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.»

Por otro lado, en la estipulación segunda del convenio regulador aprobado judicialmente se establece que la pensión de alimentos y la obligación de abono de los gastos extraordinarios «se extinguirán cuando los hijos se independicen de su madre o realicen cualquier trabajo remunerado que les permita mantenerse por sí mismos.»

Pues bien, la cuestión a debate en el proceso de autos radica en dilucidar si los ingresos del hijo común son suficientes para cubrir sus gastos de sustento, habitación, vestido y asistencia médica, encontrándonos con dos valoraciones probatorias distintas, una la del Juzgado, que tras una apreciación global y conjunta de la prueba practicada, estima que sí los son, y otra la de la Audiencia Provincial, que llega a una conclusión probatoria distinta en razón fundamentalmente a que don Francisco Javier M. G. fue contratado a tiempo parcial y solo tiene garantizado un mínimo de 50 horas al mes, lo que supone unos ingresos netos mensuales de 356,42 euros (véase el folio 142 de los autos), extremo que esta Sala fija haciendo uso de la denominada «integración del *factum*», facultad autorizada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de enero de 1998, 30 de abril de 1999, 19 de febrero, 28 de junio y 27 de noviembre de 2000, etc.).

Sentando lo anterior, como aquí nos hallamos ante un recurso de casación por interés casacional *debe estarse a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada*, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferencia de la efectuada por la Audiencia Provincial, eludiendo así la base fáctica contenida en la sentencia recurrida.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1955 señala lo siguiente:

«CONSIDERANDO: Que si bien el único motivo del recurso se fundamenta en el número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando que el fallo recurrido ha violado por inaplicación el artículo 152, número 3º, del Código Civil, y la doctrina de esta Sala que se expresa en las dos sentencias que cita, es lo cierto que toda su argumentación se dirige a impugnar la cuantía de los alimentos definitivos fijados en la sentencia recurrida, sin tener en cuenta que ello no puede hacerse más que invocando error de hecho o de Derecho por el cauce del número 7º del citado artículo 1692 de la Ley Procesal, y al no ha-

cerlo así, es evidente que no puede prosperar el recurso, pues es facultad del Tribunal «a quo» apreciar, con examen de la prueba practicada, cuál sea la posición económica y social del obligado a prestar alimentos y las necesidades del alimentista, cuestión de hecho que no puede ser sometida a casación más que a través del citado número 7º y en forma que se evidencie la existencia del error en que se haya podido incurrir.

CONSIDERANDO: Que de todas suertes, aunque pudiera entenderse que lo que se niega es la obligación de prestar alimentos a la hija que permanece soltera y vive en compañía de su madre, esposa del recurrente, por tener un modesto empleo, igualmente la apreciación de si sus ingresos son suficientes para atender a sus necesidades con la holgura relativa a la posición social de la familia y medios económicos del obligado a prestar alimentos, conforme a los artículos 142, número 1º, y 146 del Código Civil, es de apreciación del Tribunal de instancia como cuestión de hecho, que no puede ser combatida con base en el número 1º del articulo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el séptimo, y en todo caso es doctrina de esta Sala, reiteradamente expuesta y entre otras en sentencia de 27 de marzo de 1900, «que no desaparece en absoluto la obligación del que debe prestar alimentos cuando el obligado es alguna de las personas comprendidas en cualquiera de los cuatro números del artículo 143 del Código por sólo el hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si, no obstante por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir este y la posición social de aquélla, estima el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas» según repite la de 31 de diciembre de 1942.»

Pues bien, nuestro más Alto Tribunal viene insistiendo en que la distinción entre recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal no es coincidente con la anterior diferenciación entre recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, circunscribiéndose la función nomofiláctica del actual recurso de casación a las cuestiones sustantivas, lo que determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva a la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, abarcando también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la sentencia, de modo que el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba y de esta en su conjunto, se encuadra dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando la casación limitada a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (autos del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001; 22 de enero, 5 de febrero, 8 de octubre y 19 de noviembre de 2002; 25 de marzo, 1 de julio, 16 de septiembre y 21 de octubre de 2003, etc.), y en concreto tiene declarado que el error de hecho o de Derecho en la valoración de la prueba, antes incardinable en el motivo 7º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debe ahora ser denunciado, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal (véanse los autos del Tribunal Supremo de 22 de enero y 5 de febrero de 2001, 27 de noviembre de 2002, etc.).

En consecuencia, *como la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza estima acreditado que la inserción laboral a tiempo parcial de don Francisco Manuel M. G. es insuficiente para extinguir la pensión alimenticia que le abona el padre*, y tal valoración probatoria no ha sido modificada a través de la vía adecuada, el recurso extraordinario por infracción procesal (que en el caso que nos ocupa no cabía –disposición final decimosexta, regla 5ª–), se llega a la conclusión de que la *resolución impugnada, en cuanto sigue manteniendo dicha pensión alimenticia, es ajustada a Derecho,* pues el expresado juicio jurídico es correcto a tenor de la apreciación

probatoria efectuada por el Tribunal de instancia. Lo contrario supondría incurrir en el defecto casacional de «hacer supuesto de la cuestión».

Que nos hallamos ante un problema de valoración probatoria lo reconoce el propio recurrente, el cual, cuando en su día se opuso a la apelación formulada por doña Rosalía G G., manifestó que «lo que se pretende de contrario es sustituir la apreciación objetiva e imparcial del Juzgador *a quo* por su propia apreciación, que, lógicamente, es parcial, subjetiva y sesgada».

Ciertamente, lo procedente hubiese sido reducir el importe a entregar por el padre, en concordancia con la situación actual del hijo, pero como el Sr. M. B. no solicitó ni en la instancia ni en el presente recurso que se redujese la cuantía de la pensión alimenticia a su cargo fijada en el convenio regulador, nada cabe modificar ahora.

Tercero: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 1/2010, interpuesto por la Procuradora doña María Pilar Amador Guayar, en nombre y representación de don Manuel M. B., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 17 de noviembre de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Dése el destino legal al depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

NÚM. 6 6

S. TSJA de 23 de noviembre de 2010

83: LUCES Y VISTAS: SIGNOS APARENTES*: Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los voladizos, en pared propia o medianera que recaigan sobre fundo ajeno; no lo son ni la falta de voladizos, ni desde luego lo es el hecho de que el vecino del fundo vecino cuando construye deje un pequeño patio de luces y no tape las ventanas, este hecho debe enmarcase en un acto de mera tolerancia.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 1.2, 144.3, 145, 147 Comp. aragonesa; art. 582 Cc.***

PONENTE*: Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

En Zaragoza a veintitrés de septiembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 12/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 8 de marzo de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 158/2009, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 405/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, en el que son partes, como recurrente la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, representada por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigida por el Letrado don Julio Rojas Bejarano, y como recurrida la Comunidad de Propietarios del edificio de la A 0, núm. 18, de Jaca, representada por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas

Gemer y dirigida por el Letrado don Juan José Brun Aragüés.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Femández Álvarez.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don C Arcas A, actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la A O, núm. 18, de Jaca, presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «A) Se declare que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, y que mi representada puede por tanto edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. B) Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración. C) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca dictó sentencia en fecha de 10 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18 de Jaca contra Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, debo declarar y declaro que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18 de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, condenando a la parte demandada a estar a dicha declaración; no procede declarar que la actora puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. No se hace expresa imposición de costas procesales».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso e impugnó asimismo la sentencia, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Comunidad de Propietarios A O, núm. 18 de Jaca y revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, y en su lugar estimamos íntegramente la demanda y declaramos: 1. Que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio sitas en el lado Este del mismo. 2. Declaramos que la actora, Comunidad de Propietarios A O, núm. 18 de Jaca, puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. 3. Condenamos a la parte demandada, Comunidad de Propietarios de la A

O, núm. 20, a estar y pasar por dicha declaración. 4. Imponemos las costas de la primera instancia a la demandada y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por el recurso. Desestimamos el recurso de apelación adhesivo interpuesto por la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20 de Jaca, a la que condenamos al pago de las costas causadas a su instancia en esta alzada».

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales Sra. Esther del Amo Lacambra, actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del inmueble A O, núm. 20, de Jaca, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero. Por no aplicación en sus estrictos términos del artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (principio «Standum est Chartae») con el contenido que le alcanza según doctrina jurisprudencial contenida en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2008 en relación con la teoría de los «actos propios». Segundo. Por no aplicación en sus estrictos términos del artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Régimen normal de la servidumbre de luces y vistas) en el sentido dado al mismo por jurisprudencia como la contenida en la Sentencia del TSJA de 4 de febrero de 2004 en la que se señala la necesidad de dejar luz a la casa vecina impidiendo cegar sus ventanas, si esta no puede tener luz por sí misma o por otra parte, lo que debe ser puesto en relación con el contenido del artículo 7 del Código Civil (interdicción del ejercicio antisocial del derecho) y los artículos 33 (función social del derecho de propiedad) y 47 (derecho a una vivienda digna y adecuada) de la Constitución Española. Tercero. Por inaplicación en sus estrictos términos de los artículos 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en cuanto la Sentencia recurrida niega la posibilidad de adquisición de la servidumbre por usucapión, pudiéndose citar como sentencia contradictoria con la recurrida la de la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de diciembre de 1997, que considera la apertura de ventanas a patios de luces signo aparente de servidumbre que permite su adquisición por usucapión sin necesidad siquiera de justo título o buena fe. Cuarto. Por inaplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al condenar a esta parte en las costas de la primera instancia y del recurso adhesivo cuando dichos preceptos prevén la no imposición de costas para aquellos casos en que la cuestión presente serias dudas de hecho o de Derecho infringiendo con ello la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del TSJA de 10 de marzo de 2009, 18 de septiembre de 2008, 1 de octubre de 2007, 20 de octubre de 2006 y 13 de febrero de 2006.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 31 de mayo de 2010 providencia por la que se dio traslado a las partes para alegaciones respecto a la posibilidad de concurrencia de causa de inadmisibilidad de los motivos aducidos. Formuladas alegaciones, por auto de 30 de junio se admitió a trámite el recurso respecto del motivo tercero, inadmitiéndose los motivos primero, segundo y cuarto, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2010.

Fundamentos de derecho

Primero: Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— La casa de la Comunidad de Propietarios demandada, sita en la A O, núm. 20, de Jaca, fue construida por don, datando la escritura de declaración de obra nueva y

constitución en régimen de propiedad horizontal de 26 de mayo de 1969, y desde entonces tiene abiertas en pared propia cuatro ventanas con vistas sobre la finca vecina sin guardar la distancia marcada por el artículo 582 del Código Civil y sin estar provistas de reja de hierro remetida en la pared ni red de alambre, o protección semejante o equivalente.

— El inmueble de la Comunidad de Propietarios actora, sito en la A O, núm. 18, de Jaca, fue edificado varios años después, habiéndose otorgado la escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal el 5 de octubre de 1983. Cuando se realizó la construcción de dicho inmueble, no se cerraron los mentados huecos de la casa núm. 20, los cuales dan a uno de los dos patios de luces que tiene la casa señalada con el núm. 18.

— La Comunidad de Propietarios actora, tras acordar en el año 2005 la realización de obras que afectan a la superficie del expresado patio, procedió a interponer demanda de juicio ordinario frente a la Comunidad de Propietarios del inmueble núm. 20 de la A O, en la que ejercita acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, interesando se dicte sentencia por la que «se declare que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, y que mi representada puede por tanto edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo», y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como al pago de las costas del procedimiento.

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, y emplazada la Comunidad de Propietarios demandada, esta se personó en autos, pidiendo, en su contestación a la demanda, que se le absuelva de las pretensiones contra ella deducidas, con expresa condena en costas a la actora.

— Tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca, en fecha 10 de marzo de 2009, sentencia parcialmente estimatoria de la demanda: por un lado declara «que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo», y por otro, en base al artículo 7 del Código Civil, dispone que «no procede declarar que la actora puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo.»

— Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Propietarios actora, en solicitud de que se estime íntegramente la demanda, la otra parte se opuso al mismo y formuló, al amparo del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, escrito de impugnación de la resolución recurrida, en cuanto declara la inexistencia de servidumbre de luces y vistas y no hace expresa imposición de costas a la parte actora.

Sustanciado el recurso de apelación, recayó el 8 de marzo de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que se estima íntegramente la demanda y se declara: «1. Que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca de la

que sea predio dominante del edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio sitas en el lado este del mismo. 2. Declaramos que la actora, Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca, puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. 3. Condenamos a la parte demandada, Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20, a estar y pasar por dicha declaración. 4. Imponemos las costas de la primera instancia a la demandada y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por el recurso.»

— Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca se formuló por la Comunidad de Propietarios de la A 0, núm. 20, de Jaca, recurso de casación en el que pide se le absuelva de las pretensiones deducidas por la Comunidad de Propietarios actora, y en todo caso no se le impongan las costas de ninguna de las instancias.

Segundo: La demandada-recurrente articuló cuatro motivos de impugnación. De ellos, tres (el primero, segundo y cuarto) fueron inadmitidos por auto de esta Sala de fecha de 30 de junio de 2010, por lo que el debate litigioso versa sobre el único motivo que fue admitido, el tercero.

En providencia de este Tribunal de 31 de mayo de 2010, se decía lo siguiente respecto del motivo tercero:

«... esta Sala tiene declarado de manera reiterada que los huecos en pared propia carentes de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente no son signos aparente de servidumbre de luces y vistas y que no cabe considerar como voladizo a los efectos del artículo 145 de la Compilación Aragonesa a cualquier saliente de la pared, "si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas frontal y lateral sobre el predio sirviente", es decir, es preciso que su finalidad sea «permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas frontal y lateralmente» (sentencias de 22 de abril y 14 de julio de 2008; véanse asimismo las sentencias de 27 de septiembre de 2007, 23 de enero de 2009 y 4 de febrero de 2009, entre otras).

El propio recurrente dice lo siguiente: «A la luz de la prácticamente unánime jurisprudencia aragonesa, la mera existencia de las ventanas del inmueble de mi representada carentes de protección o voladizos que pudieran ser considerados tales a los efectos de la servidumbre que nos ocupa no pueden ser considerados signos aparente de servidumbre por determinarlo así expresamente el art. 145 de la Compilación».

Sostiene el recurrente que la construcción del inmueble de la actora dejando un patio que respeta las ventanas de la comunidad demandada debe considerarse un acto aparente de reconocimiento de la servidumbre de luces y vistas que se alega, pero la Audiencia Provincial de Huesca, tras una apreciación global y conjunta de la prueba de autos, estima que la construcción en la forma descrita y la subsistencia de dicha situación es una manifestación «de la tolerancia y buena vecindad de la que ha venido disfrutando durante estos años la Comunidad demandada, que no puede volverse en contra de su autor o sus causahabientes, ...».

Dentro del plazo conferido por la expresada providencia la demandada recurrente presentó escrito de alegaciones en el que expresa que la existencia de ventanas en pared propia sin reja ni red no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, pero que sí lo es la construcción del inmueble de la actora dejando un patio que respeta dichas ventanas, lo que permite la adquisición de la servidumbre por usucapión de diez años.

En consecuencia, la cuestión a debate en esta sede radica en dilucidar si el hecho de que no se tapasen las ventanas, sino que se dejase un pequeño patio, nos sitúa ante

una servidumbre aparente susceptible de usucapión de diez años entre presentes sin necesidad de justo título ni buena fe.

Tercero: La Compilación del Derecho Civil de Aragón establece en su artículo 147 que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres.

La apariencia o no apariencia por signos exteriores se refiere a aquellos datos que revelan objetivamente el uso de la servidumbre, exigiéndose la concurrencia de datos visibles permanentemente («están continuamente a la vista») y reveladores del uso y aprovechamiento de la servidumbre. El ser aparente la servidumbre no consiste sólo en que haya un dato exterior visible, sino en que ese dato exterior visible revele aquélla, en el sentido de que pueda tomarse razonablemente como signo de la servidumbre.

No hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de servidumbre. Es preciso que el signo exterior sea razonablemente revelador de la servidumbre, cuestión de hecho a determinar por el juzgador en cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Pues bien, en el supuesto de autos el promotor del edificio sito en la A O, núm. 18, de Jaca, don José Manuel C. F., se encontró con que el inmueble de la A O, núm. 20, tenía cuatro ventanas con vistas sobre su solar, las cuales no guardaban la distancia marcada por el artículo 582 del Código Civil y no estaban provistas de reja ni red, y como no «quería líos» ni verse ante la eventualidad de un procedimiento judicial en plena construcción del edificio, optó no tapar dichas ventanas, según manifestó en el acto del juicio.

En tales circunstancias el mentado dato exterior (pequeño patio de luces) no puede tomarse como signo revelador de la servidumbre. El Sr. C podía haber construido sin sujeción a distancia alguna, tal como previene el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pues la Comunidad de Propietarios demandada no tenía título de servidumbre, pero optó por construir en la forma que lo hizo por mera tolerancia, sin que quisiera constituir una servidumbre de luces y vistas o un signo aparente de dicha servidumbre, y, en consecuencia, sus causahabientes pueden realizar obras en el patio, poniendo fin a dicha situación.

A este respecto, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, que es objeto de impugnación en el presente recurso, dice lo siguiente:

— « ... no quiso crear una servidumbre ... ni generar un derecho o situación que habilitase a los demandados para adquirirla por usucapión ...».

— «simplemente en esas circunstancias concretas de la construcción el promotor Sr. C no quería tener problemas, para no meterse en líos, según declaró».

— « ...1a construcción del edificio ... en la forma descrita ... constituye una manifestación de tolerancia.»

En suma, el pequeño patio de luces que nos ocupa (véase el croquis aportado por la parte demandada –folio 268–) no puede tomarse como signo aparente de servidumbre que habilite a la Comunidad de Propietarios de la casa sita en la A O, núm. 20, de

Jaca, para adquirirla por usucapión de diez años conforme al artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y en consecuencia el motivo de impugnación admitido a examen debe ser desestimado, manteniéndose la resolución impugnada.

Cuarto: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 12/2010, interpuesto por la Procuradora doña Esther del Amo Lacambra, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la A O, núm. 20, de Jaca (Huesca), contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha de 8 de marzo de 2010, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la indicada Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta sentencia, debiendo acusar recibo.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

7

NÚM. 7

A. TSJA de 4 de septiembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Casación foral: Inadmisión: ***Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal; además, para que el recurso de casación sea admitido no basta con la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como dispone el art. 477.1 Lec. Por último, el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad, y no un motivo del recurso sino el presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.***

Disposiciones citadas: ***arts. 477, 483 Lec.***

Ponente: ***Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.***

Zaragoza a cuatro de octubre de dos mil diez.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortes Carbonell actuando en nombre y representación de don Julio F. C. y de doña Francisca T. V., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 22 de abril de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo núm. 116/2010, dimanante de autos de Juicio Verbal, núm. 491/09-A, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. Seis de Zaragoza. Por providencia de fecha de 6 de mayo de 2010 se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se registró el recurso de Casación con el número 13/2010 y comparecidas las partes en plazo pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para se instruyese y sometie-

se a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso formulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por providencia de 2 de septiembre del presente se dio traslado a las partes por diez días para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas con respecto a la concurrencia de posible inadmisibilidad de los motivos primero, segundo y tercero, presentándose por las partes, dentro de plazo, los oportunos escritos de alegaciones.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

Razonamientos jurídicos

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

La competencia para el conocimiento del presente recurso viene atribuida a esta Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

Segundo: En cuanto a la admisibilidad del primero de los motivos, alega la parte infracción, por indebida aplicación, de los artículos 21, 26 y 59, relativos a la situación de riesgo y desamparo de la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con los artículos 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006 sobre derecho de la persona en Aragón.

A pesar del cumplimiento formal inicial de las exigencias previstas para formulación del recurso de casación, la lectura del desarrollo del motivo evidencia que no se pretende tanto la adecuada aplicación de norma sustantiva como, en realidad, la modificación de los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida. La recurrente no razona cómo han sido infringidos los preceptos citados, sino que, tras reproducir literalmente el contenido de los mismos, se extiende en un alegato que se resume en la afirmación de que los progenitores del menor no estaban ni están incursos en causa de privación de la autoridad familiar.

Incurre por tanto el recurso, en la formulación de este motivo, en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º LEC, en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna.

Tercero: Por lo que hace al motivo segundo, en el que se denuncia infracción por indebida aplicación de los artículos 77 y 79 de la Ley aragonesa 13/2006 de Derecho de la Persona en relación con el 177.2.2º del CC, resulta artificiosa la invocación de tales preceptos como infringidos al no ser de aplicación al caso. No lo son porque el primero regula la privación de la autoridad familiar y el segundo, en su apartado primero (al que se refiere concretamente la parte en el desarrollo del motivo) dispone que la privación o suspensión no suprime *las obligaciones* de los padres establecidas en los artículos 55 y 56, y sucede que el objeto del proceso cuya sentencia se ataca no fue otro que la pretensión de los actores de que se declarase la necesidad de su asentimiento a la adopción (basada en la no concurrencia de causas de privación de la autoridad familiar).

Para que el motivo sea admitido no basta la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal como dispone el artículo 477.1 de la LEC. Por tanto, también aquí hay causa de inadmisión.

Cuarto: El tercer motivo del recurso no es, en realidad, motivo alguno que pueda

fundar un recurso de casación pues, como hemos recordado en ocasiones anteriores el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad. Dispone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el recurso de casación habrá de fundarse, *como motivo único*, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. El interés casacional no es, por lo tanto, el motivo del recurso sino un presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.

Quinto: A la constatada inadmisibilidad del recurso no obstan las razones de tutela judicial efectiva invocadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones a la providencia de 2 de septiembre pasado. El derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes se ha visto satisfecho al haber planteado y obtenido respuesta a su pretensión en dos sucesivas instancias. Y es indudable que el interés superior del menor es lo que debe primar en la resolución de cuestiones como la presente, pero ello no significa que en aras del mismo sea dable al tribunal de casación actuar con olvido de que no es una tercera instancia, pues, como en dicho escrito admite el Ministerio Público la apreciación de la prueba es un ámbito que no es susceptible de recurso de casación.

Lo expuesto debe llevar, de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la inadmisión a trámite del recurso de casación formulado y consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.

Sexto: En cuanto a costas, no se aprecia motivo alguno para su imposición a ninguna de las partes, en los términos previstos en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA:

1. No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Julio F. C. y doña Francisca T. V. contra la Sentencia dictada el día 22 de abril de 2010 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en el rollo de apelación, núm. 116/2010 dimanante de autos de Juicio Verbal, núm. 491/09-A seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta Ciudad.

2. Declarar firme la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4. Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

8

NÚM. 8

A. TSJA de 12 de noviembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***El escrito de interposición del recurso cita como infringido el art. 35.2 LDP, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, incurriendo así en una manifiesta causa de inadmisión, pues como hemos dicho repetidamente la valoración de la prueba queda excluida de la posibilidad de ser objeto de recurso de casación. En definitiva el recurso no cumple los requisitos del art. 483.2.2ª Lec. en relación con los arts. 481 y 477.1 de la misma.***

Disposiciones citadas: ***arts. 477.1, 481.1, 483.2.2º, 761.1 Lec.; art. 35 LDP.***

Ponente: ***Ilmo señor D. Ignacio Martínez Lasierra.***

Zaragoza a doce de noviembre de dos mil diez.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Fernando Gregorio Corbinos Cuartero, actuando en nombre y representación de doña Eva Mª B. B., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 25 de mayo de 2010, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 704/2009, dimanante de los autos de demanda de Juicio de Incapacidad, núm. 1424/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 13 de Zaragoza, siendo parte el IASS y el Ministerio Fiscal, y por providencia de fecha de 7 de junio de 2010 se tuvo por preparado el recurso de casación, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación, núm. 15/2010, en el que se personaron las partes en tiempo y forma, y pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictándose providencia con fecha de 1 de octubre por la que se concedía a las partes el término de 10 días para alegaciones por posibles causas de inadmisión, haciéndolo el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

Fundamentos de derecho

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

La competencia para el conocimiento del presente recurso viene atribuida a esta Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

Segundo: En el trámite legalmente previsto no ha presentado la parte recurrente alegaciones sobre las posibles causas de inadmisión del recurso, que se ponían de manifiesto en la providencia de 1 de octubre del presente año (art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en tanto que los representantes de la Comunidad Autónoma y del Ministerio Fiscal han alegado en defensa de la inadmisión del recurso.

El escrito de interposición del recurso cita como infringido el artículo 35.2 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, concretamente con la efectuada respecto a las declaraciones testificales y al informe médico forense, incurriendo así en manifiesta causa de inadmisión pues, como hemos dicho repetidamente (sentencia de 5 de octubre de 2009, recurso de casación 4/2009, con cita de reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo, como los autos de 15 de julio o de 10 de junio de 2008 y sentencias de 11 de noviembre de 2008 y 26 de marzo de 2009, y de esta misma Sala en autos de 27 de marzo o 24 de octubre de 2007, y sentencia de 20 de octubre de 2006), la valoración de la prueba

queda excluida de la posibilidad de ser objeto del recurso de casación.

Tercero: Por otra parte, afirma la recurrente en el escrito de interposición del recurso que no se ha justificado un empeoramiento o modificación de la capacidad de su mandante que permita revisar el grado de incapacidad que había sido apreciado en anterior sentencia, lo que amplía –dice– los límites del artículo 35.2 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona. Incide nuevamente la recurrente en el defecto de pretender revisar la valoración de la prueba efectuada y, además, no justifica la forma en que la modificación del grado de incapacidad puede vulnerar el contenido de dicho precepto conforme al cual *«son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*.

No ofrece la recurrente argumentación al respecto, salvo su propia apreciación de la prueba, pero no puede ignorar que el Ministerio Fiscal promovió la modificación al amparo del artículo 761.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, precisamente, permite instar nuevo proceso para modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, si sobrevienen nuevas circunstancias. No cumple la recurrente, por lo tanto, el requisito de expresar la causa concreta de la supuesta infracción legal, lo que determina también la inadmisión del recurso por tal motivo.

En definitiva, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (art. 483.2.2º LEC en relación con los arts. 481.1 y 477.1) por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483.4º, se declara la inadmisión del recurso y la firmeza de la sentencia recurrida.

Cuarto: En cuanto a costas, no se aprecia motivo alguno para su imposición, en los términos previstos en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eva Mª B. B. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha de 25 de mayo de 2010.

2. Declarar la firmeza de la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4. Todo ello sin imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

9

NÚM. 9

A. TSJA de 24 de noviembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: ***Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previstos para tales casos es el del recurso de infracción procesal.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 217, 469, 473, 477, 478.1.2º, 487 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

Zaragoza a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Mariano Laguarta Recaj, actuando

en nombre y representación de la S. de C. E. y S., presentó ante la Audiencia Provincial de Huesca escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 30 de junio de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 315/2009, dimanante de los autos de demanda de Procedimiento Ordinario 20/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, contra don Enrique M. A., y por providencia de fecha de 22 de julio de 2010 se tuvo por preparado el recurso de casación, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación, núm. 17/2010, en el que se personaron las partes en tiempo y forma, y pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictándose providencia con fecha 21 de octubre por la que se concedía a las partes el término de 10 días para alegaciones por posibles causas de inadmisión, haciéndolo dentro de plazo con el resultado que obra en las actuaciones.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Fundamentos de derecho

Primero: Dictada sentencia por la Audiencia Provincial de Huesca el día 30 de junio de 2010, se articula por la parte demandante recurso de casación fundado en infracción de la Ley de Caza de Aragón, 5/2002, de 4 de abril, lo que implica atribución de competencia a esta Sala para conocer de la impugnación formulada conforme al artículo 478.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: El primero de los motivos en que se basa el recurso presentado se formula por «Absurda e ilógica valoración de la prueba practicada, vulnerando el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la carga de la prueba».

El fundamento exclusivo de este motivo de recurso en la que se considera defectuosa valoración hecha en la sentencia recurrida tanto de los medios de prueba como de la distribución de la carga de su aportación al procedimiento, con cita expresa del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Al respecto debe considerarse, como se ha indicado reiteradamente por esta Sala (por ejemplo, autos de 18 de septiembre de 2006 o 30 de junio de 2010) y por el Tribunal Supremo (así, autos de 1 de abril de 2008 ó 29 de abril de 2008), que es improcedente plantear por medio de recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De modo que, siendo la valoración de los medios probatorios y las reglas de distribución de la carga de la prueba de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo de recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional.

Tercero: El segundo de los motivos del recurso de casación se formula con fundamento en infracción de norma sustantiva, en los siguientes términos: «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso, concretamente, la disposición adicional novena de la Ley 17/2005, y que modifica el artículo 71 de la Ley de Caza, en cuanto al régimen de responsabilidad y la acreditación de la correcta conservación del terreno acotado.»

Si en apariencia, y a la vista sólo de la redacción expuesta, resulta fundado el motivo en violación de norma sustantiva, lo cierto es que la cita de tal norma, y la que hace también de sentencias de las Audiencias Provinciales de Teruel y de Zaragoza, no son sino para concluir como auténtico

motivo de recurso la determinación de a cuál de las partes correspondía la carga de la prueba, y la discusión sobre si quedó o no acreditada la falta de diligencia del recurrente. De modo que, finalmente, lo discutido en tal causa de impugnación son nuevamente cuestiones atinentes al acervo probatorio y su valoración. Y, por tanto, por iguales razones jurídicas que las expuestas en el anterior Fundamento de Derecho, procede su inadmisión, por exceder del ámbito del recurso de casación.

Cuarto: En consecuencia con lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la inadmisión a trámite del recurso de casación formulado y consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

La sala acuerda

1. No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de la S. de C. de E. y S., contra la sentencia dictada el día 30 de junio de 2010 por la Audiencia Provincial de Huesca en el rollo de apelación, núm. 315/2009 dimanante de autos de Procedimiento Ordinario núm. 20/2009 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña.

2. Declarar firme la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

No se hace expresa imposición de las costas causadas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

10

NÚM. 10

S. TSJA de 3 de diciembre de 2010

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: Efectos*: Por la aceptación, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue privativo del marido en los años en que se construyó la vivienda sobre el terreno que era del tío del marido, pues aún vivía.* **715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: Separación de patrimonios:** *El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonios, y de ninguna forma con relación a la fecha anterior del fallecimiento del causante. Justamente, porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40.1 Lsuc.) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del art. 40.2 Lsuc. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42 Lsuc.) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43 Lsuc.).* **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: Bienes comunes:** *Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno ajeno al tiempo de la construcción debe calificarse como consorcial, sin perjuicio de que ahora el solar sobre el que se construyó corresponda al marido al adquirirlo por herencia del anterior propietario.*

Disposiciones citadas: *arts. 358, 361, 362, 453, 454, 1.359 Cc.; arts. 28.2. c, 29.h, 37.1, 40, 68.c, Lrem.; arts. 6.1, 7.1, 28.1 Lsuc.; arts. 1, 38.7 Comp. aragonesa.*

Ponente: *Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.*

En Zaragoza a tres de diciembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 14/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha de 11 de mayo de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 48/2010, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 179/2008, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Jaca, en el que son partes, como recurrente doña R. R. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª José Cristina Sanjuán Grasa y dirigida por el Letrado don Ernesto Romeo Malo, y como recurrido don F. P. M., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Garcés Nogués y dirigida por el Letrado don José Ángel López Artillo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña María Dolores del Val Esteban, actuando en nombre y representación de don F. P. M., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «Se declare: A) El derecho de don F. P. M. de hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24 previa indemnización a la demandada de 8.261,77 actualizados a la fecha de su efectivo pago. O cantidad que por el Juzgado se determine. B) Subsidiariamente, para el supuesto de que no fuese estimada la anterior solicitud, el derecho de don F. P. M. de hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24 previa indemnización a la sociedad consorcial formada por mi representado y demandada de 16.523,54 actualizados a la fecha de efectivo pago. O cantidad que por el Juzgado se fije. C) La obligación de desalojar la demanda la vivienda sita en calle La Fuente, 24, de Ansó una vez satisfecho el pago acordado por el Juzgado. D) Se condene a la demandada al pago de todas las costas del presente procedimiento.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma solicitando la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora, y formuló reconvención suplicando: «se dicte sentencia por la que se declare que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente, núm. 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y, consecuentemente con tal declaración, se condene a don F. P. M. a estar y pasar por la anterior declaración. Igualmente se acuerde que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (Término Municipal de Ansó) del Registro de la Propiedad de Jaca, a fin de conseguir la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral, todo ello con expresa imposición de costas al demandado en reconvención» y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca dictó sentencia en fecha de 30 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de don F. P. M. contra doña R. R. M., debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos. Que estimando la reconvención formulada por la representación procesal de doña R. R. M. contra don F. P. M., debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente, núm. 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y, consecuentemente, se condena al Sr. P. a estar y pasar por la anterior declaración, acordándose que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (término municipal de Ansó) del Registro de la Propiedad de Jaca. Las costas procesales de demanda y reconvención se imponen de forma expresa a la parte demandante».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de

apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha de 11 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO. Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de J. P. M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Uno de Jaca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la reconvención interpuesta por R. R. M. y estimando parcialmente la demanda interpuesta contra la anterior por el citado apelante, absolvemos al repetido apelante de cuantas pretensiones se ejercitaron en su contra en la reconvención y, estimando parcialmente la indicada demanda, declaramos que F. M. tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24, previa indemnización a la demandada de 8.261,77 euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago, más 23.897,45 euros de abril de 1996 actualizados a la fecha de su efectivo pago; declaramos también la obligación de la demandada R. R. M. de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas. Todo ello omitiendo un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en primera instancia por la demanda y la reconvención y omitiendo también todo pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Javier Laguarta Valero, actuando en nombre y representación de doña R. R. M., presentó en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero**.** Por infracción de los artículos 68.c) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, de los artículos 37.1º y 40 de la Compilación del Derecho civil de Aragón en relación con los artículos 35 y 28.2.c) de la citada Ley 2/2003, así como el artículo 29 h) de la misma Ley 2/2003, en relación con el artículo 38.7 de la repetida Compilación de Derecho civil. Segundo. Por indebida aplicación de los artículos 361, 362, 453 y 1.359 del Código civil. Tercero. Por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código civil. Cuarto. Por infracción de los artículos 40 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 16 de septiembre de 2010, auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los hechos, tal como resultan de la sentencia de primera instancia, no modificados en la de apelación, y de los documentos públicos obrantes en los autos, son, en orden cronológico, los siguientes:

1. El actor don F. P. M. y la demandada doña R. R. M. contrajeron matrimonio el 29 de agosto de 1982 (certificación de matrimonio, documento núm. 2 aportado con el escrito de contestación a la demanda), bajo el régimen económico matrimonial legal aragonés.

2. Sobre un terreno sito en Ansó (Huesca), calle La Fuente, núm. 24, propiedad de don M. P. A., tío del actor, y con consentimiento del mismo, los cónyuges construyeron en los años 1982-1983 una vivienda con dinero común, que pasó a constituir el domicilio familiar.

3. En procedimiento de Medidas Provisionales 55/1987 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca recayó Auto de 18 de enero de 1988 adjudican-

do a la esposa con la hija del matrimonio (nacida en 1985) el uso de la vivienda familiar en calle La Fuente, núm. 24 de Ansó (documento, núm. 20 aportado con el escrito de contestación a la demanda).

4. En autos de procedimiento de separación 44/1988 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, núm. 1 recayó sentencia de 12 de enero de 1.989 que desestimó la demanda de separación interpuesta por la esposa y dejó sin efecto las medidas acordadas. Dicha sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sic) de 16 de enero de 1990 (documento núm. 21 del escrito de contestación a la demanda), que decretó la separación dejando para ejecución de sentencia la fijación de medidas.

5. Mediante escritura otorgada el 5 de noviembre de 1991 ante el Notario de Berdún don Rafael Márquez Montoro, núm. 123 de protocolo (documento, núm. 3 de la demanda), don M. P. A., manifestando ser titular de la finca «Rústica en Ansó (Huesca), terreno en partida de La Fuente, de catorce áreas y treinta centiáreas de superficie», declaró la obra nueva de la edificación construida, en los siguientes términos: «Segundo. Que sobre el extremo Este de la descrita finca (que recientemente ha pasado a tener calificación de urbana) existe construida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, (lo que se asevera de modo expreso y resulta de certificado expedido por el Sr. Alcalde de Ansó), la siguiente edificación: Casa vivienda en calle de La Fuente, 24, de superficie ochenta metros cuadrados, consta de semisótano, planta baja y una altura». Esta escritura produjo la inscripción 5ª en el Registro de la Propiedad de Jaca. El terreno había sido inscrito a nombre de don M. P. A. mediante escritura ante el Notario de Ayerbe, Sr. Cortés Valdés, el día 22 de octubre de 1971, número 221 de protocolo, de institución de heredero a su favor que otorgó su padre don J. P. N.

6. En ejecución de la sentencia de separación recayó Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca de 24 de marzo de 1992 (documento nº 22 del escrito de contestación) confirmando la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija del matrimonio.

7. En juicio de desahucio 13/1992 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca, instado por don M. P. A. contra la esposa de su sobrino recayó sentencia de 28 de junio de 1994, estimatoria de la demanda, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de septiembre de 1994 (documento núm. 23 de la contestación a la demanda).

8. Don M. P. A. falleció en estado de soltero el 29 de julio de 2.004, sin haber otorgado testamento por lo que el Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca dictó Auto declarando herederos a sus hermanos, entre ellos don F. P. A., padre del actor don F. P. M. Falleció don J. P. A. el 6 de septiembre de 2004, habiendo otorgado testamento el 6 de noviembre de 1995 en el que instituía heredero a su hijo don F. P. M., por lo que este otorgó con el resto de herederos escritura de aceptación de herencia de don M. P. A. de 7 de abril de 2006 ante el Notario de Zaragoza don José Luis de Miguel Fernández, núm. 1.337 de protocolo (documento núm. 1 de la demanda), en la que, como heredero de su padre y por derecho de transmisión del mismo, le fue adjudicada, entre otros bienes, la finca en Ansó, calle La Fuente, 24. Esta escritura de aceptación de herencia produjo la inscripción 6ª en el Registro de la Propiedad de Jaca (certificación registral aportada como documento 1 de la contestación a la demanda). Por error en el escrito de demanda, que se traslada a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se dice que provocó la inscripción 7ª, pero se desprende de la certificación registral que es la 6ª.

9. En autos de Divorcio 305/2006 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca promovidos por don F. P. M., recayó sentencia de 12 de diciembre de 2006 decretando el divorcio y manteniendo las medidas acordadas en Auto de 24 de marzo de 1992, siendo revocada por la de la

Audiencia Provincial de Huesca de 29 de febrero de 2008, que estimó en parte el recurso y suprimió las medidas relativas a la pensión de la hija común y al uso de la vivienda (documento núm. 6 de la demanda y núm. 22 de la contestación).

Segundo: El actor instó demanda contra su ex-esposa y contra el consorcio conyugal formado por ambos en la que, esencialmente, pretendía que, por derecho de accesión, le correspondía el pleno dominio de la casa sita en Ansó, calle La Fuente, núm. 24, previa indemnización a la esposa de la mitad de los pagos efectuados después del matrimonio para sufragar la construcción de la misma, pagos que cifraba en 16.523,54 euros. La acción de accesión la ejercitaba como actual propietario del terreno sobre el que fue edificada la construcción, por haberlo heredado en virtud de escritura 7 de abril de 2006 de manifestación y aceptación de herencia de su tío don M. P. A., fallecido el 29 de julio de 2004, a quien el actor heredó por derecho de transmisión de su padre, don J. P. A. quien, a su vez, había fallecido el 6 de septiembre de 2004. La petición anterior, de la que derivaría el pago a la esposa de la mitad del dinero común invertido sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal, por tratarse del único bien del matrimonio, se complementaba con la solicitud subsidiaria, para el caso de entenderse precisa la liquidación de la sociedad conyugal, del mismo derecho del actor a hacerse con la propiedad de la casa previa indemnización a la sociedad consorcial de la suma total invertida. Todo ello con la obligación aparejada para la demandada de desalojar la vivienda.

La demandada se opuso a tales pretensiones por considerar que el actor no tenía derecho de accesión, pues no era un tercero respecto de quienes llevaron a cabo la edificación, que era la sociedad conyugal formada por ambos, y formuló reconvención solicitando que se declarara que la edificación era de pleno dominio del consorcio conyugal, con la consiguiente rectificación de los asientos registrales contradictorios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sobre el presupuesto de que la edificación constituyó el domicilio familiar realizada sobre el suelo del tío del demandante, construida con numerario ganancial totalmente satisfecho y, además, con consentimiento y conocimiento del propietario del solar, considera que la misma (la edificación) tendría el carácter de ganancial en relación con lo dispuesto en los artículos 1.347, 1.355, 1.361 del Código civil y el artículo 35 de la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad aragonesa.

Por lo que se refiere al invocado derecho de accesión del actor, la sentencia expone que la edificación se considera bien ganancial y que don M. P. A., tras la sentencia del juicio de desahucio que había promovido contra la Sra. R., no ejercitó el derecho de accesión, falleciendo en el año 2.004 sin haber otorgado disposición testamentaria, y que la condición de tercero que el Sr. M. P. tenía respecto de los propietarios de la edificación (el matrimonio formado por el Sr. P. y la Sra. R.) no la posee el actor.

En cuanto a la reconvención, que estima por considerar la edificación bien ganancial, entiende además que existe una discordancia entre lo expresado en las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral núm. 287 con la realidad extrarregistral, por lo que considera procedente acordar la rectificación interesada por la parte demandada. Debemos recordar que, como se ha indicado en el apartado 9 del primer fundamento, la última inscripción registral debe ser la 6ª y no la 7ª.

En consecuencia, desestima la demanda, estima la reconvención y declara que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente nº 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y condena al Sr. P. a estar y pasar por la anterior declaración, acordando que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (término municipal de Ansó) del Registro de la

Propiedad de Jaca. Con imposición de costas a la parte demandante.

Habiéndose suscitado controversia entre las partes sobre la cuantía del asunto, que el actor señalaba en 65.000 euros, la sentencia del Juzgado hace referencia a un informe pericial que valoraba el bien inmueble en 449.724,50 euros, y la fija en 200.670,81 euros como «valoración oficial de referencia que le atribuye a la construcción el Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón (en relación con el valor catastral de la construcción según el último recibo de IBI –valor del suelo por coeficiente multiplicador correspondiente al municipio de Ansó y a la última anualidad–».

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la anterior sentencia y, desestimando la reconvención interpuesta por doña R. R. M. y estimando parcialmente la demanda, absolvió al apelante de las pretensiones de la reconvención y, estimando parcialmente la demanda, declaró que don F. P. M. tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24, previa indemnización a la demandada de 8.261,77 euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago, más 23.897,45 euros de abril de 1.996 actualizados a la fecha de su efectivo pago, y declaró la obligación de la demandada doña R. R. M. de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas. Sin costas en ambas instancias.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña R. R. M. por los cuatro motivos literalmente recogidos en los antecedentes de hecho, el primero por infracción de preceptos de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante Lrem.), y de la Compilación de Derecho civil de Aragón, todos ellos relativos al régimen económico del matrimonio, por estimar que la edificación era un bien común del matrimonio y que, disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no se proceda a su división, son incremento del bien común tanto las obras efectuadas por uno de los cónyuges como la adquisición del suelo sobre el que se asiente la edificación por otro de los cónyuges, a expensas de la liquidación y división del patrimonio consorcial y sin perjuicio de los reintegros que procedan.

El motivo segundo del recurso se funda en infracción de los artículos 358, 361, 362, 453 y 1.359 del Código civil, y el tercero en infracción de los artículos 453 y 454, en relación con el artículo 361 del mismo, sobre la accesión que la sentencia recurrida declara a favor del actor, que se examinarán conjuntamente, si bien debe advertirse desde este momento la evidente relación entre todos los motivos.

El cuarto motivo se funda en infracción de los artículos 40 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con las rectificaciones registrales solicitadas por la demandada en su reconvención.

Tercero: El primero de los motivos cita como infringidos los artículos 68.c) de la Lrem. (incrementos y accesiones de los bienes comunes), 37.1º (bienes comunes) y 40 (presunción de comunidad) de la Compilación de Derecho civil de Aragón, en relación con los artículos 35 (presunción de comunidad) y 28.2 c) (bienes comunes) de la Lrem., así como el artículo 29.h) de la misma (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios) en relación con el artículo 38.7 de la Compilación (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios).

Deberá aclararse cuál de los cuerpos legales citados, Lrem. y Compilación, es aplicable en cada momento pues es evidente que el ámbito temporal de aplicación de cada una es diferente, por lo que la cita conjunta de preceptos de ambas es incorrecta dado que, aunque la regulación posterior no se aparte, en lo esencial, de la de la Compilación, esta fue derogada por la Lrem. en todo lo relativo al régimen económico matrimonial (disposición dero-

gatoria única), a salvo de los efectos dispuestos en las disposiciones transitorias para los matrimonios contraídos bajo la vigencia de la Compilación.

La disposición transitoria primera de la Lrem. parte de la aplicación inmediata de la misma cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio, pero en la transitoria segunda aclara que «los hechos, actos o negocios relativos a …la adquisición de bienes, contracción de obligaciones …y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal …sólo se regirán por esta ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor» (23 de abril de 2003). Por lo tanto, habrá que considerar los distintos actos o negocios realizados en cada momento por los cónyuges para determinar la regulación legal aplicable.

El primer motivo objeto de examen se centra en determinar si la casa construida con dinero consorcial sobre el terreno propiedad de don Manuel Pérez Aznarez, tío del esposo, es común, como dispone la sentencia de primera instancia, o privativa del esposo como declara la sentencia de apelación. Ambas resoluciones indican que resulta acreditado que la construcción inicial fue realizada en los años 1982-1983 por ambos cónyuges con dinero consorcial, de donde la sentencia del Juzgado concluye el carácter común (ganancial dice la sentencia). Sin embargo, la Audiencia Provincial, partiendo de la misma premisa de la construcción con dinero consorcial, afirma: «Al heredar el actor a su tío se ha producido una suerte de confusión entre los patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor, pero sí que puede afirmar que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, por más que al tiempo de la edificación el terreno no fuera del actor sino de su tío, al que ha heredado, produciéndose así una confusión de patrimonios, la cual no determina la extinción de todas las cuestiones relativas a la accesión, como pretende la demandada, sino que lo que fue edificado por la sociedad conyugal sobre terreno ajeno ha terminado teniendo la consideración de edificio levantado sobre terreno privativo del actor, pues este ha terminado heredando a quien era el dueño del terreno al tiempo de levantarse el edificio con dinero consorcial».

Los efectos que la sentencia señala a la aceptación por el actor de la herencia de su tío, propietario del terreno, no son los que se desprenden de los hechos ni pueden ser consecuencia que se deba atribuir a tal negocio jurídico. Como se ha dicho, la edificación inicial se construyó por los cónyuges en los años 1982-1983, constante matrimonio, con dinero consorcial por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.1º de la Compilación, aplicable al caso por tratarse de acto (edificación de la vivienda) realizado en un momento en que se encontraba vigente, era un bien que formaba parte del patrimonio común que, según el precepto lo componían: «1.º Los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común.» A la vista del tenor de este artículo no es preciso acudir para llegar a la misma conclusión, como apostilla la recurrente, a la presunción de comunidad establecida en el artículo 40, conforme al cual se presumen comunes los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse. Tampoco resultan de aplicación los artículos 1347, 1355 y 1361 del Código civil citados en la sentencia de primera instancia, pues este cuerpo legal sólo resultaba de aplicación (art. 1º.2 de la Compilación) en defecto de las disposiciones de la misma que constituían el Derecho civil de Aragón, (art. 1º.1), que no era el caso dada la existencia de norma aragonesa aplicable.

Pero la sentencia recurrida, que afirma que la construcción de la casa se hizo con dinero consorcial, transforma la propiedad del suelo del tío del actor en suelo privativo de este por efecto de la aceptación de su herencia en la que le fue adjudicado dicho terreno. Como decíamos, tal afirmación contradice los hechos y los

efectos que se deben atribuir a la aceptación de la herencia pues, indiscutiblemente, la casa fue construida por el matrimonio con dinero común sobre suelo ajeno y, para señalar los efectos de este acto (la edificación), hay que atenerse al momento en que se realiza (1982-1983), por lo que la casa es consorcial, edificada sobre suelo ajeno, y la herencia (su aceptación) no puede hacer que el suelo se convierta en privativo del actor desde aquellas fechas, con efecto retroactivo.

Conforme al artículo 6.1 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, vigente desde el 23 de abril de 1999, la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante (29 de julio de 2004) y, por lo dispuesto en el artículo 7.1, «el llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación», de tal forma que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (art. 28.1), pero en ningún caso a un momento anterior. Por lo tanto, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue un bien privativo del Sr. P. M. en los años 1982-1983.

El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonios, como afirma la sentencia recurrida, y de ninguna forma con relación a una fecha anterior a la del fallecimiento del causante. Cosa distinta es que los bienes de la herencia se transmitan al heredero con sus derechos y obligaciones, lo que nos obligará a examinar las acciones que se transmiten junto con los bienes, concretamente la acción (derecho potestativo del artículo 361 Cc.) de accesión, pero justamente porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40.1) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del artículo 40.2. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43).

Por lo tanto, en ningún caso la sociedad conyugal edificó sobre terreno privativo del esposo sino sobre terreno ajeno, propiedad del tío del esposo, y lo edificado es bien consorcial, sin perjuicio de a quien corresponda ahora la titularidad del terreno. En tal sentido es cierta la afirmación de la sentencia recurrida de que el vuelo (el edificio) no ha podido hacer suyo el terreno, y ya la sentencia de primera instancia había rechazado la posibilidad de una accesión invertida, pero tampoco esta había sido así planteada por la demandada en la reconvención, aunque se hiciera una confusa referencia a ello en el escrito de contestación a la demanda (hoja 19 a la que hace referencia la sentencia de apelación), al mencionar el carácter indivisible del todo integrante de la vivienda y el terreno en el que se asienta, «lo que supone una atribución de ganancialidad a la totalidad de este bien inmueble». Por esta alusión la sentencia de primera instancia se pudo plantear la posibilidad de una accesión invertida, que no aparece así formulada en ningún lugar de la reconvención por lo que la sentencia, al estimar la demanda reconvencional, no hizo otra declaración que la de consorcialidad de la edificación sobre suelo ajeno. La recurrente insiste en el primer motivo del recurso, al hilo de la conceptuación de las obras efectuadas por uno de los cónyuges como incrementos de la edificación, en considerar el suelo como un incremento más, lo que no estaba propuesto en la demanda reconvencional, como acabamos de señalar. Indica que no se trata de una suerte de accesión invertida por la que el vuelo haga suyo el suelo sino que ingresa en el patrimonio común todo incremento de un bien común, pero no da razón alguna

para considerar que el suelo pueda ser considerado como incremento de la edificación, lo que carece de toda justificación salvo que prosperara la acción de accesión invertida, que no ha sido formalmente propuesta.

Sin embargo, la sentencia de apelación, como corolario de negar la accesión del suelo al vuelo, afirma que no puede prosperar la demanda reconvencional porque, «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29.h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación derogada». Debe rechazarse tal conclusión, partiendo de la premisa de que no existe confusión de patrimonios, porque el artículo 38.7 de la Compilación, que sería el aplicable teniendo en cuenta la fecha de la edificación, al considerar privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios, exige, por definición, que previamente los bienes sean propios, y en este caso el terreno no era propio del esposo en los años 1982-1982, que es cuando se produjo la edificación objeto, supuestamente, de accesión. Esta declaración de que el suelo era de titularidad ajena a los esposos, tanto a título común como privativo de cualquiera de ellos, será elemento sobre el que se examinará a continuación la accesión declarada a favor del actor.

En consecuencia, debe ser estimado el primer motivo del recurso, por infracción del artículo 37.1º de la Compilación de Derecho civil de Aragón, confirmando la declaración del Juzgado de Primera Instancia de que la edificación era bien consorcial, construida sobre suelo ajeno.

Cuarto: En los motivos segundo y tercero del recurso se ataca la estimación parcial de la demanda, a la que llega la sentencia recurrida mediante la aplicación a favor del actor del instituto de la accesión (artículo 361 del Código civil), y la implícita remisión a los artículos 453 y 454 para justificar y concretar los gastos por los que debía ser indemnizada la demandada.

La sentencia recurrida dice en el inciso final del fundamento segundo que «el actor, antes de ser reconvenido, ya había efectuado expresamente la opción del artículo 361 del Código civil y ofrecido la indemnización, reconociendo un derecho de retención a la demandada hasta su pago». Como momento en el que el actor había efectuado la opción se refiere a la propia demanda. Ya hemos indicado que en un párrafo anterior se había afirmado que «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29.h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación». De ello derivaría, aunque no se dice expresamente, que la edificación era una accesión de un bien propio (el terreno) del actor.

De esta forma afirma la sentencia que era el actor el que había ejercido la opción prevista en el artículo 361 del Código civil a favor del dueño del suelo para hacer suya la edificación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454.

Como se ha dicho, resulta errónea la premisa de la propiedad del suelo a favor del actor, al menos en los años 1982-1983, fecha de la edificación, y debe resolverse si es posible reconocer tal derecho de opción a quien en aquel momento no era el propietario, sino a su heredero varios años después. Debe partirse de que los requisitos para el ejercicio de la opción señalada deben ser contemplados en relación al momento en que se produce la construcción sobre suelo ajeno, que es el presupuesto básico de la accesión, construcción que en este caso tuvo lugar en los años 1982-1983. El propietario del suelo era entonces don M. P. A., tío del actor y, según declaración expresa de las sentencias, consintió la edificación realizada por el actor y su esposa. Siendo así faltan los presupuestos básicos para la aplicación del

artículo 361 Cc. pues este precepto y los siguientes se refieren a la construcción emplazada sobre suelo ajeno, señalando distintos efectos según haya habido buena o mala fe por parte de cada uno de los intervinientes, el dueño del suelo y el constructor. Buena fe significa en estos supuestos para el constructor la ignorancia de que edifica sobre suelo ajeno (en el art. 433 Cc. se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide), de la misma forma que «se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse» (segundo párrafo del art. 364 del Código civil).

En el presente supuesto no es sólo que el constructor hubiera obrado con buena fe (ignorancia, como tercero respecto a la propiedad, de hacerlo sobre suelo ajeno) sino que contaba con el consentimiento expreso del dueño, lo que hubiera impedido a este intentar el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 361 para hacerse con la propiedad de lo edificado, mediante su indemnización, pues el consentimiento otorgado no podía permitirle después ejercitar tal opción. Ello no quiere decir que por tal consentimiento perdiera la propiedad del terreno, pero sí el derecho a obtener la edificación mediante el ejercicio de la opción por lo que, en definitiva, había convertido la opción en una sola posibilidad, la de obtener el precio del terreno. En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación.

Lo expuesto no significa, como dice el actor en sus alegaciones al recurso, que con tal conclusión se haría depender la posibilidad de ejercitar la opción de quien sea en cada momento el propietario del suelo, pues lo dicho no excluye la posibilidad de que cualquiera pueda recibir en herencia una finca sobre la que con anterioridad haya sido realizada una edificación por un tercero de buena fe, ignorante de la ajenidad del suelo, y pueda el heredero ejercitar la opción contenida en el artículo 361 Cc., si se dan sus requisitos referidos al tiempo de la edificación. En tal caso el heredero recibe el bien con sus derechos y obligaciones, incluyendo la posibilidad de la opción indicada si el anterior propietario no la ejercitó, porque no pudo o no quiso hacerlo, tras encontrarse con una edificación así realizada. Pero no podría el heredero ejercitar la opción si el anterior propietario había consentido la edificación, por las razones expuestas. En estos casos señala la doctrina que cuando el tercero opera sobre el terreno en virtud de una relación jurídica con su dueño (en este caso autorización expresa del tío) que le faculta para ello, que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria (sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979). La situación debe regirse por las reglas de aquella relación y en este supuesto ya hemos reflejado el consentimiento dado por el dueño del suelo que, en aplicación del principio de buena fe y del respeto a los propios actos, le impedía ejercitar la opción del artículo 361 Cc. y, por ello, también a su heredero que, además, era el edificante con plena conciencia de hacerlo sobre suelo ajeno y con consentimiento del dueño. En consecuencia procede también estimar los motivos segundo y tercero del recurso.

Ello lleva a la situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación pero sí de obtener la debida compensación por el terreno. En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posterioridad en la edificación, tanto por las de consolidación del tejado como las de adaptación a vivienda de turismo rural, o cua-

lesquiera otras obras o gastos, pues habrán de ser, en su caso, objeto de la correspondiente liquidación y división del patrimonio consorcial.

Quinto: En cuanto al motivo cuarto del recurso, para acomodar el Registro a la realidad, dada la estimación de los motivos anteriores, procede igualmente su estimación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, respecto a aquellas inscripciones que resulten contrarias a lo que resulta de este recurso, confirmando lo resuelto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en particular las inscripciones 5ª, relativa a la declaración de obra nueva a nombre de don M. P. A., y 6ª (no la 7ª, según se ha aclarado), relativa a la aceptación de la herencia de la edificación a favor de don F. P. M., que deben referirse únicamente al terreno.

Sexto: Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio sobre un tema jurídico controvertido, tampoco se hace declaración de condena en costas respecto de las de primera instancia y apelación conforme al artículo 394.1, dadas las dudas que presentaba el asunto planteado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero. Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sanjuán Grasa, actuando en nombre y representación de doña R. R. M., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 11 de mayo del presente año, que casamos y anulamos.

Segundo: En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora doña María Dolores del Val en representación de don F. P. M., y absolvemos a doña R. R. M. de las pretensiones deducidas en la demanda, y estimamos la reconvención formulada por la demandada, en los términos que resultan de dicha sentencia salvo la referencia a la inscripción registral 7ª, que deberá ser sustituida por la 6ª.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

Cuarto: Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 11 11

S. TSJA de 5 de abril de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: ***en los procedimientos dirigidos a la privación de la autoridad familiar ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiera cesado la causa que motivó su privación» (art. 77-2 LDp.), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiéndose su revisión en virtud del cambio de circunstancias que deben ser valoradas por los tribunales. En este caso, la denega-***

ción de prueba solicitada por la actora no resulta justificada habiéndose producido la infracción del art. 283 Lec.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 208-1, 217, 283, 469-1-3º-4º, 751, 752, 780, 781 DF 16ª-1 Lec.; art. 24 CE; art. 177-2 Cc.; art. 59 Ley 12/2011, de 2 de julio de infacia y la adolescencia en Aragón; arts. 77, 104, 105 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a cinco de abril de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 19/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de septiembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 187/2010, dimanante de autos número 969/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña Felisa C., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer y dirigida por la Letrada doña Carmen Biel Ibáñez, y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer, actuando en nombre y representación de doña Felisa C., presentó demanda en solicitud de necesidad de asentimiento en la adopción del menor A. C. del que es progenitora, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: *«por la que se estime íntegramente la demanda y se declare que es necesario el asentimiento de mi mandante, con los efectos derivados de dicha declaración en el procedimiento de adopción, todo ello con expresa condena en costas a la demandada».*

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada (IASS y Ministerio Fiscal) que comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma, solicitando el IASS *«dicte en su día sentencia por la que se desestime totalmente la demanda formulada de contrario».*

El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 25 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *«FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la representación de doña Felisa C. contra el Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón sobre necesidad de asentimiento para la adopción de su hijo menor don Aarón nacido el 9 de septiembre del año 2007, debo declarar y declaro no haber lugar a ella, de manera que la adopción podrá constituirse sin necesidad de dicho asentimiento, si conviene al hijo: No se hace expresa condena en costas.»*

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de esta ciudad, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Felisa C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de Zaragoza el 25 de enero de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta alzada: Se decreta la pérdida del depósito constituido.»*

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer, actuando en nombre y representación de doña Felisa C., presentó en tiempo y forma

escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: *«1º) Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión: 2º) al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.»* Y en cuanto a la Casación: *«Primero: Vulneración de los arts. 21 a 24 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y adolescencia en Aragón y 56 y 59 de la misma Ley, en relación con la Ley Orgánica 1/1996 de 16 de enero de Protección Jurídica del Menor: Segundo: Vulneración en relación con los arts. 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006, sobre derecho de la persona en Aragón, en relación con la LO 1/1996 de 16 de enero de Protección Jurídica del Menor.»*

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 30 de diciembre de 2010 auto por la que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confiriendo traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 9 de febrero se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo del presente año, que posteriormente, por necesidades del servicio, se suspendió señalándose nuevamente para el día 10 del mismo mes.

Fundamentos de derecho

Primero: Fueron admitidos por esta Sala el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de septiembre de 2.010 por lo que, conforme a lo dispuesto en la Disposición final decimosexta, apartado 1, regla 6ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser resuelto en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Este recurso extraordinario lo funda la parte recurrente en dos motivos, el primero al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, y el segundo al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

En el primero se citan como infringidos el artículo 208.1 LEC relativo a la forma de las resoluciones, en concreto las providencias, el artículo 217 LEC sobre la carga de la prueba, y el artículo 283 LEC referente a la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria y, por la denegación de la prueba propuesta, en la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la indefensión material producida por tal denegación.

En el segundo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española por la indefensión producida por la denegación inmotivada e injustificada de la prueba propuesta.

Ambos motivos giran, pues, en torno a la denegación de la prueba propuesta en primera instancia y reproducida en apelación, con resultado de indefensión e infracción del derecho de tutela judicial efectiva que deben conducir –según la recurrente– a la nulidad de lo actuado y a la reposición de las actuaciones al momento de la infracción y vulneración.

Por ello resulta procedente el examen conjunto de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

Segundo: En el escrito de demanda solicitó prueba la actora en los siguientes términos:

«OTROSÍ DIGO: Que como prueba anticipada a juicio, interesa al derecho de mi parte, la siguiente proposición de prueba:

A) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad.

Suplico al juzgado: acuerde la práctica de la prueba pericial interesada.»

El Juzgado resolvió esta petición en el Auto de admisión a trámite de la demanda de 7 de septiembre de 2009 de la siguiente forma: *«3: Al OTROSÍ, no ha lugar a la prueba pericial psicológica solicitada»*.

Una vez presentada la contestación a la demanda y señalada la fecha para la celebración de vista, la actora presentó escrito de 24 de noviembre de 2009 diciendo:

«PROPOSICION DE PRUEBA: a) Médico Forense adscrito a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la capacidad de la actora, teniendo en cuenta los conceptos de minusvalía que presenta, según el Dictamen Técnico Facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Zaragoza elaborado el 12 de mayo de 2006, que consta en el expediente administrativo obrante en Procedimiento de Oposición medidas en Protección de Menores núm. 310/2008 de este Juzgado, al cual nos remitimos: b) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad: c) Informe pericial a realizar por el Equipo Psicosocial adscrito a este Juzgado, con la finalidad de que determine las medidas con las que debe contar doña Felisa C. en orden al cuidado y crianza de su hijo menor de edad A. C. D.»

El Juzgado dictó providencia de 27 de noviembre de 2.009 en la que dijo: *«Se tiene por propuesta prueba anticipada por la parte actora y a la vista de su contenido NO HA LUGAR a la admisión de ninguno de los medios de prueba propuestos.*

Se acuerda de oficio solicitar del IASS la remisión de testimonio del expediente administrativo relativo al menor A. C. D.»

En el acta de la vista del juicio consta, en relación a la prueba, lo siguiente:

«La parte demandante propone los siguientes medios de prueba: Pericial del Gabinete.

S. Sª dispone, en relación con la prueba propuesta, lo siguiente:

Admisión/inadmisión de pruebas de la demandante:

No se admite la Pericial propuesta al considerarla innecesaria habida cuenta del expediente administrativo.

Se formula protesta a efectos de segunda instancia, tanto por la no suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil como por la no admisión de la Pericial Psicológica.

Admisión/inadmisión de pruebas de la demandada:

Se estiman pertinentes todas las solicitadas.»

Tras la sentencia del Juzgado de 25 de enero de 2010, interpuso la actora recurso de apelación en cuyo otrosí dijo:

«OTROSÍ DIGO: Que, en el momento procesal oportuno, mi representada interesó la práctica de la siguiente prueba pericial: Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad. La representante de la DGA y el Ministerio Fiscal se opusieron a la práctica de la misma. Su Señoría desestimó la prueba propuesta. Esta representación formuló respetuosa protesta por entender que se estaba privando de medios del derecho de acceso a la prueba, consagrado en el art. 24 Constitución española, relativo a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la prueba y, en consecuencia, de no accederse a ello, se causaría indefensión.

Por dicho motivo y por ser trascendente la práctica de los medios de prueba dado el razonamiento expuesto en el motivo segundo de este recurso, intereso el recibimiento del juicio a prueba en la segunda instancia, solicitando la práctica de los siguientes medios de prueba:

A) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad.

Suplico a la Sala, acuerde la práctica de la prueba pericial.»

En el Auto de la Audiencia Provincial de 27 de abril de 2010 se resolvió la petición de prueba de la recurrente en los siguientes términos:

«Razonamientos jurídicos. Único: No procede admitir la prueba pericial propuesta por la recurrente por no resultar trascendente para resolver la cuestión controvertida (art. 283 LEC).»

Los razonamientos de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial sobre la relevancia de las pruebas en relación con el estado de la madre y sus condiciones para hacerse cargo del hijo fueron expresados del modo que se recoge a continuación.

La sentencia del Juzgado recoge los antecedentes de la actora que condujeron a la intervención administrativa y a un régimen de acogimiento para el niño, y justifica así que se denegara la práctica de prueba: «*… dado que a su edad necesita un ambiente familiar y no un centro para menores. Por ello no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado pues, en primer lugar no se alega siquiera que haya superado todas sus deficiencias y tenga una vida ordenada, un empleo suficientemente retribuido, y un domicilio en el que convivir con el menor, sino que se pide pericial psicológica para determinar si de manera genérica es capaz de atenderlo, y además también es importante proteger el interés del niño, que es prioritario, y que convive desde hace dos años con una familia de acogida, de manera que el separarlo de esta le produciría un grave perjuicio y sin duda futura inestabilidad. En tales circunstancias se ha de entender que la incapacidad actual de la actora para tener consigo al hijo supone que está incursa en causa de privación de autoridad familiar, y por ello ha de concluirse que no es necesario su asentimiento para que tenga lugar la adopción.»*

La sentencia de la Audiencia Provincial, tras recoger las circunstancias que llevaron a que el niño le fuera retirado a la madre nada más nacer y a la asunción de la tutela por parte de la Administración, dice: *«No existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios. El interés del menor fue el único criterio mantenido por la Administración en su intervención. La incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción del menor, lo que comporta la desestimación del recurso.»*

Para el adecuado enjuiciamiento del interés y del alcance de la prueba solicitada, en los términos que han quedado transcritos, es preciso tener en cuenta la proposición de la misma en relación con las pretensiones de la demanda. En el primer párrafo del hecho cuarto de la misma dice la actora que *«el objeto del presente procedimiento es determinar si la conducta de mi representada, madre biológica del menor, está o no incursa en causa de privación de la patria potestad y determinar, en consecuencia, si debe contarse con su asentimiento como requisito indispensable para la adopción del menor…»*. A lo largo de la demanda expone, fundamentalmente, su disconformidad con las conclusiones de los expedientes administrativos que desembocaron en las resoluciones del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IAAS) en las que se acordó la situación de desamparo, la suspensión temporal de las visitas y el acogimiento familiar preadoptivo. Resoluciones que fueron mantenidas por la sentencia de 16 de septiembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza recaída en procedimiento de oposición a

medidas en protección de menores, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 23 de junio de 2009, y por la de esta Sala de 4 de enero de 2010. En cuanto a su estabilidad emocional y familiar relata que, tras su divorcio en mayo de 2007, ha convivido de forma estable con su pareja actual en una habitación alquilada, contando con los ingresos de su pareja y los propios de una pensión de 392,33 euros, que percibe por su minusvalía, además de ser contratada esporádicamente para trabajos de limpieza con cuyos ingresos complementa la pensión mencionada. Alega que nunca tuvo la oportunidad de cumplir con los deberes propios de la autoridad familiar puesto que el hijo le fue retirado nada más nacer, y que no se encuentra incursa en causa de privación de patria potestad o autoridad familiar porque es capaz de cuidar a su hijo, tiene recursos para hacer frente a la crianza del mismo, cuenta con estabilidad emocional y con un hogar en el que vivir junto con el menor, y que ni la pobreza ni la minusvalía son atributos que conlleven situaciones de riesgo y desamparo que impidan la crianza del hijo.

Tercero: El procedimiento ahora instado por la actora tras su oposición a la adopción de su hijo formulada en el procedimiento 629/2009 del mismo Juzgado, suspendido hasta recaer sentencia firme en este, tiene como finalidad, como expresa en su demanda, que se declare la necesidad de su asentimiento para dicha adopción, conforme a los trámites del artículo 781 LEC. Como se ha señalado, previamente se había tramitado ante el mismo Juzgado el procedimiento de oposición a medidas de protección de menores previsto en el artículo 780 del texto procesal, las cuales habían declarado la situación de desamparo del menor, la suspensión del régimen de visitas, la declaración de tutela *ex lege* y el acuerdo de acogimiento, con el resultado ya indicado de haber sido desestimada la demanda de oposición de la actora. En la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 2010, recaída en el recurso de casación 11/2009 que puso fin al indicado procedimiento, se confirmó la situación de desamparo del menor por haber apreciado las sentencias de instancia y de apelación la existencia de los requisitos de dicha situación en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y en el artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006 de Derecho de la persona, concretados en el incumplimiento de los deberes de protección, efectiva privación de asistencia al menor y nexo causal entre el incumplimiento y la efectiva privación de asistencia, así estimados incluso con carácter preventivo, antes del nacimiento del niño, por la apreciación del imposible ejercicio de los deberes de protección conforme a la conducta observada en la madre antes del nacimiento.

Estos mismos hechos que sirvieron de base a las declaraciones administrativas anteriores, judicialmente confirmadas, son los que nuevamente sirven de fundamento a las sentencias recaídas en el procedimiento del que trae causa el presente recurso para apreciar que la madre del menor está incursa en causa de privación de la autoridad familiar, y por tal motivo la sentencia de instancia expresamente consideró, como se ha dicho, que *«no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado»*. Y la sentencia de la Audiencia Provincial reproduce las deficiencias de la madre puestas de manifiesto en los anteriores expedientes y procedimientos argumentando, para apreciar los motivos por los que está incursa en causa de privación de la autoridad familiar, que *«no existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios»*.

Ciertamente la demanda de la actora, insistiendo en su rechazo a la valoración que se hizo de su estado y situación en el momento de los expedientes anteriores, que condujeron a la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo, provoca en cierta medida que las sentencias dictadas se fundaran en los mismos motivos, sin necesidad de nueva prueba para compro-

bar su situación actual, por entender que aquellos motivos la hacían acreedora también de la declaración de hallarse incursa en causa de privación de la autoridad familiar y, por ello, a no ser preciso su asentimiento para la adopción. Pero los diferentes requisitos que deben exigirse para las dos distintas declaraciones (la de desamparo y la de privación de la autoridad familiar) y, sobre todo, las consecuencias derivadas de cada una de ellas, exigen un análisis más detallado de los presupuestos y consecuencias de ambos procedimientos.

El procedimiento para determinar la necesidad, o no, de asentimiento de los padres en la adopción (art. 781 LEC) precisa la remisión al precepto sustantivo, dentro de la regulación de la adopción, que expresamente examina los supuestos en que tal asentimiento es necesario, concretamente el artículo 177.2.2º del Código civil que requiere el asentimiento de los padres del adoptando no emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Y expresamente exige que esta situación sólo pueda apreciarse en procedimiento judicial contradictorio.

Se equiparan, por lo tanto, las situaciones de haber sido privado de la patria potestad y de hallarse incurso en causa legal para ello, y son los mismos los requisitos de procedimiento (juicio contradictorio) y las consecuencias (pérdida directa de la patria potestad en un caso, y no necesidad de asentimiento en la adopción, cuya constitución lleva a su pérdida, artículo 169.3º Cc., en otro). La gravedad de las consecuencias que se derivan de ambas situaciones exige un cuidadoso examen de los presupuestos de hecho y, por ello, de las pruebas que los acrediten, debiendo afirmarse que no son necesariamente los mismos que pudieron dar lugar a declaraciones de desamparo y acogimiento, que en este caso tuvieron la referencia temporal del año 2007. A estos efectos resulta determinante la prueba de la subsistencia, o no, de aquellos presupuestos de hecho, aunque ha de advertirse que los presupuestos de hecho para la declaración de desamparo y para la privación de la patria potestad (de la autoridad familiar en Derecho aragonés) no son exactamente los mismos.

El artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, define la situación de desamparo como la producida *«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 o incapacitados, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*. Y las consecuencias de la declaración de la situación de desamparo son las señaladas en el artículo 105 de la Ley 13/2006, que son la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar, pero no su privación. Debe recordarse que para el supuesto de la misma recurrente declaró esta Sala en la sentencia de 4 de enero de 2010 que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 12/2001 y del artículo 104 de la Ley 13/2006, era posible apreciar la situación de desamparo incluso por conductas anteriores al nacimiento del niño si se apreciaba el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, incluso para el futuro, derivado de la conducta de la madre antes del nacimiento. Se trataba, por lo tanto, de valorar el imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes de protección, que es distinto a valorar los requisitos para adoptar la decisión de privación de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o la situación de hallarse incurso en causa legal para ello.

La referencia del artículo 177.1.2º Cc a la privación de la patria potestad o a hallarse incurso en causa legal para su privación, que exige comprobar *«el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma»* (art. 170 Cc.), debe sustituirse entre nosotros por el artículo 77 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere *«sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma»*, enunciado que lite-

ralmente resulta más exigente que el del artículo 170 del Código civil, sin perjuicio de que en su aplicación pueda equipararse. Debe reiterarse lo declarado para la situación de desamparo, aunque ahora con mayores dificultades dado el tenor literal del artículo 77 (donde no existe la expresión *del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección* del art. 104), que permita la apreciación del incumplimiento grave y reiterado de los deberes en quien no ha tenido la oportunidad de ejercerlos dado que el niño le fue retirado al nacer, deduciendo dicho incumplimiento ya no sólo de la anterior conducta de la madre sino de la posibilidad de extrapolarla a su situación actual, lo que inevitablemente exigirá valorar la prueba que permita comprobar dicha situación y no simplemente derivarla de aquel estado anterior.

Cuarto: Con las anteriores premisas debe examinarse ahora si la denegación de la prueba solicitada por la recurrente en la primera instancia y en la apelación supone infracción de los preceptos señalados en su recurso que resulte determinante de nulidad o productora de indefensión, o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1.3º y 4º en el que se ampara el recurso). Los preceptos señalados como infringidos son los artículos 208.1, 217 y 283 LEC, además del artículo 24 de la Constitución española.

A estos efectos la mera cita del artículo 208.1 LEC, sin explicación de la forma en que la recurrente entiende cometida la infracción, no la acredita. Ciertamente, la providencia del Juzgado de 27 de noviembre de 2.009 que denegó la solicitud de prueba anticipada diciendo *«Se tiene por propuesta prueba anticipada por la parte actora y a la vista de su contenido* NO HA LUGAR *a la admisión de ninguno de los medios de prueba propuestos»*, carece de motivación e infringe en realidad el artículo 206.1, regla 2ª, que exige la forma de auto para la inadmisión de prueba, pero no con los efectos invalidantes que se pretenden si, como sucedió, hubo otras resoluciones que inadmitieron la prueba cumpliendo la forma, aunque la falta de motivación pudiera incidir en los mismos efectos.

El auto del Juzgado de 7 de septiembre de 2009, de admisión a trámite de la demanda, al denegar la prueba diciendo *«3: Al Otrosí, no ha lugar a la prueba pericial psicológica solicitada»*, cumple el requisito de forma pero carece absolutamente de motivación, infringiendo por ello el artículo 208.2.

Posteriormente, en el acto de la vista del juicio fue denegada la prueba diciendo: «*No se admite la pericial propuesta al considerarla innecesaria habida cuenta del expediente administrativo.»* Se justifica así, escuetamente, la denegación por entender suficiente el expediente administrativo que sirvió de fundamento en el anterior procedimiento para la declaración de la situación de desamparo, por lo que se cumpliría la obligación de motivar, si bien la recurrente discrepa, con cita del artículo 283, de que la prueba propuesta fuera intrascendente. El Juzgado la consideraba innecesaria y así lo justificaba después en la sentencia: «*…no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado pues, en primer lugar no se alega siquiera que haya superado todas sus deficiencias y tenga una vida ordenada, un empleo suficientemente retribuido, y un domicilio en el que convivir con el menor, sino que se pide pericial psicológica para determinar si de manera genérica es capaz de atenderlo, y además también es importante proteger el interés del niño, que es prioritario, y que convive desde hace dos años con una familia de acogida, de manera que el separarlo de esta le produciría un grave perjuicio y sin duda futura inestabilidad.»* Así pues, se pone el acento en que no alegaba la actora haber superado sus deficiencias y tener una vida ordenada, unos medios de vida suficientes y un domicilio, considerando el Juzgado inhábil una prueba pericial psicológica sobre su capacidad genérica para atender al niño.

El Auto de la Audiencia Provincial de 27 de abril de 2010 resolvió inadmitir la prueba propuesta por la recurrente al

interponer el recurso de apelación diciendo: *«No procede admitir la prueba pericial propuesta por la recurrente por no resultar trascendente para resolver la cuestión controvertida (art. 283 LEC)»*, lo que viene a ser una motivación de inutilidad de la prueba, no precisando si por impertinencia y falta de relación con el objeto del proceso (art. 283.1) o por propia inutilidad al no contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2). La sentencia de la Audiencia justifica su decisión en la falta de prueba que justificara que la situación había cambiado respecto a la declaración de desamparo, y que esta misma declaración lleva a declararla incursa en causa de privación de la patria potestad, al decir: *«No existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios. El interés del menor fue el único criterio mantenido por la Administración en su intervención. La incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción del menor, lo que comporta la desestimación del recurso.»*

Las anteriores declaraciones del Juzgado y de la Audiencia, tanto en las resoluciones denegando la admisión de la prueba como en las sentencias, ponen de relieve, como motivación de su inutilidad, que la situación de la actora, tanto en lo relativo a su capacidad personal como a sus medios económicos y sociales, no había cambiado y eran suficientes los motivos que llevaron a la declaración de desamparo para considerarla incursa en causa de privación de la autoridad familiar. Como se ha razonado en el fundamento anterior, esta equiparación de situaciones (desamparo y causa de privación de la autoridad familiar), no puede hacerse sin una adecuada justificación del estado actual del progenitor, ni tampoco cabe fundarla en falta de prueba si la actora, cumpliendo con la carga que le impone el artículo 217 LEC, propone reiteradamente la práctica de la que estima oportuna, que con la misma reiteración le es denegada. Puede afirmarse que resultaría justificada la denegación si absolutamente se apartara del objeto del proceso (art. 283.1 LEC) o resultara inútil a tal fin (art. 283.2), pero no puede ser así apreciado «*a priori*» si, cuando se propuso como prueba anticipada, se solicitaba dictamen del médico forense sobre su capacidad en función de su minusvalía, dictamen de psicólogo sobre su aptitud y capacidad para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad, e informe del equipo psicosocial sobre las medidas precisas para la recurrente para el cuidado y crianza de su hijo, pues tales dictámenes e informes resultan plenamente ajustados al objeto del proceso.

La mera previsibilidad del resultado, que es lo que parece haber llevado a las decisiones impugnadas, no autoriza una denegación de esta prueba en este tipo de procedimientos (Libro IV, Título Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en los que se proclama la indisponibilidad de su objeto (art. 751) y la más amplia admisión de los medios de prueba en cualquier fase, y (art. 752) a instancia de parte o de oficio (en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril). Por ello la sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2009, de 31 de julio, sienta la doctrina de permitir contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo, incluso durante el proceso civil, con el fin de determinar *si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad* (sic).

En particular, en los procedimientos dirigidos a la privación de la patria potestad o de la autoridad familiar, ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, *«en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación»* (artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, y con similar redacción el artículo 170, segundo párrafo del Código civil), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiendo su revisión en función de los cam-

bios de circunstancias, que han de ser valorados por los tribunales que tienen encomendada esta función, siempre que se adopten en interés del hijo. El interés del menor se erige así en el eje que debe presidir el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos, y en ocasiones dicho interés se protegerá adecuadamente permitiendo a los padres la recuperación de la patria potestad o de la autoridad familiar perdidas (recordemos que la autoridad familiar no se pierde por la declaración de desamparo), y en otras tal protección se conseguirá rechazando dicha recuperación en función de la situación en la que se encuentre el hijo y de las capacidades de los padres, todo lo cual habrá de ser enjuiciado por los tribunales a los que corresponde dicha valoración, con arreglo a las pruebas puestas a su disposición u obtenidas de oficio.

En este supuesto la denegación de prueba, a la vista de lo expuesto hasta ahora, no resulta justificada, habiéndose producido la infracción del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues las pruebas propuestas guardaban relación con el objeto del proceso (apartado 1), y sólo podían ser rechazadas (apartado 2) las que *«según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos»*. Esta regla contenida en las disposiciones generales sobre la prueba impone a los tribunales un criterio claramente restrictivo en el rechazo de pruebas, que debe seguirse con el máximo rigor en este tipo de procedimientos, según las consideraciones expuestas.

Sobre la relevancia de la denegación de prueba a los efectos de determinar si la misma ha generado indefensión y/o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1, apartados 3º y 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debemos partir de las reiteradas declaraciones recogidas en sentencias como la del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010, núm. 141/2010, recurso 1335/2006, conforme a la cual *«el art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el thema decidendi (supuesto que debe decidirse) (SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2»*.

Para concretar si la denegación de prueba es relevante en términos de ser considerada causante de indefensión o de infracción de derechos constitucionales, señala la citada sentencia que *«es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)]; cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3)*.

En el presente supuesto ya hemos valorado la trascendencia de la prueba propuesta por la recurrente dirigida a intentar acreditar su situación, que le permitiría ocuparse de su hijo, sin perjuicio de la valoración que corresponde a los tribunales, por lo que, habiéndose producido la infracción de los preceptos indicados como consecuencia de la injustificada denegación de la prueba propuesta, procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración (art. 476.4 LEC), que es la providencia de 27 de noviembre de 2009 denegando la prueba propuesta como anticipada en el escrito de 24 de noviembre de 2009 (folios 70 y 71 de los autos de primera instancia), para su admisión en forma y continuación de los trámites subsiguientes.

Quinto: Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, con el efecto de reposición de las actuaciones, no cabe pronunciamiento alguno sobre el recurso de casación.

Sexto: En cuanto a costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, no procede su imposición a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal con anulación de la sentencia recurrida y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, que es la providencia de 27 de noviembre de 2009 denegando la prueba propuesta como anticipada en el escrito de 24 de noviembre de 2009, para que se proceda a su admisión en forma y continuación de los trámites subsiguientes.

Sin imposición de costas.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 476.4 LEC).

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12

NÚM. 12

S. TSJA de 20 de mayo de 2011

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: ***Según el art. 147 Comp., pueden adquirirse por usucapión las servidumbre aparentes; esta servidumbre de paso no es aparente al no estar signos externos directamente vinculados al uso o aprovechamiento; e incluso, en ese caso, aun cuando lo estuvieran, no se habría producido la usucapión toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto.***

Disposiciones citadas: ***arts. 1-2, 147 Comp. aragonesa; art. 217 Lec.; art. 436, 532 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.***

En Zaragoza a veinte de mayo de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación, núm. 4/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha de 9 de julio de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 124/2010, dimanante de autos de juicio ordinario, núm. 314/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcañiz, en el que son partes, como recurrente, don M. E. S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Jesús Palos Oroz y dirigido por el Letrado don Joaquín Solá Martínez, y como recurridos don J. B. L. y doña Mª P. A. C., representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigidos por el Letrado don Eduardo Valles Iriso.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Soledad Espallargas Balduz, actuando en nombre y representación de don M. E. S., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «1º: Se declare la existencia de una servidumbre de paso a la calle

Tremedal de Albalate del Arzobispo, a favor de la propiedad del Sr. E descrita en el hecho primero de la demanda, predio dominante, mediante el camino que discurre desde su propiedad hasta dicha calle por la finca de los demandados, predio sirviente, según descripción que aparece en el acta de presencia notarial y demás documentos adjuntos, con una anchura de 1,20 m., servidumbre que comprende asimismo el uso de la puerta de comunicación entre dicho camino y la calle Tremedal. 2º: Se declare la existencia de una servidumbre de acueducto, desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados) hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada y después continúa hacia la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego. 3º: Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones de derechos. 4º: Condene a los demandados a reponer el citado camino al estado anterior a la colocación de la cadena en la puerta de acceso del camino a la calle Tremedal de Albalate del Arzobispo, la cual deberán retirar dejando libre y expedito el paso por el camino objeto de esta litis y a través de la puerta existente. 5º: Condene a los demandados al pago de las costas procesales del juicio.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a los demandados, quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron oponiéndose a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Alcañiz dictó sentencia en fecha de 23 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Soledad Espallargas Balduz, en nombre y representación de don M. E. S., contra don J. B. L. y doña Mª P. A. C.: Declarando la existencia de una servidumbre de acueducto desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados), hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada, y después continúa hasta la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración de derechos, y absolviéndoles del resto de los pedimentos formulados en su contra. No se realiza especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia.»

Tercero: La representación procesal de la parte demandante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 9 de julio de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Soledad Espallargas Balduz, en la representación que ostenta del demandante don M. E. S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Alcañiz, en el juicio ordinario núm. 314/09, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada por su recurso, y con pérdida del depósito constituido».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Luis Barona Sanchís, actuando en nombre y representación de don M. E. S. presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez se

tuvieron por preparados ambos, por el Procurador Sr. Barona Sanchís se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: I: Recurso extraordinario por infracción procesal: 1. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 217, 218, y 465 de la mentada Ley Procesal, al valorar la carga de la prueba respecto a la posesión por parte del recurrente de la llave para acceder a la calle Tremedal (Alquezar, según error material de la sentencia). 2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 217, 218, y 465 de la mentada Ley Procesal, al ignorar hechos pacíficos admitidos por las partes y que pertenecen a su exclusiva disposición, en concreto el uso del camino litigioso por el recurrente, sus padres y los sucesivos aparceros para usos distintos del riego. II Recurso de Casación: A). Infracción, por errónea interpretación de los artículos 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, 532 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, por no considerar aparente la servidumbre. B) Infracción, por errónea interpretación de los artículos 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, 598 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, por considerar que el uso del camino objeto de litigio era de mera tolerancia.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 14 de marzo del presente año auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2011.

Fundamentos de derecho

Primero: Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— El actor, don M. E. S., presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de Alcañiz (Teruel), en fecha de 30 de abril de 2009, demanda frente a don J. B. L. y doña Mª Pilar A. C., en la que ejercita acción confesoria de dos servidumbres, una de paso y otra de acueducto, pidiendo en el suplico, entre otras cosas, se dicte sentencia por la que:

«1º: Se declare la existencia de una servidumbre de paso a la calle Tremedal de Albalate del Arzobispo, a favor de la propiedad del Sr. E., descrita en el hecho primero de esta demanda, predio dominante, mediante el camino que discurre desde su propiedad hasta dicha calle por la finca de los demandados citada, predio sirviente, según descripción que aparece en el Acta de Presencia Notarial y demás documentos adjuntos, con una anchura de 1,20 m, servidumbre que comprende asimismo el uso de la puerta de comunicación entre dicho camino y la calle Tremedal.

2º: Se declare la existencia de una servidumbre de acueducto, desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados) hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada y después continúa hacia la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego».

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Alcañiz, y emplazados don J. B. L. y doña

Mª P. A. C., se personaron en los autos, y en su escrito de contestación solicitaron, en primer término, la desestimación íntegra de la demanda, y subsidiariamente, para el caso de que se declare la existencia de servidumbre de acueducto, pidieron que tal declaración se limite a reconocerla desde el brazal que discurre por el predio sirviente hasta los bancales del demandante, de modo que permita el riego por gravedad del predio dominante, «pudiendo los propietarios del predio sirviente variar la ubicación y modificar el brazal que lleva el agua al predio dominante siempre que se respete ese derecho de riego.»

— Tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcañiz, en fecha de 23 de enero de 2010, sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, se declara «la existencia de una servidumbre de acueducto desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados), hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada, y después continúa hasta la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración de derechos y absolviéndoles del resto de los pedimentos formulados en su contra.»

— Interpuesto recurso de apelación por el actor, en súplica de que se declare también la servidumbre de paso pedida en la demanda, que estima adquirida por usucapión con arreglo al artículo 147 de la Compilación, la otra parte se opuso al mismo, y sustanciado por sus trámites, recayó en fecha de 9 de julio de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel por la que se confirma íntegramente la resolución impugnada, si bien modifica en parte la motivación esgrimida en la primera instancia para desestimar la acción confesoria de servidumbre de paso.

— Contra dicha resolución de la Audiencia Provincial de Teruel se formuló por el Sr. E. S. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, quien pidió se case la sentencia dictada por dicha Audiencia y se declare la existencia de la servidumbre de paso solicitada.

Segundo: El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al amparo del artículo 469.1, motivo 2º, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, interesando se suprima la afirmación fáctica de que a los causantes del actor «se les facilitara una llave para acceder desde la calle Alquézar (error material, habiendo de entenderse Tremedal) a la propiedad de los demandados.»

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel declara probado que a los causantes del actor se les facilitó una llave para acceder desde la calle Tremedal a su propiedad, lo cual, según se expresa en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero de la resolución impugnada, «indica que el uso que se haya podido hacer tiene su encaje dentro de las denominadas buenas relaciones de vecindad y obedece claramente a la mera tolerancia del propietario del predio que, para facilitar al demandado, o a las personas que trabajaban su huerto, las labores de riego, les permitió el paso a través de la puerta para acceder atajando a la acequia general que se encuentra al otro lado de la calle.»

Alega el recurrente que la sentencia recaída en segunda instancia introduce un hecho nuevo en el proceso: que se facilitó una llave a los causantes del actor. A este respecto, en la demanda se expresa que los padres del actor tenían llave de la puerta y que «existía acuerdo de voluntades de los titulares de los fundos dominante y sirviente» en cuanto al paso que se hacía. Por su parte, los demandados adquirieron la finca en noviembre de 2007, expresándose en la escritura de enajenación que estaba libre

de cargas, y dado que desconocían como consiguieron la llave los causantes del actor y este dice en su demanda que el aparcero disponía de una «que guardaba colgada mediante una escarpia detrás de la puerta», aluden en la contestación a la demanda a que cualquier vecino pudo «obtener indebida e ilícitamente una llave», postura que es calificada por el Sr. Escartín Sánchez de «insinuación maliciosa». Por lo tanto, entre los datos de hecho aportados al proceso está el de la posesión de la llave por el actor y sus causantes y el relativo a cómo se obtuvo dicha llave por ellos, extremo este sobre el que las partes discrepan.

Sentado lo anterior, es claro que no procede acoger el motivo que nos ocupa, pues la sentencia impugnada, al estimar que la llave fue facilitada por el propietario del predio, no introduce un hecho nuevo, sino que está realizando una valoración probatoria (de la que nos ocuparemos seguidamente) sobre un dato de hecho incorporado al proceso, que puede ser utilizado no solo por quién lo aportó, sino también por el contrario: es lo que se conoce con el nombre de principio de adquisición procesal, según el cual la eficacia de la alegación no permanece limitada al sujeto que la formula, sino que es adquirida por todos los que en el proceso intervienen. En suma, este primer motivo de impugnación debe ser desestimado.

Tercero: También aduce el recurrente que la aseveración fáctica realizada por la Audiencia Provincial de Teruel de que a los causantes del actor se les facilitó una llave para acceder desde la calle Tremedal a su propiedad «quebranta las reglas que sobre valoración de las pruebas establece la Ley Procesal en su artículo 217, en cuyo apartado 3 señala que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos probados por el actor.»

Sin embargo, tal declaración fáctica no resulta de la aplicación por el Tribunal de las normas sobre carga de la prueba, sino que es una deducción que se realiza (prueba de presunciones) a la vista de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el proceso.

Los causantes del actor estaban en posesión de la llave y en la demanda se expresa que «existía acuerdo de voluntades de los titulares de los fundos dominante y sirviente» en cuanto al paso que se hacía. Por otro lado, los demandados adquirieron la finca en noviembre de 2007, y como desconocían como habían conseguido la llave los causantes del actor y este dice en su demanda que el aparcero «disponía de una llave que guardaba colgada mediante una escarpia detrás de la puerta», aluden a que pudieron obtenerla de forma indebida, siendo calificada tal postura por el Sr. E. S., en su escrito de apelación, de «insinuación maliciosa», donde expresa asimismo que dicha insinuación quedó desvirtuada por la prueba testifical practicada en el juicio oral.

Pues bien, si tenemos en cuenta que la finca pertenecía a la parroquia, que los causantes del actor tenían a su favor una servidumbre de acueducto (la arqueta de desvío del agua de riego con su tajadera está ubicada en la finca de los demandados), que la toma de la acequia general se encuentra al otro lado de la calle Tremedal, el rodeo que había que dar si se iba a la toma general desde la calle Alfonso Zapater, la comodidad que supone el acceso a la calle Tremedal pasando por el predio de la parroquia (ahora de los demandados) y a la inversa, la postura del actor dentro del proceso (la llave no se obtuvo de forma indebida –«ofende al sentido común pensar que a alguien le sustraigan una llave de la puerta y vea después utilizarla abiertamente por quien no tenía derecho y permanezca impasible»– y no se alega adquisición de la servidumbre de paso en virtud de título), y que el paso permitido (en precario, sin generar derecho de servidumbre) no causaba perjuicio alguno, unido a la total prueba de autos, lleva a la convicción de que la deducción a que, en este punto, llega a la Audiencia Provincial de Teruel no es ilógica, arbitraria o irrazonable, por lo que debe respetarse por esta Sala, pues no es necesario que

la deducción sea unívoca, ya que lo que se ofrece al control casacional es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, reservándose a la instancia la opción discrecional entre las varias posibles (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1987, 18 de marzo de 1993, 15 de diciembre de 1994 y 22 de diciembre de 1997, entre otras). En suma, este segundo motivo de impugnación también debe decaer.

Cuarto: Como tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel no respeta un hecho que no ha sido objeto de debate en segunda instancia: que el recurrente, sus padres y los sucesivos aparceros del predio del actor utilizaban el paso en cuestión también para usos distintos del de riego.

Ciertamente, el paso no se utilizaba sólo para riego (uso fundamental), pues en ocasiones se realizaban otros usos (introducir estiércol, sacar productos, acceder atajando a la calle Tremedal y a la inversa). Ahora bien, la Audiencia Provincial, en puridad, no niega esos otros usos, y en todo caso ello es irrelevante a los efectos de que se case la sentencia impugnada, pues nos seguimos encontrando con el hecho de que se les facilitó una llave para acceder a la calle del Tremedal desde la propiedad de los demandados y a la inversa, y en definitiva ante un uso permitido en precario que tiene su encaje dentro de las denominadas relaciones de buena vecindad.

Quinto: Entre los motivos los motivos del recurso de casación se esgrime el de infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho civil de Aragón por considerar que el uso del paso litigioso era de mera tolerancia.

En este motivo lo que realmente discute el recurrente es la valoración probatoria realizada en la instancia al respecto, de ahí que en su desarrollo de «por reproducido el contenido íntegro del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal», por medio del cual interesaba se suprimiese la afirmación fáctica, efectuada por la Audiencia, de que a los causantes del actor «se les facilitara una llave para acceder desde la calle Alquézar (error material, habiendo de entenderse Tremedal) a la propiedad de los demandados.»

Como dicho motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal fue desestimado, este también debe decaer. Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2009, entre otras muchas).

En razón a dicha doctrina del Tribunal Supremo, el recurrente instó la modificación de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial de Teruel a través del cauce adecuado, el recurso extraordinario por infracción procesal, pero no tuvo éxito, según vimos, dado que la deducción probatoria realizada por dicho Tribunal sobre el extremo que nos ocupa no es ilógica, arbitraria o irrazonable, por lo que debe respetarse por esta Sala, y en consecuencia el presente motivo de impugnación casacional debe decaer.

Sexto: El recurrente alega asimismo que la Audiencia Provincial de Teruel infringe el mentado artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en relación con el artículo 532 del Código Civil, por no considerar aparente la servidumbre de paso que se pretende.

El citado artículo 147 de la Compilación establece que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres.

La apariencia o no apariencia por signos exteriores se refiere a aquellos datos que revelan objetivamente el uso de la servidumbre, exigiéndose la concurrencia de datos visibles permanentemente («están continuamente a la vista») y reveladores del uso y aprovechamiento de la servidumbre. El ser aparente la servidumbre no consiste sólo en que haya un dato exterior visible, sino en que ese dato exterior visible revele aquélla, en el sentido de que pueda tomarse razonablemente como signo de la servidumbre.

No hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de servidumbre. Es preciso que el signo exterior sea razonablemente revelador de la servidumbre, cuestión de hecho a determinar por el juzgador en cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Ello explica la aparente contradicción al respecto entre sentencias, que, por lo general, no es tal, pues parten de la noción legal recogida en el artículo 532 del Código Civil y llegan a conclusiones distintas en función de los datos fácticos concurrentes en cada supuesto.

Pues bien, en el caso de autos la Audiencia Provincial de Teruel, tras una valoración global y conjunta de la prueba practicada, documental, testifical e interrogatorio de las partes, llegó a las siguientes apreciaciones que constan literalmente en la sentencia dictada:

«… la servidumbre que se pretende no puede ser calificada de aparente (…). Ello es así por cuanto para poder calificarla de aparente es necesario que los signos estén inequívocamente en relación con el uso o aprovechamiento de la servidumbre. La equivocidad, es decir, la posible consideración de los signos a otros fines, excluye la apariencia, tal y como sanciona la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 1905 al estimar que si bien un sendero resulta signo aparente del paso, sólo lo será a nuestros efectos cuando revele de forma inequívoca que sirve para el paso de personas distintas al propietario».

«En el presente caso, la primera parte del tramo del sendero, el que va desde la propiedad del actor hasta el punto de desvío del brazal general, no es signo inequívoco de la servidumbre que se pretende por cuanto el mismo sirve de soporte al paso que lleva implícito la servidumbre de acueducto reconocida en la sentencia, y al no revelar de manera inequívoca que su configuración como sendero o paso lo sea en virtud del acceso que haya podido hacer el demandado a la calle Tremedal, no podemos considerarlo como signo aparente de la servidumbre de paso; la propia parte apelante reconoce implícitamente que no es signo inequívoco al indicar expresamente en su recurso que «Nada hay en los autos –la misma prueba testifical y documental en la misma vista oral– que permita pensar que el uso de las servidumbres de paso y acueducto fue distinto…».

«… el segundo tramo, el comprendido entre el punto de desvío del brazal general hasta la puerta de salida a la calle, tampoco

es revelador de esa apariencia, por cuanto basta ver su trazado en las distintas fotografías aportadas para ver que ese trozo corto de senda o camino es de servicio del propio fundo que se pretende sirviente, pues es la senda que nada más traspasar la puerta conduce a ese brazal y a las distintas parcelas que configuran la propiedad y que necesariamente viene siendo utilizado por los propios propietarios».

Como puede verse, la Audiencia Provincial admite la existencia de un signo exterior visible que revela el paso, pero considera que dicho dato, en el supuesto de autos y a tenor de los factores concurrentes, no puede tomarse razonablemente como signo aparente propio de la servidumbre de paso que se reclama en este recurso, y como tal valoración probatoria no es ilógica, ni arbitraria o irrazonable, debe respetarse por esta Sala, y en el supuesto de que pudiera considerarse el dato exterior existente como signo aparente de la servidumbre de paso que se pretende, tampoco se habría producido la usucapión alegada, toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto (posesión en nombre ajeno que no es hábil para usucapir), estableciendo el artículo 436 del Código Civil que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario», y si bien la posesión iniciada en precario puede convertirse en un momento posterior en una posesión en concepto de titular de un derecho real de servidumbre (es la denominada inversión posesoria), no debe olvidarse que la sola voluntad del poseedor no es nunca causa bastante para determinar tal mutación, siendo necesario que dicha voluntad interna se exteriorice de manera indubitada, de modo que se manifieste inequívocamente la voluntad de poseer en concepto de titular de un derecho real y no como mero precarista, no existiendo en el proceso prueba al respecto. En suma, los dos recursos formulados deben ser desestimados, manteniéndose la resolución impugnada.

Séptimo: Dado que el caso de autos presenta serias dudas de hecho, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de los recursos extraordinario y de casación aquí examinados, a tenor de lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Procurador don Luis Barona Sanchís, en nombre y representación de don M. E. S., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 9 de julio de 2010, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de los mismos.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 13 13

S. TSJA de 25 de mayo de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Derecho Procesal: Nulidad de los actos procesales: ***No tiene lugar la nulidad solicitada alegando la no intervención del fiscal, puesto que ello, además no es cierto, ya que el art. 749-2 Lec. no exige la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su intervención en el proceso; y esta se ha producido ya que consta en la actuaciones que el fiscal fue llamado la pro-***

ceso, que contestó la demanda y excusó su asistencia la juicio. La nulidad de las actuaciones procesales tiene lugar cuando se prescinda de las normas esenciales del proceso y siempre que, por esa causa, se produzca indefensión y además, habrá nulidad en aquellos casos en los que las leyes así lo establezcan (art. 283 LOPJ); no existiendo una norma procesal que establezca la nulidad cuando la intervención del fiscal en el proceso es perceptiva.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 469-1-3º, 477-2-5º, 749, 753 Lec.; arts. 238 LOPJ***

PONENTE: ***Ilma señora doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza, a veinticinco de mayo de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal, núm. 1/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de noviembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 428/2010, dimanante de autos, número 14/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, don Julio F. C. y doña Francisca T. V., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell y dirigidos por la Letrada doña Eva Escanero Cervera, y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell, actuando en nombre y representación de don Julio Frisas Clavero y doña Francisca T. V., presentó demanda en solicitud de cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación de la declaración del desamparo del menor Francisco F. T., del que son progenitores, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase sentencia: *por la que se estime íntegramente la demanda y se declare el cese de la suspensión de la patria potestad y, en consecuencia, se revoque la declaración de desamparo del menor Francisco Frisas Tremps con reintegración inmediata del mismo en su familia biológica, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.*

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las partes demandadas (IASS y Ministerio Fiscal) que comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma. El IASS solicitó en dicho trámite que se «*dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda formulada de contrario por ajustarse a Derecho las resoluciones administrativas dictadas*». El Ministerio Fiscal interesó del Juzgado: *se tenga por presentado este escrito dentro de plazo, se le tenga por comparecido en los citados autos, y por contestada la demanda, debiendo entenderse con este Ministerio las diligencias que se practiquen a los efectos que en justicia proceda.*

El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 25 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO: Que debo desestimar en la forma indicada la demanda formulada por la representación de Julio Manuel F. C. y Francisca T. V. contra la Diputación General de Aragón y en la que el Ministerio Fiscal ha tenido la intervención legal. Todo ello sin imposición de costas.*

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de esta ciudad, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 23 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *FALLAMOS Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Julio Manuel F. C. y doña Francisca T. V., frente a la Sentencia de fecha de*

25 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número Seis de Zaragoza, en autos de Oposición a la Resolución Administrativa en Materia de Protección de Menores, número 14/10, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas.

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell, actuando en nombre y representación de don Julio F. C. y de doña Francisca T. V., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: 1º) *al amparo del ordinal 3º y 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegándose infracción de los artículos 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución española en relación con los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por inasistencia al acto de la vista del Ministerio Público: 2º) al amparo del ordinal 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegándose vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española. En cuanto al recurso de casación, por infracción norma autonómica, se interpone el mismo por vulneración de los artículos 21, 56 y 59 de la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia del Menor en Aragón, así como, concordantes con la Ley 13/2006 de la Persona en Aragón, en sus artículos 55, 56 y 60 y ss.*

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 2 de febrero providencia en la que se acordó: *Vistos los motivos en los que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, considera la Sala que puede estar presente en ambos la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 473.2,2º, en relación con el 469.1, 4º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por manifiesta falta de fundamento de los motivos esgrimidos: En cuanto al motivo que sirve de base al recurso de casación, aprecia la Sala que, no obstante la alegación como infringidos de los artículos 21, 56 y 59 de la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón en relación con los 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona, no se expresa en el motivo la razón jurídica de infracción de las normas sustantivas que se citan, sino que lo que se cuestiona, al afirmar que han cambiado las circunstancias que dieron lugar al desamparo, son los hechos probados, por lo que pudiera incurrir en causa de inadmisibilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil: En consecuencia, y de conformidad con lo prevenido en el art. 473.2 párrafo segundo y el art. 483.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, óigase a las partes personadas sobre el particular, a fin de que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes.*

Dentro de plazo, las partes presentaron sus alegaciones, solicitando la parte actora la admisión de todos los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal, solicitándose por el Ministerio Fiscal la admisión del recurso de casación planteado y la inadmisión o desestimación del de infracción procesal, y por parte de la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, la inadmisión de ambos recursos.

En fecha de 14 de marzo de 2010 se dictó auto por el que se acordó: *Primero: Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal: Segundo: Admitir a trámite el recurso extraordinario por infracción procesal presentado en cuanto al primero de los motivos, inadmitiéndolo en cuanto al segundo: Tercero: Inadmitir el recurso de casación: Cuarto: Dese el traslado establecido en el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la parte recurrida, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días y para los demás efectos legalmente prevenidos.* Alegaciones que presentaron dentro de plazo.

Por providencia de 14 de abril se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo del presente año.

En fecha de 3 de mayo, por la representación legal de los recurrentes, se presentó escrito aportando certificación de defunción de don Julio F. C., acordándose poner el hecho en conocimiento de las partes.

Fundamentos de derecho

Primero: Antes de entrar a examinar la viabilidad del único motivo de infracción procesal que resultó admitido en el correspondiente trámite, debe darse respuesta a la alegación del representante del Ministerio Fiscal contenida en su escrito de oposición al recurso, en el que expresa que el de infracción procesal debió inadmitirse como consecuencia de la inadmisión del recurso de casación.

La regla 5ª del apartado primero de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en dicho escrito de oposición se reproduce, establece, en efecto, que *si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.* Es decir, la admisión del recurso de infracción procesal se condiciona no a la admisibilidad del recurso de casación (lo que sí ocurre si el recurso se formuló fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo del artículo 477, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º de la regla 5ª) sino a la recurribilidad de la sentencia que se impugna. Como se expuso en el auto de admisión, dicha sentencia es recurrible de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 4/2005 de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa, al haber sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Zaragoza y al ser el procedimiento de cuantía indeterminada. Siendo la sentencia recurrible, los motivos de casación no fueron sin embargo admitidos por no combatir, en puridad, la aplicación de normas jurídicas sino los hechos que la sentencia declaró probados.

Segundo: Sentado lo anterior, se analizará a continuación el motivo de infracción procesal interpuesto al amparo del art. 469 1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que resultó admitido.

Argumenta la parte recurrente que el representante del Ministerio Fiscal debió asistir al acto de la vista, que no debió celebrarse sin su presencia y que, al no hacerlo, se produce una infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, pues *ninguna proposición de medio de prueba ni la valoración de las practicadas pudo llevar a cabo en el acto de la vista ni en los sucesivos momentos procesales vulnerando con ello el contenido del art. 749.2 de la LEC.*

Este último precepto establece que *En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención de Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.*

No puede dejar de señalarse la trascendencia que, en la regulación procesal introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, reviste la actividad a desarrollar en el acto de la vista del juicio verbal, a cuyo trámite remite el art. 753. En dicho acto se lleva a cabo de forma oral y concentrada, tanto el control de la falta de presupuestos procesales como la proposición y la práctica de la prueba. Únicamente las alegaciones (no obstante la remisión que efectúa el aludido artículo 753, se prevé la contestación a la demanda por escrito) quedan fuera de ese trámite. Es evidente, por tanto, la importancia de la presencia del Fiscal en ese momento, y así se destaca también en la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001 *(Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles).*

Pero el art. 749.2 no exige (ni lo hace ningún otro precepto) la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su *intervención* en el proceso. Y dicha intervención ha tenido lugar. Consta en las actuaciones que fue llamado al proceso, que contestó a la demanda y que excusó su asistencia al juicio, en cuyo momento hubiera podido pedir la suspensión del acto, si lo

hubiese considerado oportuno. Tuvo acceso a la abundante prueba documental y a la pericial obrante en autos, al acta del juicio, y al visionado de la grabación. Conocida la sentencia de primera instancia, interesó su confirmación (lo que no hubiera hecho de estimarla contraria al interés del menor). Y ahora se ha opuesto, por razones de forma y de fondo, a la estimación del recurso de infracción procesal, expresando además, en su escrito de oposición al recurso, que *la asistencia del Fiscal a esa vista oral para nada se intuye que hubiera dado lugar a un fallo distinto del pronunciado por el órgano judicial.*

De ello se desprende que tuvo, desde el principio, conocimiento de los términos en los que se planteó el litigio, y actuó en consecuencia. Podría cuestionarse si esa intervención fue o no bastante, o si el Fiscal veló adecuadamente por el interés del menor afectado. Pero un cumplimiento deficiente por parte del Fiscal de las funciones que tiene encomendadas daría lugar, en su caso, a otras consecuencias jurídicas (cuestión en la que en modo alguno podría entrarse aquí) pero no, por lo que más adelante diremos, a nulidad procesal. En cualquier caso, si se da por supuesto –debe darse por supuesto– que el Fiscal orienta su actuación procesal de manera consciente y responsable, la conclusión obligada es que la finalidad de la norma, es decir, la defensa de la legalidad y la del interés del menor, quedó cumplida.

Diferente sería el supuesto de que por ausencia o defectuosa comunicación de la pendencia del proceso al Fiscal, este no hubiera tenido oportunidad de intervenir en el procedimiento. Aun así, tiene declarado el Tribunal Supremo que la inicial falta de intervención del Ministerio Fiscal es un defecto generalmente subsanable, procurando luego esa intervención en fase probatoria o de conclusiones e incluso en la segunda instancia y en ocasiones hasta en casación (STS Sala Primera de 30 de marzo de 2001 y las que ahí se citan). Ciertamente, tales pronunciamientos se corresponden con procedimientos anteriores a la vigencia de la LEC 2000, que como hemos señalado, confiere un relieve esencial al acto de la vista. No obstante, no puede compartirse el razonamiento de la parte según el cual el Ministerio Fiscal no pudo proponer prueba, pues no debe olvidarse que en esta clase de procesos, en los que está en juego el interés público, las pruebas pueden incorporarse al procedimiento en el momento más adecuado, sin sujetarse a la rigidez preclusiva característica de los procesos dispositivos y pudiendo además, el tribunal, decretar de oficio cuantas estime pertinentes (art. 752.1 LEC).

Tercero: En todo caso, y aunque se apreciara infracción del art. 749.2, la prosperabilidad del motivo de infracción procesal exige, según se expresa en el precepto del art. 469 1.3º citado, que la infracción determine la nulidad conforme a la ley o haya podido producir indefensión.

La nulidad de los actos procesales se regula en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que menciona en su ordinal tercero *Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.* Y señala el último párrafo de dicha disposición que, además de los supuestos que enumera también se producirá la nulidad *en los demás casos en los que las leyes así lo establezcan.* Pero, como ha quedado expuesto, no existe norma procesal que establezca, cuando la intervención del Fiscal en el proceso es preceptiva, la nulidad de la vista del juicio verbal en caso de inasistencia de aquél.

Respecto de la indefensión, recordaremos que una constante jurisprudencia constitucional define este concepto como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (así, STC 6/1992, de 16 de enero). Pues bien, la recurrente no llega siquiera a alegar que se le haya producido indefensión, y es evidente que tal cosa no ha ocurrido, pues en modo alguno la inasistencia del Ministerio Fiscal a la vista ha privado a la parte demandante de defender su postura procesal. Por otro lado, y con independencia de que como tiene declarado el Tribunal Supremo (véase, entre otros, ATS Sala de lo Civil, sección 1ª de 25 de oc-

tubre de 2005) es preciso que la infracción procesal denunciada haya causado una material y efectiva indefensión a la parte que pretendidamente la sufre, tampoco el representante del Ministerio Fiscal se ha visto en dicha situación y, por ende, no se ha menoscabado la posibilidad efectiva de realizar actividad procesal tendente a la defensa del interés del menor, cuya salvaguarda en estos procesos es lo prioritario.

En fin, como consta en la grabación del juicio, la parte ahora recurrente ninguna objeción puso, en aquel momento, a la inasistencia del representante del Ministerio Fiscal, es más, pidió la suspensión del juicio (por segunda vez, pues se reanudó tras la suspensión acordada a su instancia en otra sesión anterior, esta con intervención de la representante del Ministerio Público) por otra razón diferente, sin mención alguna a la referida ausencia.

Por cuanto antecede, el recurso no puede prosperar.

Cuarto: En cuanto a las costas, dada la materia de la que se trata y el interés que defiende la recurrente, que justifica su posición aunque no alcance resultado positivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede su imposición a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación, núm. 1 de 2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell en nombre y representación de don Julio F. C. y doña Francisca T. Velázquez contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en rollo de apelación núm. 428 de 2010, sin hacer imposición de costas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

14

NÚM. 14

S. TSJA de 15 de junio de 2011

62: EDAD: Del Mayor de 14 años: 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Gestión de los bienes de los hijos: Disposición hasta los 14 años: ***A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13-2 Comp.***

Disposiciones citadas: ***arts. 3, 5, 9, 12 Comp. aragonesa; arts. 162, 164, 1281, 1766, 1767 Cc.***

Ponente: ***Ilmo señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza, a quince de junio de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 5/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 30 de diciembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 298/2010, dimanante de autos número 940-E/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, la Caja de Aho-

rros y Pensiones de Barcelona, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Isabel Franco Bella y dirigida por el Letrado don Juan José Arbués Salazar, y como parte recurrida don S. A. C., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Ascensión Sánchez Tenías y dirigido por el Letrado don Fernando Pozo Remiro.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Antecedentes de hecho

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Laura Sánchez Tenías, actuando en nombre y representación de don S.A.C., presentó demanda en reclamación de cantidad de 30.592,50 euros más intereses contra la entidad «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» («La Caixa»), en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: «por la que se condene a «La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona», al pago al demandante de la cantidad de treinta mil quinientos noventa y dos euros con cincuenta céntimos de euros (30.592,50), más los intereses pactados del 1 por 100 anual desde el día 20 de abril de 2005, hasta la interposición de la demanda y los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello con expresa condena al pago de la totalidad de las costas causadas a la sociedad demandada».

La cuantía del procedimiento es de 30.592,50 euros.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada («La Caixa») que compareció en tiempo y forma, contestando a la misma, y solicitando: «dicte Sentencia por la que se absuelva a mi representada cualquier pronunciamiento de condena, con expresa imposición de costas a la parte actora». Por otrosí interesó la práctica de la prueba pericial caligráfica.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don S. A. C., frente a «La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» («La Caixa») debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión deducida en su contra; con condena en las costas causadas a la parte actora.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quién presentó el oportuno escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 30 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo: Se estima el recurso de apelación interpuesto por don S. A. C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 19 de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario núm. 940/09, la que se revoca en su integridad, y con estimación de la demanda interpuesto por el recurrente contra la «Caixa d'Estalvis i Pensions» de Barcelona, debemos condenar y condenamos a esta última a que abone a la actora la cantidad de 30.592,50 euros, más el interés del 1 por 100 anual desde el 20 de abril de 2005 hasta la interposición de la demanda, y los legales desde dicha fecha, así como al pago de las costas de primera instancia, y sin una expresa imposición de los causados en esta alzada.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Franco Bella, actuando en nombre y representación de la «Caixa d'Estalvis i Pensions» de Barcelona, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en los siguientes motivos: «Primero: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. En concreto, infracción del artículo 5, artículo 9 y artículo 12 de la

Compilación del Derecho Civil de Aragón y 162 y 164 de Código Civil: Segundo: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. Infracción del artículo 6.4 del Código Civil: Tercero: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. En concreto, infracción del artículo 1281, párrafo primero del Código Civil relativo a la interpretación de los contratos y artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 21 de marzo, Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de recurso planteado, admitiéndolo a trámite y confiriendo traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo que hizo dentro de plazo.

Por providencia de 27 de abril se señaló para Votación y Fallo el día 18 de mayo de 2011.

Fundamentos de derecho

Primero: El presente procedimiento se inició por demanda formulada por la representación procesal de don S. A. C. en reclamación a la entidad bancaria «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» (La Caixa), de la suma de 30.592,50 que la demandada entregó el día 19 de abril de 2005 a don E.A., padre del demandante, contra la cuenta que el actor, de 17 años de edad en aquel momento, tenía abierta en la sucursal de La Almunia de doña Godina de la entidad demandada. Reclamación que se fundaba, en resumen, en la argumentación de que el padre del demandante no estaba autorizado para disponer en el contrato de depósito irregular que dio lugar a la apertura de la cuenta, pues tal contrato había sido abierto por el demandante y por su abuelo don A. A. A.

En la contestación a la demanda, «La Caixa» solicitó su absolución, por considerar que el padre que hizo el reintegro del dinero estaba legitimado para ello, dada su condición de representante legal del menor, y en atención a la cláusula especial recogida en el contrato de que, para disponer de los fondos, el menor titular de la cuenta precisaría de la firma de su representante legal mientras persistiera su incapacidad por minoría de edad.

Desestimada la demanda por sentencia dictada el día 26 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera instancia, número 19 de Zaragoza, el demandante interpuso recurso de apelación contra ella, que fue estimado en sentencia dictada el día 30 de diciembre de 2010 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que, tras exposición de los oportunos razonamientos, concluyó, en síntesis, que el padre carecía de facultades de disposición respecto de los bienes del hijo, y que no estaba acreditado fraude de ley en la actuación desarrollada por padre e hijo ante la entidad bancaria. Lo que dio lugar a la estimación del recurso y la condena de la demandada al pago al demandante de la suma reclamada, junto con los pronunciamientos accesorios.

Segundo: Dado que la causa inicial de las pretensiones sostenidas por el actor fue la del contrato de depósito bancario suscrito, por una parte, por el recurrido y su abuelo y, por otra parte, «La Caixa» recurrente, para una exposición más lógica de la cuestión en esta resolución se considera oportuno comenzar el estudio de los motivos de recurso por el tercero, pues es el que se refiere de modo expreso a la vigencia y efectos que el contrato tenía para sus contratantes.

En concreto, este tercer motivo se fundamenta en la infracción del artículo 1281.1 del Código Civil y artículo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, pues argumenta la recurrente que tales normas obligaban a respetar el sistema de disposición pactado cuando se abre la cuenta bancaria y libreta a nombre del

menor y, con ello, a la posibilidad de que el padre, representante legal del menor, pudiera extraer fondos del depósito bancario.

El contrato de referencia recogió de modo expreso, como cláusula especial, que «El titular precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad». Es claro, por tanto, que no se autorizaba al representante legal del menor a disponer, como pretende el recurrente, sino que quien podía disponer era el menor, con firma de su representante. Por ello, con la acción descrita de permitir la disposición, por el padre del titular del depósito, la recurrente incumplió los propios términos que se recogían en el contrato de apertura de cuenta joven que se suscribió, pues en él, con claridad, se pactó que para disponer de las sumas depositadas debían concurrir tanto el menor como su representante legal, y con ello infringió los artículos 1766 y 1767 del Código Civil.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser desestimado.

Tercero: Existente el incumplimiento contractual, entiende la recurrente, y a ello dedica el primer motivo del recurso de casación, que su actuación de entregar el dinero al padre del menor estaba legitimada por aplicación de la normativa aragonesa relativa a las facultades de administración que corresponde a los padres respecto del patrimonio de los hijos menores. En concreto, entiende la recurrente que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de la previsión contenida en los artículos 5, 9 y 12 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de aplicación a los hechos enjuiciados y 162 y 164 del Código Civil, ya que, según tesis de la parte, tales normas autorizan en Aragón que el padre del menor de edad, pero mayor de 14 años, pueda llevar a cabo actos de administración de bienes del hijo, por lo que, en contra de lo valorado en la sentencia recurrida, fue ajustado a derecho que la entidad bancaria entregara a don Ernesto la cantidad de 30.592,50 € contra el depósito que su hijo de 17 años, don S., tenía abierto en cuenta bancaria abierta en la entidad.

La parte recurrente apoya así el primer motivo de su recurso en la consideración, en todo momento, de que el reintegro del depósito realizado por el padre fue un acto de mera administración de los bienes del menor, como si esta fuera cuestión aceptada o declarada en el procedimiento, cuando lo cierto es que tal afirmación contradice la valoración contenida en la sentencia recurrida, que califica en todo momento el acto llevado a cabo por el padre como de disposición. Ninguna argumentación se contiene en el recurso que avale el punto de partida de que el acto debería considerarse como de mera administración de los bienes del menor, ni se intentó acreditación en la instancia de que, efectivamente, la disposición de más de 30.000 euros que fue efectuada, pudiera considerarse por parte de la entidad bancaria como un acto más de la administración de la cuenta que, según afirma la propia Caixa, venía haciendo el padre. Por el contrario, como recoge la resolución impugnada, ninguna prueba consta de que el medio normal de gestión del depósito fuera por intervención del padre, cuando la posibilidad de demostrar tal afirmación era de fácil prueba para la entidad bancaria, mediante aportación de cómo se operaban los reintegros de la libreta, pues todo ello debió hacerse dejando la oportuna constancia documental en la propia entidad.

Por tanto, ante la calificación del acto realizado como acto de disposición, el padre carecía de la facultad de realizarlo, por quedar limitada tal posibilidad por el art. 13.2 de la Comp. tan solo a los casos de bienes de hijos menores de 14 años. De modo que procede la desestimación del motivo fundado en la posible justificación del acto de la recurrida en la normativa propia de Aragón.

Cuarto: El segundo motivo de recurso que se plantea sostiene la existencia del fraude de ley prescrito por el artículo 6.4 del Código Civil, y que se evidencia, según

la parte recurrente, en atención a los hechos considerados probados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que transcribe parcialmente. Porque de ellos se colige, siempre según el recurrente, un interés único e idéntico entre padre e hijo, que lo simulan mediante acreditación de nula relación entre ellos, para así crear la norma de cobertura que permite reclamar a la entidad bancaria, y eluden la aplicación de la norma correcta, que es la que autoriza a exigir al hijo frente al padre, y no ante la Caja.

Respecto del presente motivo de recurso, la parte recurrida alegó, en su escrito de oposición, que incurre en causa de inadmisibilidad por fundamentarse de modo exclusivo en un precepto del Código Civil y no en normas de Derecho Civil Aragonés. Pretensión que debe ser rechazada ya que, conforme a la previsión contenida en el artículo 478, apartado 1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para resolver recursos de casación por infracción de normas de derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma en que tengan su sede, se extiende igualmente a conocer de los recursos de casación que se funden, exclusivamente, o, como ocurre en el presente caso, junto con otros motivos, en tal infracción de normas especiales y forales.

Quinto: Como indica la sentencia recurrida, el fraude de ley que sostiene la parte que existe en la relación jurídica debatida fue alegado por primera vez por la demandada al interponer el recurso de apelación, puesto que ninguna mención se recoge en su contestación a la demanda que expresamente, o por medio de indirecta deducción, permita concluir que se alegaba tal fraude de ley como motivo que deslegitimara la acción ejercitada por el actor. Por ello, conforme a la previsión contenida en el artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tener lugar la fijación del objeto del proceso en los escritos alegatorios de demanda y contestación, es ajustado a derecho no admitir la modificación de las causas de pedir o de oposición fijadas en tales escritos en momento posterior, como sucede ahora el hacer la nueva fundamentación en sede de recurso de apelación y de recurso de casación. Por ello, este motivo debe ser desestimado.

A la anterior razón de desestimación se añade una segunda derivada de la pretensión de la parte de que se atienda a los hechos constatados como probados en la sentencia apelada dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y no a los considerados como tales en la sentencia que resolvió el recurso de apelación, y ahora recurrida: en contra de lo que sostiene la parte impugnante, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no consideró acreditados los hechos en que el recurrente basa la presencia de fraude de ley, sino que, por el contrario, lo que tal sentencia evidencia es la ausencia de prueba suficiente para poder concluir que existiera actuación fraudulenta. En concreto, literalmente, recoge la afirmación de que: «(…) lo que hubiera sido relevante, en su caso, hubiera sido la mecánica de funcionamiento de ese depósito, ingresos y reintegros, de los que la entidad demandada, a buen seguro, hubiera podido alegar y probar. Cierto que la parte demandante tampoco da mucha noticia de ellos, pero esa nebulosa probatoria, no sirve para fundar una actuación fraudulenta (…)» (Fundamento de Derecho Séptimo, *in fine*)

Se pretende, por tanto, en este motivo de recurso el replanteamiento de la valoración probatoria llevada a cabo por el órgano de instancia, con el fin último de hacer prevalecer lo declarado probado en el Juzgado frente a lo considerado acreditado o falto de prueba por la Audiencia Provincial. Cuestión de acreditación fáctica que excede de la función encomendada al recurso de casación que ahora se resuelve, limitado a valorar la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas, por lo que no cabe la estimación de este motivo.

Sexto: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 30 de diciembre de 2010.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recurso de casación.

Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original a que me remito, y para que conste y su remisión a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, expido y firmo la presente en Zaragoza a veintidós de junio de dos mil once.

15

NÚM. 15

S. TSJA de 22 de junio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: Ley de Cooperativas: Pérdida de la condición de socio: Obligaciones subsistientes: ***Las obligaciones contraídas durante la permanencia como socio de la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse tal condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar, tal como se establece en el art. 22-7 de los Estatutos sociales en consonancia con el art. 89-5 de la Ley 27/1999.***

Disposiciones citadas: ***arts. 17, 89-5 Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas; DF 16ª, art. 469 Lec.; art. 20 Ley 9/1998, de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón.***

Ponente: ***Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.***

Zaragoza, a veintidós de junio de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal, número 6/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 17 de diciembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 743/2010, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 29/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, la S. C. V., representada por el Procurador de los Tribunales don Óscar David Bermúdez Melero y dirigido por el Letrado don Luis Javier Solana Caballero, y como parte recurrida don Raúl S. E. representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Adán Soria y dirigida por el Letrado don Carlos Armendáriz Equiza.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Óscar Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de la S. C. de V. «V.», presentó demanda de Procedimiento Monitorio en reclamación de 26.894,79 €, contra don Raúl S. E. quien se opuso a la demanda. Por providencia de 30 de noviembre de 2009 se acordó resolver el asunto en Juicio Ordinario y por el Procurador mencionado se presentó demanda de Juicio Ordinario, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: *«por la que estimando íntegramente la presente demanda se condene a don Raúl S. E. a pagar a mi representada la cantidad de 22.244,84 €, más los intereses legales y las costas de este procedimiento. Otrosí: se ordene el archivo del procedimiento monitorio 2064/2009 previo testimonio de los autos deducidos en aquél en el nuevo procedimiento de juicio ordinario.»*

Segundo: Por Auto de 18 de enero de 2010 se acordó el archivo del proceso monitorio y se admitió a trámite la demanda emplazando a la demandada que compareció en tiempo y forma y contestó a la misma interesando se dictase sentencia por la que: *«absuelva a mi representado de lo solicitado de contrario con expresa condena en costas a la demandante»*. El Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, dictó sentencia con fecha de 9 de julio de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador Sr. Bermúdez Melero debo absolver y absuelvo a don Raúl S. E. de las pretensiones deducidas en su contra»*.

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha 17 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *«FALLO: Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha de 9 de julio de 2010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia, núm. 12 en los autos núm. 29/2010, debemos confirmar y confirmamos la misma. Imponemos las costas de esta alzada, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal, a la parte recurrente.»*

Cuarto: EL Procurador de los Tribunales don Óscar-David Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de S. C. de V. «V.», presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: *«Motivo 1º: Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 456 de la LEC. Motivo 2º: Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. El recurso de casación está basado en los siguientes: *«Motivo 1º: Infracción de las normas de derecho civil de Aragón. Infracción de los arts 84 y 85 de la Ley 9/98 de Cooperativas de Aragón y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los socios adjudicatarios de viviendas en régimen cooperativo. Motivo 2º: Infracción de normas de derecho civil de Aragón. Infracción del art. 53.e) de la Ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón en relación con el artículo 55.2 de la Le 9/98. Motivo 3º: Infracción de normas de derecho civil de Aragón. Infracción del art. 22.A) de la Ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón en relación con el artículo 17.2 de la Ley 27/99, de Cooperativas del Estado, de aplicación supletoria ex disposición adicional primera de la propia Ley 9/98, y el artículo 47 de la ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón»*.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 5 de abril de

2011 auto por el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confiriendo traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 19 de mayo se señaló para votación y fallo el día 15 de junio del presente año.

Fundamentos de derecho

Primero: Para centrar adecuadamente el presente recurso es útil destacar los extremos que siguen.

En la demanda –ciertamente escueta– origen del presente litigio se alegaba la condición del demandado de socio integrante de la cooperativa actora y adjudicatario de una de las viviendas promovidas y que, como tal, y con base en los criterios de reparto aprobados en la Asamblea General Extraordinaria de 17 de abril de 2009, adeudaba a la sociedad actora la cantidad de 66.734,52 €, si bien se reclamaba únicamente la cantidad de 22.244,84 € por corresponderse con la que fue objeto del procedimiento monitorio del que la demanda derivaba. Se acompañó copia del acta notarial correspondiente a la referida Asamblea e informe pericial contable.

La postura defensiva del demandado se articuló, exclusivamente, sobre la alegación de que no era socio de la cooperativa actora desde el día 9 de julio de 2007 al haber solicitado la baja definitiva en tal fecha y habiendo transcurrido tres meses sin que el Consejo Rector resolviera su petición. Con esa base afirmaba que nada debía dado que perdió su condición de socio el 9 de julio de 2009.

La sentencia de primera instancia inicia su fundamentación indicando que la cuestión controvertida se redujo en la audiencia previa a la determinación de si el demandado reunía o no la condición de socio. Al considerar acreditado que, en efecto, aquel solicitó la baja sin respuesta temporánea por parte del Consejo Rector, expresa que podía entender la baja como justificada, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas, de aplicación supletoria en Aragón. Y concluye que *no reuniendo el demandado la condición de socio de la cooperativa, la reclamación planteada no puede prosperar y procede la desestimación de la demanda.*

La sentencia de apelación acoge el planteamiento del apelado que, con invocación del principio *pendente apellatione nihil innovetur*, considera que la alegación, por el apelante, de que con independencia de la condición de socio hay obligación de pago, constituye una alteración en los términos del debate, no compatible con aquel principio.

Segundo: De conformidad con lo dispuesto en la regla 6ª del apartado 1 de la Disposición Final 16ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, debe examinarse, en primer lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal.

Dos son los motivos de infracción procesal que plantea la parte al amparo, respectivamente, de los números 2º y 4º del apartado primero del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero resulta procedente el examen conjunto de ambos motivos, pues la razón que se aporta tanto para justificar uno como otro es la misma: incongruencia omisiva que se produjo como consecuencia de haber aplicado erróneamente la sentencia impugnada el principio *pendente apellatione nihil innovetur.*

Previamente, debe hacerse referencia a la alegación de inadmisibilidad opuesta por la recurrida, que indica que la incongruencia que ahora se alega debió denunciarse en la segunda instancia, *si tal vulneración se produjo en la primera.* Y razona que, si tan convencido estaba el demandante de que ya planteó su reclamación en primera instancia en base a la condición de socio y adjudicatario, tenía, tal como establece el art. 469.2 de la LEC, que haber denunciado la infracción procesal en su apelación.

No hay tal causa de inadmisibilidad. En el recurso de apelación se pidió la revocación de la sentencia de instancia señalándose, con toda contundencia, que dicha sentencia confunde las consecuencias de la baja de socio con los compromisos u obligaciones adquiridos por aquél durante su permanencia en la cooperativa. Y se alegó que, habiendo reconocido el demandado que se le adjudicó la casa en 2007, y siendo la deuda reclamada de fecha anterior a la baja, debe responder del coste de su construcción. Por tanto, aunque la expresión *incongruencia omisiva* no figure literalmente en el referido escrito, no hay duda de que no es otra la razón de la disconformidad de la actora con dicha resolución.

Tercero: A la alegación, formulada en el recurso de apelación, de que el demandado debía la cantidad reclamada aunque ya no fuera socio, se opuso el apelado con el argumento de que era nueva y por tanto le creaba indefensión. Sin embargo, consta en la grabación de la audiencia previa que el Letrado de la demandante expuso, como alegación complementaria y a la vista de la contestación a la demanda, que se estaba reclamando un precio de la parte de la adquisición por el demandado de una vivienda, y que entendía que independientemente de que fuera o no socio debía hacer frente al precio de la adjudicación de la vivienda. Y el demandado respondió en el juicio, a preguntas de ese mismo Letrado, que unos días antes (de solicitar la baja) abonó la cantidad que le reclamaron en un procedimiento monitorio y que había ido haciendo pagos por la compra de esa vivienda (algo menos de 60.000 euros). Reconoció también, al hilo de esas respuestas, que sabía que si era socio tenía que hacer frente a los pagos, pero que dejó de ser socio.

Aunque prescindiéramos de lo recogido en la grabación, no puede compartirse el criterio de la sentencia recurrida cuando aprecia que se ha introducido una cuestión nueva en la apelación, pues ni se han alegado hechos distintos de los que sirvieron de base a la demanda, ni –atendiendo a lo expuesto en el Fundamento primero– se ha variado la causa de pedir. El objeto del pleito quedó delimitado conforme ha quedado expuesto, y el apelante se limitó a pedir en el recurso que se declarase la consecuencia jurídica de los hechos no discutidos, pues la sentencia de primera instancia no lo había hecho. Resulta incontestable que, si el demandado alegó haber perdido su condición de socio en julio de 2009, estaba admitiendo que ostentaba dicha condición hasta esa fecha. Precisamente por eso, tal hecho no fue controvertido. Es más, se acompañó al escrito de contestación, además de los Estatutos de la sociedad, copia de la carta que don Raúl dirigió a la cooperativa comunicando su decisión de causar baja, y en la que indicaba que … *la vivienda que me correspondió como socio es la casa 36 de la promoción Moreras, tal y como se describe en la escritura otorgada ante el notario de Zaragoza, don José Luis de Miguel de 2007 de crédito abierto con garantía hipotecaria.*

La pretensión de condena se basó, como ha quedado dicho, en la afirmación de que don Raúl, como socio, y en cumplimiento de los deberes de socio, adeudaba una cantidad fijada con base en los criterios de reparto aprobados el 17 de abril de 2009 (es decir, antes de la solicitud de baja). Fue precisamente el demandado el que, como si de un hecho extintivo se tratase, introdujo una alegación cuyo acogimiento por el juzgador de instancia hubiera debido resultar intrascendente a los efectos del triunfo de la pretensión. Porque la baja del socio en la cooperativa (que si es justificada permite el reembolso de aportaciones al capital social, ex art. 17 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas) no extingue los compromisos u obligaciones asumidos con anterioridad. Pero con el proceder defensivo descrito se vino a desfigurar el pleito, dando lugar a la confusión del juzgador de primer grado.

Y en la oposición al recurso de apelación se siguió por el mismo derrotero:... *Si la Cooperativa argumenta que mi mandante debe dinero porque es socio, mi mandante argumenta que no es socio y que por lo tanto no adeuda cantidad alguna… No se planteó en la*

demanda que mi mandante, a pesar de ya no ser socio, debía responder de lo acordado en la Junta en la que se acordaron las derramas ... No se planteó tal argumento, sólo se planteó que mi mandante seguía siendo socio. De haberse hecho nuestra contestación hubiera sido otra, puesto que tal hipotética afirmación tampoco podría prosperar. (Pero no dice cuál hubiera sido su contestación en tal caso).

Cuarto: En general, la jurisprudencia nos enseña que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, pero esta regla tiene excepciones. Así, dice la STS de 29 de febrero de 2008 que «(…) en suma, es verdad que la regla general contraria a que las sentencias absolutorias sean incongruentes, tiene como una de sus quiebras o inaplicaciones precisamente la alegada por el recurrente en casación, de que para dictar el fallo absolutorio, se haya realizado una alteración o cambio del soporte fáctico (*causa petendi*) de la acción ejercitada, transformando el problema litigioso en otro distinto del planteado».

Dice la STS de 16 de junio de 2010: «El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* o hechos en que se funda la pretensión deducida, y el fallo de la sentencia (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006). Por tanto, se incurre en incongruencia cuando no se respeta la identidad de la *causa petendi*, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda, incurriendo en desviación procesal (SSTS de 7 de noviembre de 2007, 14 de mayo de 2008)». En la STS de 27 de octubre de 2005 se indica que los órganos judiciales están obligados a argumentar sobre los hechos que se consideran probados para, a partir de ellos, establecer la consecuencia jurídica correspondiente. En fin, en la de 14 de abril de 2003 se señala que al decidir en el fallo de forma diferente a lo admitido por el propio demandado, se da sin lugar a duda la falta de congruencia de la sentencia.

En el caso que nos ocupa, el demandado admitió los hechos de los que deriva la existencia de la deuda, aunque no la consecuencia jurídica de esos hechos, pero esto último es irrelevante pues la declaración de esa consecuencia corresponde al tribunal. Al no haberlo hecho, han quedado marginados los hechos constitutivos de la pretensión, pues la controversia se resolvió de forma no concordante con lo admitido por el propio demandado que, como hemos advertido, no cuestionó su pertenencia, hasta julio de 2009, a la cooperativa, ni tampoco la validez del acuerdo societario; la sentencia no se ajustó por ello a los términos del debate y con ello se produjo la falta de congruencia, pues era obligada su valoración jurídica. No hay adecuación entre la sentencia y la pretensión formulada.

Debemos, por tanto, estimar el recurso de infracción procesal anulando la sentencia recurrida y en consecuencia, y de conformidad con lo prevenido en la regla 7ª de la disposición final 16º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede que la Sala dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación.

Quinto: De acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 20 de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón, el socio estaba obligado a cumplir los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno, a efectuar el desembolso de las aportaciones comprometidas, y a cumplir los demás deberes impuestos por los estatutos. Y por imperativo de lo dispuesto en los arts. 8.2 y 32.2 de los Estatutos aportados, como se ha expuesto antes, por el propio demandado, este estaba obligado a cumplir los acuerdos de la asamblea, estando acreditado que en que se acordaron las derramas correspondientes a la cantidad aquí reclamada es de fecha anterior a la alegada pérdida de la condición de socio. Estaba asimismo obligado (art.

8.3 de los estatutos) a participar en las actividades cooperativizadas desarrolladas por la cooperativa, en función de los proyectos de construcción promovidos, aportando con esta finalidad las cantidades económicas en la proporción que le correspondía. Y así debió establecerse en la sentencia, con la consiguiente condena al pago de lo reclamado. Y –hemos de insistir en ello– las obligaciones contraídas durante su permanencia como socio en la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse tal condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar (como el propio recurrido reconoce en el escrito de oposición al recurso de casación) tal como establece el art. 22.7 de los Estatutos sociales, en consonancia con la previsión del art. 89.5 de la Ley 27/1999 antes citada.

Procede, en consecuencia, y sin necesidad de examinar los motivos de casación, la estimación de la demanda.

Sexto: En aplicación de lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada vencida y sin especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y por el presente recurso.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Primero: Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la S. C. de v. «V.» contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 769/10, que anulamos y, dictando nueva sentencia, estimamos la demanda condenando al demandado a satisfacer a la actora la cantidad de 22.244,84 euros mas intereses legales.

Segundo: Imponer las costas de la primera instancia al litigante vencido, y no hacer especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

16

NÚM. 16

S. TSJA de 13 de julio de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Custodia compartida: ***Es correcto aplicar al proceso la Ley de «custodia compartida», a pesar de que el litigio en Primera Instancia se tramitara antes de la entrada en vigor de esta Ley, porque su DT1ª preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: «las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas*** **con anterioridad a su entrada en vigor». VECINDAD CIVIL: Custodia compartida***: La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Por lo tanto el litigio debe resolverse conforme al Derecho aragonés, al que remite como norma de conflicto el art. 16-1*** **en relación con el art. 9-1 y 4 Cc. 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: Custodia compartida: no procede***: La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe el art. 6 Ley 2/2010 , que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual*

sea más conveniente; y el art. 2-2 de la citada Ley en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos. En Primera Instancia y en atención a las pruebas periciales practicadas se acuerda la custodia individual de la madre; decisión que se revoca en apelación acordando la custodia compartida, sin fundarse en argumentos de una mayor conveniencia para el interés del menor; por ello la AP ha infringido los mencionados preceptos legales ya que en el presente caso la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba pericial y a la edad del hijo (2 años) es más conveniente.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 208, 218 Lec.; arts. 2-2, 6, DT 1ª, Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; arts. 16-1 y 9-1 y 4 Cc.; arts. 75-2, 76 y 80-2 CDFA; arts. 2, 3 Convención de los Derechos del Niño de ONU de 20 de noviembre de 1989.***

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a trece de julio de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 8/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 11 de enero de 2011, recaída en el rollo de apelación número 196/2010, dimanante de autos de Medidas Previas, número 154/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, siendo parte, como recurrente, doña L. A. D., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Altamira Gonzalo Valgañón, y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y don V. H. C., representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado don José Paulino Esteban Pérez.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha de 3 de febrero del 2010 el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de doña L. A. D., presentó ante el Juzgado decano de los de Teruel demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a don V. H. C. y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: *«1: Que la guarda y custodia del hijo sea atribuida a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. 2: Que se acuerde un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo consistente en que el niño pueda estar con su padre los fines de semana alternos desde el sábado a las 10 h. de la mañana hasta el domingo a las 20 h. y dos tardes entre semana, los martes y jueves, recogiéndolo el padre de la guardería y reintegrándolo en el domicilio materno a las 20 h. 3: Como pensión de alimentos para el hijo, don Víctor Hernández abonará a doña Laura Álvarez la cantidad mensual de 350 €, pagaderos en doce mensualidades al año. Dicha pensión se abonará desde la fecha de interposición de esta demanda y en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe la madre. Esta pensión se revalorizará anualmente.* Admitida a trámite la demanda se dio traslado a las partes demandadas, quienes la contestaron en forma.

Segundo: La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don V. H. C., en fecha de 10 de febrero de 2010, presentó demanda en solicitud de Medidas Previas a la demanda que se proponía promover frente a doña L. A. D., sobre atribución de domicilio familiar y atención a gastos familiares, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios respecto del hijo menor H. H. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase auto acordando las siguientes medidas en razón de su urgencia: *«1: se atribuya la guarda y custodia del hijo*

menor de edad al padre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. 2: deberá establecerse el régimen de comunicaciones más adecuado entre la madre y el niño en consideración a la turnicidad del trabajo que desarrolla la madre y la edad del menor. 3: doña L. Á. D. deberá abonar en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad la cantidad de 350 € mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco días primeros de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente. 4: Que se atribuya el uso del domicilio familiar y su ajuar al padre y niño, llevándose la demandada del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario. 5: Que las costas sean sufragadas por la demandada. Otrosí: Que se expida oficio a la empresa «Mercadona S.A.» al objeto de que por la misma se remita certificación donde se haga constar la cantidad total de dinero que abona a la trabajadora doña L. A. D. y el horario laboral de la trabajadora».

Por Auto de 16 de febrero de 2010 se acordó citar a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia y expedir el oficio solicitado a la empresa donde presta sus servicios la Sra. A. D.

Por el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de la Sra. A. se solicitó la práctica anticipada de prueba pericial psicológica de los progenitores y, en su caso, del menor, a fin de que se informara sobre la idoneidad de que el menor permaneciera junto a la madre. Asimismo se solicitó se oficiara al Instituto Nacional de Empleo a fin de que comunicara si el Sr. Hernández Casas tiene solicitada prestación por desempleo, acordándose por el Juzgado de conformidad con lo solicitado.

Tercero: Por providencia de 23 de marzo de 2010 se acordó acumular la demanda núm. 132/2010 instada por la representación procesal de doña L. Á. D. contra don V. H. C., en solicitud de guarda y custodia y alimentos, al procedimiento, núm. 154/2010 de Medidas Previas instado por don V. H. C . contra doña L. A. D.

Por auto de 27 de mayo de 2010 se acordó desestimar la solicitud de Medidas Previas formuladas por V. H. C. estimándose pertinente que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad sobre el menor. Se acordó el régimen de comunicación y la contribución a los alimentos del menor con respecto del padre.

Resueltas las medidas previas se continuó el trámite del procedimiento de la demanda de alimentos y cumplido el trámite de contestación a la demanda se citó a las partes a la vista principal del Juicio que tuvo lugar con el resultado que obra en actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia, núm. Tres de Teruel dictó sentencia en fecha de 1 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO: Que dando lugar a la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por doña L. A. D. contra don V. H. C., acuerdo las siguientes medidas, que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia: 1º: La guarda y custodia sobre el menor se atribuye a la madre, compartiéndose entre ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad. 2º: El padre podrá tener consigo y comunicarse con H., dos días a la semana, martes y jueves desde la salida de la guardería hasta las siete horas de la tarde –hora prudente para que al menor se le realicen las labores apropiadas en orden a sus exigencias como baños, cenas y descanso–, sin pernocta, debiendo ser reintegrado al domicilio paterno* (sic)*, así como fines de semana alternos incluidos los viernes, desde la salida de la guardería hasta el lunes que deberá ser reintegrado en la guardería, dividiéndose por mitad los períodos vacacionales y estivales y por semanas, eligiendo turno la madre en los años pares y el padre en los impares. 3º: El padre contribuirá a los alimentos de H. en la cantidad de 350 mensuales. 4º: Por mitad deberán satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de Hugo, sin expreso pronunciamiento sobre las costas».*

Cuarto: Interpuesto por la representación de don V. H. C., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia

dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, esta dictó sentencia de fecha de 11 de enero de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «*FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña I. P. F., en nombre y representación de don V. H. C., frente a la Sentencia de fecha uno de Julio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número Tres de Teruel, en autos de medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos de un menor, seguidos con el núm. 154/2010, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución y en su lugar acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, H., sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. Todo ello sin hacer imposición expresa de las costas*».

Por auto aclaratorio de veinte de enero se acordó aclarar el sentido del fallo de la sentencia en los siguientes términos: «*1º: El fallo de la sentencia de esta Sala sustituye el régimen de custodia por la madre, fijado en la sentencia de fecha uno de julio de 2010 por el régimen de custodia compartida por ambos progenitores. 2º: La frase «en la forma que actualmente se desarrolla», se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, y a la que se refiere el fundamento de derecho tercero, que no es otro que el que los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación «de facto»: un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer*».

Quinto: El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchís, actuando en nombre y representación de doña L. A. D., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) *Infracción del artículo 209.4ª y 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al amparo de lo dispuesto en el ordinal segundo del artículo 469.2 de dicha Ley. 2º) Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

En cuanto al recurso de casación alega la parte los siguientes motivos: *1): Con apoyo procesal en el art. 477.3ª.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución española. 2): Con fundamento en el art. 477.3ª.3 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe por inaplicación el art. 2.2 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, en relación con el art. 11.2.a) y b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 29 de abril de 2011 auto por el que se acordó: *Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los cuales se admiten a trámite. Dése traslado del escrito de interposición al Ministerio Fiscal y a la otra parte para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días y para los demás efectos legalmente prevenidos.* Alegaciones que presentaron dentro de plazo.

Por providencia de 8 de junio se señaló para votación y fallo el día 22 de junio del presente año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sobre los hechos relevantes objeto del proceso

Primero: Para la debida resolución de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, conviene recoger los siguientes hechos relevantes:

Primero: don V. H. C. y doña L. A. D., contando aproximadamente dieciocho

años de edad cada uno de ellos, iniciaron una relación de pareja, conviviendo durante un tiempo aproximado de dos años.

Segundo: Fruto de esta relación nació H. H. A. el día 24 de junio de 2008. Al momento de llevar a efecto la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil comparecieron don V. H. C. y doña L. A. D., reconociéndolo como hijo suyo.

Tercero: En el mes de enero de 2010 se produjo la ruptura de la relación de pareja, aunque mantuvieron la convivencia hasta comienzos de marzo de dicho año, cuando cada uno marchó a residir a casa de sus padres.

Cuarto: don V. H. C. reside en el domicilio familiar en Teruel, cursó estudios hasta primero de bachillerato, y ha trabajado temporalmente en diversos empleos, encontrándose en situación de desempleo desde febrero de 2010. Proyecta retomar sus estudios tan pronto sea posible.

Según la prueba pericial practicada, en su personalidad se aprecian rasgos narcisistas, con puntuación muy baja en altruismo, baja en empatía, y puntuaciones medias en autoestima, capacidad de resolver problemas, flexibilidad, sociabilidad y capacidad de establecer vínculos afectivos. Tiene un adecuado equilibrio emocional y alta flexibilidad y tolerancia a la frustración. Mantiene una buena relación con sus padres, que le apoyan en cuanto al cuidado del menor.

Quinto: doña L. A. D. reside en la localidad de Villaespesa, situada a nueve kilómetros de Teruel. Vive con su madre y la actual pareja de esta. Ha realizado estudios de E.S.O., deseando continuar su educación en Bachillerato. Ha realizado diferentes trabajos, encontrándose en situación de desempleo. Desde un punto de vista psicológico, y según la prueba practicada, presenta una alta independencia y sociabilidad, con puntuación alta en altruismo, empatía, equilibrio emocional y tolerancia a la frustración, siendo emocionalmente estable. Se siente apoyada por su madre y la pareja actual de esta en las tareas de cuidado del menor H.

Sexto: El menor H. H. A. asiste a la guardería S. de Teruel desde que contaba con pocos meses de edad, encontrándose bien adaptado a ella, relacionándose con los demás niños y participando en las actividades del centro.

Séptimo: Ambos progenitores se ocupan del menor, con apoyo de sus respectivas familias. Desde marzo de 2010 a mayo del mismo año mantuvieron al hijo un día cada uno, alternándose en la custodia, hasta que a final de mayo y como consecuencia del dictado del auto de 27 de dicho mes, referido en los antecedentes fácticos, la madre se hizo cargo de la custodia en forma exclusiva, siguiendo el régimen de visitas para el padre establecido en dicha decisión judicial.

Sobre el desarrollo de las instancias procesales

Segundo: En el mes de febrero de 2010, las respectivas representaciones procesales de los litigantes interpusieron demandas cruzadas sobre la guarda y custodia del menor H. La madre dedujo demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a don V. H. C., mientras que este presentó demanda en solicitud de medidas previas a la demanda que se proponía promover frente a doña L. A. D., sobre atribución de domicilio familiar y atención a gastos familiares, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios. Tras diversas actuaciones procesales, por providencia de 23 de marzo de 2010 ambos procedimientos fueron acumulados.

En el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda se practicó prueba pericial, mediante informe de la sicóloga y la trabajadora social adscritas a la Subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que concluyó recomendando la guarda y custodia materna para el menor H., con un régimen de visitas amplio con el padre, dividiendo los periodos de vacaciones entre ambos progenitores.

Recayó auto de 27 de mayo de 2010, por el que la Juez de Primera Instancia ordenó que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (*sic*), se acordó el régimen de comunicación con el padre y la contribución a los alimentos del menor por parte de este.

Tras la celebración del juicio, recayó sentencia en primera instancia de 1 de julio de 2010, que decidió sobre la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por doña L. A. D. contra don V. H. C., acordando las medidas que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia. El fallo, trascrito en los antecedentes de hecho, mantiene en lo sustancial el contenido decisorio del auto referenciado.

Apelada la sentencia por la representación de don V., la Audiencia Provincial de Teruel dictó sentencia en fecha de 11 de enero de 2011, estimatoria del recurso de apelación, en la que se acordó la custodia compartida por parte de ambos progenitores sobre el menor H. El fallo recaído fue aclarado, a instancia de la parte apelada, por Auto de 20 de enero siguiente.

Frente a dicha sentencia la representación de doña doña L. A. D. ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos han sido admitidos por la Sala.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Tercero: El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos. El primero denuncia la infracción de los artículos 209.4º y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en los vicios de falta de claridad e incongruencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes. Se trata, realmente, de la formulación de dos denuncias, que serán objeto de examen diferenciado.

El fallo de la sentencia de la que la recurrente disiente no es, ciertamente, un modelo de claridad. Establece que *«…acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Hugo, sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer»*. La representación de doña L. A. D. instó la aclaración del fallo en lo referente a la forma en que se desarrolla la guarda y custodia, expresando que la distribución del tiempo de estancia del hijo con cada uno de los progenitores establecido en la sentencia del juzgado es el que se viene desarrollando desde el dictado del auto de Medidas Provisionales, de fecha de 27 de mayo de 2010. La sentencia fue aclarada, haciendo uso de lo prevenido en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, explicando que la frase aludida se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, que es el que *«los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación «de facto»: un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer»*.

Así se expresa en el fundamento jurídico segundo del auto de aclaración, dictado a 20 de enero de 2011.

El primer motivo del recurso, en cuanto denuncia la falta de claridad, no puede ser estimado. La sentencia no infringe lo dispuesto en el art. 209, que regula la forma y contenido de estas resoluciones, ni el 218, referido a la exhaustividad y congruencia. El fallo es claro en cuanto a la decisión adoptada, tal como ha sido aclarado en el auto que, en lo necesario, se ha transcrito. Fija un sistema de guarda compartida, respecto del menor Hugo, indicando que estará un día con cada progenitor. Realmente, la denuncia que se expresa al respecto en el primer motivo de este recurso se refiere a que la aclaración contradice el fallo aclarado, y no tanto a que la decisión definitivamente adoptada en la instancia no resulte entendible. Pero ello no determinaría la infracción de los pre-

ceptos aludidos sino, en su caso, la vulneración de los preceptos referidos a la inmutabilidad de las sentencias después de firmadas.

En cuanto a la referencia que en el fallo se realiza al plan «que los cónyuges deben establecer», expresa la parte recurrente que no existe relación de conyugalidad al no estar unidos en matrimonio. Siendo cierto el error advertido, este puede salvarse claramente considerando el contexto en que se expresa la sentencia, que en todo momento recoge el hecho de que los litigantes mantuvieron una relación sentimental sin matrimonio, de forma que la referencia a los cónyuges debe entenderse realizada a los progenitores.

Cuarto: Denuncia también la recurrente la incongruencia de la sentencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes, por cuanto había sido solicitada una pensión de alimentos para el menor, que fue recogida en el fallo de primera instancia y no se mantiene en el del recurso, sin que este invocado defecto haya sido salvado por el auto de aclaración antes citado.

La incongruencia por omisión que se denuncia, y que tiene amparo procesal en la exigencia de exhaustividad y congruencia de las sentencias impuesta por el art. 218 de la LEC, como reflejo procesal del derecho de las partes a la efectiva tutela judicial, no debe ser estimada en este caso. Es cierto que se instó en la demanda inicial la adopción de pronunciamientos sobre alimentos del menor y sobre gastos extraordinarios, y que en primera instancia se recogieron dos decisiones destinadas a responder a las pretensiones deducidas, fijándose en el fallo que: el padre contribuirá a los alimentos de Hugo en la cantidad de 350 euros mensuales, y por mitad deberán satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de dicho menor.

Sin embargo, la estimación del recurso de apelación, en su día interpuesto, y la consideración que la Audiencia Provincial hizo de que procedía establecer la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, podía determinar la improcedencia de hacer pronunciamiento sobre alimentos y gastos extraordinarios, dado que ambos progenitores asumen compartidamente la guarda y custodia del menor, con todos los efectos que de ello derivan. Por ello, en el fundamento jurídico tercero, *in fine,* de la sentencia de la Audiencia, se decía, tras explicitar el razonamiento sobre la guarda y custodia que establecía, que esta tendría lugar «*sin necesidad de fijar contribución económica alguna por parte de los cónyuges, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida en tal sentido*». El hecho de que en el fallo no se haya recogido expresamente la revocación de los pronunciamientos tercero y cuarto del fallo de primera instancia no hace la sentencia incongruente, por cuanto revoca la totalidad del mismo, y se pronuncia sobre dichos extremos, para desestimar implícitamente las pretensiones deducidas.

Por las razones indicadas el primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal resulta desestimado.

Quinto: El segundo motivo de este recurso extraordinario invoca la infracción del art. 218.2 de la LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias, que habrán de expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. En el desarrollo del motivo expresa la parte recurrente que la sentencia incurre en contradicción interna, por cuanto indica el criterio de la Sala de que, en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente y debería ser sustituida, y sin embargo la acuerda.

Como afirma la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala Segunda), citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva «*supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los crite-*

rios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incursa en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre estos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia». Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.

Sexto: En el caso de autos la sentencia recoge, al argumentar sobre la cuestión fundamental que fue objeto de recurso de apelación, a saber, la conveniencia de establecer un sistema de guarda y custodia compartida, que esta atribución responde a determinados aspectos del informe emitido por el equipo técnico adscrito a la subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón; que existe la previsión de que tanto el padre como la madre no puedan atender en solitario a todas las necesidades del menor precisando del apoyo de la familia extensa; que no es obstáculo el que los litigantes no hayan presentado un plan de relaciones familiares. No obstante, la Sala estima que en atención a la estabilidad del menor la custodia diaria resulta poco conveniente, y debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por períodos más amplios, de acuerdo con el plan de convivencia que los cónyuges (sic) establezcan. Pese a todo acuerda la custodia compartida exactamente en la forma que considera poco conveniente.

Esta argumentación no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.

Por todo ello, el motivo se estima.

Séptimo: La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

Sobre el fondo de la cuestión planteada.

Octavo: Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en dos motivos. Ambos traen fundamento procesal en el art. 477.3ª.3 de la LEC, y denuncian: el primero, la infracción, por interpretación errónea, del art. 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución española; y el segundo, la infracción por inaplicación del art. 2.2 de la misma Ley, en relación con el art. 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Dado que ambos preceptos se refieren a la decisión a adoptar respecto de los hijos, atendiendo al beneficio o interés del menor, ambos alegatos van a ser objeto de examen conjunto.

Noveno: Ante todo debemos señalar la corrección de la Audiencia Provincial al decidir la aplicación al caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de

Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Es así, pese a que el litigio se tramitó en primera instancia antes de la entrada en vigor de dicha norma, porque su disposición transitoria primera preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: *Las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.*

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Aunque esta consideración no se recoge en los hechos invocados por las partes, se desprende del conjunto de los autos que se trata de aragoneses y que el menor, hijo de ambos, también lo es. Por tanto el litigio ha de resolverse conforme al derecho aragonés, al que remite, como norma de conflicto, el art. 16.1, en relación con el 9.1 y 4, del Código Civil.

Dado que las normas aragonesas de Derecho privado han quedado recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

Décimo: El legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA, según el cual, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica –art. 76.2, conforme al cual *toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*–. No podía de ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte –arts. 2 y 11.2.a)–.

Por otra parte, para la adopción de la custodia compartida el juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones familiares. Conforme al art. 80.2, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores.* Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el juez.

En cuanto a la decisión a adoptar, el Preámbulo de la Ley 2/2010 recuerda que «el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral».

Undécimo: La aplicación de los criterios legales expresados al caso de autos conduce a la estimación del recurso.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, (equivalente al 80.2 CFA) que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente; y el art. 2.2 de la citada Ley, (cuyo contenido está refundido en el art. 76.2 CFA) en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos.

Frente a la decisión tomada en primera instancia, que atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor, fundada en el resultado de la prueba practicada en autos y, especialmente, en el informe pericial, que recomienda la atribución a la madre de dicha custodia, la Audiencia Provincial adopta la guarda y custodia compartida. Lo hace fundada en argumentos que, como se ha expresado anteriormente al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no resultan razonables, y lo hace considerando el sistema que establece como «poco conveniente» en atención a la estabilidad del menor.

En el caso que es objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomendaba razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado a autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia.

Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer

lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

Decimosegundo: La estimación del recurso determina que la Sala se constituya en tribunal de instancia, debiendo resolver sobre las pretensiones ejercitadas en autos. Procede así la confirmación del fallo recaído en primera instancia, que resuelve de modo ajustado a derecho sobre todas ellas; pero la Sala debe hacer dos precisiones: a) La referencia que allí se hace a que ambos progenitores compartirán «las funciones inherentes a la patria potestad» debe entenderse realizada a las funciones que corresponden a la autoridad familiar, que es la institución que el ordenamiento jurídico aragonés establece respecto de los hijos menores; b) El régimen de visitas y comunicación del padre con el menor Hugo debe ser mantenido, pero la expresión «debiendo ser reintegrado al domicilio paterno» debe entenderse como reintegración al domicilio materno, por atribuirse la guarda y custodia a favor de la madre.

Decimotercero: La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias, dada la novedad legislativa que es de aplicación al caso y la complejidad fáctica y jurídica del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Primero: Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de doña L. A. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 11 de enero de 2011, aclarada por Auto de 20 de enero de 2011, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos la demanda deducida por la representación de doña L. A. D. y confirmamos el fallo recaído en primera Instancia, con las salvedades expresadas en el Fundamento de derecho decimosegundo de esta sentencia.

Segundo: No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en las instancias y en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

17

NÚM. 17

S. TSJA de 22 septiembre de 2011

75: LEGÍTIMA: DESHEREDACIÓN: Sin causa legal: ***La posición de los desheredados sin causa legal es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que quedan privados del derecho a suceder abintestato y el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran. En este caso, y siendo que solo uno de los hijos desheredados sin justa causa por parte del causante es el que tiene descendencia, será a ellos en cuanto que legitimarios de grado preferente por sustitución legal a los que les corresponderá la acción de defensa de la legítima, pudiendo reclamar la rescisión de liberalidades inoficiosa para que quede incólume la legítima como señala el art. 171 Lsuc.*** **LESIÓN DE LA LEGÍTIMA:** ***El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurran varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandan-***

tes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios.* 713: SUSTITUCIÓN LEGAL: EFECTOS: *La condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley. El sustituido no llega a ser titular del «ius delationis» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («si los tuviera») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 24-2, 25, 171, 179, 198, Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza a veintidós de septiembre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 12/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad en fecha 25 de febrero de 2011, recaída en el rollo de apelación núm. 2/2011, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1850/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Zaragoza, en el que es parte recurrente doña A. B. M. representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mª Jesús Palos Oroz y dirigida por el Letrado don José Ignacio Fernández Ibáñez y como recurridos doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco y dirigidos por el Letrado don Julio Beltrán Fernández.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco, actuando en nombre y representación de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare que: «mis mandantes son los descendientes legitimarios de grado preferente del causante, y, en consecuencia, tienen derecho a recibir la legítima colectiva consistente en la mitad del caudal relicto. Que las adjudicaciones hereditarias realizadas por el causante a doña A. B. M. son nulas en la parte que perjudican los derechos legitimarios de mis mandantes. Que es nula la partición de la herencia efectuada por la demandada respecto de la herencia de don M. G., y procede de nuevo realizarse la misma con la intervención de los herederos legitimarios y respetando el derecho de los mismos a obtener la mitad del caudal hereditario correspondiente a la legítima colectiva. La condena en costas».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 8 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 18 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: 1º) Estimo en parte la demanda interpuesta por los menores C. A. M. y M. A. M. por medio

de sus padres don F. A. P. y doña N. M. L. 2º) Declaro que C. A. M. y M. A. M. son descendientes legitimarios de grado preferente y en consecuencia tienen derecho a percibir la cuota que les corresponde en la legítima colectiva consistente en una octava parte del caudal relicto cada uno. 3º) Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha de 25 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que acogiendo el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes don F. A. P. y doña N. M. L., quienes actúan en el ejercicio de la autoridad familiar como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., menores de catorce años, contra la sentencia de fecha de 18 de mayo de 2010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia, número Ocho de los de esta Ciudad en los referidos autos de Juicio Ordinario seguidos con el núm. 1850/09/A, se revoca parcialmente dicha resolución en el sentido de declarar que los citados menores de edad, C. y M. A. M., tienen derecho a percibir como descendientes legitimarios de grado preferente del causante, don don M. G., por sustitución legal, la legítima colectiva por entero, correspondiendo a cada uno de ellos una cuarta parte del caudal relicto. Cada parte abonará las costas de esta alzada causadas a su instancia y las comunes por mitad, procediendo la devolución a la parte apelante del total importe del depósito de 50 euros que constituyó para poder recurrir».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Gallego Coiduras, actuando en nombre y representación de doña A. B. M., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero**:** Al amparo del art. 477.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida el art. 198.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Segundo: Al amparo del art. 477.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida el artículo 24.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Tercero: Al amparo del art. 447.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante comparecencia de 24 de mayo de 2011, doña A. B. M. otorgó apoderamiento a favor de la Procuradora de los Tribunales doña Mª Jesús Palos Oroz, que lo aceptó, teniéndola por comparecida en dicha representación por diligencia de ordenación de 2 de junio de 2011.

En fecha de 6 de junio de 2011 se dictó auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los hechos que han de ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso se resumen de la siguiente forma:

1. En el momento del fallecimiento del causante don M. G., acaecido el 26 de mar-

zo de 2006, en estado de viudo, quedaron de su matrimonio dos hijos, N. y don M. L., nacidos ambos el 24 de enero de 1968, y dos nietos, hijos de Nuria, que son los demandantes,

2. En el testamento otorgado por el causante el 13 de febrero de 2006, tras manifestar su condición de viudo y que de su matrimonio tenía dos hijos, Dionisio y Nuria, prelegaba en la primera cláusula a su sobrina A. B. M. la mitad del piso de su propiedad y la mitad de todos los restantes bienes que quedaran a su fallecimiento. En las cláusulas segunda y tercera disponía:

*«**Segunda:** Quiere dejar constancia que es viudo –como quedó dicho– y hace tiempo se encuentra gravemente enfermo, sin que a lo largo de los últimos años ninguno de sus dos citados hijos, Dionisio y Nuria, se haya preocupado de atenderle, visitarle ni preguntar por él, pese a que ambos conocen su estado de salud y soledad, habiéndose desentendido completamente de su padre. El testador siente esta conducta como maltrato de obra y negación de los auxilios afectivos y de la asistencia que cree debida por sus hijos, entendiendo que se encuentran incursos en causas de desheredación prevenidas en el artículo 195.b) y c) de la Ley de sucesiones por causa de muerte vigente en Aragón y expresamente deshereda a sus dos citados hijos D. M. L. y N. M. L.*

***Tercera:** Los cuidados y atenciones que el testador ha precisado se los viene prestando, ante la inhibición de sus hijos, su ya mencionada sobrina, doña A. I. B. M., a la que instituye única y universal heredera.»*

3. Promovido procedimiento judicial por los hijos del causante, Procedimiento Ordinario núm. 1136/2006 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Zaragoza, recayó sentencia de 19 de febrero de 2007, que resultó firme al no ser recurrida, fallando *«que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de don D. M. L. y doña N. M. L. frente a doña A. B. M. y declaro: 1. Inexistente y no acreditada la certeza de las causas de desheredación previstas en la cláusula segunda del testamento otorgado por don M. G. ante el Notario de Zaragoza don José Gómez Pascual, de fecha de 13 de febrero de 2006, núm. protocolo 551 y, en consecuencia, declaro que don D. M. L. y doña N. M. L. han sido injustamente desheredados por el testador, declarando la nulidad e ineficacia de la desheredación contenida en el testamento (o de la cláusula testamentaria conteniendo la desheredación)».*

La representación de los dos hijos excluidos, Dionisio y Nuria, había afirmado en la demanda de aquel procedimiento (aportada la misma a estos autos por la propia demandada como documento núm. 1 de su contestación a la demanda) que el primero no tenía descendientes y, al parecer, la heredera demandada no lo había negado pues en el antecedente segundo de la sentencia, al ser resumida su oposición ante a la petición en dicho pleito de que se concedieran derechos hereditarios a los hijos desheredados, se recoge de su contestación que los demandantes, hijos del causante, carecían de derechos al haber sido desheredados por causa no probada pudiendo ser sustituidos por sus estirpes de descendientes… *«pero existiendo otros legitimarios, los dos hijos de doña N., que son nietos del causante, es a ellos a quienes únicamente asiste acción para reclamar por lesión cuantitativa de la legítima»*. Así pues, este hecho lo daba como pacífico la heredera demandada.

Segundo: En la primera instancia de las presentes actuaciones no fue objeto de debate si don, el hijo del causante, tenía descendencia, aunque la fundamentación de la demanda es que los nietos del causante, los dos hijos de Nuria, son los descendientes legitimarios con derecho a suceder en la legítima colectiva, y en la contestación a la demanda no se negaba que los actores fueran los únicos nietos del causante sino que no podían reclamar la cuota de legítima atribuible a su tío, que correspondería a su estirpe de descendientes, si los tuviera. La sentencia dictada por el Juzgado no se refirió específicamente a este dato y resolvió, con base esencialmente en el artículo 179.2 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (Lsuc.), que los hijos de N.,

injustamente desheredada, como su hermano D., no podían reclamar la fracción de su tío, que corresponde a su estirpe de descendientes, *y ello aunque nada haya reclamado e incluso aunque hubiere renunciado* (referencia al art. 179.3), por lo que no les correspondía la mitad del caudal relicto sino una cuarta parte o *dicho de otro modo* –dice la sentencia– *siendo la legítima colectiva la mitad del caudal relicto, de dicha mitad una es para los descendientes de D., si los hay, y la otra para los de N., los hoy demandantes, a partes iguales.*

En el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, hijos de N., se daba por sentado que su tío don D. M. L. carecía de descendencia y que ellos eran los únicos nietos del causante. Este dato fue rebatido por la heredera demandada en su escrito de oposición al recurso afirmando que tal hecho era desconocido por no haber sido alegado en el pleito, ni aceptado o negado por ella al oponerse a la demanda. Sin embargo, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, tras exponer en su antecedente cuarto que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 150 LEC, se acordó notificar a don D. M. L. la pendencia del procedimiento por poder verse afectado por la sentencia que recayera, afirma en el fundamento tercero que *«habida cuenta de que sólo existen descendientes de doña N. M. L., sus dos referidos hijos menores de catorce años, Carlos y Marta Aribau Martín, hoy demandantes, careciendo don D. de descendencia, siendo aquellos dos los únicos legitimarios de grado preferente del causante por sustitución legal, tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero…».*

Así pues, esta cuestión resulta en la sentencia recurrida, y en el recurso de casación como se verá, elemento esencial para la resolución de la controversia, y respecto a ella debe aclararse desde este momento que, a la vista de todo lo anterior, la falta de descendencia de don D. M. L. debe aceptarse como dato incontrovertible porque así lo declara la sentencia recurrida, siendo por ello un hecho que solo hubiera podido ser combatido, con los requisitos exigidos para ello, por el cauce legalmente establecido del recurso extraordinario por infracción procesal, por notorio error en la valoración de la prueba. Además, porque si bien es cierto que en la demanda rectora del procedimiento nada se dice expresamente al respecto ni, por ello, fue discutido por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, en la fundamentación jurídica del mismo se refiere (párrafo final del fundamento IV) a que la fracción que en la sucesión legal es atribuible al otro hijo del causante, don D. M. L., corresponderá por su exclusión absoluta a su estirpe de descendientes, si los tuviera, pero no a los demandantes. Tratándose, por lo tanto, de un dato esgrimido como argumento esencial en un sentido o en otro, y habiéndolo discutido la heredera en su oposición al recurso de apelación para reafirmar su tesis de que sólo a los hipotéticos descendientes de don D. M. L. les correspondería la acción para reclamar la legítima de su padre, la existencia de tales descendientes hubiera debido ser objeto de prueba por la demandada y apelada, que se amparaba en tal posibilidad de descendencia para negar la acción de los demandantes (art. 217.3 LEC), siendo prueba de fácil obtención y disponibilidad en el caso de que hubieran existido tales descendientes (art. 217.7 LEC).

Tercero: Examinamos a continuación los motivos del recurso de casación, con la previa advertencia de que se mantendrá la referencia a los preceptos de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, en vigor desde el 23 de abril de 2011, que no ha modificado la redacción de los preceptos de la mencionada ley, que era la vigente también en el momento de la interposición del recurso de casación.

El primero de los motivos estima infringido el artículo 198.2 Lsuc. porque –dice el recurrente– *el derecho a ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponder a don D. M. L. corresponde por sustitución legal a su estirpe de*

descendientes si los tuviera, mientras la sentencia recurrida transmite tales derechos a sus sobrinos demandantes, hijos de su hermana. Y en el motivo segundo, en íntima conexión con el anterior, se denuncia la infracción del artículo 24.2 Lsuc. apreciando el recurrente que, conforme al mismo, en los potenciales derechos de los absolutamente excluidos les sustituyen únicamente sus descendientes en tanto que en la sentencia recurrida se ha producido una suerte de transmisión de los derechos de D. a favor de los hijos de su hermana. Estudiaremos conjuntamente ambos motivos pues así lo exige el encaje entre los derechos que pueden esgrimir los descendientes de los legitimarios de grado preferente absolutamente excluidos y el mecanismo de la sustitución.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 198.1, inciso segundo, la posición de los desheredados sin causa justificada *(«que no cumpla los requisitos expresados en el art. 194»)* es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que *quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran* (art. 198.2). Por lo tanto, la ley priva a los excluidos absolutamente del derecho a ejercer la acción de lesión pero concede tal derecho a sus sustitutos, si existen. Por ello ni a Nuria ni a su hermano D. les corresponde acción alguna de defensa de la legítima, y sólo a sus descendientes la ley les reconoce tal acción, convirtiéndose los hijos de Nuria en los únicos con tal posibilidad porque D. no tiene descendencia. Siendo los únicos legitimarios de grado preferente (art. 24.2 en relación con el art. 173) con derecho al ejercicio de la acción, reclaman la rescisión de liberalidades inoficiosas para que quede incólume la legitima señalada en el artículo 171 Lsuc., que es la legítima global y no cuota teórica alguna supuestamente correspondiente a D. porque, según decimos, a este no le corresponde cuota legitimaria alguna y en los actores, como únicos legitimarios existentes, recae la legítima colectiva.

Así opera la sustitución regulada en el artículo 24.2 que el recurrente estima infringido pues, en virtud de los efectos textualmente señalados en el artículo 25.1, la condición de legitimario de grado preferente corresponde a los descendientes, quienes ocupan *el lugar que habría correspondido al sustituido*, pero para ello es preciso que tales descendientes existan y tal circunstancia sólo se da en los hijos de N. Así lo viene a admitir el propio recurrente cuando afirma (primer párrafo de la p. 5 de su recurso) que la expresión *«si los tuvieran»* del final del apartado 2 del artículo 198 *puede interpretarse en el sentido de que si no tiene descendientes no se produce la sustitución de nadie dado que el artículo 19 de la Ley de sucesiones sólo prevé la sustitución a favor de descendientes*, que es cabalmente la interpretación que entendemos debe ser acogida. Frente a ella opina el recurrente que también cabe entender que, pese a la exclusión absoluta, el propio excluido conserva el derecho a reclamar por lesión cuantitativa, de igual modo que lo conserva al amparo del artículo 198.3 cuando es el único legitimario. Es evidente que al excluido absolutamente no le corresponde derecho alguno salvo en caso de exclusión de todos los legitimarios pues, conforme al artículo 198.3, cuando la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario los excluidos conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, y no se puede acoger la interpretación del recurrente precisamente porque no fueron absolutamente excluidos todos los legitimarios, pues no lo fueron los hijos de Nuria, sustitutos de la misma y por ello legitimarios de grado preferente (arts. 24.2 y 25.1).

El recurrente parece estar conforme con lo anterior cuando afirma (primer párrafo de la p. 8 de su recurso) que, conforme al artículo 171.1 Lsuc., la mitad del caudal debe recaer en descendientes del causante, que son los únicos legitimarios, lo que sólo se producirá si D. no tiene descendientes, dato que –afirma– no se ha alegado ni probado. Así pues, deduce que

si no hay descendientes del excluido D. la mitad del caudal debe recaer en los únicos legitimarios restantes, que son los hijos de N., con derecho a reclamar el importe íntegro de la legítima. Y ése es, efectivamente, el juego de la acción que el artículo 198.2 concede a los descendientes de los excluidos con los efectos que se producen por la sustitución conforme al artículo 25.1.

Conforme al artículo 25.1, por la sustitución legal, la condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley (sucesión directa con una vocación hereditaria propia, dice algún autor). El sustituido no llega a ser titular del *«ius delationis»* ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes (*«si los tuviera»)* por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

Resulta inútil la insistencia del recurrente en la falta de prueba sobre el hecho de si D. tenía descendientes, que deja en el aire para dar a entender incluso que la cuota correspondiente al mismo debería haber sido respetada para una supuesta reclamación de sus descendientes. Esta defensa de los derechos de D. y sus hipotéticos descendientes, con base en una supuesta «cuota teórica» del mismo, resulta interesada por cuanto la no reclamación de los descendientes de D. (que, al no existir, no se produciría nunca) permitiría a la heredera mantenerse en posesión de dicha cuota que nunca sería reclamada, y desenfoca el funcionamiento de la sustitución en la legítima colectiva aragonesa en la que no hay cuotas «teóricas». Por la sustitución el sustituto asume la condición de legitimario (ya lo era, mediato o no preferente –arts. 198.2, 173.1 y 24.2–) y con ello la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes, pero puede ocurrir que en la distribución, tras la reducción de liberalidades, nada le corresponda si la legítima ha sido correctamente asignada a otros legitimarios.

Todo lo expuesto lleva al rechazo de los motivos primero y segundo.

Cuarto: El tercer motivo del recurso se funda en infracción del artículo 179.2 Lsuc., conforme al cual, salvo disposición distinta del causante, *«el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal»*. De ello extrae el recurrente la conclusión equivocada de que a los descendientes de N. les corresponde sólo la mitad de la legítima, como fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal, como si concurrieran con su tío D. o con sus descendientes, pero yerra el punto de partida pues, como el propio artículo 179.2 dice expresamente, la acción de reducción corresponde a los legitimarios de grado preferente y, según hemos razonado, los únicos legitimarios de grado preferente son los hijos de N., que obtienen el importe íntegro de la legítima. El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurran varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandantes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios.

En consecuencia, debe ser igualmente rechazado este motivo del recurso y desestimado íntegramente el mismo.

Quinto: En cuanto a las costas del recurso, habiendo recaído en las instancias sentencias de signo distinto y dada la complejidad jurídica de las cuestiones planteadas, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación, núm. 12/2011, interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 25 de febrero de 2011, cuya firmeza declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AUTO

Antecedentes de hecho

Primero: Con fecha de 22 de septiembre de dos mil once se dictó sentencia por esta Sala en el presente rollo de recurso de casación núm. 12/2011 resolviendo el recurso interpuesto por la representación de doña A. B. M. frente a la sentencia de fecha de 25 de febrero de 2011 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta ciudad, en el rollo de apelación núm. 2/2011.

En la sentencia dictada por esta Sala se recogía en su fallo: «Desestimar el presente recurso de casación núm. 12/2011, interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M...». Se ha apreciado un error material en la identificación de la representación procesal que interpuso el recurso.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

Fundamentos de derecho

Único: A tenor de la previsto en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En la sentencia dictada el 22 de septiembre se aprecia un error material en su fallo, ya que en el mismo se recoge que el recurso de casación había sido interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., cuando debería haberse dicho que el recurso fue interpuesto por la representación de doña A. B. M. Así pues, debe aclararse de oficio la Sentencia en el sentido de hacer constar que en el primer párrafo de su fallo donde dice «interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M.» debe decir «interpuesto por la representación procesal de doña A. B. M.».

Visto el artículo citado y demás de general aplicación,

La Sala acuerda

Aclarar la Sentencia de fecha de 22 de septiembre de 2011 en el solo sentido de hacer constar que en el fallo de la misma se debe decir que el recurso fue interpuesto por la representación procesal de doña

A. B. M. Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

18

NÚM. 18

S. TSJA de 30 de septiembre de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: Custodia compartida: no procede: ***La custodia compartida por parte de los progenitores es el régimen preferente predeterminado por el legislador. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan mas conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Uno de los elementos a valorar, es la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio. De la prueba practicada, resulta «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; en razón de ello, se ha de excluir la custodia compartida y atribuirla a la madre, quien ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 2-2, 6-2 Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.***

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza, a treinta de septiembre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 13/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 29 de marzo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 44/2011, dimanante de Procedimiento Ordinario núm. 611/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Yury Alejandro V. P., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Berrio Salvador y dirigido por el Letrado don José Mª Salas Gracia, y como parte recurrida doña Rebeca C. E., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ruth Herrera Royo y dirigida por la Letrada doña Pilar Arias Vives, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Presidente Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Ruth Herrera Royo, actuando en nombre y representación de doña Rebeca C. E., presentó demanda en divorcio contra don Yury Alejandro V. P., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se decrete: «1: El Divorcio del matrimonio contraído entre doña Rebeca C. y don Yury Alejandro V. P.: 2: Se adopten las siguientes Medidas reguladoras de los efectos del Divorcio: La Patria Potestad será compartida, y la Guarda y Custodia de la hija común corresponderá a la madre: No procede determinar el uso del domicilio conyugal, ya que el matrimonio no ha tenido domicilio conyugal propio, ni tampoco liquidación del régimen del matrimonio por no existir bienes de carácter ganancial: El Régimen de Visitas será lo más flexible posible en beneficio de la hija, por lo que propone que, a falta de acuerdo entre los padres, se fije el siguiente: Los fines de

semana alternos y el resto de la semana de la forma que establezcan libremente los cónyuges a fin de procurar la mejor atención al hijo común: Los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa, y Verano serán también divididos por la mitad del tiempo de vacación: La contribución del Sr. V. P. a las cargas del matrimonio, en concreto a la pensión por alimentos para la hija, se fijará en la cantidad de 100 mensuales, que ingresará en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta corriente que en su momento designe la madre; sin que proceda ningún tipo de pensión por desequilibrio para ninguno de los cónyuges. 3: Se extienda oportuno mandamiento por el que se inscriba la separación judicial en el Registro Civil de Zaragoza. 4: Se declare disuelta la sociedad de gananciales.» Por otrosí solicitó Medidas Provisionales en el mismo sentido que las anteriores, según consta en su escrito.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada que compareció en tiempo y forma, contestando a la misma, y solicitando dictar sentencia en la que se acuerde: «1º: La disolución matrimonial, por divorcio, del matrimonio formado por don Yury Alejandro Patricio V. P. y doña Rebeca C. E. 2º: Se atribuya en exclusiva al padre, don Yury Alejandro Patricio V., la guarda y custodia de la hija común de los litigantes, menor de edad, Angelina Paola V. C., compartiendo ambos progenitores la patria potestad: subsidiariamente la guarda y custodia de la menor debe acordarse de que sea compartida por ambos progenitores, de la siguiente forma: a) cada trimestre natural la niña deberá permanecer con uno de los progenitores, comenzando el primer trimestre el padre, el segundo la madre y así sucesivamente: b) anualmente deberá rotarse en los trimestres, de tal forma que cuando corresponda la rotación la niña permanezca con el progenitor con el que le corresponda esta durante dos trimestres seguidos. El correspondiente al periodo anterior y el primer trimestre del periodo posterior: 3º No debe pronunciarse el Juzgado sobre la determinación del uso del domicilio familiar, ya que el matrimonio no lo ha tenido propio, ni debe acordarse nada respecto de la liquidación del régimen conyugal, al carecer dicho matrimonio de bienes conyugales: 4º: En cuanto al régimen de visitas sobre la menor, para que el progenitor apartado de su guarda y custodia pueda tenerla en su compañía, debe fijarse el siguiente: fines de semana alternos, desde el viernes a las 17,00 horas hasta el domingo a las 20,00 horas: dos días entre semana, concretamente los martes y jueves, bien por la mañana o bien por la tarde, dependiendo del periodo o turno en el que trabaje en cada momento el progenitor que debe disfrutar del régimen de visitas, desde las 10,00 horas a las 13,00 si es por la mañana, o desde las 17,00 horas a las 20,00 si es por la tarde. En cuando a los periodos vacacionales, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano; si bien en cuanto a las vacaciones de verano se refiere, deberán ser divididas en cuatro periodos de tiempo iguales, disfrutando cada uno de los progenitores de dos de esos periodos no consecutivos. En los años pares deberá poder elegir el padre y en los años impares la madre. 5º: Debe fijarse una pensión alimenticia mensual a favor de la hija menor, a cargo del progenitor que no la tenga bajo su guarda y custodia, de 100 €. Dicha cantidad deberá ser ingresada por el obligado a su pago, en los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta bancaria que el progenitor que ostente la guarda y custodia de la menor designe, actualizándose anualmente, con efectos del día 1 de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que en su día le pueda sustituir. La primera actualización deberá efectuarse el día 1 de enero de 2012 con la fluctuación que haya sufrido el IPC el año anterior, no pudiendo ser dicha actualización negativa: Los gastos extraordinarios y de colegio deberán asumirse al cincuenta por ciento entre ambos progenitores. 6º: No debe acordarse pensión compensatoria o por desequilibrio entre los cónyuges, ya que dicho desequilibrio no existe.»

Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada psicológica y documental, prueba que se practicó, fue admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en las actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco dictó sentencia con fecha de 26 de noviembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por doña Rebeca C. E. contra don Yuri Alejandro V. P. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos. 1: Atribuyo a doña Rebeca la guarda y custodia de la hija común, Angelina Paola, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. 2: En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores: En defecto de acuerdo, don Yuri Alejandro podrá relacionarse con la hija, en fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes (17 horas en su caso) y hasta la entrada en el centro escolar el lunes (10 horas, en otro caso). Para ambos progenitores: si a algún fin de semana de visitas puede unirse un puente vacacional, el fin de semana se extenderá hasta las 17 horas del día de salida de colegio o, en su caso, hasta la entrada en el colegio (10 horas), tras su finalización. Asimismo, dos días entre semana (martes y jueves en defecto de acuerdo), de 10 a 13 horas. Cuando se escolarice, desde la salida del centro escolar a las 20 horas. Durante el curso escolar, las festividades entre semana, salvo los que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día anterior al festivo. Las vacaciones de Semana Santa y fiestas del Pilar se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases (17 horas) al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa: las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas. Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a las 10 horas del día 16; 10 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 de agosto. La madre elegirá el periodo vacacional en años impares, el padre en años pares. La elección, este año, se llevará a cabo antes del día 1 de julio. La entrega de la menor, salvo las que se lleven a cabo a la salida del colegio, se efectuará en el domicilio materno. En los periodos vacacionales descritos queda en suspenso la alternancia de fines de semana. 3: En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija, don Yuri Alejandro deberá abonar mensualmente la cantidad de 100 euros. Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que designe al efecto doña. Rebeca: Desde enero de 2010, la pensión será de 130 euros; de 150 euros desde enero de 2014 a partir de 2015, se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior. 4: La contribución a gastos extraordinarios será por mitad. Se entenderá por tales, los médicos necesarios no comprendidos en la Seguridad Social y, en general, los gastos comprendidos en la Seguridad social y, en general, los gastos no habituales e imprevisibles respecto de los que exista acuerdo. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento para efectuarlos. En último término, autorización judicial, a

excepción de los urgentes e inaplazables: No hago especial pronunciamiento sobre costas.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quién presentó el oportuno escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 29 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Yury Alejandro V. P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número cinco de Zaragoza, el 26 de noviembre de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña María Belén Berrio Salvador, en representación de don Yury Alejandro Patricio V. P., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en un único motivo: «El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 6.2 de la Ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en relación con el artículo 2.2º de dicha Ley aragonesa.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 12 de mayo providencia concediendo a las partes el término de diez días para formular alegaciones por posible inadmisión al considerar que el único motivo del recurso de casación presentado se fundamenta en la infracción de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, en su art. 6.2 y al referirse los razonamientos contenidos en el escrito de recurso a una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la alcanzada por los órganos de instancia, como presupuesto para la resolución del fondo de la cuestión, puede darse la causa de inadmisión del recurso prevista en el artículo 483, apartado 2.1º de la citada ley. Dentro de plazo, las partes presentaron sus alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el recurrente que no es una revisión de la prueba practicada lo que solicita sino que, como ya ha expuesto, el recurso lo basa en interés casacional; por su parte, tanto la demandada como el Ministerio Fiscal, solicitaron la inadmisión del recurso por no existir infracción de norma alguna, la primera, y el Ministerio Fiscal alegando «… el recurrente manifiesta su discrepancia con las conclusiones de la prueba pericial psicológica practicada y con la valoración que de la misma prueba efectúa la Audiencia Provincial concluyendo que deberían estimarse como probados unos hechos diferentes en orden a la diferente aptitud de los ascendientes para ejercer la guarda de la menor. El recurso de casación se ha de limitar a la función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, a la calificación jurídica de tales hechos y a la subsunción en el supuesto de hechos previsto en la norma de las resultas del juicio fáctico, y a la aplicación al caso enjuiciado de la norma jurídica en sí misma.» Termina considerando que procede de conformidad con el artículo 483.2.2º la inadmisión del recurso por los motivos expuestos.

En fecha de 3 de junio pasado se dictó Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de recurso planteado, admitiéndolo a trámite y confiriendo traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo que hizo dentro de plazo.

Por providencia de 11 de julio se señaló para Votación y Fallo el día 7 de septiembre de 2011.

Fundamentos de derecho

Primero: Formulada demanda de divorcio por la representación de doña Rebeca C. E. contra su cónyuge don Yuri A. V. P., en petición de que se dictase sentencia en los términos expresados en el suplico del pertinente escrito, entre los cuales es de destacar la petición de que «la guarda y custodia de la hija común habrá de corresponder a la madre», el demandado se opuso y solicitó, por su parte, que «se atribuya dicha guarda y custodia en exclusiva al padre o, subsidiariamente, la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores». La sentencia recaída en primera instancia estima en dicho punto la demanda y atribuye a doña Rebeca la guarda y custodia de la hija común, Angelina Paola, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. Para llegar a dicho pronunciamiento la sentencia fija los siguientes hechos probados:

Primero: doña Rebeca C. E. y don Yuri Alejandro V. P. contrajeron matrimonio en Chile, con fecha de 26 de enero de 2008. Hay una hija común, Angelina Paola, nacida en octubre de 2008.

Segundo: don Yuri Alejandro estuvo trabajando entre junio y septiembre de este año (se refiere al año 2010). Es demandante de empleo.

Tercero: doña Rebeca trabaja en «A Diario S.I.» desde el pasado mes de julio; sus nóminas líquidas rondan los 450 € mensuales.

Además, como razonamiento justificativo de la decisión adoptada respecto de la guarda y custodia de la hija menor, en el fundamento jurídico segundo valora el informe pericial practicado en autos, juntamente con los interrogatorios y prueba practicada, de lo que deduce: que los cónyuges han vivido con la familia paterna hasta la crisis matrimonial; que la abuela y tía paterna han tenido y tienen una notable participación en el cuidado de la menor; que existe un diálogo fluido de la madre con la abuela paterna, quien ha asumido el cuidado principal de la niña. Respecto a la relación con los progenitores, de dicha prueba deduce que la madre reúne las mejores condiciones personales para asumir los cuidados de la hija, mientras que el padre ha mostrado un comportamiento poco activo y un escaso compromiso en las atenciones a la hija, delegando sus responsabilidades de forma habitual.

Segundo: La sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por don Yuri Alejandro V. P. y confirma la recaída en primera instancia. En cuanto al punto debatido, referido a la guarda y custodia de la menor, en el que la parte recurrente invocaba error en la apreciación de la prueba, la Audiencia Provincial razona acerca de las causas determinantes de la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija Angelina, de dos años de edad, expresando que «el dictamen pericial viene a refutar los alegatos vertidos en el recurso del apelante» y que no existe la más mínima prueba en el proceso de la asunción responsable por el recurrente de su paternidad. Expresa, como razonamientos jurídicos que completan el *factum,* que la madre de la menor ha asumido con responsabilidad su papel materno, llevando a cabo una búsqueda activa de empleo, mientras que el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor.

Tercero: El recurso de casación se ha interpuesto por un motivo único en el que denuncia la infracción del art. 6.2 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en relación con el art. 2.2 de la misma. La Sala, en trámite de admisión, acordó oír a las partes acerca de la posible causa de inadmisión al referirse el escrito de recurso a una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la alcanzada por los órganos de instancia. Evacuados los traslados conferidos, por auto de 3 de junio de 2011 acordó la admisión del recurso de casación en cuanto la parte recurrente ha fijado su

contenido impugnatorio sin pretender alterar el resultado de la prueba practicada y su valoración, pero pretende la casación de la sentencia porque del hecho de que uno de los progenitores pueda estar en posesión de unas mejores características personales para ejercer la guarda y custodia no se desprende que el otro progenitor no esté capacitado para ejercer también dicha custodia, en beneficio del menor, invocando el contenido de la Ley aragonesa antes citada que establece la custodia compartida como preferente, en interés de los hijos menores. En tales términos ha quedado fijado el debate casacional.

Dado que las normas aragonesas de derecho privado han quedado recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

Cuarto: Decíamos en nuestra sentencia 8/2011, de 13 de julio, que «el legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA, según el cual, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica –art. 76.2, conforme al cual *toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*–. No podía ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Uni-

das sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte –arts. 2 y 11.2.a)–.»

Quinto: La custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Por ello el apartado d) del precepto citado pone de relieve, como uno de los elementos a valorar, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Y el legislador cuida de establecer que el Juez podrá recabar los informes necesarios para adoptar la decisión más justa, atendiendo el interés superior del menor, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio.

Pero en el caso de autos la prueba practicada, según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

Como afirma la STS de 21 de julio de 2011 –aplicando la normativa correspondiente del Código Civil pero sentando criterio jurisprudencial que sirve al caso de autos–, con cita de doctrina precedente, *en la STS 252/2011, de 7 abril, se dijo que «en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».*

Es de notar que, dada la joven edad de la menor, en este caso no son de aplicación otros de los factores considerados por el legislador aragonés, especialmente en el apartado c) del precepto de referencia.

Por lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, y confirmada la sentencia recurrida, que no vulnera los preceptos sustantivos denunciados por el recurrente.

Sexto: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación, núm. 13 de 2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Berrio Salvador en nombre y representación de don Yury Alejandro V. P., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha

de 29 de marzo de 2011, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2009)

HUESCA, 2009

19

NÚM. 19

S. APH de 13 de enero de 2009

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: ***Los litigantes se casaron en 1988 en Huesca; ella tenía la vecindad civil aragonesa y él la catalana. El matrimonio residió en Huesca desde su celebración y no otorgaron capitulaciones matrimoniales. La actual norma de conflicto contenida en el art. 9.2, modificado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no puede ser aplicada por no existir en la fecha de celebración del matrimonio. Tampoco puede ser aplicada la norma del art. 9.2 en la redacción de 1974, por ser inconstitucional (STC 39/2002, de 14 de febrero). La sentencia integra la laguna con fundamento en los actos propios de las partes que han elegido el régimen de separación de bienes en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 9.2 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Huesca se siguen autos de juicio de divorcio (núm. 77/2007); la sentencia del Juzgado de 31 de julio de 2007 estima parcialmente la demanda del marido y la demanda reconvencional de la mujer y acuerda las medias judiciales oportunas. La mujer interpone recurso de apelación y también el marido, por vía de impugnación (autos 128/2008). La APH estima en parte ambos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: 1. La inespecífica súplica del recurso interpuesto por la demandada nos debe llevar a examinar su contenido para saber las diversas pretensiones allí esgrimidas, a saber: a) que el régimen económico matrimonial no era el de separación de bienes, sino el de sociedad de gananciales; b) que la pensión por desequilibrio económico establecida en la sentencia apelada por importe de 600 euros y dos años de duración debe ser vitalicia o por tiempo indefinido y por la cantidad solicitada en la reconvención, esto es, 1.500 euros; c) que la otra parte asuma el pago de las cuotas de amortización de la hipoteca que grava la vivienda propiedad de la demandada; d) que los cuadros que ella tiene en inmuebles privativos del Sr. Ángel Jesús sean repartidos entre ellos, previo inventario, o que él satisfaga a la Sra. Isabel el cincuenta por ciento del valor de tasación de los cuadros; y e) que el importe del seguro médico privado de que ha venido disfrutando la

demandada durante el matrimonio siga siendo satisfecho por el demandante. 2. El actor, por su parte, interesa en su impugnación de la sentencia, como hemos anticipado en los antecedentes de hecho: a) que el importe de la pensión de alimentos a favor del hijo se eleve a 400 € mensuales en lugar de a los 1.100 € establecidos en primera instancia; b) que no se reconozca pensión compensatoria a favor de la Sra. Isabel; y c) que la demandada le reembolse los 90.000 € correspondientes al indicado crédito hipotecario.

Segundo: 1. A los efectos de determinar el régimen económico que regía el matrimonio, es decir, el de separación de bienes catalán o el consorcial aragonés, sobre la base de la correspondiente norma de conflicto interregional vigente al tiempo de la celebración del matrimonio, debemos tener en cuenta que los litigantes se casaron el 3 de junio de 1988 en la ciudad de Huesca; que, en ese momento, ella tenía vecindad civil aragonesa y él, catalana; que el matrimonio residió en Huesca desde su celebración (como se deduce de los documentos unidos a los autos y de las declaraciones que constan en la grabación del juicio) y que no otorgaron capitulaciones matrimoniales. 2. Partiendo de tales datos, y como dijimos en nuestro *auto de 24 de octubre de 2003*, la controversia no puede ser resuelta, evidentemente, por la actual norma de conflicto, la establecida en el *artículo 9.2 del Código civil*, en relación con sus*artículos 9.3 y 16.1 (en defecto de otros puntos, la ley* de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, la del lugar de celebración del matrimonio), pues dicho *precepto fue modificado en virtud de Ley 11/1990, de 15 de octubre*, por tanto, después de celebrado el matrimonio que nos ocupa. Tampoco puede ser resuelta por la norma de conflicto contenida en el *artículo 9.2 del Código civil* en su redacción dada por *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo*, en vigor en la fecha de celebración del matrimonio (en defecto de ley común, la ley nacional del marido al tiempo de la celebración), pues debemos entender derogado por la Constitución de 1978 el punto de conexión discutido, esto es la ley nacional del marido al tiempo de la celebración, al ser contraria al principio de igualdad, como declara la *sentencia del Tribunal Constitucional 39/2002, de 14 de febrero*, la cual concluye que a los órganos judiciales les corresponde integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del *inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario*. 3. En este caso debemos decidir la controversia a favor del régimen de separación de bienes con fundamento en los actos propios de las partes exteriorizados mediante la elección de ese régimen ante notario en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio, según el precedente sentado en nuestro citado *auto de 24 de octubre de 2003*, y con independencia de la solución que el *artículo 107 del Código civil* ya daba desde la *Ley 30/1981* para el Derecho internacional privado. Es decir, la señora Isabel, de acuerdo con el principio de buena fe que limita el ejercicio de los derechos subjetivos, no puede desconocer ahora las manifestaciones efectuadas continua y solemnemente sobre la clase de régimen económico que regía su matrimonio.

Tercero: 1. En cuanto al reconocimiento de una pensión compensatoria, debemos tener en cuenta que ella, a pesar de que todavía es joven –nació en 1966–, no desarrolla ningún trabajo remunerado en la actualidad y ha tenido empleos de escasa duración (ha cotizado a la Seguridad Social un total de 834 días), seguramente debido a los problemas que le plantea su trastorno obsesivo compulsivo, salvo el período en que trabajó en, S. L. –tres años–, del que el señor Ángel Jesús es socio minoritario, si bien no consta que percibiera salario alguno. El único bien de valor del que es propietaria consiste en la vivienda atribuida a su favor y al de su hijo –ahora, de 16 años de edad– en la sentencia apelada, y que adquirió a título gratuito de su padre ya fallecido. 2. El Sr. Ángel Jesús –na-

cido en 1961–, aparte de ser propietario de una vivienda y de un local en su localidad de origen, (Gerona), adquiridos, al parecer, a título gratuito, tiene un tercio de las participaciones de L. valoradas en 30.243 euros, la cual constituyó con otros dos socios a partes iguales, y trabaja para esta misma empresa, por lo que percibía 2.837 euros mensuales en 2006 y dos pagas extras al año de 1.834 euros cada una. Además, en 2006, percibió 33.572 euros brutos por el concepto de dividendos de, S. L. El valor teórico de las participaciones que posee en, S. L. se eleva a 28.512,44 €. Los activos financieros de que es titular se elevan a 269.471,81 €, según la señora Isabel, lo que no ha sido negado de contrario. 3. A la vista de todo ello, nos parece evidente el desequilibrio económico derivado del divorcio en relación con la posición del otro cónyuge que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, máxime cuando hemos mantenido que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, todo lo cual justifica la pensión regulada en el *artículo 97 del Código civil a favor de la demandada*. 4. Respecto a la cuantía y duración de la pensión, hemos de valorar todo lo expuesto sobre la edad y capacidad económica de las partes y que el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, así como, de entre las circunstancias referidas en el citado *artículo 97*, que los cónyuges acordaron una pensión compensatoria de 500 euros mensuales en la pieza de medidas provisionales; que el matrimonio ha tenido una duración de dieciocho años; que la Sra. Isabel carece de cualificación profesional y va a tener dificultades para encontrar un empleo por su enfermedad mental, de sintomatología compleja (síndrome depresivo, ansiedad y trastorno obsesivo compulsivo), como aclaró en el juicio la psiquiatra doctora Nieves, la cual requiere medicación, si bien hemos de descartar una imposibilidad absoluta de encontrarlo, conforme a lo dictaminado por el perito judicial, el psiquiatra doctor Felipe. No obstante, no nos parece oportuno otorgar ni una pensión por tiempo indefinido ni por el importe solicitado por la demandada. Como enseña la jurisprudencia (por ejemplo, *sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2008* y las que allí son citadas), no se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque el *artículo 97 [cuya redacción actualmente en vigor, desde la reforma operada por Ley 15/205*, reconoce expresamente que la pensión puede ser temporal] no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados, sino que su «ratio» es restablecer un desequilibrio que puede ser coyuntural, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación; y en sintonía con lo anterior también se destaca que la legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. La misma *sentencia de 21 de noviembre de 2008* destaca que la temporalización de la pensión puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional. Además, la pensión desequilibrio económico no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una *cláusula de dureza, como dice la misma sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando*. 5. Ambos aspectos –la temporalidad y el importe de la pensión por desequilibrio económico–, están condicionados por los datos expuestos y por la decisión que debamos adoptar sobre el pago de las cuotas de amortización por el préstamo con garantía hipotecaria (según escritura otorgada el 10 de noviembre de 2005) que grava el domicilio familiar propiedad de la Sra. Isabel, en donde ella reside junto con el hijo habido en el matrimonio. La demandada entiende que la otra parte debe asumir el pago de

las cuotas, mientras que el actor pretende que corran a cargo de la adversa y que le reembolse su total importe de 90.000 €. De la prueba documental y de las declaraciones de las partes se desprende que solo el señor Ángel Jesús dispuso de la totalidad de los 90.000 euros, en un primer momento, mediante la aplicación de 39.077,31 € para la compra de diversos valores a nombre del propio demandante (folio 90), mientras que el resto (50.922,69 €) no queda claro dónde fue invertido por el señor Ángel Jesús, mas indudablemente fue ingresado en una cuenta o en cuentas de su exclusiva titularidad, y así lo reconoció en el juicio, aunque añade que trataba de cubrir el saldo negativo producido por los gastos ocasionados para atender las obras de reforma del piso propiedad de la demandada, lo que se corresponde con el contenido de la escritura de hipoteca, la cual indica que la cantidad objeto de préstamo se va a dedicar a obras de reforma de vivienda, a pesar de que su importe fue inferior a los 90.000 €, en concreto, 62.220 € en números redondos, y de que fue satisfecho –por el actor– con anterioridad, entre noviembre de 2003 y abril de 2004. 6. En suma, el propio demandante asumió las obras de reforma de la vivienda, se aprovechó del préstamo hipotecario y está en *disposición económica de satisfacer las cuotas hipotecarias por importe de 496,89 euros al mes hasta noviembre de 2025* (a pesar de que tiene un gasto fijo de 700 € de alquiler al mes tras su salida del domicilio familiar –agosto o septiembre de 2006)–. Por el contrario, la adversa, salvo que estableciéramos una pensión compensatoria elevada y vitalicia –lo que hemos descartado– o encontrara un trabajo bien remunerado inmediatamente, tendría dificultades para costear el pago de la hipoteca, y nada menos que hasta el año 2025, con el consiguiente riesgo de que perdiera el piso por una carga que en realidad fue establecida solo a favor del marido. Por las mismas razones, tampoco nos parece adecuado el porcentaje aplicado en la sentencia apelada, el cual supondría –salvo error u omisión– que él tendría que pagar 215,74 € al mes y ella 281,14 €. Es verdad que la Sra. Isabel ha incorporado a su patrimonio la reforma de la vivienda, pero entendemos más oportuno que el Sr. Ángel Jesús pague la totalidad de las cuotas hipotecarias y que ese incremento de patrimonio a favor de la demandada sea tenido en cuenta para minorar la pensión compensatoria y su duración. En concreto, estimamos oportuno que la pensión se eleve a 500 € al mes durante cuatro años. 7. Procede, pues, estimar en parte ambos recursos sobre la pensión compensatoria y el solo el recurso de la demandada sobre el pago del préstamo.

Cuarto: Con relación a los alimentos, el documento aportado por la demandada ante esta Sala –que determinó la celebración de vista a los efectos previstos en el *artículo 270.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*– acredita que las necesidades del menor han aumentado, pues, desde septiembre de 2008, se encuentra internado en un colegio de Jaca y el coste de la residencia asciende a 483 € por diez mensualidades. Sin embargo, las necesidades del menor en ningún caso merecen una pensión de 1.100 €, como determina la sentencia de primer grado. Por ello, entendemos oportuno fijar la pensión de alimentos en 750 € al mes. Debemos, por tanto, estimar en parte el recurso del demandante sobre este extremo.

Quinto: En cuanto a los cuadros propiedad de ambos cónyuges, no procede en este procedimiento realizar inventario alguno ni, por tanto, llevar a cabo su reparto ni tasarlos a los efectos de que su precio sea repartido entre ambos cónyuges, sin perjuicio de las acciones que la demandada pueda esgrimir contra el demandante, como poseedor exclusivo, al parecer, de tales bienes.

Sexto: Por último, también debemos rechazar el recurso de la demandada respecto del seguro médico privado, por las razones expuestas en la sentencia apelada, las cuales damos aquí por reproducidas.

Séptimo: Al estimarse en parte ambos recursos, no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada *(art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

20

NÚM. 20

S. APH de 28 de enero de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: Guarda y custodia: ***No son los intereses de los padres, sino el interés superior del menor el que siempre prevalece a la hora de atribuir la guarda y custodia sobre él.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 7 y 57 LDp., 774.4 Lec., 90, 92, 93, 94, 103 y 158 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huesca se sigue juicio verbal de guarda y custodia (autos 824/2006). La sentencia del Juzgado de 2 de junio de 2008 estima las demandas acumuladas y atribuye al padre la guarda y custodia y a la madre un régimen de visitas. La madre interpone recurso de apelación (autos 284/2008). La APH desestima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos, en lo sustancial, los argumentos expuestos en la sentencia apelada.

Segundo: Sostiene la recurrente en primer lugar que se le debe atribuir la guarda y custodia del menor. Hemos dicho en otras ocasiones, por ejemplo en las *sentencias de 30 de noviembre de 2006, 30 de octubre y 15 de diciembre de 2008*, que no son los intereses de los padres, sino el interés superior del menor el que siempre prevalece en esta materia, como se desprende de los *artículos 90, 92.8, 94 y 103-1.ª del Código civil* y señala el *artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989* (ratificada el 30 de noviembre de 1990, «BOE» de 31 de diciembre de 1990), tal como corrobora la jurisprudencia (las *sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 y 12 de julio de 2004* recuerdan que el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro y buscando su formación integral y su integración familiar y social). Es principio sentado en el ordenamiento jurídico español y también en derecho comparado que las medidas judiciales que se adopten en materia de menores atiendan al «interés superior del menor», facultando a los jueces a actuar de oficio en la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los menores, habida cuenta del carácter público del bien tutelado, vid, entre otros, los *artículos 92.6 y 9, 93, 94, 158 del Código Civil, 774.4* de la *Ley de Enjuiciamiento Civil, 7 y 57* de la *Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho* de la persona.

Partiendo de las indicadas premisas, el juzgado ha resuelto correctamente el conflicto planteado por la ruptura en el que no se trata de que exista un progenitor incapaz para asumir la custodia sino que es preciso dilucidar cual es el más idóneo para el desarrollo del menor tras la finalización de la convivencia de los litigantes, debiendo estarse a las atinadas consideraciones que el juzgado ya tiene expuestas, siendo correcto el pronunciamiento controvertido aunque se tenga en cuenta que, finalmente, el padre de la recurrente se mostró dispuesto a que la misma pudiera ocupar el piso de Huesca. Debemos insistir en que es el apelado quien tiene una mayor estabilidad emocional y psicológica, frente al quebradizo equilibrio de la recurrente quien, tras la sentencia apelada, tuvo que ingresar nuevamente, aparte de que, según consta al folio 304, se muestra flexible con el menor en todo momento resultándole imposible establecer normas lo que, como consta al folio 364, provoca que el menor se aproveche la situación consiguiendo lo que quiere en cada momento, sin aceptar negativa alguna.

Tercero: En cuanto concierne a la vivienda familiar es igualmente correcto lo

resuelto por el Juzgado, no existiendo razón alguna para, manteniendo la custodia en favor del apelado, contrariar lo reglado en el *artículo 96 del Código Civil* en beneficio de la descendencia, aparte de que, aun no habiendo hijos (lo que no es el caso) su uso sólo puede acordarse en favor del cónyuge no titular por un tiempo prudencial, que ya ha sido agotado por la recurrente, quien no puede pretender que prevalezca su interés sobre el de su hijo, aparte de que la apelante, además de contar con recursos propios, tiene la posibilidad de pasar a ocupar la vivienda de su padre en Huesca, tal y como se afirma en el propio recurso al folio 343.

Por último, en lo que concierne a la pensión solicitada, debe estarse a cuanto ya tiene razonado el Juzgado en este particular, que debe ser ratificado por los propios fundamentos de la sentencia apelada.

Cuarto: Pese a desestimarse el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 394 de la Ley 1/2000*, al que se remite el *artículo 398 de la misma Ley*, pues lo debatido es muy discutible en derecho, atendidas las concretas circunstancias del caso.

21

NÚM. 21

S. APH de 17 de febrero de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: Interés superior del menor: Régimen de visitas: *En las decisiones que se adopten en relación con los hijos siempre ha de primar el interés superior del menor, no los intereses de los padres, aplicable también al régimen de visitas. En las relaciones con menores, especialmente en los casos de ruptura matrimonial, todos deben actuar con prudencia, generosidad y con la flexibilidad que requiera el interés del menor. Han de transmitir una sensación de estabilidad, de orden y normalidad en la relación con uno y otro progenitor, en el régimen de visitas y estancias con cada uno de ellos y con sus respectivas familias.*

Disposiciones citadas: ***arts. 7 y 57 LDp., 774.4 Lec., 90, 92, 93, 94, 103 y 158 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga se siguen autos de modificación de medidas definitivas (núm. 398/2007). La sentencia del Juzgado de 25 de marzo de 2008 introduce algunas modificaciones en las medidas definitivas. La mujer presenta recurso de apelación (autos 195/2008) que la APH estima parcialmente.

Fundamentos de derecho

Primero: Sobre la modificación de la pensión de alimentos en favor de los hijos, hemos de señalar que los argumentos de la sentencia incurren en una cierta contradicción, desde el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y la doctrina, afirma en el fundamento de derecho segundo que para la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o acordadas por el juez en su defecto es preciso que hayan variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta al acordarlas o aprobarlas, y más adelante indica que «no concurre el presupuesto esencial de la modificación de este pronunciamiento, que es la variación sustancial de los presupuestos que en su día motivaron y justificaron la adopción de esta medida con dichas cuantías». Sin embargo, suprime la cuantía extra (especial) de los meses de julio y diciembre, «por no acreditarse por las partes unos mayores gastos o necesidades en la educación y cuidado de los menores en esas concretas fechas». Es argumento no es suficiente, pues

las partes lo establecieron en su convenio, que fue aprobado por la *sentencia firme de divorcio de 19 de septiembre de 2006*, adquiriendo, por tanto, la autoridad de cosa juzgada. Y esta solo puede modificarse por el cambio sustancial de las circunstancias, pero no es una revisión de lo previamente pactado y aprobado judicialmente. No puede considerarse un cambio sustancial el trabajo remunerado desarrollado por la hija mayor, dado que está todavía estudiando y la ocupación laboral es estacional. Por tanto, el recurso ha de prosperar en este punto.

Segundo: Respecto del régimen de visitas de los hijos al progenitor no custodio, es preciso destacar lo siguiente:

1: En las decisiones que se adopten en relación con los hijos siempre ha de primar el interés superior del menor, no los intereses de los padres, como se desprende de los *artículos 90, 92.8, 94 y 103-1ª del Código civil* y señala el *artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989* (ratificada el 30 de noviembre de 1990, «BOE» de 31 de diciembre de 1990), tal como corrobora la jurisprudencia (las *sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 y 12 de julio de 2004* recuerdan que el interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro y buscando su formación integral y su integración familiar y social), según hemos dicho en otras ocasiones, por ejemplo en las *sentencias de 30 de noviembre de 2006 y 30 de octubre de 2008*.

2: Es principio sentado en el ordenamiento jurídico español y también en derecho comparado que las medidas judiciales que se adopten en materia de menores atiendan al «interés superior del menor», facultando a los jueces a actuar de oficio en la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar los derechos de los menores, habida cuenta del carácter público del bien tutelado, vid, entre otros, los *artículos 92.6 y 9, 93, 94, 158 del Código Civil, 774.4* de la *Ley de Enjuiciamiento Civil, 7 y 57* de la *Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Derecho* de la persona. Y en definitiva, para concluir, como señala la *sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005*, «en este sentido la *Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor*, sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir *(arts. 2 y 11.2*.a), aplicable, por tanto, al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con los menores y ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean mas adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda más convenirle para su integración tanto familiar como social».

3: En las relaciones con menores, especialmente en los casos de ruptura matrimonial, todos deben actuar con prudencia, buscando lo mejor para ellos, superando las tensiones y asperezas que sin duda se producen en tales situaciones de crisis y guiados por la búsqueda del entendimiento, aunque solo sea en relación con el cuidado y educación de los hijos. Sin duda ambos progenitores actúan movidos por estos sentimientos, pero deben actuar de común acuerdo con la flexibilidad que requiera el interés del menor, pues el régimen de visitas no es un catálogo de derechos y obligaciones rígido e inflexible, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes de su entorno familiar. Por el contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, de modo que, en la medida de lo posible, no se

produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente ni carencias afectivas y formativas que puedan impedir un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro. Por ello, debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad adaptándose a las necesidades y deseos de sus hijos, según su edad, con la mira puesta en su propio beneficio *(sentencias de este tribunal de 24 de enero y 14 de octubre de 1997, 30 de marzo de 2000 y 27 de febrero de 2004*, entre otras muchas).

4: Los progenitores tienen que asumir la nueva situación que genera la separación o el divorcio, las cargas y limitaciones que necesariamente se derivan, la imposibilidad de tener permanentemente y estar en todo momento con sus hijos. La ruptura matrimonial y el cese de la convivencia en común obviamente lo impiden. Y este estado de cosas es el que tienen que comprender y aceptar los progenitores, pues no solo es que ellos han dado lugar al mismo, sino que por su desarrollo personal e intelectual tienen (o deberían tener) la capacidad para comprender la situación y transmitirla a los hijos. Los menores, que por su corta edad están al comienzo de su desarrollo personal y emocional, no están en condiciones de comprender la situación y, precisamente por ello, son fácilmente manipulables. De ahí que los progenitores y los familiares del entorno más cercano deban actuar con prudencia y autocontrol en sus relaciones con los menores, cuidando de no transmitir sentimientos de aversión o repulsa hacia el otro, de no forzar las relaciones y provocar situaciones emocionalmente tensas, en las que el menor se vea forzado a elegir entre uno y otro. En definitiva, de no someterlos a una presión emocional o sentimental para la que no están preparados. Han de transmitir una sensación de estabilidad, de orden y normalidad en la relación con uno y otro progenitor, en el régimen de visitas y estancias con cada uno de ellos y con sus respectivas familias.

Tercero: En este caso debemos partir de los siguiente datos: la hija mayor, nacida el 18 de agosto de 1991, está próxima a alcanzar la mayoría de edad y ha demostrado un grado de madurez e independencia que hacen aconsejable no imponerle un régimen de visitas, que sería contraproducente. Distinto es el caso de sus dos hermanos, nacido el 1 de julio de 1995, y, nacido el 13 de julio de 2002. En las entrevistas con los Servicios sociales de la Comarca, han manifestado su deseo de mantener el contacto con su padre, de reanudar la relación que mantenían antes del conflicto surgido al comenzar el padre una nueva relación sentimental. Por ello consideramos conveniente restablecer el régimen de visitas pactado el 26 de julio de 2006 y aprobado en la *sentencia de divorcio de 19 de septiembre de 2006.*

Cuarto: En atención a las razones expuestas en los fundamentos precedentes acerca de las circunstancias de lo que es objeto del presente procedimiento, y a la estimación parcial del recurso, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 398 de la Ley 1/2000.*

22

NÚM. 22

S. APH de 18 de marzo de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: Aparente: ***En Aragón solo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes (art. 147 Comp.); son aparentes las que indica el art. 532 Cc., de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.).***

La servidumbre de paso puede ser o no ser aparente, según los casos. La apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos

datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 1.2 y 147 Comp.; 532 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Monzón se siguen autos de juicio verbal (núm. 400/2007); la sentencia del Juzgado de 9 de abril de 2008 estima la demanda y declara que la finca de los actores está beneficiada por una servidumbre de paso adquirida por usucapión, que grava la finca de los demandados, condenando a estos a eliminar los obstáculos por ellos colocados y que impiden el paso. El demandado interpone recurso de apelación (núm. 224/2008) que la APH desestima.

FUNDAMENTOS

Primero: Revisada nuevamente la prueba practicada y con especial atención la grabación de la vista, no apreciamos error en la sentencia recurrida, cuyas conclusiones tanto fácticas como jurídicas consideramos acertadas y ajustadas al supuesto enjuiciado. Como hemos dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en nuestras *sentencias de 28 de diciembre de 2006, 11 de julio de 2007 y últimamente en la de 9 de octubre de 2008*, y las que allí son citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión (o prescripción adquisitiva), debe tenerse en cuenta que la Compilación establece en su *artículo 147* que solo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del *Código Civil a tenor del artículo 1.2* de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia *(art. 532 del Código Civil*). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre.

Segundo: En el presente caso, en las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes, permite apreciar un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela núm. 000 y que nace en el camino vecinal que, por el este, discurre junto a la parcela núm. 006 de los demandados, la entidad de tales marcas permite concluir la existencia de algo más que unas simples rodaduras –folios 54, 66, 68, 76 y 185–. Esta apreciación, junto con la declaración de una parte de los testigos, permite concluir que los demandantes han estado utilizando dicho paso o camino para acceder a su finca –parcela núm. 000 del polígono 001– desde que adquirieron la finca en 1995 y antes quien se la transmitió, pues es un hecho que desde la construcción del desagüe por la Confederación Hidrográfica del Ebro en la década de los sesenta –folio 294– los propietarios de las cuatro parcelas llegaron a un acuerdo, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, en función del cual han estado pasando los demandantes por la finca de los demandados. Y como dice la

sentencia del juzgado, la acción ejercida se basa, no en la voluntad de los propietarios *–art. 563 del Código Civil–*, sino en la prescripción adquisitiva o usucapión. Por todo lo cual el recurso no puede prosperar.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 394 de la Ley 1/2000*, al que se remite el *artículo 398 de la misma Ley.*

23

NÚM. 23

S. APH de 3 de abril de 2009

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias: ***En el inventario de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía forma parte de la identificación misma de la partida inventariada (art. 809.2 Lec.) y no de su valoración. El dinero, a diferencia de los bienes corporales, no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. El derecho de reembolso a favor del patrimonio común frente al patrimonio privativo del demandante por la construcción con dinero común de un edificio privativo no puede ser cuantificado con arreglo al valor actual en el mercado del metro cuadrado construido sino que, sobre la base del lucro sin causa, ha de computarse el dinero común efectivamente invertido en las obras.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 36, 44, 80, 83 y 84 Lrem., 809 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña se siguen autos sobre formación de inventario consorcial (núm. 256/2005); la sentencia del Juzgado de 29 de febrero de 2008 estima parcialmente la demanda y declara la composición del patrimonio común partible entre los litigantes, para que cualquiera de ellos pueda solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial según lo dispuesto en el art. 810 Lec. El demandante interpone recurso de apelación y la demandada formula impugnación adhesiva (autos núm. 220/2008). La APH estima en parte el recurso de apelación y totalmente la impugnación de la demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ante las inespecíficas súplicas del recurso de apelación planteado por el demandante y de la impugnación adhesiva formulada por la demandada (inconcreción en que también incurre la sentencia de primer grado, dado que no relaciona, ni en sus fundamentos ni en su fallo, todas las partidas que comprenden el inventario consorcial), debemos analizar los diversos conceptos cuestionados en el cuerpo de los correspondientes recursos.

Segundo: 1. Respecto a las nóminas percibidas por la Sra. Piedad desde la separación de hecho –julio de 2004– hasta la disolución del consorcio conyugal como consecuencia del divorcio decretado en *sentencia dictada en primera instancia el 1 de septiembre de 2005* (alcanzó firmeza poco después en cuanto a este aspecto, pues las partes no apelaron la declaración de divorcio, según lo que se desprende de nuestra *sentencia de 27 de junio de 2007*), nos encontramos, en primer lugar, con que la sentencia apelada realiza un cálculo de lo percibido durante ese periodo, menos las pensiones de alimentos que debía haber soportado uno y otro cónyuge a favor de los dos hijos –en total, 800 al mes–, y menos las cuotas correspondientes a la hipoteca que grava la vivienda común de asumidas también a lo largo de ese tiempo por la demandada y que la sentencia no concreta, como tampoco, en definitiva, el importe de esta partida.

2. Como hemos dicho en otras ocasiones (la última de ellas, en nuestra *sentencia*

de 30 de septiembre de 2008), el inventario tiene como finalidad la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, con la peculiaridad de que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el *artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* cuando encauza en el trámite del *artículo 809* la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada, pues el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo.

3. Por otro lado, no consta que la demandada haya destinado los ingresos objeto de controversia a atenciones distintas de las enumeradas en el *artículo 36 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*, que son de cargo del patrimonio común; y tampoco consta que la Sra. no haya consumido la totalidad de su sueldo del indicado modo ni, en suma, que tenga en su poder algún tipo de remanente que pudiera ser incluido en al activo consorcial por la vía del *artículo 80-a) de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.*

4. Por todo ello, procede estimar la impugnación de la sentencia planteada por la demandada y rechazar en este punto el correlativo motivo del recurso del actor, lo que conlleva la supresión de la partida examinada del activo consorcial.

Tercero: De forma un tanto contradictoria con lo defendido al hablar de las nóminas de la esposa, el demandante sostiene, en el tercer motivo de su recurso, que las rentas percibidas por el alquiler de la buhardilla o planta tercera de la casa de «no pueden formar parte del inventario». En cualquier caso, aplicando los argumentos desarrollados en el anterior fundamento de Derecho, debemos estimar este motivo del recurso para excluir también tales rentas del activo.

Cuarto: 1. Aunque la casa situada en, es un bien privativo del Sr., como ya ha quedado determinado en primera instancia (solo se discutía la propiedad de los dos pisos de las plantas primera y segunda y de la buhardilla de la planta tercera, no así el local de la planta baja destinado a herrería), tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio no apreciamos error alguno cuando la sentencia apelada declara probado que las obras correspondientes a las plantas alzadas (primera, segunda y tercera o buhardilla –esta, al parecer, ya vendida a un tercero) se realizaron constante matrimonio (al igual que la constitución de la propiedad horizontal) y se financiaron con los ingresos obtenidos con sus trabajos por uno y otro cónyuge y los préstamos hipotecarios concertados con y que gravan las plantas primera y segunda (7 millones de pesetas y 6 millones de pesetas, respectivamente), de acuerdo con la valoración probatoria allí defendida, la cual damos aquí por reproducida para evitar repeticiones innecesarias. Ahora bien, el correspondiente derecho de reembolso a favor del patrimonio común frente al patrimonio privativo del demandante *(art. 44 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad)* no puede ser cuantificado como hace la *sentencia apelada, con arreglo al valor actual en el mercado del metro cuadrado construido –2.700 €–* multiplicado por la superficie de las tres plantas, pues lo que debe ser computado, sobre la base del lucro sin causa a costa del otro patrimonio –según la expresión utilizada en el citado *artículo 44*–, consiste en el dinero común efectivamente invertido en las obras, que es lo que se trata de reembolsar al consorcio, no el valor en venta del inmueble, cuya propiedad pertenece a

uno de los cónyuges. El problema es que desconocemos las cantidades exactas invertidas (el actor alega incluso que la totalidad de los préstamos fueron aplicados a otras necesidades familiares), y tampoco podemos prescindir de valorar la suma que debe ser reembolsada una vez que sí lo ha hecho la sentencia apelada. Además, el importe que se deduce de las bases expresadas en la sentencia recurrida (se trata, según las inscripciones registrales, de un total de 163,96 metros cuadrados de superficie –plantas primera, segunda y desván–, que multiplicados por 2.700 € resultan 442.692 €, salvo error u omisión) computa implícitamente el valor del terreno –evidentemente privativo– sobre el que está construido el edificio.

2. A la hora de determinar objetivamente el dinero común aplicado a la nueva construcción, nos encontramos con una carencia absoluta de pruebas, salvo que los dos préstamos hipotecarios fueron concertados por una cantidad global de 78.000 en números redondos, aunque también desconocemos si fueron aplicados, total o parcialmente, a financiar las obras. Por ello, procede realizar una valoración estimativa del coste de construcción del metro cuadrado, con arreglo a la experiencia de la Sala, en la cantidad de 500 € metro cuadrado, lo que –como hemos dicho en casos similares– constituye, de acuerdo con las consecuencias derivadas del principio de carga de la prueba, un límite mínimo en perjuicio de la parte interesada (el demandante), más allá del cual no podemos afirmar con total seguridad que el precio de construcción supere la cifra señalada.

3. Con fundamento en todo lo expuesto, debemos acoger la petición subsidiaria deducida por el actor en el motivo del recurso ahora examinado y fijar en la suma de 81.980 € (163,96 x 500) el derecho de reembolso de patrimonio consorcial –que debe ser incluido en el activo– frente al patrimonio privativo del actor.

Quinto: Por último, con relación a las herramientas y al material de herrería, el actor solo admite en su declaración que el puente-grúa es el único elemento nuevo que no provenía del negocio de herrería explotado por su padre (hora aproximada en la cinta: 14:17:30, en donde el demandante señala que el puente-grúa lo hizo él mismo nada más contraer matrimonio). En consecuencia, solo procede incluir en el activo el puente-grúa, no así las demás herramientas y material de herrería, sin perjuicio de que ese bien pueda ser aventajable, en los términos regulados en los *artículos 83.3 y 84 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*. Sobre este punto, procede estimar en parte el recurso del actor.

Sexto: Dado que ambos recursos –principal e impugnativo– han sido estimados, debemos omitir todo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada *(art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

24

NÚM. 24

S. APH de 6 de mayo de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: No aparente: ***La servidumbre de paso puede ser o no aparente, según los casos, en función de si existe o no un signo aparente de servidumbre (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco puede afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre.***

La falta de apariencia es relevante en este supuesto no solo para descartar la constitución de la servidumbre por usucapión, sino también por título, si admitiéramos la fuerza probatoria de la escritura de 1790, dado que, en esa hipótesis, faltaría la inscripción de la servidumbre no aparente en el RP y la demandada desconocía su eventual constitución, por lo cual no puede perjudicar a quien tiene la cualidad de tercero hipotecario.

Disposiciones citadas: ***arts. 1.2 y147 Comp., 532 Cc., 13, 34 y 36 LH.***

Ponente: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el Juzgado de Primea Instancia e Instrucción núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 423/2006), sobre acción confesoria de servidumbre. La sentencia del Juzgado de 22 de mayo de 2008 estima íntegramente la demanda, declara la existencia de una servidumbre de paso en beneficio del predio dominante a través del predio sirviente y condena al demandado a dejar libre y expedito el paso. El demandado presenta recurso de apelación (autos núm. 257/2008) que la APH estima.

Fundamentos de derecho

Primero: La demandada cuestiona en su recurso la acción confesoria de servidumbre de paso planteada de contrario y acogida en la sentencia apelada. A tal efecto, rechaza la constitución de la servidumbre por título escrito; aduce que es tercero registral; cuestiona la apariencia del paso y, por último, mantiene subsidiariamente que la servidumbre se habría extinguido por no uso durante veinte años, por imposibilidad de uso actual y por renuncia tácita del dueño del predio dominante.

Segundo: 1. La escritura pública de 13 de abril de 1790 aportada por la demandante para acreditar la adquisición de la servidumbre de paso por título contractual no ofrece las garantías jurídicas necesarias para entender que se refiere precisamente a las fincas hoy propiedad de uno y otro litigante. No nos parece suficiente a tal fin la declaración testifical de quien fue propietaria del predio supuestamente dominante hasta el año 1974, pues ese documento –transmitido, al parecer, de generación en generación– podría corresponder a cualesquiera eras de, –según la denominación empleada en la escritura– y, por tanto, la testigo puede estar equivocándose cuando viene a indicar que el documento alude a las fincas ahora controvertidas.

2. En segundo lugar, no consta –sino más bien todo lo contrario– que el supuesto paso haya sido aparente. Como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestra *sentencia de 28 de diciembre de 2006* y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión o prescripción adquisitiva, debe tenerse en cuenta que la Compilación establece en su *artículo 147* que solo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del *Código Civil a tenor del artículo 1.2* de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia *(art. 532 del Código Civil*). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril, por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre. En el presente caso, el único dato que podríamos destacar es un somier que, a modo de cancela o simple parapeto, se observa, entre una y otra finca, en las fotografías tomadas antes del inicio de las construcciones; pero, con arreglo a lo que acabamos de exponer, no podemos considerarlo signo aparente de paso, ni siquiera aunque lo asimiláramos a una puerta, pues

ni aun entonces habría signo externo de camino, senda, vereda o carril, como específicamente mantuvimos en nuestra *sentencia de 13 de octubre de 2005*.

3. La falta de apariencia es relevante en este supuesto no solo para descartar la constitución de la servidumbre por usucapión, sino también por título, según el fundamento principal de la demanda, aunque hipotéticamente admitiéramos la fuerza probatoria de la escritura de 1790, dado que, en esa hipótesis, falta la inscripción de la servidumbre (no aparente, repetimos) en el Registro de la propiedad y la demandada desconocía su eventual constitución, por lo cual no puede perjudicar a quien tiene la cualidad de tercero hipotecario, conforme a los *artículos 13, 34 y 36 de la Ley Hipotecaria*. Este criterio ya lo mantuvo el *Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 1993*.

4. Por todo ello, sin necesidad de examinar las causas de extinción de la servidumbre aducidas por la apelante, debemos estimar el recurso, lo que conlleva la desestimación de la demanda.

Tercero: Procede imponer a la actora las costas de primera instancia, puesto que la demanda ha sido desestimada *(art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*); y no debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, dado que el recurso ha sido acogido *(art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*).

25

NÚM. 25

S. APH de 26 de mayo de 2009

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: VALORACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA: ***La APH sigue la doctrina establecida por la STS de 4 de abril de 2008: 1º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial; 2º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderdo: se aplicará el valor de mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección.***

En el caso partimos de los 147.500 euros que el informe pericial señala como valor de mercado de la vivienda, y de los 101.539,62 euros como vivienda protegida. Teniendo en cuenta que faltan dos años hasta que pueda ser descalificada, consideramos que debe asignársele un valor de 141.372 euros. Para llegar a esa cantidad hemos tenido en cuenta la diferencia de valores dividida por los 15 años de duración del plazo durante el que no puede ser descalificada.

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga se siguen autos de liquidación de sociedad de consorciales (núm. 245/2007). La sentencia del Juzgado de 10 de junio de 2008 estima parcialmente la demanda, liquida el régimen económico matrimonial y realiza las adjudicaciones precisas, resultando un defecto de adjudicación frente al marido. El demandante presenta recurso de apelación (autos número 283/2008) que la APH estima para corregir la cuantía del defecto de adjudicación frente al marido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El único motivo de recurso es de la valoración que daba darse a la vivienda en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial. Se trata de una vivienda acogida al régimen general de vivienda protegida, que no se puede transferir a terceros ni descalificar como vivienda protegida hasta pasados 15 años desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que no se cumplirá hasta el año 2011, según se deduce del informe pericial (folios 134 y siguientes). El coste de la descalificación no podrá hacerse hasta cumplido el plazo legal y dependerá de las ayudas que haya tenido, por tanto, no puede fijarse por falta de datos. Para resol-

ver este recurso, consistente en cual ha de ser el valor de la vivienda de protección oficial incluida en el inventario de los bienes, hemos de seguir la doctrina establecida por la *sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2008*, que dice: «para proceder a la valoración en la liquidación de los gananciales, de las viviendas de protección oficial debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado dicha vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y sea, por tanto, descalificada, para entrar en el mercado libre. De aquí que: 1º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial. 2º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, la vivienda no es de libre disposición, aunque debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección». Procede, de acuerdo con esta doctrina, calcular cual es la disminución que haya de aplicarse, por lo que, a falta de otros datos, partimos de los 147.500 euros que el informe pericial señala como valor de mercado de la vivienda, y de los 101.539,62 euros como vivienda protegida. Teniendo en cuenta que faltan dos años hasta que pueda ser descalificada, consideramos que debe asignársele un valor de 141.372 euros. Para llegar a esta cantidad hemos tenido en cuenta la diferencia de valores dividida por los 15 años de duración del plazo durante el que no puede ser descalificada. El activo debe quedar fijado en 174.944,88 euros, la diferencia con el pasivo (22.938,89 euros) es pues de 152.005,99 €, la mitad que corresponde a cada uno es, por tanto, 76.002,99 €. Dado que los bienes adjudicados a Augusto ascienden a 1.126,82 euros, la diferencia a su favor es de 74.876,27 euros, cantidad que deberá satisfacer Sonsoles, de conformidad con lo señalado en la sentencia, que ha ganado firmeza en los pronunciamientos no recurridos.

Segundo: Al estimarse el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 398 de la Ley 1/2000.*

26

NÚM. 26

S. APH de 30 de junio de 2009

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: ***Cuando en la responsabilidad civil por los daños causados por especies cinegéticas concurren sujetos privados y la administración, la jurisdicción contenciosa atrae el enjuiciamiento de los sujetos concurrentes, lo que tiene lugar siempre, aunque no se demande a la administración, pues el único presupuesto que ha puesto el legislador para que se deduzca también frente a ellos la pretensión en sede del orden contencioso administrativo es que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño, lo que, obviamente, siempre puede dar lugar a ulteriores repeticiones entre los causantes de los daños, si es que fueran estimados finalmente responsables algunos de ellos.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 71 bis de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza de Aragón, modificada por la Ley 15/2006, de montes de Aragón.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 471/2007); la sentencia del Juzgado de 13 de enero de 2009 desestima la demanda por falta de jurisdicción de orden civil para conocer del presente asunto; el demandante presenta recurso de apelación (núm. 85/2009) que la APH desestima.

Fundamentos de derecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada.

Segundo: Sostiene el recurrente que lo procedente sería considerar competente a la jurisdicción civil y, entrando en el fondo del asunto, estimar íntegramente la demanda. Tal pretensión no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, en la que difícilmente podríamos hacer reproche alguno al Juzgado cuando ha seguido el criterio que esta misma Audiencia Provincial ya expuso en la *sentencia de 30 de noviembre de 2000. Cierto es que el Juzgado* ha apreciado su falta de jurisdicción de oficio y sin dar antes la audiencia del *artículo 38* pero en el caso no se pide la nulidad de actuaciones por lo que la indicada irregularidad procesal carece de relevancia. Sin duda la parte recurrente ha considerado subsanado la falta inicial de traslado mediante todas las alegaciones que ha realizado en segunda instancia. En cualquier caso, sólo la parte es quien tenía en su mano solicitar la nulidad de lo actuado y no lo ha hecho sino que nos ha pedido que afirmemos la competencia de la jurisdicción civil para la resolución de la presente reclamación cosa a la que no podemos acceder por las mismas razones que ya tiene expuestas el Juzgado coincidiendo con un anterior precedente de este mismo tribunal.

Es de resaltar que en el caso no se ha acreditado negligencia alguna en la conservación del terreno acotado de modo que la única vía para afirmar la responsabilidad que se quiere hacer efectiva sería una responsabilidad por riesgo derivada de la misma explotación del acotado la cual, tenga o no cabida contra alguien en la regulación vigente al tiempo del siniestro (tras la entrada en vigor del *artículo 71 bis de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza en Aragón, modificada por la Ley 15/2006 de montes de Aragón)*, cosa que queda ahora imprejuzgada, si es que existiera dicha responsabilidad por riesgo contra alguien, es claro que nos llevaría a una responsabilidad solidaria entre todos los terrenos cinegéticos próximos incluidas las reservas que son responsabilidad de la administración en los términos ya explicados por el Juzgado lo que hace que, en el mejor de los casos para el apelante, si es que existe la responsabilidad de la demandada, esta habría concurrido a la producción del daño con la administración por lo que, conforme al *artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* también contra la demandada debería hacer valer la actora su pretensión ante el orden contencioso administrativo pues tal regla rige con independencia de que en este procedimiento se haya demandado o no a la administración, tal y como lo declaramos también en nuestra *sentencia de 30 de noviembre de 2000, ya citada por el Juzgado*, en la que indicamos que «aunque no se esté demandando a una administración, la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa si resultara acreditado, siquiera fuera de un modo meramente indiciario que los demandados, de haber producido el daño, lo habrían hecho concurriendo junto con la administración». Por otra parte, los precedentes jurisprudenciales citados en sentido contrario en el recurso no tienen nada que ver con la situación concurrente en el caso en el que, sin prejuzgar la existencia o inexistencia de responsabilidad, parece claro que tal responsabilidad, si es que existe, derivaría de un daño causado concurriendo sujetos privados y la administración y en este caso la jurisdicción contenciosa atrae el enjuiciamiento de los sujetos privados concurrentes lo que tiene lugar siempre, aunque no se demande o a la administración, pues el único presupuesto que ha puesto el legislador para que se deduzca también frente a ellos la pretensión en sede del orden contencioso administrativo es que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño lo que obviamente, siempre puede dar lugar a ulteriores repeticiones entre los causantes de los daños, si es que fueran estimados finalmente responsables algunos de ellos. Es de resaltar que en el caso no estamos ante un concesionario de la administración demandado

en solitario, en el que, aparte de que, por ese sólo hecho, más que concurrir con aquella la sustituye (lo que autorizaría a entender que no hay concurrencia salvo que se afirmara expresamente alguna clase de culpa *in vigilando* o *in eligendo*), es difícilmente concebible una ulterior repetición contra la administración si resultara condenado, sino que en el caso estamos ante un sujeto privado que, sin vínculo alguno con la administración para gestionar por ella servicio público alguno, realiza similar actividad cinegética que esta en las proximidades del lugar siniestrado y sin competencia alguna sobre la señalización y protección de la carretera, no siendo en absoluto deseable que un orden jurisdiccional estimara existente una responsabilidad por riesgo que pudiera ser negada por el otro orden jurisdiccional en el caso de tener lugar una repetición entre los sujetos concurrentes en la realización de una misma actividad cuando la redacción del *artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* permite eludir tal posibilidad.

Por otro lado, la resolución de la *Sala especial de conflictos citada por el apelante, de 20 de noviembre de 2007*, se refería a la responsabilidad de una concesionaria con capital íntegramente público (persona jurídica para la gestión directa de un servicio público), declarándose competente a la jurisdicción contenciosa. Y la resolución de 19 de noviembre de 2007, tampoco se refería a un supuesto de concurrencia de personas públicas y privadas en la causación de un daño pues entendió el Alto Tribunal que la concesionaria de un servicio público era un sujeto privado aunque estuviera participada por capital público. Precisamente por eso, en el fundamento de derecho tercero, el Alto Tribunal descartó que se tratara de un supuesto de concurrencia de personas públicas y privadas en la causación del daño. Y nuestro *auto de 5 de enero 2009*, también citado, tampoco guarda ninguna analogía con este caso pues se trataba de una demanda dirigida, exclusivamente, contra una aseguradora a la que, en el mejor de los casos, le afectaría el adverbio «además» del *artículo 9.4* en los términos que explicamos en aquella resolución en la que, justo antes de las frases resaltadas en el recurso, afirmamos que «... el orden contencioso-administrativo solo será competente si la demanda dirigida contra una aseguradora que no asegure a la Administración se plantea, además, contra la propia Administración pública o contra un sujeto privado, ...», todo ello, obviamente, haciendo alusión a los sujetos privados que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño. Por otra parte, a la específica posición de las aseguradoras también nos referimos en nuestra *sentencia de 27 de febrero de 2001* en la que, al tiempo que analizábamos la particular posición de las aseguradoras, bien claro dijimos que «... si se dedujera alguna pretensión contra la administración o contra un sujeto privado que con ella hubiera concurrido en la producción del daño, no tenemos duda alguna de que el enjuiciamiento del asunto correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa ...».

Por último, en lo que concierne a las costas, el juzgado ha hecho una correcta aplicación del principio del vencimiento consagrado en el *artículo 394*, sin que en el caso sean de apreciar circunstancias excepcionales, con más razón cuando esta es una cuestión a la que ya había dado respuesta con anterioridad este tribunal.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 394 de la Ley 1/2000*, al que se remite el *artículo 398 de la misma Ley.*

27

NÚM. 27

S. APH de 17 de julio de 2009

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: PLAZO DE EJERCICIO: *El*

cómputo de los 90 días a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha. Y para que actúe el plazo de caducidad con independencia de la fecha de la inscripción registral se requiere acreditar: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral; y b) que tal conocimiento sea completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó, por lo que no basta con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación. **FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES:** ***La facultad moderadora o correctora se atribuye a los tribunales para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas. No nos parece decisivo ni la edad del retrayente (ahora debe de tener 67 años) ni que carezca de descendientes, pues no por concurrir tales circunstancias va a carecer de interés y afecto para mantener dentro de la familia la finca de que se trata El domicilio de los retrayentes y su actividad laboral ajena a la agricultura no parece que sean datos suficientes para moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, pero sí los móviles espurios y constitutivos de abuso de derecho.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 149 y 150 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 243/2007) a los que quedaron unidos los autos de la misma clase núm. 254/2007, ambos sobre retracto de abolorio; la sentencia del Juzgado de 9 de mayo de 2008 estima la demanda de los primeros autos y declara haber lugar a que se reconozca al demandante el derecho de retracto de abolorio frente a la entidad demandada, declarando la obligación de esta de otorgar escritura pública a su favor con las mismas condiciones y precio de su propia adquisición (39.496,52 euros), cantidad consignada en la cuenta de este Juzgado, debiendo asumir la parte actora el importe de los gastos de escritura y cualquier otro pago legítimo que se hubiera realizado en la venta. La demandada y los otros demandantes presentan sendos recursos de apelación (autos 276/2008) que la APH estima en parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La demandada en ambos procedimientos acumulados alega en su recurso incongruencia omisiva de la sentencia porque no se pronuncia sobre las pretensiones planteadas por los hermanos; cuestiona el pronunciamiento sobre las costas derivadas de la demanda presentada por los demandantes en los segundos autos acumulados; reproduce la excepción de caducidad de la acción de retracto de abolorio formulada por el actor en el primero de los procedimientos acumulados; y, por último, considera que se debe aplicar la facultad moderadora prevista en el *artículo 149.2* de la *Compilación de Derecho Civil de Aragón.*

Segundo: Con relación al defecto formal aducido, aunque quizá pudiera haber sido subsanado en primera instancia mediante el oportuno auto complementario *(art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), lo cierto es que en esta fase constatamos la incongruencia omisiva, conforme al *artículo 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, desde el momento en que el fallo de la sentencia no desestima la demanda interpuesta por los hermanos, a pesar de que sus fundamentos de Derecho sí se pronuncian sobre ella. Esto implica la revocación de la sentencia, en los términos previstos en el *artículo 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* a expensas de lo que decidamos más adelante sobre el recurso presentado por los actores de los segundos autos, en el que solicitan la estimación de su propia demanda.

Tercero: 1. El pronunciamiento sobre las costas causadas por esa segunda deman-

da tampoco se adecúa a lo dispuesto en el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. La sentencia, en lugar de establecer los porcentajes a que se refiere su fallo, debería haber impuesto las costas a los actores en el segundo procedimiento acumulado o bien no haber hecho especial declaración si consideraba que concurría alguna circunstancia que pudiera justificar la no aplicación del principio del vencimiento. La decisión final sobre esta materia queda condicionada también –al igual que lo indicado anteriormente– a lo que resolvamos cuando entremos a conocer del recurso de apelación deducido por los hermanos.

2. La sentencia apelada nada dice sobre las costas causadas por la demanda interpuesta por, y que ha sido estimada en primera instancia, y esta omisión no ha sido impugnada por ninguna parte, por lo que hemos de partir de que la demandada no resultó condenada al pago de las costas producidas por la demanda estimada.

Cuarto: 1. Respecto a la caducidad, en nuestras *sentencias de 17 de octubre de 1996 y 2 de febrero de 2006* dijimos que el cómputo de noventa días a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha (la sentencia apelada denomina esta tesis –siguiendo la terminología empleada por algún autor– como «interpretación correctora» de la literalidad contenida en el *artículo 150.2* de la Compilación, si bien también ha sido defendida por otros tribunales). Y para que actúe el plazo de caducidad con independencia de la fecha de la inscripción registral se requiere acreditar, según decíamos en las sentencias citadas: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral; y b) que tal conocimiento sea completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste, por lo que no basta –como así señalan las *sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1978, 9 de febrero de 1984 y 20 de mayo de 1991*– con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación.

2. En el presente caso, hemos de destacar la imprecisión del pacto segundo del contrato privado de compraventa, de fecha 12 de junio de 2006 (no alude más que al precio del terreno urbano integrado en la finca, pero no al rústico, de nada menos que 72 áreas de superficie, y quedaba pendiente la renuncia al usufructo que conservaban –y conservan– los padres de los segundos demandantes –medio hermano y cuñada del otro actor–). La copia de dicho contrato fue acompañado a la demanda de desahucio por precario instada por los padres de los que hemos llamado segundos demandantes, como usufructuarios de la finca, contra, de la cual se dio traslado al allí demandado en fecha de 13 de junio de 2007. Por tanto, compartimos las conclusiones a las que llega el juzgador de instancia sobre la falta de conocimiento de todas las condiciones esenciales de la venta antes de la inscripción registral, de acuerdo con los datos y argumentos expuestos en la sentencia apelada sobre el particular ahora examinado, los cuales damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

3. Además, aparte de que la propia naturaleza del contrato privado revela la provisionalidad de las condiciones allí pactadas, como así ocurrió (la escritura concreta el precio en 39.496,52 euros, en lugar de los 60.101,21 euros mencionados en el comentado pacto segundo), también hemos de resaltar que no se ofreció el propósito de enajenar y que nos encontramos con un contrato privado de compraventa que por sí mismo no transmite el dominio, por lo cual difícilmente podemos aceptar que se consumara la enajenación desde el conocimiento del negocio jurídico suscrito en documento privado y, en consecuencia, que fuera ya ejercitable el retracto de abolorio, de acuerdo con su propia finalidad, cual es la adquisición de la propiedad del bien en lugar del adquirente.

Quinto: 1. En cuanto a la facultad moderadora prevista en el *apartado 2 del citado artículo 149*, como hemos dicho en otras ocasiones *(sentencias de 14 de enero de 1991, 12 de noviembre de 1994, 17 de octubre de 1996, 16 de octubre de 1999, 4 de marzo de 2005 y 2 de febrero de 2006*), lo que debe inducir al retrayente a ejercitar el retracto de abolorio, para que resulte válido y auténtico y por tanto protegible legalmente, ha de ser el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, impidiendo su dispersión al pasar a terceros sin vinculación familiar próxima, parientes o no. Es decir, 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» e incluso acrecentándola con aquellos bienes que de antiguo han sido propios de sus antecesores y sobre los que se cierne la amenaza de desgajarse de la familia por pasar a un extraño o a una pariente más allá del cuarto grado. En consecuencia, la facultad moderadora o correctora se atribuye a los tribunales, sin duda, para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas.

2. En el caso de autos, debemos rechazar el ejercicio de la facultad moderadora con relación a, de acuerdo con los datos reflejados en la sentencia objeto de recurso, los cuales damos aquí también por reproducidos. Sobre este extremo, debemos resaltar que los otros demandantes no están legitimados para solicitar, como si fueran demandados, que sea aplicada la facultad moderadora a su tío –el otro demandante–. En suma, las circunstancias personales de se nos antojan paradigmáticas a fin de rechazar una situación de abuso de derecho en el ejercicio del retracto de abolorio, a tal punto que consideramos que nada sería más contrario a criterios equitativos que denegar ese derecho a quien ha permanecido toda su vida trabajando el patrimonio agrícola familiar y viviendo en la casa, aun después de su jubilación, a pesar de no ser el heredero, seguramente con fundamento en su condición de tión o descendiente no heredero que, por ello, debía ser mantenido en la casa sano o enfermo, y, cuando tomara estado, o salga, dotado al haber y poder de la casa, según lo declarado en la escritura de capitulación matrimonial de 18 de septiembre de 1948 (folio 307 vuelto). No nos parece decisivo ni la edad de (ahora debe de tener 67 años) ni que carezca de descendientes, pues no por concurrir tales circunstancias va a carecer de interés y afecto para mantener dentro de la familia la finca de que se trata, de acuerdo con la finalidad propia del retracto gentilicio cuya procedencia es aquí discutida.

3. Sobre la base de todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso en cuanto a la demanda interpuesta por, sin perjuicio de lo que podamos decir a continuación.

Sexto: 1. Por lo que se refiere a la segunda demanda, frente a lo sostenido por en la alegación primera del escrito de oposición al recurso planteado por los hermanos, no nos parece que constituya un defecto insubsanable la falta de otorgamiento de poder a favor de procuradores por parte de dos de los actores del juicio acumulado en la fecha de presentación de su demanda, sino trece y treinta y tres días después, según se trate de Hermenegildo o de Epifanio, respectivamente, a tenor de lo que consta en autos, aunque sin mediar una especial resolución del Juzgado. La dicción literal del *artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* no justifica la tesis de la demandada, como tampoco el *artículo 418 de la misma ley*; y, además, tales preceptos deben ser interpretados con arreglo a lo establecido de modo general en el *artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en consonancia con el *artículo 24* de la Constitución. Así, las *sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 1999, 26 de marzo de 2001 y 7 de noviembre de 2005* declaran que

la ausencia de poder en el momento de realizar el acto procesal (y no solo su falta de acreditación) es un defecto subsanable, por lo que la solución distinta sería de todo punto irracional y desproporcionada y, por tanto, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que no padezca la regularidad del procedimiento, no se cause indefensión a la parte contraria y no se aprecie una posición negligente o contumaz en la parte que no ha presentado el poder.

2. A mayor abundamiento, si bien la demandada adujo el defecto analizado en la audiencia previa y dedujo en ella el oportuno recurso seguido de protesta frente a la decisión del juez, como consta en la grabación del juicio (y solo parcialmente en el acta), lo cierto es que en su escrito de oposición al recurso no formula impugnación adhesiva contra la sentencia a fin de denunciar la infracción procesal cometida en debida forma y con posibilidad de contradicción *(art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*.

Séptimo: En cuanto a la caducidad de la acción de retracto formulada por, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, compartimos la valoración de la prueba desarrollada en el fundamento de Derecho tercero de la sentencia, de los que se desprende el conocimiento de los demandantes de la operación que iba a desarrollar su hermano Ignacio, pero no de sus condiciones esenciales, principalmente las reflejadas en la escritura pública. Además, respecto al contrato privado de compraventa, nos remitimos a los argumentos desarrollados en el anterior fundamento de Derecho cuarto respecto a la trascendencia del documento privado de compraventa.

Octavo: 1. Con respecto a la facultad moderadora, el domicilio de los demandantes (Candido vive en... y los otros dos en...: Epifanio, con sus padres, y Hermenegildo, en el piso superior a aquel en donde residen sus padres) y su actividad laboral ajena a la agricultura no parece que sean datos suficientes para moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio sobre la base de los criterios antes ya expuestos. No obstante, tales hechos sí son relevantes unidos a otras circunstancias ya valoradas en el fundamento de Derecho quinto de la sentencia de primer grado; principalmente, que Cándido conocía los deseos de venta de su hermano Ignacio, pues de otro modo no se entiende que Cándido enseñara la finca al representante de la demandada (las explicaciones dadas al respecto por Cándido en el juicio son poco convincentes) y que conociera la presentación de la demanda de desahucio por precario contra su tío hoy aquí también demandante. Los otros dos actores, Epifanio y Hermenegildo, no pueden ser ajenos a la anterior situación cuando han interpuesto la demanda conjuntamente con Cándido, aparte de que ni tan siquiera se molestaron en otorgar los poderes para pleitos antes de presentar la demanda. Hemos de aclarar, no obstante, que las declaraciones de Epifanio en el juicio no son decisivas porque, tras admitir los hechos que favorecían la tesis de la demandada, aparentemente vino a decir lo contrario a preguntas de la parte que le interrogó a continuación, y porque el propio Luis María admite en su escrito de oposición al recurso que su sobrino padece una enfermedad mental. Tampoco podemos prescindir de que la finca está ocupada por Luis María y del propio ejercicio del derecho de abolorio por esta persona.

2. Sobre la base de todo ello, entendemos que el interés perseguido por Cándido, Epifanio y Hermenegildo con el planteamiento del retracto no es el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia, es decir, su afección hacia la finca y de conservar íntegra la casa, sino que están condicionados por móviles espurios ajenas a la finalidad del derecho de abolorio y constitutivos de abuso de derecho. Nos parece oportuno, por tanto, confirmar el ejercicio de la facultad moderadora con relación a Cándido, Epifanio y Hermenegildo.

Noveno: No obstante, procede estimar el recurso de esta parte a los siguientes

efectos: A) Modificar el fallo a fin de consignar que el derecho de retracto está referido a la nuda propiedad de la finca. B) No hacer declaración sobre las costas de la primera instancia causadas por su demanda, puesto que entendemos que concurren serias dudas de hecho y de Derecho sobre el ejercicio de la facultad moderadora en el derecho de abolorio planteado por los hermanos Epifanio Candido Hermenegildo, como autoriza excepcionalmente el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Décimo: No debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, dado que ambos recursos han sido estimados parcialmente, según el *artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (en concreto, el recurso de la demandada se ha estimado para aclarar que la segunda demanda es desestimada).

28

NÚM. 28

S. APH de 23 de septiembre de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: No aparente: ***Las servidumbres de paso pueden ser aparentes o no aparentes conforme al art. 532 Cc., de aplicación supletoria; sólo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridos por usucapión ordinaria (art. 147 Comp.).***

Lo decisivo para que la servidumbre sea aparente no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapiión sin necesidad de justo título ni buena fe.

Disposiciones citadas: ***arts. 1.2 y 147 Comp., 532 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de Boltaña se siguen autos de juicio verbal (núm. 97/2008), sobre acciones de deslinde y confesoria o constitutiva de servidumbre de paso; la sentencia del Juzgado de 30 de junio de 2008 estima parcialmente la demanda, practica el deslinde y declara la existencia de una servidumbre legal de paso entre las fincas de las partes litigantes; ambas partes interponen recurso de apelación (autos 336/2008) que la APH desestima.

Fundamentos de derecho

Primero: El actor mantiene en su recurso la procedencia de la acción confesoria de servidumbre de paso con carácter preferente a la acción constitutiva de servidumbre de paso esgrimida con carácter subsidiario y estimada en primera instancia. Por su parte, los demandados discuten la estimación de la acción de deslinde.

Segundo: 1. Respecto al primer extremo, como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestras *sentencias de 28 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 2007* y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión (o prescripción adquisitiva) debe tenerse en cuenta que, según el artículo 147 de la Compilación, solo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del *Código Civil a tenor del artículo 1.2* de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia*(art. 532 del Código Civil)*. La servidumbre de paso –añadíamos– puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a

aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino, senda o carril. Por tanto, lo decisivo no es –como erróneamente argumenta la sentencia apelada– la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, como con más amplitud expusimos en nuestra *sentencia de 15 de mayo de 2008*, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe.

2. En el presente caso, aunque los testigos mantienen que el actor o sus causantes han pasado desde hace muchos años hasta la finca de su propiedad enclavada en la que ahora pertenece a los demandados –a tal punto que el predio supuestamente dominante parece que en una u otra época ha tenido algún tipo de cultivo–, lo cierto es que lo relevante para poder usucapir del modo indicado es que quede marcado un signo exterior que indique el uso del paso, como acabamos de razonar; y, sin embargo, los testigos no corroboran la apariencia del camino de las características interesadas en la demanda y con una realidad de diez años necesarios para adquirir la servidumbre por usucapión. En cuanto a la prueba documental –no valorada especialmente en el recurso–, no consta una ortofoto con una antigüedad de diez o más años en donde el camino pueda ser observado con claridad. Así, la ortofoto unida al folio 66 fue tomada en 1984, pero, por más que la miremos, no observamos la realidad del camino pretendido por el actor. De este modo, llegamos a la misma conclusión que ya sostuvimos en nuestra *sentencia de fecha 20 de abril de 2006 dictada con ocasión del juicio verbal 20/2005*, aunque sin efecto de cosa juzgada, dado que se tramitó para la protección del derecho real inscrito en el registro de la propiedad *(arts. 250.1-7º y 447.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*), y cuya copia está unida a los autos. Por todo ello, procede desestimar el recurso del demandante.

Tercero: Con relación al deslinde, la contrapericial practicada a instancias de los demandados con el fin exclusivo de desvirtuar los resultados de la pericial presentada de contrario (sobre la base del sistema WAAS de localización de satélites) no puede obviar la constatación de los hitos por parte del perito del actor y del propio juzgador de instancia en el reconocimiento judicial. Concretamente, el perito del demandante mantuvo en el juicio que apreció las huellas 1 a 7 de las marcadas en el plano unido a su informe, y así queda parcialmente corroborado con las fotografías correspondientes a los mojones 2, 3, 4 y 7, mientras que marcó los puntos 8, 9 y 10 siguiendo las indicaciones del actor y el relieve del terreno, como una vaguada (o la senda peatonal a que se refiere el plano en el límite noroeste y norte). Además, siendo evidente la confusión de linderos, los demandados no especifican por dónde discurriría la línea divisoria por la zona en donde no existen hitos (puntos 8, 9 y 10, e incluso el 1, si no se considera suficiente para ello la ubicación de la ermita). No apreciamos, por tanto, error alguno en las conclusiones de hecho a las que llega la sentencia apelada. Con arreglo a lo expuesto, también debemos desestimar el recurso de los demandados.

Cuarto: Debemos imponer a una y otra parte las costas de esta alzada causadas por su respectivo recurso, como dispone el citado *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al que se remite su *artículo 398.1*.

29

NÚM. 29

S. APH de 30 de septiembre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdictos: ***Si no hay voladizo inva-***

diendo el inmueble colindante, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites de la propia finca y esta relación de vecindad no impide al propietario del fundo vecino edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos (art. 144.3 Comp.). Y esta situación de abuso de derecho se ha dado en el supuesto enjuiciado al haberse levantado el muro con la única finalidad de perjudicar a los vecinos.

Así nos encontramos con una situación de hecho derivada de una relación de vecindad tutelable en este procedimiento sumario, en tanto que no puede ser ejercitado abusivamente el derecho de todo propietario a edificar tapando los huecos de la finca vecina, con la consiguiente facultad de mantener las aberturas reconocidas en el art. 144.1 Comp. No era exigible al actor instar la suspensión de la obra nueva.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 Comp., 7.2 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de Fraga se siguen autos de juicio verbal (núm. 98/2008) sobre tutela sumaria de la posesión; la sentencia del Juzgado de 20 de mayo de 2008 estima la demanda y condena al demandado a cesar en la perturbación del uso y disfrute de los demandantes y a demoler su costa el muro por él levantado adosado a la pared y ventanas del actor y el recto de copropietarios; el demandado interpone recurso de apelación (autos 352/2008) que la APH desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: 1. El demandado cuestiona en su recurso la acción sobre tutela sumaria para recuperar la posesión de un derecho ejercida respecto del muro de ladrillo cerámico construido por él mismo en el patio de luces integrado en el edificio de su propiedad, al cual se abren diversas ventanas correspondientes a las viviendas del inmueble contiguo situado en el número ... de la calle de ... de ... Así, los ocupantes de los pisos afectados se han visto privados de las luces y vistas que recibían gracias a los huecos abiertos en el límite con la propiedad ajena.

2. Al respecto, siguiendo el criterio defendido en nuestras *sentencias de 25 de enero de 1996, 11 de julio de 2001, 14 de enero de 2008 y 31 de julio de 2008*, hemos de decir que no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguamente conocido como interdicto) se proteja una servidumbre de luces y vistas, si bien tampoco es necesario, dada la propia naturaleza del proceso sumario, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el predio en donde se ha materializado la acción que perjudica a las luces y vistas, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así proceda en su caso la estimación de la acción posesoria, sin perjuicio de que en el ulterior juicio ordinario quede definitivamente resuelta la controversia entre los dueños de las fincas colindantes.

3. No obstante, de las fotografías aportadas a estos autos, tomadas poco antes de que concluyera el levantamiento de la pared, se desprende la mera existencia de unas ventanas sin voladizos en sentido estricto. Tal situación –como dijimos también en las indicadas sentencias– no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues cualquiera es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que su apertura, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de manera que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamen-

te se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. Es decir -seguíamos diciendo-, si no hay voladizo invadiendo el inmueble colindante, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites de la propia finca, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual quien lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas. De esta manera –concluíamos–, al igual que el propietario de un predio es libre de tener o no una construcción cerrada con pared con o sin ventanas cerca del lindero, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no en su propia finca otra construcción cerrada con pared, lo que no implica realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos.

4. Y esta situación de abuso de derecho, a través de un acto de emulación, prohibido por el *artículo 7.2 del Código civil*, es la que se ha dado en el supuesto enjuiciado, como se desprende de las pruebas practicadas. El levantamiento del muro ha sido realizado por el demandado con la única finalidad de perjudicar a su vecino o, lo que es lo mismo, con evidente afán vindicativo y sin que la obra le reporte beneficio alguno (como acertadamente sostiene el juez de instancia en los dos últimos párrafos del fundamento de Derecho cuarto de la sentencia apelada). La actuación del demandado tuvo su origen en las diversas quejas personales y ante la Policía local efectuadas precisamente por el actor con fundamento en las molestias que le provocaba la música con un volumen muy alto proveniente de la vivienda del demandado. El Sr. Raimundo no perseguía un fin altruista con la construcción de la pared, como pareció defender en el juicio, cual sería disminuir el volumen de los ruidos procedentes de su propia vivienda, sino vengarse del vecino por el hartazgo que al demandado le provocaron las reclamaciones de la otra parte a consecuencia de las molestias acústicas. Así, nos encontramos con una situación de hecho derivada de una relación de vecindad tutelable en este procedimiento sumario, en tanto que no puede ser ejercitado abusivamente el derecho de todo propietario a edificar tapando los huecos de la finca vecina a que se refiere el *artículo 144.3* de la *Compilación de Derecho Civil de Aragón*, con la consiguiente facultad de mantener las aberturas reconocidas en el apartado 1 de ese mismo precepto. Hemos de aclarar que no era exigible –ni tampoco ha sido alegado– que el actor instara sumariamente la suspensión de la obra nueva, dada su poca envergadura y su rápida ejecución, en cuyo supuesto mal podía el poseedor perturbado hacer uso de dicha acción antes de que las obras quedaran concluidas, como hemos dicho en casos similares.

Segundo: Por todo ello, procede desestimar el recurso, lo que implica la imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta segunda instancia, según el *artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al que se remite su *artículo 398.1*.

30

NÚM. 30

S. APH de 18 de noviembre de 2009

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN: Actos tolerados: ***No se deben confundir los actos tolerados con los «meramente tolerados» de los arts. 444 y 1942 Cc. que no aprovechan a la posesión. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la***

cosa. No es lo mismo dejar pasar puntual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad, pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercitado por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 147, 148 Comp., 444, 1941 y 1942 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Huesca se siguen autos de juicio verbal (núm. 179/2009); la sentencia del Juzgado de 26 de marzo de 2009 estima parcialmente la demanda y declara la existencia de un derecho de servidumbre de paso entre las fincas de demandante y demandado; el demandado presenta recurso de apelación (autos 179/2009) que la APH desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Solicita el recurrente la íntegra desestimación de la demanda, que sólo prosperó en lo relativo a la servidumbre de paso ahora controvertida en esta segunda instancia (el acceso a la finca del actor), que es cuestión que ha sido correctamente resuelta en la sentencia apelada por lo que la misma debe ser ratificada por sus propios fundamentos, en lo que concierne al tramo debatido en esta segunda instancia, pues nada tiene que decir este tribunal en relación con las pretensiones de la demanda que quedaron rechazados en primera instancia, ante lo que se aquietó la parte actora.

Segundo: A la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, por muy en cuenta que se tengan las razones invocadas en el recurso, no aprecia este tribunal error alguno del juzgado en la valoración de la prueba tarea en la que, como es bien conocido, no puede prevalecer sin más el subjetivo e interesado criterio de la parte sobre el objetivo e imparcial parecer del Juzgado y de esta misma Audiencia que, tras tomar conocimiento de las razones del recurrente, no puede sino compartir las afirmaciones del juzgado tanto en lo relativo al carácter aparente de la servidumbre, ejercida mediante camino, como al hecho mismo del paso durante el tiempo preciso para consolidar la usucapión, claramente invocada en la demanda al amparo del *artículo 147* de la *Compilación de Derecho Civil*, que no está reñido con la afirmación de que el paso había existido siempre, desde tiempo inmemorial, lo cual habría autorizado a la demandante a invocar el *artículo 147* sino, también, el *inciso final del artículo 148* acreditando, obviamente, sus presupuestos, de lo que no tuvo ninguna necesidad la parte actora cuando en todo momento sostuvo, y ha acreditado, que la servidumbre se ejercía mediante camino desde hace tanto tiempo que, ciertamente, se ha perdido la memoria de cuando se inició lo cual ni le hace perder la apariencia (pues las servidumbres de paso, además de discontinúas pueden ser aparentes o no aparentes, siendo aparentes siempre que se ejercen sobre senda, camino o carril, como en este caso sucede, entrando el camino dentro de la finca del hoy actor ya en 1935, tal y como consta en el plano de los folios 152 a 154), ni su uso durante más tiempo del requerido por el repetido *artículo 147*, que es el que se invocó en la demanda, con toda claridad, y que es el que la misma parte recurrente (folio 203) dice que hay que aplicar, que es lo que se ha hecho en la sentencia apelada, poniendo correctamente en relación las fotos aportadas con el resultado de la testifical y con la totalidad de la documentación aportada. Es de resaltar, ante los datos destacados por ambas partes, que la testifical, como todo el acto del juicio, está grabada y su resultado, íntegramente considerado, a juicio de este tribunal, es perfectamente coherente con las conclusiones del Juzgado, por más que la parte apelante, en su legítimo interés de defensa, haga una interpretación sesgada y aisla-

da y sin tener en cuenta que el camino está donde está desde hace más de treinta años, no siendo decisivo que en 1935, en el plano de entonces aportado, invadiera más la era de Luis Manuel, con más razón cuando tanto puede deberse a un ligero desplazamiento del camino, de hace más de treinta años, como a un diferente deslinde de las propiedades, o a ambas cosas. En cualquier caso se trata de una situación plenamente consolidada y no existe ninguna duda sobre la identidad del camino que nos ocupa.

Por último, en el caso en absoluto podemos hablar de unos actos meramente tolerados. Como decíamos en la reciente *sentencia de 16 de noviembre* pasado, tenemos declarado que no se deben confundir los actos tolerados con los «meramente» tolerados. Así en la *sentencia de 15 de mayo de 2008*, reiteramos que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión pero que si equiparamos los actos tolerados o permitidos a los «meramente» tolerados de los *artículos 444 y 1942*, la usucapión de servidumbres o del dominio no podría tener lugar nunca, en ningún caso. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la cosa. Otro tema a discutir en cada caso, si las partes tienen a bien introducir ese debate en el litigio, es el análisis del concepto en el que dicho tercero ha poseído pero, a nuestro juicio, entre los actos «meramente tolerados» de los *artículos 444 y 1942*, que no afectan a la posesión, y, por ejemplo, la «mera tolerancia» de quien «pierde» la posesión inmediata de una cosa por haberla cedido en precario hay un abismo. Al igual que no es lo mismo permitir a un vecino entrar en casa a recuperar una prenda que se le ha caído, o invitarle a tomar café (actos «meramente» tolerados del *artículo 444* que no afectan a la posesión) que darle las llaves de esa casa para que la habite cuando quiera (acto también tolerado, pero que ya confiere una posesión, aunque sea en un concepto de precario inhábil para usucapir el dominio conforme al *artículo 1941*). Tampoco es lo mismo dejar pasar puntual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercido por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 394 de la Ley 1/2000*, al que se remite el *artículo 398 de la misma Ley.*

31

NÚM. 31

S. APH de 16 de noviembre de 2006

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN: Apariencia: ***Para que una servidumbre de paso sea usucapida en Aragón conforme al art. 147 Comp., es imprescindible que la misma sea aparente, lo que quiere decir que es imprescindible que la misma se ejerza a través de senda, camino o carril. La apariencia tiene que estar presente durante todo el tiempo de la usucapióon. Las puertas, a efectos de la apariencia de una servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a una senda, camino o carril que publique, físicamente, aquello que se está usucapiendo. El requisito de la apariencia tiene que presentarse y probarse de una forma clara y contundente por la parte que pretende la existencia de la servidumbre.***

La estimación de la acción negatoria de servidumbre conlleva la eliminación de la puerta, sin perjuicio de su conservación como ventana si ese es el deseo de los demandados.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 y 147 Comp., 444, 1941 y 1942 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el Juzgado de primera instancia de Boltana se siguen autos de juicio ordinario (núm. 332/2008); la sentencia del Juzgado de 30 de abril de 2009 estima parcialmente la demanda, estima la acción reivindicatoria y desestima la acción negatoria de servidumbre de paso; el demandante presenta recurso de apelación (autos 202/2009) que la APH estima para declarar la inexistencia de derecho real de servidumbre de paso y condenar a los demandados a eliminar la puerta de su pared que da acceso al citado inmueble del apelante, llevando a cabo, al menos, las obras necesarias para convertir dicha puerta en ventana y colocando, en tanto mantengan hueco, reja de hierro remetida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Sostiene la parte demandante que también debe estimarse la acción negatoria de servidumbre de paso, dando así lugar a la condena de los demandados a eliminar la puerta de su pared que da acceso al inmueble de los actores, llevando a cabo las obras necesarias para reducir el hueco hasta que el mismo no permita el paso de personas sino tan sólo luces y vistas, condenando en todo caso a los demandados a colocar reja de hierro remetida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente y condenando igualmente a los demandados al pago de las costas.

Segundo: Delimitados así los términos del recurso, tenemos que el juzgado ya ha hecho, en su meticulosa y muy elaborada sentencia, una profunda exposición de la doctrina aplicable al caso, si bien tenemos que ha afirmado una apariencia que realmente no concurre, al menos a juicio de este tribunal. Para que una servidumbre de paso sea usucapida en Aragón conforme al *artículo 147* de la *Compilación*, es imprescindible que la misma sea aparente, lo que quiere decir que es imprescindible que la misma se ejerza a través de senda, camino o carril. El Juzgado ha sido perfectamente consciente de lo anterior pero ha afirmado que la servidumbre en discusión era aparente cuando lo cierto es que, a la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, no podemos afirmar en absoluto que la misma se ejerciera sobre senda, camino o carril. En las proximidades existe un camino, cierto, que permite el paso de vehículos, pero ese camino no lleva a la finca de los demandados sino a la finca propia del actor y no denota subordinación alguna que permitiera suponer siquiera la existencia de un predio dominante y de un predio sirviente, entre la finca del demandante y la casa de los demandados. En las fotos aportadas no se aprecia camino alguno entrando al supuesto predio dominante (el de los demandados) y no acertamos a encontrar prueba alguna que evidencie un camino con trayecto de entrada en la finca de los demandados por muchos coches que aparezcan fotografiados sobre el prado en el que, en las fotos aportadas, sólo vemos hierba y no camino alguno, por muchos coches que aparezcan fotografiados sobre la hierba, incluso compartiendo ese mismo espacio con personas tumbadas o sentadas en el suelo, sobre la hierba y no sobre el polvo o el asfalto de un, al menos entonces, inexistente camino (folios 150 y 154), siendo de recordar que la apariencia tiene que estar presente durante todo el tiempo de la usucapión. Es más, en el acta de reconocimiento judicial se hizo constar que «en la faja de terreno próximo a la entrada posterior de la casa de los demandados no se aprecian signos de rodadura ni de camino aparente», todo ello después de haber hecho constar, en esa misma acta, que lo que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada es «una faja de terreno con hierba», lo que coincide con lo que vemos en las fotos aportadas, aparte de que no importa tanto el estado de las cosas en un instante determinado como la existencia de la apariencia durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión.

La puerta abierta en la casa de los demandados, aparte de que sólo permite el acceso de personas, no el de vehículos, no puede servir por sí misma para cumplir el requisito de la apariencia pues tenemos repetidamente declarado que las puertas, a efectos de la apariencia de una servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a una senda, camino o carril que publique, físicamente, a la vista de quien quiera mirar, la anchura y trayectoria de aquello que se está usucapiendo, de modo que la mera existencia de una puerta no es suficiente, a efecto de la apariencia precisa para usucapir, si la misma no se abre sobre una senda, camino o carril. Y en este punto de la apariencia no creemos que pueda hacerse concesión alguna. La Compilación del Derecho civil aragonés permite la usucapión de las servidumbres discontinuas, como la de paso, pero ello sólo es así si son aparentes y el requisito de la apariencia tiene que presentarse y probarse de una forma clara y contundente por la parte que pretende la existencia de la servidumbre. En este caso la amistad y las buenas relaciones entre las partes se rompieron cuando la parte actora pidió al demandado la firma de un documento en el que, muy sustancialmente, reconociera que cuanto se le había tolerado hacer sobre la finca de la parte actora había sido a título meramente personal, a lo que el demandado se negó, tal y como resulta del acto del juicio, porque consideró que de ese modo su finca perdería valor si reconocía que no tenía consolidado un derecho de acceso por la parte posterior, donde se abre la puerta litigiosa tras la amable autorización de la madre del actor, pues la finca de los demandados nunca antes había tenido una puerta por ese lado. Pues bien, la otra cara de tan legítimo interés (que no pierda valor la finca de los demandados) es que el reconocimiento de una servidumbre de paso sobre la finca de la parte actora también disminuye el valor de la misma sin más causa que el paso del tiempo sobre una situación amablemente tolerada dentro de unas cordiales relaciones de vecindad, pues ahora no estamos ante la constitución forzosa de una servidumbre para salvar un enclave, para lo que, entre otros muchos requisitos, se debe pagar una indemnización, sino que estamos ante la pretendida adquisición de un derecho por el mero transcurso del tiempo lo cual en nuestro derecho es ciertamente posible, pero sólo en el caso de que, con todo su rigor, se cumplan todos los requisitos legales, entre los que la apariencia resulta un presupuesto insoslayable, que en el caso no se da, tal y como ya ha quedado expuesto. La finca de los demandados nunca tuvo el acceso ahora discutido, por lo que para perder valor dicha finca lo primero que tendría que darse es que se hubiera adquirido de algún modo el derecho de paso, que lo hubiera consolidado mediante una usucapión. La madre del actor, por tolerancia dentro de unas relaciones de vecindad y de amistad, sin ánimo de constituir gravamen alguno, tuvo la amabilidad de autorizar al demandado a abrir la puerta sobre la finca que hoy es del actor, pero no consta que dicha puerta se abriera a senda, camino o carril alguno, por lo que nos falta el presupuesto de la apariencia preciso para usucapir una servidumbre de paso. Si se hubiera abierto a una senda, camino o carril, sí que habría podido tener lugar la usucapión, con el transcurso del tiempo, pues tenemos declarado que no se deben confundir los actos tolerados con los «meramente» tolerados. Así en la *sentencia de 15 de mayo de 2008*, reiteramos que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión pero que si equiparamos los actos tolerados o permitidos a los «meramente» tolerados de los *artículos 444 y 1942*, la usucapión de servidumbres o del dominio no podría tener lugar nunca, en ningún caso. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la cosa. Otro tema a discutir en cada caso, si las partes tienen a bien introducir ese debate en el litigio, es el análisis del concepto en el que dicho tercero ha poseído pero, a nuestro juicio, entre los actos «meramente tolerados» de los *artículos 444 y 1942*, que no afectan a la posesión, y, por ejemplo, la «mera tolerancia» de quien «pierde» la posesión inme-

diata de una cosa por haberla cedido en precario hay un abismo. Al igual que no es lo mismo permitir a un vecino entrar en casa a recuperar una prenda que se le ha caído, o invitarle a tomar café (actos «meramente» tolerados del *artículo 444* que no afectan a la posesión) que darle las llaves de esa casa para que la habite cuando quiera (acto también tolerado, pero que ya confiere una posesión, aunque sea en un concepto de precario inhábil para usucapir el dominio conforme al *art. 1941*). Tampoco es lo mismo dejar pasar puntual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercido por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo, requisito temporal que en el caso tampoco podemos afirmar con certeza que concurra, ni aun tomando como referencia un plazo de diez años, con lo que al problema de la apariencia se añade ahora el del tiempo realmente transcurrido usando el paso que, como decimos, cuando se usó, al menos en su tramo final, se usó por una era o prado y no sobre un camino por más que sí que existiera un camino perfectamente delimitado hasta llegar a la «faja de terreno con hierba que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada» (folio 192), que es la faja que podemos ver en las fotos aportadas.

Tercero: Los demandados afirmaron que la puerta litigiosa se abrió en el mismo año en el que compraron la casa, en 1983, pero tal cosa no ha quedado adverada por ninguna otra prueba. La madre del actor, según consta en la grabación del acto del juicio, mantuvo que no recordaba el año pero que desde luego no fue en 1983 y que ya había pasado bastante tiempo desde que los demandados tenían la casa cuando les permitió abrir la puerta. La indicada incertidumbre sobre la fecha de apertura de la puerta debe ponerse en relación con el hecho de que en 1994 se pusiera la cadena en la entrada del camino de acceso a la finca del actor, tras quedar habilitado el acceso rodado público a la población. Tenemos así que no sabemos si, siquiera fuera de un modo no aparente, los demandados estuvieron o no pasando diez o más años antes de la colocación de la cadena y, tras su instalación, dicha cadena impedía el paso de vehículos (al menos los demandados no han acreditado que siguieran pasando, no sabemos cómo) y, aunque fuera posible pasar peatonalmente saltándola o sorteándola, dicha acción convertiría el paso en clandestino, aparte de que realmente no podemos considerar acreditado que los demandados pasaran por dicho camino eludiendo de algún modo la cadena en él colocada. Ellos afirman que seguían pasando pero, aparte de que sería un paso clandestino, lo cierto es que no se ha acreditado que pasaran realmente por el camino donde está ubicada la cadena, el que da acceso a la finca del actor, siendo de resaltar que la madre del actor lo que dijo en el acto del juicio, según se puede ver en su grabación, es que desde 1994 no habían pasado (los demandados), desde luego, con coche y que no sabía si habían pasado o no andando. Otra cosa es que los demandados siguieran usando la puerta de su casa para salir a la finca del actor a tomar el sol con la familia del actor o compartir tertulias y conversaciones como siempre habían hecho, dentro de la relación de amistad que unió a ambas familias, tal y como se reconoció en la demanda, en la que nada más se admitió (de hecho se negó contundentemente que se siguiera pasando por el camino de acceso a su finca; para eso, precisamente, se colocó la cadena, para que nadie volviera a pasar) pero tales actos de tomar el sol y compartir tertulias en el prado, aparte de que merecerían, estos sí, la consideración de «meramente tolerados», pues lo único que se admitió en la demanda (y nada más allá se ha acreditado) es que se seguía permitiendo a los demandados el «utilizar la puerta para salir con ellos a su finca y compartir algunos momentos» lo que no rebasa la esfera de los actos meramente tolerados

irrelevantes para la posesión, aparte de que tales actos no dejan huella alguna que permitiera entender cumplido el requisito de la apariencia y aparte, también, de que tales actos bien poco tienen que ver con una servidumbre de paso, que es lo que en estos autos se está discutiendo sin que, por lo ya expuesto, se haya acreditado su existencia, por lo que la demanda también debe prosperar cuando ejercita la acción negatoria de la servidumbre de paso, con la consecuencia de que deba prosperar también la petición de eliminación de la puerta, sin perjuicio de su conservación como ventana si ese es el deseo de los demandados, con las protecciones legales pues en nuestras *sentencias de 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998, 4 de junio de 2004*, en la misma línea que la mantenida en la *sentencia de 30 de junio de 2006*, insistíamos en que la finalidad de una puerta es pasar, permitiendo la entrada y salida de un lugar a otro, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación. Por todo ello, también procede estimar el recurso por las costas de primera instancia pues ha quedado íntegramente estimada la demanda y no presenta el caso serias dudas de hecho o de derecho conforme al *artículo 394 de la Ley procesal*.

Cuarto: Al estimarse el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del *artículo 398 de la Ley 1/2000*.

TERUEL, 2009

32

NÚM. 32

S. APT de 9 de enero de 2009

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO: Aplicación del art. 216.2 Lsuc.: ***Partiendo de que el supuesto regulado en el art. 216.2 Lsuc. es el de una sucesión legal condicionada, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión (cónyuge premuerto) por aplicación del art. 5.1 Lsuc., pues ha de aplicarse la del momento de apertura de la sucesión y el fallecimiento de la causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Lsuc., cuya aplicabilidad no puede predicarse al amparo de la DT 1ª Lsuc. En definitiva sostenemos con la doctrina más cualificada que la aplicación del art. 216.2 Lsuc. requiere que todos los requisitos en él previstos han de concurrir necesariamente bajo la vigencia de la Lsuc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 216 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña María de los Desamparados Cerdá Miralles.***

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Teruel se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 294/2008); la sentencia del Juzgado de 8 de septiembre de 2008 desestima la demanda; los demandantes interponen recurso de apelación (236/2008) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Conviene al caso poner de manifiesto, que la declaración de herederos *ab intestato*, en palabras del Tribunal Supremo: «no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente la titularidad sucesoria preexistente «ope legis». La naturaleza estrictamente formal de la titularidad carente de eficacia jurídica material, excluye la apreciación de las consideraciones expresadas por el recurrente en su primer motivo del recurso, por el que se pretende que es inatacable en cuanto al fondo jurídico material la declaración de herederos *ab intestato* que presenta como título legitimador de la demanda. Además de la incongruencia intrínseca de su motivo en la alzada, pues olvida que en su suplico, se suplicó que los demandantes fueran declarados herederos frente a los demandados, declaración que es el objeto de controversia en este procedimiento; lo cierto, es que la expresada naturaleza estrictamente formal del título no excluye la controversia material del mismo frente a terceros aspirantes, no llamados al procedimiento, no comparecidos en él, aun a sabiendas de la existencia de la contradicción con ellos respecto de la titulación alcanzada, en su ausencia. Por ello no puede apreciarse la cosa juzgada material, ni consideración alguna puede predicarse en el caso, del principio general del derecho «ne bis in idem». Tampoco que el juzgador de instancia para determinar si procede o no lo pretendido por el demandante, la declaración de ser los demandantes herederos *ab intestato* de Dña., premisa necesaria para las ulteriores consecuencias pretendidas en el suplico, se examine la cuestión de fondo, es decir, si procede o no jurídicamente tal declaración a la vista de la contradicción formulada por los demandados, contradicción que se reduce a la cuestión jurídica que resuelve la sentencia impugnada. Razón por la cual no puede apreciarse ningún tipo de incongruencia en la sentencia apelada.

Conforme a lo anterior se considera procedente la desestimación del primero de los motivos del recurso de apelación.

Segundo: En cuanto al segundo la cuestión se reduce a dilucidar la controversia jurídica planteada. Es decir, si al caso es o

no aplicable el art. 216.2 de la Ley de Sucesiones aragonesa, artículo que de ser aplicable ampararía la declaración de herederos interesada por los demandantes.

Sobre la cuestión de derecho transitorio, este Tribunal comparte el criterio del juzgador de instancia instalado en la doctrina científica más autorizada y en el auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de septiembre de 2004. Por ello partiendo de que el supuesto regulado es el de una sucesión legal condicionada, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión (cónyuge premuerto) por aplicación del art. 5.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, pues ha de aplicarse la del momento de la apertura de la sucesión y esta se produjo en el momento del fallecimiento de la causante doña..., es decir antes de la entrada en vigor de la Ley aragonesa de sucesiones, cuya aplicabilidad no puede predicarse al amparo de la Disposición Transitoria Primera. En definitiva sostenemos con la doctrina más cualificada que los requisitos del art. 216.2 de la Ley de Sucesiones, su aplicación en el tiempo, requiere que todos los requisitos en él previstos: la adquisición por el viudo de bienes *ab intestato* de su cónyuge premuerto; la permanencia de dicha clase de bienes en el patrimonio en el caudal relicto del viudo en el momento de su fallecimiento; la falta de disposición mortis causa a favor de otras personas; han de concurrir necesariamente en el tiempo bajo la vigencia de la Ley de Sucesiones de 1999.

En atención a lo expuesto, habiéndose rechazado los motivos del recurrente, procede la desestimación del recurso y confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

Tercero: Si, conforme con lo anterior, se rechazan los motivos del recurso; la sentencia ha de ser confirmada y el recurso desestimado, imponiendo a la parte apelante las costas causadas por su recurso, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

33

NÚM. 33

S. APT de 29 de enero de 2009

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Adquiridos en la partición de una comunidad: ***La vivienda es privativa porque la adquirió el marido a título de herencia, siéndole adjudicada por los coherederos en pago de su hijuela. La compensación en metálico a los coherederos hecha con dinero consorcial no trueca la naturaleza del título y modo de adquisición (a título gratuito), por lo que no puede considerarse que nos hallemos ante una compraventa a plazos ni ante la adquisición de un bien en proindiviso en parte privativo y en parte consorcial. La aportación de dinero consorcial es un derecho de crédito que tiene el consorcio contra el marido.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 38 Lrem.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María de los Desamparados Cerdá Miralles.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio verbal (núm. 118/2008) sobre oposición a la formación de inventario en la solicitud de división de patrimonio común; la sentencia del Juzgado de 18 de septiembre de 2008 estima la propuesta de inventario realizada por el marido; la mujer presenta recurso de apelación (rollo 254/2008) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se ciñe la cuestión litigiosa a determinar si la vivienda sita en la calle de la localidad de es un inmueble privativo del marido o en parte privativo y en parte consorcial como defiende la parte apelante.

Se insiste en ello por la vía de este recurso, por considerar el error en la valoración de la prueba, criticando en la sentencia de instancia que el Juzgador se ha dejado llevar por la apariencia de lo publicado en el Registro.

Vaya por delante que este Tribunal no aprecia el error que se dice porque las con-

clusiones del Juzgador de Instancia se extraen de los títulos aportados y conforme a ellos resulta que el bien que el registro publica como privativo del marido; lo es, porque lo adquirió a título de herencia, siéndole adjudicado por los coherederos en pago de su hijuela. Cierto es que tuvo que compensar en metálico a los coherederos, también que el dinero con que se hizo el pago compensatorio procedía del consorcio conyugal. Pero este hecho a juicio de este Tribunal no trueca la naturaleza del título y modo de adquisición, título hereditario de naturaleza lucrativa, por ello es correcta la sentencia cuando considera la aplicación del art. 38 de la Compilación a cuyo tenor son privativos los inmuebles o sitios aportados al patrimonio, así como los adquiridos durante él a título lucrativo.

Como consecuencia no puede predicarse, por el hecho de la aportación del dinero del consorcio para el pago de las compensaciones, que nos hallemos en el caso de una compraventa a plazos art. 1357 CC. tampoco que se trate de un bien adquirido mediante precio o contraprestación en proindiviso en parte privativo y en parte ganancial, pues el supuesto de hecho de esta norma, se asienta sobre la base de un título de naturaleza onerosa.

Por ello la aportación hecha de dinero por el consorcio al marido para la adjudicación del bien es propiamente dicho un derecho de crédito que tiene el consorcio como acreedor contra el marido, en la parte que corresponda en la liquidación. Pero carece de la virtualidad de permitir la transmutación del título.

Los anteriores argumentos que se derivan del examen de los títulos aportados y su reflejo registral, no pueden desdecirse por el hecho de que en el convenio regulador de la separación se llegara a afirmar que el inmueble en cuestión es propiedad del matrimonio. En primer lugar porque el contenido del documento en el marco de su otorgamiento no contiene norma ni decisión alguna referida a la liquidación del régimen económico matrimonial, que obviamente las partes no se propusieron llevar a efecto en el mismo, el alcance del documento es la separación personal de hecho y adoptar las medidas correspondientes en la situación de ruptura no definitiva respecto de la atribución del uso de los bienes existentes en el matrimonio.

En dicho contexto la frase tanto puede significar que es propiedad del marido de la mujer o de los dos, pues no contiene una definición jurídica que permita reconocer la naturaleza del bien hablando jurídicamente con propiedad.

Pero es que además en el propio documento consta que tiene un alcance meramente provisional, transitorio pues estaba destinado a regular únicamente la separación de hecho cuando se redactó, sin otra eficacia que las atribuciones de uso de bienes.

Finalmente, y en relación con el pronunciamiento sobre costas, cabe decir que el argumento esgrimido por la parte apelante para justificar su no imposición; considerando este Tribunal el principio *iura novit curia*, y que la estimación de las pretensiones de la demandante es total, no permite apreciar razón jurídica alguna a la luz del art. 394 de la Ley de Enjuciamiento Civil que justifique su no imposición.

Segundo: Como consecuencia el recurso ha de ser desestimado y la sentencia confirmada en su integridad. Procede imponer a la parte apelante las costas causadas por su recurso de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

34

NÚM. 34

S. APT de 20 de febrero de 2009

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO: Aplicación del art. 216.2 Lsuc.: ***Para la aplicación del art. 216.2 Lsuc. se requiere que todos los requisitos en él previstos hayan concurrido bajo la vigencia de la***

Ley de sucesiones. Además está excluido de la aplicación del precepto el supuesto en el que el cónyuge sobreviviente dispone por cualquier título de los bienes comprendidos en su haber hereditario procedentes de su cónyuge.

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 216.2 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María de los Desamparados Cerdá Miralles.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de Calamocha se siguen autos de juicio verbal (núm. 212/2008); la sentencia del Juzgado de 11 de septiembre de 2008 estima la demanda y declara que es de la demandante un campo de secano; la parte demandada interpone recurso de apelación (rollo 268/2008) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como preámbulo, conviene pone de manifiesto, visto el contenido del escrito interponiendo el recurso de apelación y examinado el acto del juicio en su soporte audiovisual, que de conformidad con los arts. 218 y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la proposición revisora que cabe hacer a este Tribunal ha de centrarse en el objeto controvertido entra las partes determinado en la fase de alegaciones del juicio. Examinado este, la cuestión quedó centrada en dos cuestiones.

La primera: si el bien cuya propiedad se discute entre las partes era troncal o no, la demandante sostuvo en su demanda que era un bien consorcial, los demandados sostienen que el bien fue una donación *propter nupcias* que el padre del Sr. hizo a su hijo por razón de matrimonio. Subsidiariamente se sostuvo la aplicación del art. 108.3 de la Compilación aragonesa, pues en todo caso el bien ha de considerarse privativo y por tanto al haber fallecido la esposa sin disponer del bien. El mismo corresponde a los herederos legales del Sr., es decir a los demandados no a los demandantes.

Expuesto lo anterior, ningún merecimiento puede hacerse por vía de revisión pues sobrepasa el ámbito de conocimiento de este Tribunal al no haber sido objeto de debate en la instancia, la alegada infracción del art. 129.2 de la Ley 15/1967, porque la pretensión de su consideración sobrepasa el límite del *ius variandi* al alegar, la parte apelante, una norma cuyo supuesto de hecho –el marido dotó a la esposa por razón de matrimonio con el bien discutido– es un hecho que en la instancia no se sometió a controversia, su consideración por esta vía se haría con infracción de uno de los principios más elementales del proceso civil, el de contradicción; y, por tanto, debe ser rechazado, pues supera los límites legales de los principios procesales contenidos en las normas procesales aludidas.

En cuanto a la infracción del art. 216 de la Ley aragonesa de Sucesión por causa de muerte, tampoco cabe apreciarlo, no sólo por que se sostenga su inaplicabilidad, por razones de eficacia temporal de la norma, pues sobre esta cuestión ya tiene dicho este Tribunal:

Que comparte el criterio instalado en la doctrina científica más autorizada y en el auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de septiembre de 2004. Por ello partiendo de que el supuesto regulado es el de una sucesión legal condicionada, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión (cónyuge premuerto) por aplicación del art. 5.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, pues ha de aplicarse la del momento de la apertura de la sucesión y esta se produjo en el momento del fallecimiento del causante, es decir antes de la entrada en vigor de la Ley aragonesa de sucesiones, cuya aplicabilidad no puede predicarse al amparo de la Disposición Transitoria Primera. En definitiva sostenemos con la doctrina más cualificada que los requisitos del art. 216.2 de la Ley de sucesiones, su aplicación en el tiempo, requiere que todos los requisitos en él previstos: la adquisición por el viudo de bienes *ab intestato* de su cónyuge premuerto; la permanencia de dicha clase de bienes en

el patrimonio en el caudal relicto del viudo en el momento de su fallecimiento; la falta de disposición mortis causa a favor de otras personas; han de concurrir necesariamente en el tiempo bajo la vigencia de la Ley de Sucesiones de 1999. El Sr. falleció el 9 de noviembre de 1985.

Es que además su esposa dispuso mortis causa de todos sus bienes a favor de sus sobrinos, hoy demandantes nombrándoles herederos testamentarios. Está excluido de la aplicación del precepto el supuesto en que el cónyuge sobreviviente dispone en vida «por cualquier título» de los bienes comprendidos en su haber hereditario procedentes del marido.

Segundo: Rechazado conforme a lo anterior el enumerado como primer motivo del recurso queda por resolver si la juez de instancia ha incurrido o no en error en la valoración de la prueba a la hora de afirmar que el bien en cuestión no es un bien troncal, y llegar a la conclusión de que el bien es un bien privativo del marido.

Sobre la cuestión estima este Tribunal, que no puede apreciarse error en la valoración de la prueba porque la Juzgadora de instancia no se haya inclinado a dar más valor a una declaraciones de parte que otras, pues ciertamente ambas son contradictorias y la apreciación personal que cabe hacer sobre ellas, a no ser que se trate de declaraciones sobre hechos que les perjudiquen son absolutamente irrelevantes, pues sólo sirve para mantener la consabida posición procesal de las partes. La no apreciación de la eficacia de las testificales de la parte apelante, tampoco merece reproche alguno dada la naturaleza de la pretensión que se ejercita, pues se trata de reclamaciones de derechos basadas en actos jurídicos en los que de ordinario intervienen documentos siendo además que, examinados son testimonios de referencia, y que ser razona suficientemente el desvalor de los testimonios en aquello que pudieran arrojar luz suficiente sobre el asunto.

En cuanto a la valoración de la prueba documental tampoco merece reproche, pues de ninguno de los documentos presentados puede extraerse que el bien fuera adquirido en su día por el padre del Sr. y que lo donara a este por razón de matrimonio.

Tercero: Finalmente descansando el último motivo del recurso en la infracción de la doctrina de la troncalidad, teniendo por base el mismo la apreciación del motivo anterior; siendo que este no ha sido apreciado, necesariamente el postrero motivo ha de ser desestimado.

Cuarto: Si, conforme con lo anterior, se rechazan los motivos del recurso; la sentencia ha de ser confirmada y el recurso desestimado, imponiendo a la parte apelante las costas causadas por su recurso, de conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

35

NÚM. 35

S. APT de 24 de febrero de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Renuncia: ***El derecho de abrir huecos reconocido en el art. 144 Comp. es renunciable, en los términos del art. 6.2 Cc.; el régimen normal de luces y vistas no obsta a que los interesados puedan establecer por vía convencional una servidumbre negativa de luces y vistas que afectaría, no solo a los contratantes, sino a los posteriores titulares de los predios dominante y sirviente. Además, si la obligación de proceder al cierre de las ventanas se ha configurado como una obligación de carácter personal, hay que tener en cuenta que los contratos producen efecto entre las partes y sus herederos (1257 Cc.), y la demandada es propietaria por herencia de su padre.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 Comp., 6.2 y 1257 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Fermín Fco. Hernández Gironella.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 38/2008); la sentencia del Juzgado de 7/10/2008 estima la demanda y condena a la demandada a cerrar, a su cargo, todas y cada una de las ventanas o huecos para luces y vistas que dan a la parcela propiedad de la actora; la demandada presenta recurso de apelación (rollo 23/2009) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I: Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión principal de la demanda, condena a la demandada a cerrar las ventanas abiertas en la vivienda de su propiedad sobre la finca de la actora, se alza la parte demandada, fundamentando su impugnación, en esencia, en la virtualidad del artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que reconoce el derecho a abrir huecos para luces y vistas tanto en pared propia como medianera sin sujeción a distancias determinadas, y en la imposibilidad de que pueda verse afectada por una limitación al dominio, derivada de una obligación contraída por su padre en un contrato en el que no fue parte.

II: Para la correcta resolución de la cuestión que se plantea, hay que partir de que, en fecha once de octubre de dos mil uno, la actora y su esposo suscribieron con don, padre de la demanda un convenio, entre cuyas estipulaciones se pactaba la renuncia de don P al derecho que le reconoce el artículo 144 de la Compilación, estableciendo que cuando este dejase de ser titular de la finca registral por transmisión, enajenación, arriendo, subarriendo o cesión por cualquier título, procedería a cerrar todos y cada uno de los huecos existentes en las paredes de la vivienda de su propiedad, colindantes con la finca de la actora. A cambio de ello don P percibió la cantidad de un millón de pesetas. Así las cosas, al fallecimiento de D. P., la propiedad de la referida finca se transmitió por herencia a su hija, la demandada doña, a quien la actora requirió para que procediese a dar cumplimiento a lo pactado, cerrando los referidos huecos, a lo que esta se negó.

III: Centrados así los hechos objeto de la controversia, y entrando en la motivación del recurso planteado por la parte demandada, es preciso señalar, en primer lugar que si bien es cierto que el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón reconoce el derecho del propietario a aperturar, tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera, huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones, no es menos cierto que este derecho es renunciable, en los términos que señala el artículo 6.2 del CC., y del mismo modo el régimen normal de luces y vistas que regula el artículo 144 antes citado, no obsta a que los interesados puedan establecer por vía convencional una servidumbre negativa de luces y vistas que afectaría, no solo a los contratantes, sino a los posteriores titulares de los predios dominante y sirviente. Pero es que además, aun cuando pueda considerarse que la obligación de proceder al cierre de las ventanas es una obligación de carácter personal, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1257 del CC. los contratos producen efecto entre las partes contratantes «y sus herederos», y no hay que olvidar que la demandada es propietaria de la finca 6.599 por herencia de su padre don, que suscribió con la demandada el convenio de fecha once de octubre de dos mil uno; lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

IV: La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el art. 398 en relación con el 394 de la vigente LEC.

36

NÚM. 36

S. APT de 10 de marzo de 2009

711: DISPOSICIONES GENERALES: COMUNIDAD HEREDITARIA: ***El bien***

discutido pertenece a la herencia del padre con carácter privativo, al haberse destruido la presunción de consorcialidad. Los llamados a heredar han sido terminados por acta de notoriedad y han realizado actos jurídicos lo suficientemente significativos para estimar que han aceptado la herencia, por lo que no hay situación de herencia yacente. Pero no son copropietarios de dicho bien, porque la comunidad hereditaria no da lugar a la copropiedad de cada uno de los bienes que la integran, sino que estos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los arts. 392 y ss. del Cc. que contempla la comunidad romana «pro indiviso», con distinción de cuotas y esencial divisibilidad.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 40 Comp., 7.1, 392, 1361 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Fermín Fco. Hernández Gironella.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 99/2008); la sentencia del Juzgado de 23 de octubre de 2008 estima la demanda, declara que la finca litigiosa pertenece a la herencia yacente del causante y ordena a la demandada que se abstenga de realizar actos dominicales sobre los bienes de la herencia, hasta que no sea designado un administrador de la misma. La demandada presenta recurso de apelación (rollo 48/2009) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I: Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión principal de la demanda, declara que la finca litigiosa sita en la localidad pertenecía a la herencia privativa de don..., padre de la demandada y abuelo de los actores y condena a la demandada a abstenerse de realizar actos dominicales sobre la finca litigiosa, se alza la parte actora denunciando, en primer lugar, error del Juzgador de Instancia en la apreciación de las pruebas, estimando que no existen en la causa elementos suficientes para poder afirmar que la que el inmueble litigioso, finca registral número 983, pertenecía de forma privativa a su padre don..., debiendo prevalecer por tanto la presunción de que se trataba de un bien de carácter consorcial de su padre y su madre doña... Así mismo estima igualmente improcedente la condena a abstenerse de realizar actos dominicales sobre los bienes de la herencia, hasta tanto no sea designado un administrador de la misma, ya que no hay que olvidar que, en todo caso, la demandada es coheredera, y como tal, copropietaria del citado bien, con las facultades dominicales propias de tal condición.

II: Sostiene la parte demandada recurrente que el inmueble litigioso, sito en la Plaza de la localidad, debe de calificarse como bien consorcial de sus padres y ello porque con esta condición lo consideró su madre doña al presentar a liquidación el inventario de bienes de la herencia de su padre don..., y porque, en todo caso, debe de prevalecer la presunción de comunidad del artículo 1361 del CC. Ciertamente, el Texto derogado de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento del fallecimiento de don, acaecido el doce de mayo de 1981, en su artículo 40 establecía la presunción de comunidad de todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse; presunción esta que reproduce el contenido del artículo 1361 del CC. respecto de la sociedad de gananciales; ahora bien, no cabe duda de que se trata de una presunción «iuris tantum», que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Pues bien, en estas circunstancias es preciso tener en cuenta que la demandada, al otorgar, junto con su hermano don... escritura de extinción del condominio sobre la referida finca, manifestaron que dicha finca la habían adquirido «por herencia de su padre» otorgando al mismo naturaleza privativa, no siendo de recibo la justificación que pretende otorgar a este hecho en que, cuando se otorgó la escritura «estaba muy nerviosa» y no sabía lo que decía. Es de traer a colación en este punto la doctrina de los actos propios,

que prohíbe a su autor ir contra los actos que definan con claridad su posición jurídica; doctrina esta que constituye un límite al ejercicio de los derechos subjetivos cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y que impone un deber de coherencia en el tráfico jurídico, con la finalidad de evitar defraudar la confianza que se crea en los demás; por lo que en consecuencia la pretensión del recurso no puede prosperar

III: En el segundo motivo de impugnación, la parte recurrente discrepa de la condena a abstenerse de realizar actos dominicales sobre los bienes de la herencia, ya que la misma mantiene en todo caso la condición de copropietaria del bien, con las facultades de administración y disposición inherentes a tal posición jurídica; sin embargo, esta conclusión no puede ser compartida por la Sala. Ciertamente no puede la Sala asumir la argumentación esgrimida por el Juzgador «a quo» en cuanto que la misma parte de que nos encontramos ante un supuesto de herencia yacente, tesis que debe de ser rechazada pues por herencia yacente debe de entenderse aquella cuyos titulares se encuentran indeterminados, lo que en el presente caso no ha ocurrido, habida cuenta que los herederos de don han quedado determinados mediante acta de notoriedad (documento número 4 de la demanda), y todos ellos han realizado actos jurídicos lo suficientemente significativos para estimar que los mismos han aceptado la herencia; sin embargo tampoco puede estimarse, como pretende la parte recurrente, que tal condición le otorgue las facultades especificas de la copropiedad sobre los bienes del caudal relicto, y ello porque, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004, la comunidad hereditaria no da lugar la copropiedad de cada uno de los bienes, sino que estos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los artículos 392 y siguientes del CC., que contempla la comunidad romana «pro indiviso», con distinción de cuotas y esencial divisibilidad; por lo que la pretensión del recurrente debe de ser desestimada.

IV: La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el art. 398 en relación con el 394 de la vigente LEC.

37

NÚM. 37

S. APT de 30 de abril de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Toma de medidas: ***La terraza construida no respeta las distancias establecidas en el art. 582 Cc., dos metros, al tratarse de vistas rectas, desde la pared en la que se ha ejecutado la terraza hasta la finca del vecino, no «entre los voladizos o terrazas» como dice la sentencia apelada.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 Comp., 582 Cc.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivero Blasco.***

Ante el Juzgado de primera instancia de Calamocha se siguen autos de juicio verbal (núm. 222/2007); la sentencia del Juzgado de 6 de noviembre de 2008 desestima la demanda interpuesta por la comunidad de propietarios y absuelve al demandado de las pretensiones ejercitadas contra él; la comunidad de propietarios interpone recurso de apelación (rollo 57/2009) que la APT estima en parte y condena al demandado a colocar en la terraza por él construida en el edificio de su propiedad, en la parte que linda con el inmueble de los actores, protección bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde la casa del demandado sobre la de los actores, con la adecuada elevación en todos sus puntos y que posea la consistencia suficiente para que ni los

accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de las personas permitan la vista.

Fundamentos de derecho

Primero: Formula recurso de apelación la Comunidad de Propietarios de frente a la sentencia de instancia que desestima totalmente la demanda en la que la Comunidad actora solicitaba: 1º: la condena del demandado don a deshacer o retirar el alero de su tejado de modo que no invada el vuelo de la actora y 2º: a colocar en la terraza construida en el inmueble, en la parte que linda con la del edificio de los actores, protección, bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde la casa del demandado sobre la de los actores, con la adecuada elevación en todos sus puntos y que posea la consistencia suficiente para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de las personas permitan la vista. Basa la juzgadora a quo dicha desestimación en la falta de prueba de que el muro sobre el que vuela el alero del edificio del demandado sea privativo de la actora y, respecto a la terraza, en el hecho probado de que la terraza de la casa del demandado se halla a unos cinco metros de las terrazas de los actores. Reitera en esta alzada la actora los argumentos que ya esgrimió en la instancia, oponiéndose a dicho recurso el demandado Sr.

Segundo: La primera petición que hace la Comunidad de Propietarios demandante respecto al alero del tejado del edificio del demandado se limita a la condena de este a «deshacerlo» o «retirarlo» «de modo que no invada el vuelo de la actora». Da por sentado la Comunidad que el muro sobre el que vuela la cornisa es de su propiedad pero no formula petición alguna relativa a la declaración de dicho dominio. Pues bien, entiende la Sala, a la vista de las fotografías aportadas a autos y del informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico don, que, con independencia de la titularidad de la tapia que separa ambas propiedades (respecto de la cual no se pide ningún pronunciamiento), es lo cierto que el saliente de 10 centímetros que existe en el edificio del demandado responde a una técnica constructiva que tiene por finalidad la protección de la fachada, sin que le permita adquirir derecho alguno sobre el vuelo que ocupa. Pero es que, además, se han aportado a autos fotografías del edificio tal como estaba construido con anterioridad a las obras realizadas por el demandado en el mismo (documentos núm. 2 y 3 de la contestación a la demanda ratificadas en el juicio por el antiguo propietario de la nave y vendedor de la misma al demandado), en las que se observa que también el tejado sobresalía de la edificación y existía, además, un canalón que, al parecer, recogía las aguas del tejado, no habiéndose determinado ahora de una manera concluyente que las dimensiones del alero actual difieran del saliente primitivo, por lo que no puede hablarse de la existencia de un gravamen distinto del que ya se tenía cuando realizó las obras el demandado. Por todo ello debe ser desestimado el primer motivo del recurso y confirmado el primer pronunciamiento de la sentencia apelada aunque por razones diferentes a las esgrimidas por la juzgadora de instancia.

Tercero: El segundo motivo del recurso sí debe prosperar por las siguientes razones:

El artículo 144 de la Compilación aragonesa permite abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, tanto en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera, pero con la limitación de que dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil los huecos deben carecer de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente. Pues bien, en el caso que nos ocupa lo que ha construido el demandado es una terraza en la pared de su edificio que linda con la propiedad de la Comunidad actora y que, conforme al precepto indicado, debía respetar las distancias establecidas en el artículo 582 del Código Civil al que remite la Compilación aragonesa, es decir, dos metros, al tratarse de vistas rectas, desde la pared en que se ha ejecuta-

do la terraza hasta la finca del vecino, y sesenta centímetros para las vistas de costado u oblicuas. Yerra la juzgadora de instancia cuando realiza la medición desde el balcón del demandado hasta las ventanas del edificio colindante, pues es claro el Código Civil cuando establece que la distancia debe computarse desde la pared en que se construyó el balcón hasta la finca del vecino, no «entre los voladizos o terrazas» como dice la sentencia apelada, y puesto que, como se afirma en dicha resolución, «el muro litigioso es el encargado de determinar el punto de separación» entre ambas fincas, deberán respetarse los dos metros para las vistas rectas y sesenta centímetros para las oblicuas o de costado desde el balcón del demandado hasta el muro. Por todo ello, la situación creada por el Sr. conculca el régimen legal de luces y vistas, que deberá ser repuesto en la forma solicitada por la Comunidad actora, es decir, colocando en la terraza construida por el demandado, en la parte que linda con el inmueble de los actores, protección bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde la casa del demandado sobre la de los actores, con la adecuada elevación en todos sus puntos y que posea la consistencia suficiente para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de las personas permitan la vista.

Cuarto: La estimación parcial del recurso supone la estimación parcial de la demanda, por lo que no procede hacer especial imposición de las costas causadas en primera instancia ni en esta alzada conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

38

NÚM. 38

S. APT de 14 de mayo de 2009

51: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: Convenio conciliatorio: ***Lo convenido entre las partes en acto de conciliación tiene el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, y aun cuando no tiene las garantías de las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por Notario, sí debe ser considerado un acuerdo entre los interesados y debe estarse a lo convenido.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 3 Comp.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivera Blasco.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 323/2008); la sentencia del Juzgado de 17 de diciembre de 2008 estima parcialmente la demanda, declara la división de la comunidad de bienes existente entre las partes y la adjudicación de las parcelas en la forma propuesta por el Ingeniero Técnico Agrícola elegido por el demandante; el demandado presenta recurso de apelación (rollo 70/2009) solicitando que la adjudicación de los bienes se haga en la forma propuesta por el perito agrícola por el elegido; la APT estima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Instada por don acción de división de cosa común frente a don es acordada por el Juzgado de instancia la división de la comunidad de bienes existente entre las partes litigantes, determinándose que la adjudicación de las parcelas deberá realizarse en la forma propuesta por el Ingeniero Técnico Agrícola don..., de tal forma que se hagan los tres lotes que especifica el perito en su informe y se adjudiquen por sorteo teniendo en cuenta que a don le corresponde un lote, al ser propietario de una tercera parte indivisa y a don los dos lotes o partes restantes. Explica el Magistrado-Juez a quo que, habiéndose circunscrito la prueba desplegada en el acto del plenario a la pericial con aportación por las partes de informes conteniendo operaciones divisorias diferentes, «*la labor del Juzgador en la presente contienda se limita, digamos, a elegir, a través*

del tamiz de la sana crítica –art. 348 Ley de Enjuiciamiento Civil– cuál de los dos informes debe dirigir las operaciones de división».

Muestra esta Sala su conformidad con la sentencia apelada en orden a que el hecho de optar por acoger uno de los informes periciales obrantes en la causa para que rija la división que ahora nos ocupa no supone juzgar la profesionalidad de sus autores, entendiendo, además, este tribunal que el minucioso razonamiento esgrimido por el Juzgador a quo para decantarse por el informe emitido por el perito Sr. está adecuadamente fundamentado manejándose unos motivos que pueden considerarse prácticos y razonables. Ahora bien, la presente partición de la cosa común entre las partes no puede desvincularse del acto de conciliación que tuvo lugar entre ellas en el Juzgado de Paz de Alcorisa el día 5 de diciembre de 1996, terminado con avenencia, en el que las partes se comprometieron «*a buscar un perito que haga las particiones que les corresponden de la finca y de la masada a partir de este momento, el perito será buscado por don, vecino de Teruel, intentando que se haga esta partición antes del mes de junio próximo y así mismo llegan al acuerdo de que los gastos que se ocasionen en este punto serán pagados en una por el Sr. y en dos por el Sr. según la partición de la propiedad* ». Así pues, y conforme a lo dispuesto en el artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en vigor en virtud de lo dispuesto en la Disposición derogatoria 1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente) lo convenido entre las partes en dicho acto de conciliación tiene el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, y aun cuando, como dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado núm. 1/2006, de 22 de febrero, los convenios conciliatorios no tienen las garantías de las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por Notario, sí debe ser considerado como un acuerdo entre los interesados y debe estarse a lo convenido: «*conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*» (art. 3º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Es por ello que habiéndose acordado entre las partes encomendar a don el nombramiento del perito que debía efectuar las particiones y dado que este designó a don..., quien realizó el encargo que le fue confiado, es por lo que debe estarse a dicho informe de disolución del *pro indiviso* constituido por determinadas fincas rústicas situadas en el término municipal de (Teruel). Se alega por la parte apelada que dicho informe se realizó cuatro años después de la celebración del acto de conciliación, a pesar de haberse convenido igualmente en dicho acto que se «intentaría» hacer la partición antes del mes de junio de 1997, pero el incumplimiento de este plazo, que, por otra parte, no sólo no se estableció como una condición para la validez del acuerdo sino que incluso se utilizó la expresión «intentando que se haga la partición antes del mes de junio próximo…», no invalida el convenio al que libremente llegaron las partes.

Segundo: Por todo ello debe ser acogido el recurso formulado de tal manera que la adjudicación de las parcelas se realice en la forma propuesta por el perito agrícola Sr. en su informe de fecha de 7 de mayo de 2008, que se corresponde con el realizado en el año 2001 con las oportunas actualizaciones, con entrega a cada parte de testimonio de sus adjudicaciones, condenando al demandado a llevar a cabo todos aquellos actos que resulten necesarios para hacer efectiva la adjudicación de las fincas.

Tercero: No procede hacer imposición de las costas causadas en primera instancia al demandado a pesar de ser acogida la demanda por aplicación de la excepción al criterio del vencimiento objetivo que recoge el último inciso del primer párrafo del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar que el caso presentaba serias dudas de hecho, derivadas de las desavenencias que han ido surgiendo entre los litigantes para proceder a la división de la comunidad pese al loable esfuerzo de

las direcciones letradas de ambas partes para conseguirla.

Al estimarse el recurso formulado no procede hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada (art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

39

NÚM. 39

S. APT de 15 de septiembre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Azoteas y terrazas: ***El demandado no ha procedido propiamente a la construcción de terraza sobre el fundo ajeno, sino que en ejercicio de su facultad dominical ha hecho practicable una parte del inmueble de su propiedad que antes no lo era (en lo que antes era un tejado ha hecho una terraza; sobre el tejado el vecino tiene abierta una ventana, que no ha sido tapada al construir la terraza). El vecino pide la demolición de la terraza porque vulnera el derecho a la intimidad y compromete su seguridad. Su pretensión no puede prosperar, pues si el demandado podía haber procedido al cierre de la ventana de la actora, no puede imputarse al mismo vulneración de derecho alguno por haber declinado el uso de dicha facultad y haber permitido que la ventana permaneciese abierta.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 Cc., 582 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Fermín Fco. Hernández Gironella.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 2 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 33/2009); la sentencia del Juzgado desestima íntegramente la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (rollo 156/2009) que la APT desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I: Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión de la actora de que se proceda a la demolición de la terraza abierta por el demandado en el inmueble de su propiedad, sito en... , y que se imponga al mismo la obligación de cerrar el hueco abierto para acceso a la misma mediante reja de hierro y red de alambre remetida en la pared, se alza la parte actora insistiendo en que la apertura de dicha terraza vulnera el derecho a la intimidad de la demandante y compromete su seguridad, por lo que entiende que la constitución de la misma infringe el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

II: Dispone el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón que, tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, si bien dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, bien entendido que esta facultad no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. La parte actora entiende que el demandado ha vulnerado dicho precepto al construir una terraza practicable sobre lo que antes era un tejado, que le proporciona de esta forma vistas sobre su vivienda a través de una ventana que la actora tenía abierta sobre dicho tejado. Pues bien, partiendo de este planteamiento, la pretensión de la demanda no puede prosperar y ello porque el demandado no ha procedido a la construcción de terraza o voladizo sobre el fundo ajeno, sino en ejercicio de su facultad dominical, hacer practicable una parte del inmueble de su propiedad que antes no lo era; por el contrario, es precisamente la parte demandante la que se ha beneficiado de la facultad del artículo 144 antes citado al mantener abierta una ventana en pared propia con vistas sobre el fundo ajeno (carente por otra parte de la protección que señala el citado precepto), que en cualquier momento puede ser limitada por el propieta-

rio al construir o dar mayor elevación a lo construido, como el citado precepto señala. Por lo tanto resulta evidente que si el demandado podía, de acuerdo con el citado precepto, haber procedido al cierre de la ventana abierta por la actora al dar un mayor volumen a lo construido en el inmueble de su propiedad, no puede imputarse al mismo vulneración de derecho alguno por haber declinado el uso de dicha facultad y haber permitido que aquella permaneciese abierta; lo que conduce, en definitiva, a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

III: La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el art. 398 en relación con el 394 de la vigente LEC.

40

NÚM. 40

S. APT de 19 de octubre de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: Aparente: ***La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible o usarse sin signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio. En el caso la servidumbre se califica de aparente (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Se acoge la petición de modificación (arts. 565 y 566 Cc.).***

Disposiciones citadas: ***arts. 1.2 y 147 Comp., 532, 534, 564, 565 y 566 Cc.***

Ponente: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivera Blasco.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 2 de Teruel se siguen autos de juicio verbal (núm. 253/2009), sobre declaración de servidumbre de paso; la sentencia del Juzgado de 15 de mayo de 2009 desestima íntegramente la demanda; la parte demandante interpone recurso de apelación (rollo 179/2009), que la APT estima en parte: declara la existencia de servidumbre de paso y también la modificación de dicha servidumbre.

Fundamentos de derecho

Primero: La mercantil demandante formuló demanda de juicio verbal interesando la declaración de la existencia de una servidumbre de paso sobre la parcela de los demandados Sres., finca núm. del polígono del término municipal de..., a favor de la parcela núm. de dicho polígono titularidad de la actora, en el trazado que, dice, existe en la actualidad, interesando además la modificación de la servidumbre de manera que pueda accederse en línea perpendicular a la carretera en una anchura de 5.5 metros y 9 metros de largo, sin indemnización alguna dado que la modificación del trazado de la servidumbre resulta más beneficiosa para el predio sirviente.

La parte demandada se opuso a la demanda negando la existencia del paso pretendido en la demanda y, para el supuesto de ser reconocido y se proceda a su modificación, interesa tenga lugar esta por alguno de los puntos indicados en el informe pericial que aporta.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, alzándose contra ella la entidad actora quien solicita, como ya hiciera en primera instancia, la estimación íntegra de sus peticiones. El recurso ha sido impugnado por la parte demandada.

Segundo: Para la resolución del presente recurso debe tenerse presente que la finca del actor se encuentra enclavada entre otras fincas propiedad de los ahora demandados, separándole de la carretera la parcela núm. No formula el demandante acción de constitución de servidumbre de paso en base al artículo 564 del Código Civil sino acción de declaración de dicha servidumbre por entender que ya existe en la actualidad, pues de la lectura del hecho tercero de la demanda resulta que el fundamento del derecho pretendido por el actor no es otro que el paso durante años

a través de la finca, es decir, su adquisición por usucapión, pese a que en la demanda se llegue a mencionar, aunque en ningún caso como fundamento de la acción, el artículo 564 del Código Civil.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón, modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión la normativa anterior contenida en el Apéndice del Código Civil, prescinde, como dice su exposición de motivos, de las distinciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas con base en la distinción entre aparentes y no aparentes, estableciendo en su artículo 147 que las aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, debiendo entenderse (por aplicación como supletorio del Código Civil a tenor del artículo 1º.2 de dicha Compilación) que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia, art. 532 del Código Civil (STS de 12 de julio de 1984). Esta Audiencia Provincial ha tenido ocasión de manifestarse en este sentido en otros supuestos semejantes al actual (STS de 23 de enero de 2003 y 27 de marzo de 2003 citadas por la de 16 de noviembre de 2006) diciendo que la servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible o usarse sin signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio.

Aplicada esta normativa al caso de *litis* puede decirse que la pretendida servidumbre de paso invocada por la actora lleva aparejada la calificación de aparente y ello por los siguientes razonamientos: En el informe aportado por la demandante con su demanda el Perito, Ingeniero técnico Agrícola, hace constar la existencia de un paso que denomina «tradicional» que se realiza a través de la parcela núm. a través de un camino de tierra que tiene una anchura media de 3,5 metros y una longitud de 42 metros desde la calzada, afectando a la parcela núm. en una longitud de 40 metros y ocupando 140 m^2 de la misma; aporta fotografías con el informe en las que aparecen signos exteriores permanentes e inequívocos que revelan objetivamente el uso de dicho paso. Este dato se completa con el hecho de que la parcela núm. posee un muro perimetral en el linde con la parcela núm. sólo abierto por el acceso de dicho paso, así como por la declaración testifical del anterior propietario de la finca núm., don..., que había adquirido la finca en 1982 y manifestó la existencia de dicho paso por lo menos desde el año en que la compró. La declaración del testigo Sr., que cultivó la parcela núm. cuando era propietario de la misma el Sr., reconoció la existencia de dicho paso, si bien manifestó que también accedía por otras fincas de los demandados y que cuando pasaba con cosechadoras o tractor pedía permiso a los propietarios. El perito Sr., que emitió dictamen a propuesta de los demandados, informó en el sentido de que en ningún plano –ni cartografía, ni ortoimagen, ni catastral– aparece un paso a través de la finca , pero no niega la presencia en el lugar de signos exteriores que delatan su existencia.

De todo ello se concluye el transcurso del plazo establecido en la Compilación de Derecho Civil de Aragón para la adquisición por prescripción de la servidumbre que se dice en la demanda, sin que pueda ser asumido el razonamiento esgrimido en la sentencia apelada relativo a que no se cumple en este caso el requisito de los diez años porque «el actor adquirió la finca en el año 2006», ya que «las servidumbres son inseparables de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen» (art. 534 del Código Civil), con independencia de la titularidad de las mismas.

Tercero: Llegados a este punto, debe entrarse a conocer sobre la petición realizada por la parte demandante relativa a la modificación de la servidumbre existente sobre la parcela a favor de la finca. Pide un nuevo trazado que discurra perpendicular

a la carretera con una anchura de 5,5 metros y 9 metros de largo conforme a lo expuesto en el informe pericial adjuntado con la demanda, nuevo paso al que se oponen los demandados por entender que perjudicaría a su finca, proponiendo que, en su caso, tenga lugar por cualquiera de sus extremos, Norte o Sur, de manera que no se divida la parcela y ocupe menos superficie de esta con una anchura de cuatro metros.

Dispone el artículo 565 del Código Civil que la servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

Propone la parte actora un nuevo trazado que atraviese perpendicularmente la parcela de tal forma que ocupe solamente nueve metros de largo en lugar de los 42 metros que mide el paso actual. Supone ello un acortamiento de la invasión del predio sirviente, coincidiendo con parte del paso ya existente evitando así el tramo actual que discurre paralelo a la carretera. Se trata de una parcela, la núm., que se encuentra dentro de la zona de servidumbre de la carretera autonómica A-1701 y sin utilidad agrícola ni industrial y de muy escaso valor como lo demuestra el precio de adquisición de la misma en el año 2005 por 55 €; no habiendo acreditado los Sres. el perjuicio que dicho paso pudiera causarles frente a lo que supone un acortamiento de la zona afectada por la servidumbre. De ahí que deba ser estimada la demanda en este punto. Ahora bien, no puede ser acogida en cuanto solicita la ampliación de la anchura de la servidumbre de 3,5 metros que tiene en la actualidad a 5,5 metros, pues con arreglo al artículo 566 del Código Civil «la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante» y correspondía a la actora acreditar la necesidad de dicha ampliación, lo que no ha hecho, de tal forma que estima la Sala debe serle ampliada hasta 4 metros, que es lo que los propietarios del predio sirviente consideran «suficiente para el acceso de dos vehículos simultáneamente», dada la posibilidad de edificación en la parcela núm. por tener una superficie mayor a 10.000 m^2 (según informe del perito Sr...). No procede fijar indemnización alguna a favor de los propietarios del predio sirviente al ocupar el nuevo trazado menos superficie de la finca núm. que el paso existente.

Cuarto: Todo ello lleva a una estimación parcial de la demanda formulada, de tal forma que no procede hacer especial imposición de las costas causadas en primera instancia (art. 394 Ley de Enjuiciamiento Civil). Al estimarse en parte el recurso no procede hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada (398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

ZARAGOZA, 2009

41

NÚM. 41

S. APZ de 22 de enero de 2009

73: SUCESIÓN PACCIONADA: PACTOS SOBRE LA SUCESIÓN DE UN TERCERO: ***Para que haya pacto sucesorio se precisa la anuencia de aquel de cuya sucesión se trata, generalmente a través de su firma en el contrato sucesorio. El «pactum de hereditate tertii» o «pactum corvinum», celebrado por varios posible sucesores sin intervención del causante para repartirse la herencia de este mientras todavía vive, es inmoral y nulo. No se debe confundir el pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero con la partición de la herencia por los coherederos que requiere la muerte del testador y la aceptación de la herencia por los coherederos.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 99 y ss. Comp., 1056-1059, 1271 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Luis Pastor Oliver.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 1452/2007); la sentencia del Juzgado de 1/10/2008 estima la demanda interpuesta por uno de los hermanos contra los otros dos y acuerda la división de la cosa común titularidad de las partes, acordando en su caso la venta del inmueble y el reparto de su precio a partes iguales entre las partes, previo cumplimiento de las obligaciones económicas vinculadas al mismo y a la citada comunidad, todo ello de modo subsidiario a la no aveniencia entre los condueños para su adjudicación a favor de uno de ellos; los demandados interponen recurso de apelación (rollo 11/2009) que la APZ (Secc. Quinta) desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

Primero: En el presente procedimiento litigan tres hermanos entre sí. El demandante,, ejercita la acción de división de cosa común frente a los demandados, y Mª, respecto a un inmueble (casa en calle ... de ..., actualmente núm. 3-5), considerando que sobre el mismo hay un condominio por título hereditario, al fallecer la madre común que ostentaba el usufructo vidual.

Se oponen a ello los demandados, puesto que –según ellos– el actor principal no ostenta título jurídico alguno sobre la citada finca y, menos aún, dominical. Y ello porque en documento privado de 17 de septiembre de 1994, se repartieron la herencia de ambos progenitores y la de su tío. Y en dicho documento la casa quedaba para y. Prueba de lo cual es el uso de la finca agrícola que en exclusiva ha realizado y el pago de los gastos y uso de la casa que han hecho y.

Por ello, reconvienen estos solicitando la plena eficacia del contrato privado de 17 de septiembre de 1994, declarando que la propiedad de la casa que quiere partir es de los otros dos hermanos, condenando a aquél a elevar a escritura pública el citado documento.

Segundo: La sentencia apelada estima la demanda principal y desestima la reconvencional, acordando la división de dicha casa, como cosa común.

Recurren ambos demandados. Consideran plenamente válido el acuerdo de distribución de la herencia futura, como pacto condicionado a un hecho futuro –el fallecimiento de la madre–, lo que constituiría una condición perfectamente lícita, a tenor de los artículos 1051, 1074, 1125 y 1113 del Código Civil.

Tercero: Como hace la sentencia de primera instancia, en primer lugar habrá que averiguar si el documento de 17 de septiembre de 1994 constituye un pacto sucesorio y, en tal caso, si la distribución de la herencia en él contenida vincula al demandante.

Es reiterada en nuestra jurisprudencia y doctrina el rechazo a la institución de la sucesión paccionada. Ya desde el Derecho romano se observa con reticencias el pacto sucesorio «dado que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte» y, por lo tanto, los pactos sucesorios son contrarios a la libertad de testar. Buena prueba de ello es el artículo 1271 del Código Civil (SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2007).

Sin embargo, la legislación aragonesa ha recogido esta figura. Concretamente en los artículos 99 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967. En ella se regula un modo de exponer la última voluntad mediante la que la voluntad del ordenante queda vinculada a la voluntad de terceros, partícipes del pacto sucesorio. Pero –por tanto– para que haya pacto sucesorio se precisa la anuencia al mismo del instituyente. Generalmente a través de su firma en el documento que recoge ese contrato sucesorio (salvo supuestos de prueba contundente de la aceptación del mismo aún sin dicha firma física del documento).

En el caso que nos ocupa ni hay firma de la madre de los litigantes ni existe prueba alguna que permita deducir que aceptó clara e indubitadamente el pacto de 17 de septiembre de 1994. Por lo tanto, hay que concluir que el mismo no reúne la condición de «pacto sucesorio».

Cuarto: Otra cosa es que el citado documento, firmado por los tres herederos de doña (madre común de todos ellos) contuviera una partición de herencia futura que sí vinculara a los suscribientes. Es decir, a los hermanos que hoy litigan.

Como es bien sabido, la partición de la herencia puede realizarse por el propio testador, por contador-partidor, por los propios coherederos y por árbitro (arts. 1056 a 1059 del Código Civil). ¿Estaríamos ante una partición anticipada hecha por los tres coherederos en vida de la causante?

El profesor Lacruz Berdejo califica este comportamiento como de negocio «intervivos», no mortis causa, denominándolo con propiedad como un «pactum de hereditate tertii» y que adjetiva como inmoral, según el sentir de todas las legislaciones, que lo consideran nulo. Es el denominado «pactum corvinum», celebrado por varios sucesores sin intervención del causante, para repartirse la herencia de este mientras todavía vive.

Y así lo recoge nuestro Código Civil, aplicable al pacto de 1994, según la redacción entonces vigente de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (art. 1-2 Código Civil como norma supletoria). En efecto, el art. 1271-2 del Código Civil no permite pacto alguno sobre la «herencia futura» salvo los contratos cuyo objeto sea practicar la división de un caudal conforme al artículo 1056 del Código Civil. Es decir, con la concurrencia del testador.

Pero, para no confundir la partición de «herencia futura» con un «pacto sucesorio» basta con tener en cuenta que este sustituye al testamento y aquélla precisa de su existencia. Pues, el art. 1056 del Código Civil –al que se remite el 1271– habla de «testador», no de «causante». (SAP Córdoba, Sección 2ª, de 15 de junio de 2005, SAP Cuenca, Sección 1ª, de 7 de septiembre de 2005, SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de septiembre de 2007, La Coruña, Sección Quinta, de 7 de abril de 2008).

En nuestro caso hay testamento mancomunado de la madre y el padre de los litigantes, del que se infiere el reparto igualitario del caudal relicto. Por lo tanto, para modificar esa última voluntad de la madre, no cabe duda de que debió de participar en la partición de «herencia futura» que modificara la testamentaria. No habiendo sido así, tampoco puede atribuirse al documento litigioso los efectos del artículo 1058 del Código Civil (partición por los coherederos).

En todo caso –y como resulta la sentencia de primera instancia– para que la partición hecha de común acuerdo por los herederos surta efecto, se requiere ineludiblemente un presupuesto que dimana,

como esencial, del art. 1058 del Código Civil, cual es la muerte del testador. En este sentido y en asunto similar, la SAP La Coruña, Sección 5ª, de 7 de abril de 2008.

De lo contrario, se incurre en la nulidad ya explicada de la partición de la herencia entre los coherederos, en vida del causante o testador, en su caso.

Quinto: Es bien cierto que la partición por los coherederos (art. 1058 del Código Civil) sí que podía haberse efectuado respecto a la herencia del padre fallecido y había –además– testamento. Sin embargo, el 9 de octubre de 1978 tuvo lugar ante notario la partición y adjudicación de herencia del padre común, adjudicándose la finca litigiosa (casa en calle...) por iguales y terceras partes indivisas (en cuanto a la nuda propiedad). Por lo tanto, a tenor del artículo 1068 del Código Civil desde ese momento los tres hermanos eran copropietarios de dicho bien.

Al ser copropietarios podían decidir sobre él (con respeto al usufructo vidual de la madre), pero con la configuración de un puro acto dominical intervivos. Sin embargo, el enfoque jurídico que hacen los demandados-reconvinientes es el relativo a una distribución (nueva distribución) de la herencia paterna, lo que no es jurídicamente correcto.

Pero, además, y fundamentalmente, porque la distribución acordada tiene en cuenta los bienes de la madre que –a falta de su firma y estando aún viva– deviene en nula. Lo que arrastra al resto de elementos que tratan de compensarse en esa redistribución de bienes. Además de que se reparten bienes que aún no consta que hubieran entrado en el patrimonio de la madre (que es declarada heredera de su hermano el 27 de marzo de 2007).

Sexto: Y, por fin, el último inciso del pacto de 17 de septiembre de 1994, que parece querer, como requisito *sine qua non* la aceptación de la madre al conjunto de todo lo acordado entre los hermanos (art. 1285 del Código Civil).

La desestimación del recurso llevará consigo la condena en costas de la parte apelante, ex art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

42

NÚM. 42

A. APZ de 3 de marzo de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR: Guarda y custodia individual: ***El cambio de colegio de las hijas bajo la guarda y custodia de la madre es una decisión que, por no ser de las ordinarias, corrientes o de la vida diaria, no se enmarcan en el ámbito propio de la guarda y custodia, sino en el de la autoridad familiar, a adoptarse de consuno por ambos padres, previendo en los casos de divergencia el art. 71 LDp. una resolución «de plano» se sobreentiende que en expediente de jurisdicción voluntaria en la que se decida lo más favorable al interés del hijo o hijos. A diferencia de lo previsto en el art. 156.2 Cc., lo que el Juez debe decidir no es a qué padre atribuye la facultad de decir en el desacuerdo surgido, sino que decide «de plano» «lo más favorable al interés del menor». Las medidas cautelares urgentes van por la vía del art. 7 LDp.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 7 y 71.1 LDp., 156.2 y 158 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Acín Garós.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 5 de Zaragoza se siguen autos en expediente de jurisdicción voluntaria (núm. 1049/2008), en el que recayó el Auto de 22 de septiembre de 2008 en el que el Juez estima la solicitud del padre y decide que las hijas deberán escolarizarse en el Centro que designen los progenitores de mutuo acuerdo y, en su defecto, donde estuvieron escolarizadas en el curso 2007/2007; la madre formula recurso de apelación (rollo 768/08) que la APZ estima y deja sin efecto, no procediendo,

pese a lo que pide la recurrente, dar validez al cambio de colegio operado a inicio de curso, lo que el Juez deberá decidir en el procedimiento de jurisdicción voluntaria pendiente de tramitación o resolución. Con lo que hay que entender que las niñas quedan en la situación en que se encontraban en el momento en que se dictó el auto que se revoca, siendo de esperar que, a las actuales alturas del curso, la decisión que la madre adopte venga exclusivamente guiada por el buen sentido y por la mejor protección del superior interés de las menores.

Fundamentos de derecho

Primero: doña..., a quien la sentencia de divorcio atribuyó la guarda y custodia de sus hijas, ..., ... y ..., de 5, 3 y 2 años de edad, con ejercicio conjunto de la autoridad familiar por ambos padres en lo que exceda de su ámbito ordinario, decidió en julio de 2008 matricularlas para el curso 2008/2009 en el Colegio hecho ante el cual, disconforme el padre, por considerar que el cambio de Colegio resultaba inadecuado, contraproducente y perjudicial para las menores, que –dice– «han consolidado un ambiente escolar cómodo y necesario para su desarrollo integral» en sus respectivos colegios, promovió expediente de jurisdicción voluntaria para que, de conformidad con lo previsto en el art 156.2 CC –art. 71.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 diciembre, de Derecho de la Persona–, se le atribuyese la facultad de decidir en el desacuerdo surgido, y por otrosí, al amparo del art 158 CC, art. 7 de la citada Ley aragonesa 13/2006–, solicitó la adopción de medidas cautelares urgentes que impidiesen la materialización del cambio de colegio de las menores.

Señalar desde ahora que, situado el problema en el ámbito del art. 71.1 de la Ley aragonesa, lo que el Juez debía decidir no era a quien atribuir la facultad de decisión, sino, «de plano», «lo más favorable al interés del hijo». Y en el marco del art. 7 –lo que el actor solicitaba por otrosí ex art. 158 CC: dictar «las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

La petición principal no parece haber sido proveída por el Juzgado, siéndolo sólo la relativa a las medidas cautelares urgentes, en la que el 22 septiembre 2008 recayó auto disponiendo que las menores debían escolarizarse en el centro a designar por ambos progenitores de común acuerdo y, en su defecto, donde lo estaban en el curso 2007/2008.

Frente a tal resolución, que no se limita a la adopción de las medidas cautelares solicitadas –las dirigidas a impedir la materialización del cambio de colegio–, sino que funde de algún modo las decisiones propias de los dos procedimientos que debieron abrirse, se alza la madre, que pide se dé validez al cambio de colegio operado a inicio de curso respecto de las tres niñas, permitiendo que lo realicen, este curso y los siguientes, en el «...».

Segundo: El Juez razona su decisión a partir de la imposibilidad de que el titular de la guardia y custodia –la que la madre tiene atribuida– se arrogue un derecho de decisión que en temas como el de la educación –elección de centro escolar y sistema u orientación de enseñanza– considera que deben ser consensuados, y aunque seguidamente entiende que ha de primar el interés de las hijas y que la decisión tomada por la madre no ha de ser dejada sin efecto por la única razón de haberse prescindido de la opinión del padre, resuelve en el sentido antedicho por apreciar que la actuación de la Sra. Escudero careció de una justificación de peso que respaldase la unilateralidad de su decisión.

En temas como el que ha desatado la controversia se trata, ciertamente, de decisiones que por no ser de las ordinarias, corrientes o de la vida diaria, no se enmarcan en el ámbito propio de la guarda y custodia, sino en el de la autoridad familiar, a adoptarse de consuno por ambos padres, previendo en los casos de divergencia el art. 71 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 diciembre, de Derecho de la Persona, una resolución «de plano» –se sobreentiende que en expediente de jurisdicción

voluntaria– en la que se decida lo más favorable al interés del hijo o hijos.

Sin embargo, por esa vía, se llevó la decisión a encuadre distinto de aquel en que debió contenerse su razonamiento.

Situada la cuestión a resolver en ese marco, no se valoraron en ella aspectos que acaso pudieron serlo, como el referente a las circunstancias del matrimonio –él en Barcelona y ella en Zaragoza– y las razones prácticas que en la ejecución material de la gestión educativa pudieron influir la decisión de la Sra., dada la proximidad de colegio y domicilio; o la relativa a la existencia o inexistencia del proyecto común que según la madre tuvieron ella y su entonces esposo sobre el futuro colegio de sus hijas. El padre ha dicho que la primera noticia que tuvo sobre el colegio «...» fue en el e-mail de 29 de julio de 2008, pero la Directora del Colegio certifica que... y asistieron a los cursos de verano desarrollados en julio de 2007 y 2008, que asistió también este segundo curso, que «la familia» realizó una primera petición verbal de plazas en el curso 2006/2007, siendo esta la causa de su asistencia, como adaptación, a los citados Cursos de Verano, y que quedaron en espera de que hubiera plaza para las tres hermanas, lo que no fue posible hasta el curso 2008/2009, en el que cumplió los dos años y pudo ser admitida por abrirse una nueva línea en el nivel de su edad. Lo que hace inverosímil aquella primera noticia que el padre dice haber tenido sobre el colegio al que sus hijas asistieron, dos de ellas ya en julio de 2007, y las tres en julio de 2008. Como tampoco se entró, porque tampoco debía hacerse, en la posible relación del problema con el precio del nuevo colegio, quizás único o principal motivo de la controversia originada.

Ajenos realmente esos aspectos a la cuestión a resolver, en este trance lo fundamental es que el auto recurrido enfoca su decisión en la citada perspectiva, prescindiendo en todo momento de la del peligro o perjuicio que el Sr. quería precaver con la medida cautelar instada, que es a la que, atendiendo a lo solicitado por el actor, había y hay que estar estrictamente, reservando la que corresponda al procedimiento promovido al amparo del art. 71 de la Ley 13/2006.

Los peligros a los que el actor se refirió en su demanda fueron los derivados del cambio de colegio de las niñas y la ruptura de un ambiente escolar consolidado «cómodo y necesario para su desarrollo integral»; la aplicación diferente por el colegio «...» de la religiosidad en principio común a los tres centros, y su carácter exclusivamente femenino. Ninguno de ellos, sin embargo, se considera encuadrable en los perjuicios o peligros a que se refiere el artículo 7 de la Ley 13/2006. Lo que respecto del primero de los peligros enunciados parece obvio si se atiende a la edad de las niñas y su antigüedad en sus respectivos colegios. En el segundo caso, que «...» aplique la religiosidad de distinta forma –lo mismo vale respecto de la orientación pedagógica y religiosidad extremista a que se alude en el recurso– no deja de ser una noticia o apreciación subjetiva, que, no siendo desde luego notoria la tal aplicación, no está tampoco probada. Y en cuanto al carácter femenino del colegio, las ventajas de una opción por los mixtos es cuestión evidentemente opinable, pero, al margen de la decisión que la misma merezca al amparo del art 71.1 Ley 13/2006, no se considera represente el perjuicio o peligro que en su caso justificaría la medida cautelar pretendida.

El recurso prospera, debiendo dejarse sin efecto la medida que a petición del padre se adoptó con carácter cautelar, único alcance que a esta resolución cabe otorgar, no procediendo, frente a lo que pide la recurrente, dar validez al cambio de colegio operado a inicio de curso, lo que el Juez deberá decidir en el procedimiento de jurisdicción voluntaria pendiente de tramitación o resolución. Con lo que hay que entender que las niñas quedan en la situación en que se encontraban en el momento en que se dictó el auto que se revoca, siendo de esperar que, a las actuales alturas del curso, la decisión que la madre

adopte venga exclusivamente guiada por el buen sentido y por la mejor protección del superior interés de las menores.

Tercero: La índole de los intereses en conflicto aconseja no hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia. Las costas del recurso se rigen por el artículo 398 LEC.

43

NÚM. 43

S. APZ de 3 de marzo de 2009

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL: CAUSAS: Separación de hecho: ***La regla general sobre el «dies a quo» de la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho es la sentada por el art. 62 Lrem. Si la jurisprudencia excepciona la citada regla general y declara que la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, reserva la aplicación de esa doctrina a ceses en la convivencia durante un período muy prolongado de tiempo, o en los que, sin cuantificar el periodo necesario, se exige que la separación sea seria, prolongada y demostrada, constando una inequívoca voluntad de poner fin al régimen económico matrimonial y concluir sobre la existencia de gastos hechos en el exclusivo beneficio de quien los lleva a cabo.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 62 Lrem., 95 y 1392 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Acín Garós.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 5 de Zaragoza se siguen autos núm. 32/08, sobre inventario del consorcio conyugal aragonés de los litigantes, a instancia de la mujer; la sentencia del Juzgado de 19 de mayo de 2008 estima en parte la demanda y declara las partidas por las que está formado el activo y el pasivo, debiendo procederse en la siguiente fase procedimental a evaluar los bienes y deudas, actualizar, calcular los intereses y formar los lotes si las partes no llegan a un acuerdo. Ambas partes presentan recurso de apelación (rollo 530/08) que la APZ (Secc. 2ª) estima parcialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Recurso de don...: Solicita el recurrente:

A) La inclusión en el activo de tres partidas: a) Las cantidades que la Sra. extrajo «desde que se inició la crisis matrimonial», b) Los pagos realizados en su beneficio –cuotas del régimen de autónomos–, y c) Los salarios que tras la ruptura y antes de la sentencia ingresó en su cuenta particular (apartados A), K) y N) del FJ 2º).

B) La exclusión del consorcio de la nave alquilada a «...».

Segundo: Dice el Sr. que ingresó íntegramente su salario en la cuenta común, pagándose con él las cuotas de la Seguridad Social de ambos litigantes, distintas compras de la esposa, gastos de gasolina y teléfono móvil, en tanto que la esposa ingresaba el suyo en una cuenta aparte y no contribuía en nada a esos gastos, siendo por ello de justicia la retroacción de las percepciones de ambos cónyuges desde que la esposa dejó el domicilio conyugal hasta el dictado del auto de medidas provisionales, con revocación –dice– de «lo expresado en los apartados A, K, N del Fundamento de derecho segundo de la sentencia» e ingreso en el caudal común de las cantidades dispuestas entre esos dos momentos.

Con ello lleva el recurrente a la separación de hecho el momento de la disolución del matrimonio con olvido de que la regla general sobre el «dies a quo» de la misma es la sentada por el art 62 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, a cuyo tenor «El consorcio conyugal concluirá de pleno derecho: a) Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales. b) Cuando se disuelva el matrimonio. c) Cuando sea declarado nulo; y d) Cuando judicialmente se conceda la separación

de los cónyuges». Y de que si en la interpretación de los artículos 95 y 1392 CC la jurisprudencia excepciona la citada regla general y declara que la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, reserva la aplicación de esa doctrina a ceses en la convivencia durante un periodo muy prolongado de tiempo, o en los que, sin cuantificar el periodo necesario, se exige que la separación sea seria, prolongada y demostrada (STS de 27 de enero de 1998 y 23 de febrero de 2007), constando una inequívoca voluntad de poner fin al régimen económico matrimonial (STS de 1 de marzo de 2006) y concluir sobre la existencia de gastos hechos en el exclusivo beneficio de quien los lleva a cabo.

No concurre supuesto ni se aprecia razón por la que deba tenerse como fecha de extinción del régimen un momento distinto del establecido en el artículo 95.1 CC. La cuenta siguió siendo común hasta el dictado de la sentencia de divorcio y consiguiente extinción del consorcio. En ella se pagaron cuotas de la Seguridad Social de la esposa, pero porque era común y seguía vinculada al cumplimiento de las cargas matrimoniales y no mediaba una separación tan prolongada que, de por sí o en unión a otras circunstancias, permitiese concluir sobre la existencia de gastos hechos en el exclusivo beneficio de la Sra. sus salarios, ciertamente, no fueron ingresados en esa cuenta, pero tampoco cabe prescindir de su situación personal, pues salió de su casa, debió alquilar un piso y buscarse un trabajo, tratándose, en definitiva, de cantidades consumidas para su subsistencia, y en el caso de los cargos en «El Corte Inglés», como dice la sentencia, de cantidades acordes con el nivel de vida de los litigantes y que no ponían en peligro la economía familiar.

Tercero: En cuanto a la nave cuya exclusión solicita don, dice el Juez de instancia que «de lo manifestado en el Acto verbal se deduce que se trata de una edificación que no supone obra de construcción, pues puede desmontarse y trasladarse, por lo que deberá figurar en el activo, averiguándose posteriormente su valor». Frente a lo que el recurrente muestra su desacuerdo diciendo que ambas partes han reconocido que la nave no es de su propiedad, que la misma era desmontable y que cuando acabe el alquiler se la podrá llevar «su dueño, no debiendo, por tanto, ser incluida en el activo.

El recurso merece ser acogido.

En la comparecencia celebrada el 14 de mayo de 2008 sostuvo la parte actora que la nave era consorcial porque las rentas eran reconocidamente consorciales y si lo son o el bien que las produce es consorcial o es privativo del esposo, posibilidad esta ultima que debía excluir porque –dijo– «el suelo es de tercero» –r.t. 12.58.12–, en referencia a la familia el Sr. Sin entrar en la lógica del razonamiento, lo cierto es que, al margen de que las rentas hayan sido consorciales, ni consta ni cabe presumir fiablemente que la nave, construida o montada por ..., sea propiedad del consorcio. Según la actora el contrato de arrendamiento fue suscrito por el matrimonio con, previéndose en el contrato que a la finalización del mismo la propiedad de la nave quedaría para la parte arrendadora –el consorcio–; sin embargo, los términos de ese contrato, que según el demandado no incluía esa cláusula y fue concertado con «...» por él y su hermano, no se han probado, apareciendo sustituido por otro de fecha de 1 de enero de 2008, suscrito por la madre del demandado, como usufructuaria y representante de la herencia yacente de don, en el que la reversión de la nave construida a entero cargo de «...» a favor de la propiedad es una opción concedida a la parte arrendataria.

El contrato aportado, en su relación con el precedente, puede suscitar la sospecha, pero nada permite ahora la inclusión recurrida, con independencia de las acciones de que disponga la Sra. conducentes a la defensa de sus derechos.

Cuarto: *Recurso de doña...*: Solicita la actora la inclusión en el activo del crédito del consorcio frente a los herederos de don, padre del demandado, por las refor-

mas y obras de mejora que a lo largo de la vida del matrimonio hasta su disolución se hicieron en el chalet ocupado por el matrimonio.

Esta petición fue rechazada en la instancia porque, aun habiendo quedado acreditada la realidad de las obras y que el tercero beneficiado por ellas –la herencia yacente de don...– es deudor de su importe, su reclamación, dado que ese tercero propietario no es parte en ese pleito, ha de hacerse en otro procedimiento no matrimonial en el que el consorcio o uno de sus miembros demande a los beneficiarios de las reformas, argumentación esta que es la que motiva el desacuerdo de la recurrente, que dice que el Juzgado remite a otro pleito sin tener en cuenta, por un lado, que el consorcio no va a poder reclamar ese crédito porque el deudor es la herencia yacente del Sr. –la madre, un hermano del demandado y este mismo, como herederos del padre premuerto– y la oposición del Sr. en ese momento es del todo previsible, y, por otro, que si el que actúa es uno de los miembros del consorcio, previamente ha de haber un título de atribución del crédito reclamado, lo que exige la declaración de su existencia como bien consorcial, su inclusión en el activo y su adjudicación a uno de los cónyuges.

La realidad de las obras en el chalet ha quedado en el caso evidenciada, tanto como la condición de comodatarios y no meros precaristas de los Srs. (vid. STS de 10 de febrero de 2008). Y lo mismo la necesidad de evitar la situación en que la Sra. quedaría caso de que, como es presumible, su ex marido, uno de herederos del Sr. formulase oposición al ejercicio de la acción de reclamación a plantear por su ex esposa, supuesto en el que esta carecería de la necesaria legitimación (vid. STS de 20 de diciembre de 1989). Razones que aconsejan la estimación del recurso en este punto, con inclusión en el activo consorcial del crédito del consorcio contra los herederos de don, siendo el mismo excluidamente por razón de aquellas obras que por su naturaleza sean susceptibles de reclamación.

Quinto: Las costas de la primera instancia y del recurso se rigen por los artículos 394 y 398 LEC.

44

NÚM. 44

S. APZ de 11 de marzo de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: Régimen de visitas: ***El derecho de los progenitores a comunicarse con los hijos no solo se trata de un derecho a favor de aquéllos sino que desarrolla un efecto muy beneficioso en el desarrollo psico-emocional de los menores que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres, siempre, eso sí, que las circunstancias en que se desarrolle este derecho sean las adecuadas y convenientes, porque está subordinado al interés del menor, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 39 Const., 93, 154 Cc, 57.1 y 61 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián-Carlos Arqué Bescós.***

Ante el Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de divorcio contencioso (núm. 13/2007); la sentencia del Juzgado de 20 de junio de 2008 estima la demanda de la mujer, decreta la disolución del matrimonio por divorcio y acuerda las medidas definitivas; ambas partes contendientes interponen recurso de apelación (rollo 724/2008) que la APZ, Secc. 2ª, desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Sentencia recaída en el presente procedimiento sobre divorcio (art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es objeto de recurso por la representación de ambas partes contendientes, que en sus respectivos escritos de interpo-

sición (art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), consideran en el caso de la demandante que en cuanto al régimen de visitas parece más adecuado que sea el de fines de semana alternos (viernes a lunes por la mañana), mitad de vacaciones, en cuenta del fijado en la Sentencia recurrida y que procede fijar una pensión compensatoria a su favor de 400 €/mensuales. El demandado considera que la guarda y custodia debe serle concedida, que se establezca una pensión alimenticia a cargo de la actora de 250 €/mensuales, debe serle concedido el uso del domicilio familiar y subsidiariamente que no se fije pensión alimenticia alguna a favor de la hija mayor.

Segundo: Debe estarse efectivamente en todo este tipo de procesos al principio del interés de menor como proclama el artículo 39 de la Constitución española, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, la Convención de los Derechos del Niño, artículo 93, 154 y siguientes del Código Civil y Ley Aragonesa de la Protección de la Adolescencia e Infancia, así como la Ley Aragonesa de Derecho de la Persona (art. 57.1 y 61 concordantes) a tal efecto deberá valorar si el régimen fijado por la Sentencia recurrida cumple los objetivos indicados, bien entendido que el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no solo se trata de un derecho a favor de aquéllos sino que desarrolla un efecto muy beneficioso en el desarrollo psicoemocional de los menores que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres, siempre, eso sí, que las circunstancias en que se desarrolle este derecho sean las adecuadas y convenientes y así el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2005, indica «que el derecho de visitas debe estar subordinado al interés del menor, debiendo ser respetado por todos de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor».

En el presente supuesto de los informes existentes en autos, preferentemente del derivado del equipo psico-social del Instituto de Medicina Legal, parece aconsejable mantener la guarda y custodia y régimen de visitas tal y como vienen fijadas en la resolución de Instancia, que a la postre se ampara en el indicado informe psico-social (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que exista dato o informe contradictorio de mayor entidad que aconsejen alguna variación en el mismo. Al igual que el uso del domicilio conyugal que será concedido a la progenitora custodia al amparo de lo dispuesto en el art. 96 del Código Civil.

Tercero: En cuanto a la pensión alimenticia a cargo del progenitor no custodio deberá estarse a lo dispuesto en el art. 146 del Código Civil y 62 de la Ley 13/2006 de Aragón, la Sentencia recurrida analiza pormenorizadamente los ingresos de ambos cónyuges así como las necesidades de los hijos, no acreditándose que la hija mayor haya adquirido independencia económica procede confirmar la Sentencia igualmente en este apartado.

Cuarto: En cuanto a la solicitud de pensión compensatoria dicha petición no fue solicitada por la demandante en su escrito iniciador del procedimiento ni en consecuencia pudo ser contrastada por el demandado en su contestación, no pudiéndose resolver dicha cuestión en el presente procedimiento como establece la resolución del Juzgado de 11 de diciembre de 2007, al no encontrarnos ante una cuestión de *«ius cogens»* sino una materia en la que rige claramente los principios dispositivos y de rogación. Por otro lado, entendemos que no quedaría vedada en procedimiento de modificación de medidas (art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la posibilidad de solicitar una pensión compensatoria, por lo expuesto, sin que ello prejuzgue ulteriores resoluciones, se desestima el recurso igualmente en este apartado.

Quinto: No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

45

NÚM. 45

S. APZ de 31 de marzo de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Modificación: ***La modificación de las medidas ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales (aquí el régimen de visitas a favor del padre) requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.). Primacía del interés superior del menor.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 90, 91, 100 Cc., 57.1 y 61 y concordantes LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arqué Bescós.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 16 se siguen autos de modificación de medicas (núm. 565/2008); la sentencia del Juzgado de 11 de septiembre de 2008 desestima la demanda y mantiene íntegramente el régimen de visitas a favor del padre establecido en la sentencia de divorcio; el demandante interpone recurso de apelación (rollo 788/2008) que la APZ (Secc. Segunda) desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Sentencia recaída en la primera instancia en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es objeto de recurso por la representación de la parte actora (Sr. que en su escrito de interposición (art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) considera que la Sentencia recurrida no ha valorado correctamente la prueba practicada, debiéndose cumplir las visitas y alterar el lugar de recogida y entrega de la menor en beneficio todo ello de su interés.

Segundo: El régimen de visitas fue fijado en Sentencia de divorcio de 5 de octubre de 2006 al respecto debe indicarse que la modificación de las medidas (arts. 90, 91 y 100 del CC.) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga a la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 LEC).

Igualmente debe tenerse en cuenta que debe estarse efectivamente en todo este tipo de procesos al principio del interés de menor como proclama el artículo 39 de la Constitución española, Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, la Convención de los Derechos del Niño, artículo 93, 154 y siguientes del Código Civil y Ley Aragonesa de la Protección de la Adolescencia e Infancia, así como la Ley Aragonesa de Derecho de la Persona (arts. 57,1 y 61 concordantes) a tal efecto deberá valorar si el régimen fijado por la Sentencia recurrida cumple los objetivos indicados, bien entendido que el derecho a comunicarse de los progenitores con los hijos no solo se trata de un derecho a favor de aquéllos sino que desarrolla un efecto muy beneficioso en el desarrollo psico-emocional de los menores que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres, siempre eso sí que las circunstancias en que se desarrolle este derecho sean las adecuadas y convenientes y así el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2005 indica «que el dere-

cho de visitas debe estar subordinado al interés del menor, debiendo ser respetado por todos de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor.

Tercero: En el presente supuesto no consta acreditado que el régimen de vistas que pretende el recurrente sea más adecuado en beneficio del menor, que el actualmente en vigor, ni siquiera se ha solicitado prueba psico-social por el Gabinete adscrito al Juzgado, prueba que suele ser relevante en este tipo de procedimientos, no apreciándose en suma razón para establecer un régimen de mayor amplitud, que a la vista a mayor abundamiento, del clima de enfrentamiento personal entre los progenitores no se deduce como el más aconsejable, tampoco existe base sólida para modificar el lugar de recogida y entrega como afirma la Sentencia recurrida al margen de la recomendación que se indica en esta resolución, totalmente aconsejable para supuestos como el de autos.

Cuarto: No procede dado el objeto del presente recurso hacer especial declaración sobre las costas por el mismo ocasionadas.

46

NÚM. 46

S. APZ de 28 de abril de 2009

683: USUFRUCTO VIDUAL: ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS: División de cosa común: ***A propósito del usufructo ordinario y la suerte del mismo con ocasión de la división de la cosa común, la jurisprudencia del TS ha sentado el criterio de su indemnidad: el usufructuario no es condómino y no puede mezclar su derecho con el de estos últimos, careciendo de legitimación para postular la división, pero quedando indemne por la misma. Se trata de derechos diferentes. La existencia del usufructo no obsta a la división, pero no resultará afectado por ella.***

Para el usufructo de viudedad aragonesa el TSJA ha sentado doctrina contraria a la que resulta del TS para el usufructo ordinario: el usufructo de viudedad como consecuencia de su venta en pública subasta, no se extingue pero sí se transforma en usufructo de dinero. No se respeta el principio de indemnidad porque el usufructo ya no recaerá sobre el mismo objeto (arts. 83.2 Comp., 108.2 Lrem.).

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 405, 490, 535 Cc., 123 LH, 83.2 Comp., 108.2 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Juan Ignacio Medrano Sánchez.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 4 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 943/2008); la sentencia del Juzgado de 9 de enero de 2009 estima la demanda y declara que la finca propiedad indivisa de los litigantes, en las proporciones dichas, ha de dividirse, y al no ser posible la división ni física ni jurídica, se decreta que habrá de venderse en pública subasta, repartiéndose el producto de la venta entre los copropietarios, en exacta proporción a su participación en la propiedad de la finca, sustituyéndose el usufructo de viudedad sobre las dos sextas partes de la finca (que corresponde también a uno de los copropietarios) por el usufructo del precio obtenido con la venta de esas dos sextas partes y se ordena la cancelación de la inscripción de dicho usufructo vidual en el Registro de la Propiedad; la viuda interpone recurso de apelación (rollo 142/2009) que la APZ (Secc. Cuarta) desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Se plantea en este proceso la suerte o tratamiento que ha de tener un derecho expectante de viudedad existente sobre dos sextas partes indivisas de una vivienda con ocasión del ejercicio de una *actio comuni dividundo:* el demandante ostenta la plena propiedad de la mitad indivisa de esa vivienda así como la nuda propiedad de dos terceras partes de la restante mitad indivisa, piso cuya restante tercera parte en plena propiedad corresponde a la

demandada, al igual que el usufructo de viudedad de dos terceras partes de la mitad indivisa.

Segundo: A propósito del usufructo y la suerte del mismo con ocasión de la división de la cosa común la jurisprudencia del Tribunal Supremo había sentado el criterio de su indemnidad. Bien expresiva en este sentido sería la sentencia de 28 de febrero de 1991 (ponente Sr. Morales Morales) en la que se reafirmaría la falta de legitimación de un usufructuario para pedir la división de la cosa común, afirmándose así (fundamento quinto) que «el recurrente viene a combatir la tesis de la sentencia recurrida por la que le niega acción, en su calidad de usufructuario de cuotas indivisas de fincas en copropiedad, para intervenir en la división material de tales fincas. El motivo también ha de ser desestimado, ya que es doctrina de esta Sala (Sentencias de 13 de diciembre de 1983 y 20 de abril de 1988) la de que, de acuerdo con el art. 405 en relación con el 490 del Código Civil, el usufructuario de cuota indivisa de una cosa (finca) en copropiedad no se ve perjudicado por la división de la expresada cosa en común, en cuanto su derecho real se mantiene subsistente y se concreta o individualiza, por imperativo legal, en la parte que se adjudique al propietario o condueño, por lo que, en principio, dicho usufructuario carece de acción para intervenir (activa o pasivamente) en el proceso encaminado a realizar la expresada división, salvo en el caso de que esta se hubiere efectuado en fraude de sus derechos...». Criterio que sería recordado en la sentencia de 12 de mayo de 1997.

El usufructuario no tiene derecho a accionar postulando la división de lo común, no puede entremezclar su derecho con el de los condóminos, pero a su vez la división solventada por estos, de mutuo acuerdo o judicialmente, deja indemne su derecho de usufructo, que ni se extingue ni se transforma; queda, como ya se ha dicho, indemne frente a la división de lo común. La sentencia de 17 de marzo de 1975 negará que entre el usufructuario y los condóminos exista un condominio especial, por lo que el usufructo no se puede mezclar con el derecho de propiedad. En definitiva el usufructuario no es condómino y no puede mezclar su derecho con el de estos últimos, careciendo de legitimación para postular la división pero quedando indemne por la misma. Se trata de derechos diferentes.

La situación se sintetizaría en la sentencia del TS de 27 de diciembre de 1999: «en el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuída la utilización de la cosa común solo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa..., no se da en el supuesto que se enjuicia ninguna situación que pudiera incardinarse en el precepto del párrafo primero del artículo 401 CC, y obviamente no cabe debatir si lo es la comunidad ganancial, porque falta el presupuesto de que tenga ya tal naturaleza la vivienda litigiosa. Y por último, las Sentencias que se alegan en el motivo (apartado A), no tienen nada que ver con el caso. La de 14 de diciembre de 1898 (cuya cita procede seguramente de la que hace la de 17 de mayo de 1958) se refiere a la invocación por una usufructuaria parcial de falta de legitimación pasiva para ser demandada, como lo revela que se desestima la excepción «sine actioni agis» porque se considera que resulta afectada en su interés en la división y en la parte alícuota del usufructo. La de 17 de mayo de 1958 también se refiere a la legitimación pasiva y en absoluto entiende que un derecho de usufructo obste a la «actio communin dividundo», pues indica que «la sentencia recurrida no contradice las normas sobre duración del usufructo que con la división subsiste…». Y la de 6 de marzo de 1956 no dice (como pretende el motivo) que «la división de la cosa común latente el usufructo, solo es practicable cuando la cosa sea materialmente divisible», sino que se refiere a que, no solo la copropiedad (comunidad dominical sobre cosa corporal), *sino también las comunidades de «derechos» pueden ser susceptibles de división,* y añade que *«puede serlo la de*

usufructo cuando recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho». Obviamente se está refiriendo a una división de comunidad de usufructo, y no a una división de copropiedad en que la cosa común (cosa corporal) *está gravada con un usufructo.*

Además, *resulta incuestionable que la existencia de derechos reales o personales sobre la cosa común, o una cuota, no obstan a la división, como tampoco resultan afectados –indemnidad– por dicha división* (art. 405 CC en relación con derechos de terceros, 123 LH, 535 CC en materia de servidumbres, S. de 12 de mayo de 1997 sobre derecho de usufructo y de 28 de febrero de 1991 respecto de usufructo de cuota indivisa sobre cosa común).

Tercero: Sin embargo, a propósito del usufructo de viudedad aragonesa la doctrina de la Sala de lo Civil del TSJA ha sido contraria a la que resulta de la del Tribunal Supremo sobre el usufructo ordinario. Sería inicialmente la sentencia de 5 de noviembre de 2001 en la que, para un supuesto de venta judicial de inmueble en pública subasta afirmaría que se producía una subrogación del «precio de los inmuebles enajenados a tenor de lo preceptuado en el art. 83.2º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón».

Pero sería la sentencia del mismo Tribunal de 24 de septiembre de 2003 la que con más contundencia se reafirmaría en esta conclusión, defendiéndose así que «hay causas que hacen desaparecer el derecho de usufructo sobre bienes concretos: así, el artículo 83.2 de nuestra Compilación en que se regula la enajenación de la plena propiedad de bienes determinados cuando concurren el viudo usufructuario con el nudo propietario en cuyo caso queda subrogado el precio en lugar de lo enajenado; de este modo el bien vendido ya no queda sujeto al usufructo, pero la persona viuda no pierde su derecho, al pasar a disfrutarlo sobre el precio por subrogación real. Tal es lo que aconteció aquí; se produjo la venta en pública subasta del inmueble con pago de la totalidad del precio, con los efectos consignados en el relato histórico probado».

Todavía más, la sentencia calificaría de abusiva la pretensión de que se mantuviera el usufructo sobre el bien vendido en subasta pública, sin que ese carácter abusivo se predique o relacione con una conducta, procesal o extraprocesal, determinada de la usufructuaria. Y es que, en definitiva, y como dice la Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, «el usufructo vidual no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil».

En definitiva, y conforme a esa doctrina, el usufructo de viudedad como consecuencia de su venta en pública subasta, teniendo la misma un carácter instrumental de la división de la cosa común, no se extingue pero sí se transforma porque ya no recae sobre el inmueble sino sobre el dinero, bien ultrafungible, obtenida en la subasta por el mismo. No se respeta pues al principio de indemnidad del usufructo porque hay una evidente afección del mismo, que ya no recaerá sobre el mismo objeto.

Cuarto: En el criterio de la Sala Civil del TSJA no se desconoce que no hay comunidad cuando los derechos concurrentes son heterogéneos (S. TSJA de 8 de marzo de 2005), pero su doctrina sobre la transformación del usufructo o de su objeto no se asienta sobre las circunstancias concurrentes en un determinado supuesto, por más que en la sentencia de 24 de septiembre de 2003 se considere abusiva la actitud de la usufructuaria, sino que con claridad quiere sentar un criterio general cuando se trate de venta judicial de inmueble en subasta pública, invocando en este sentido el art. 83.2 de la entonces vigente Compilación y la sentencia de la misma Sala de 5 de noviembre de 2001.

No hay, por lo demás, en la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, una modificación sustancial al respecto: el régimen del art. 83.2 Compilación ha pasado al art. 108.2 de la citada Ley, de manera que sólo con un expreso cambio de criterio del TSJA sería factible estimar el recurso. Razona-

mientos que, sin más, deben llevar a la desestimación del recurso.

Quinto: Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec.).

47

NÚM. 47

S. APZ de 8 de junio de 2009

75: LEGÍTIMA: LESIÓN DE LA LEGÍTIMA: Donación modal: ***La sentencia expone la naturaleza de la donación modal, diferencia el modo de la contraprestación y el modo de la condición. Su sometimiento a las reglas de los contratos onerosos (art. 622 Cc.) no sirve para justificar su exclusión del cómputo de la legítima: se computa el exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga.***

La histórica confusión entre colación, cálculo de las legítimas e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 Cc. no se da en el art. 174 Lsuc. También hay que distinguir entre cálculo e imputación de la legítima (arts. 174, 175 y 176).

Los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que el negocio oneroso se hizo para defraudarlas, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario (art. 6.4 Cc.).

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 6.4, 622, 818, 1035, 1036 Cc.; 49.3, 174, 175, 176, 179 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Juan Ignacio Medrano Sánchez.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 8 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 1135/2007) sobre reducción de liberalidades inoficiosas; la sentencia del Juzgado de 27 de noviembre de 2008 estima en parte la demanda, acuerda la absoluta reducción del legado conferido a favor de la demandada, así como la reducción parcial de la donación hecha por el causante a su favor, todo ello por lesión de la legítima, y condena a la demandada a que abone al menor la cantidad de 77.357 euros, más los intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución; la demandada interpone recurso de apelación (rollo 68/2009) que la APZ (Secc. Cuarta) desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Ejercitada la acción de reducción de legado y donación realizados por el causante, con la finalidad de proteger la legítima colectiva en su aspecto cuantitativo, estimada parcialmente aquella acción, se alzará contra la misma la beneficiaria de esas disposiciones gratuitas para, tras detallar lo pedido en el primer antecedente y sintetizar sus motivos de oposición en el segundo; invocar en el primer fundamento jurídico una infracción de los arts. 24 y 120 CE al no haberse respetado el derecho a la defensa y a un procedimiento con todas las garantías, asentando esas infracciones constitucionales en que en la sentencia de instancia se han sintetizado y simplificado las excepciones planteadas en términos que han provocado una falta de pronunciamiento respecto de algunas objeciones opuestas que han quedado así sin respuesta, y así en concreto se ha reconducido toda la oposición únicamente al carácter no colacionable de la donación que contemplada en el art. 47 de la Ley aragonesa reguladora de las sucesiones, omitiéndose así las consecuencias del carácter modal de la donación y de el sometimiento de la misma, en virtud de lo reseñado en el art. 624 CC. por las reglas generales de perfeccionamiento de contratos.

Como quiera que el régimen de la segunda instancia en la Lec. 2000 impone como solución cuando se han cometido infracciones procedimentales la de su subsanación, reflejo del principio de economía procesal que la preside, la consecuencia que de esa incongruencia omisiva sería, no la nulidad de actuaciones, que tampoco se postula en el recurso, sino que esta Sala se pronuncie sobre las cuestiones pretendi-

damente omitidas en la instancia. Es esta la solución que se deriva del art. 465.2 Lec. y cuya traducción práctica supone, para los supuestos de incongruencia omisiva, lo que la doctrina gráficamente ha denominado «robo de la instancia», por cuanto puede terminar provocando que en definitiva el objeto del proceso o parte de él se resuelva en un proceso de única instancia.

Segundo: Entrando en la problemática concreta, que se hace valer en el segundo fundamento del recurso, lo que se mantiene en el mismo es que existió una donación modal condicionada, hoy perfeccionada, pues en aquel negocio que vinculó a las partes «ambas recibían una contraprestación real y concreta: don un cuidado directo en su casa de por vida y la nuda propiedad de la vivienda de don y ello a cambio de la obligación de cuidarlo y mantenerlo en el domicilio del difunto hasta su muerte…».

Más adelante se defenderá el sometimiento de la donación modal, conforme al art. 622 CC., a «las reglas generales de los contratos, dado que no hablamos de liberalidades sino de contraprestaciones entre las partes». Siendo legal y perfeccionado no es una «liberalidad encubierta» dado que en el momento en que se otorgó la donación no se sabía el tiempo que podía vivir el donante aunque, se reconoce, que «por Ley de vida no serían muchos años».

A continuación se entrará en la alegación a realizar extensas consideraciones subjetivas sobre los motivos del donante, sobre el coste económico que le hubiera supuesto al mismo lo que quería evitar, el ingreso en una residencia o el coste de una interna nocturna, y las razones por la que la carga se impuso, no en la escritura pública, sino en documento público, lo que le llevará a la conclusión, no en el motivo, sino en el suplico, de que no debe «por tanto traerse a colación ni adicionarse en modo alguno en el cálculo de la legítima».

Tercero: La Sala considera conveniente en primer lugar hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación modal, con base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales, sobre todo por los reflejados en la sentencia de 15 de junio de 2007.

En efecto la jurisprudencia ha destacado que la donación onerosa es la donación modal o con carga (STS de 30 de diciembre de 1961, de 17 de octubre de 1985, de 27 de julio de 1994 y de 14 de junio de 1995): en definitiva, se llama donación modal u onerosa o con causa onerosa a aquella en que se impone al donatario una carga o gravamen. Y por la existencia de esta carga no deja de ser donación, lo que deja claro el art. 619 al disponer que «es *también donación* aquélla en que se impone al donatario gravamen inferior al valor de lo donado», y ratificará la mencionada sentencia de 15 de junio de 2007: el ánimo liberal es exigido por el art. 618 para toda donación, «incluso por supuesto para la donación con carga inferior al valor de lo donado, *que no deja de ser donación*» (también S. de 6 de abril de 1999). Por tanto aunque la cuantía del beneficio es menor cuanto mayor es la carga, no por ello se altera la naturaleza del negocio.

Y es importante, porque en el recurso se han mezclado, no ya confusa sino errónea y contradictoriamente, los conceptos de contraprestación y de condición.

El modo, con el que recurrentemente se intitula la donación por la recurrente, se diferencia de la contraprestación en los negocios onerosos en que no existe entre él y la liberalidad la interdependencia que en estos se da entre prestación y contraprestación: «lo que caracteriza la onerosidad –dirá también la misma sentencia de 15 de junio de 2007– es la interdependencia de las prestaciones». Y la misma sentencia rechazará que la carga pueda considerarse contraprestación de la donación: el negocio mixto de onerosidad y gratuidad «no es sinónimo de donación onerosa o modal, *pues la carga o gravamen nunca es jurídicamente contraprestación*, y en el negocio mixto hay sinalagma, por lo menos hasta la concurrencia del valor de lo donado con el de la carga».

Y se diferencia el modo de la condición en que de esta dependen los efectos del negocio, mientras que tales efectos, en el negocio modal, se producen independientemente del modo, que sólo se obliga cumplir este: del cumplimiento del modo no depende la efectividad del negocio (S. de 8 de junio de 1971).

Cuarto: En atención a esas consideraciones el argumento del sometimiento de la donación modal ex art. 622 CC. a las reglas de los contratos onerosos no pueden servir, para justificar su exclusión del cómputo de las legítimas.

En primer lugar porque aquí nos encontramos ante una donación otorgada en escritura en la que se dice lo que se dice. Y lo que se dice es que se «hace donación pura, simple y gratuitamente», lo que debe prevalecer frente a un mero documento privado del que más que verosímilmente no tuvo noticia la parte demandante sino hasta que se le dio traslado de la contestación y que le es inoponible. Y aunque sea una cuestión contradictoria existe algún pronunciamiento jurisprudencial que exige que las cargas consten en escritura pública (S. de 1 de diciembre de 1964).

Porque si se atiende al documento privado en él se incurren en patentes contradicciones conceptuales y con relación a lo consignado en al escritura, dado que en aquél la donación de la nuda propiedad lo es «a cambio de que esta última, procediera al cuidado y atención del primero con la diligencia y buena fe…» y que en el mismo se regula esa atención y cuidados asumida por la donataria «como *contraprestación* de la donación…», idea esta de contraprestación recurrentemente recordada en el recurso. Con lo que, una de dos, o se trata de un error de concepto que no impide mantener la naturaleza de donación o no lo es y entonces existirían dos negocios causalmente independizados aunque vinculados en sus motivos, uno una donación puramente liberal y otro, un negocio atípico, un contrato vitalicio, cesión de bienes a cambio de dar asistencia, de marcado carácter aleatorio. Que es a lo que abocaría la recurrente afirmación de la recurrente de que la prestación de servicios era *contraprestación* de la donación.

Ya en fin, aunque se asuma el carácter de donación modal, integrando escritura con documento privado, ello no ha de conducir en ningún caso a la exclusión del cómputo de bien donado para el cálculo de la legítima.

Cierto que el art. 622 CC. somete a las donaciones onerosas a las reglas del contrato, pero es doctrina común que, por más que se refiera en primer lugar a las onerosas y luego a las remuneratorias, cuando somete estas últimas a las disposiciones del título de las donaciones en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto, está comprendiendo también a las modales, pues aunque potencialmente el precepto sólo se refiera a las remuneratorias (lo que es poco probable porque en las remuneratorias no hay «gravamen», como dice el texto legal), la razón es la misma para aplicarla a las onerosas. De lo que se colige que aunque la naturaleza de la donación sea única, como verdadera donación, queda sometida a una regulación compartida (S. de 12 de julio de 1984).

Lo que, a los efectos que ahora interesan, supone que la regla general de la donación ordinaria en orden a la reunión ficticia para el cálculo de la legítima de los donantes, *donatum* más *relictum*, opera respecto al exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga. Así se pronuncia la sentencia de 12 de julio de 1984 y la de 29 de julio de 2005, esta última para las remuneratorias.

Y esto es lo que cabalmente dice la sentencia de instancia cuando tras afirmar que el art. 174 de la Ley de sucesiones comprende todo tipo de donaciones, luego afirme que se incluyen «sin perjuicio de restar el valor del gravamen».

Es verdad que luego en los cálculos aritméticos luego no reduce el gravamen, y computa íntegramente, según la cuantificación del perito judicial, el valor en su

totalidad del inmueble. Pero eso ha de ser así, aparte de consideraciones que más adelante se realizarán sobre el notorio carácter fraudulento del conjunto de la operación, por cuanto en modo alguno se ha cuantificado el valor del gravamen, fuera de las subjetivas consideraciones contenidas en el escrito de contestación y con relación, además, a lo que no era el gravamen, como lo es el coste de una residencia. Con lo que en definitiva no se produce la incoherencia que se denuncia en el recurso.

Quinto: En el tercer fundamento jurídico del recurso se denuncia una incorrecta aplicación de los arts. 171, 174, 176, 47 y 49 de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte en Aragón.

Razona la recurrente que según dispone el art. 818 CC., al igual que el art. 174 de la Ley aragonesa para fijar el valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor de las donaciones colacionables, para luego, con invocación del art. 1035 CC. y con cita de la sentencia de 21 de abril de 1990 concluir «a sensu contrario» (sic) que «para el cálculo de la legítima no habrán de sumarse al caudal relicto líquida la donación modal ante la que nos encontramos», lo que le lleva a sostener que en el supuesto de autos tal composición será única y exclusivamente el dinero existente en las cuentas.

Se razonará además que no se han tenido en cuenta los arts. 176 y 47, 48 y 49 de la Ley de sucesiones, para concluir que en último caso, lo que sería objeto de agregación al caudal relicto sería el valor de lo donado, que lo fue sólo la nuda propiedad.

Sexto: La sentencia ni obvia ni aplica inadecuadamente los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, y la argumentación del recurrente participa de una histórica confusión entre colación, cálculo de las legítimas e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 CC., y que está perfectamente resuelta en la instancia.

La colación se define en el art. 1035 CC., y supone una operación normal exclusivamente contable, conforme a la que se agrega a la masa hereditaria bienes que la Ley entiende que salieron como anticipo de la misma herencia. La norma lo refiere a los «herederos forzosos» y en Aragón en su específico régimen jurídico lo disciplina como voluntario, nunca por ministerio de la Ley. Cuando el art. 818 CC. hace referencia a donaciones colacionables no hace referencia a la colación en sentido técnico, sino a la consideración de llevar a cuenta, de computarlas.

Esta diferenciación se ha mantenido en la jurisprudencia, con referencia sentada para el CC. pero que es extensible a Aragón: «las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación, –dirá la sentencia de 13 de marzo de 1989–, radica en realidad, en que mientras en las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1035 CC), en las no colacionables esto no acontece, *si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas* por aplicación de lo dispuesto en el art. 1036 en relación con el art. 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado CC». Y la misma sentencia antes citada de 15 de junio de 2007 recordará que «la computación comprende **todas** las donaciones hechas por el causante, es necesaria e imperativa para fijar las legítimas…».

Por eso el art. 174 LS a la hora de determinar el cálculo de la legítima sienta la regla clásica de *donatum* más *relictum*: se parte de este último «valorado al tiempo de liquidarse la legítima», al que se adiciona «el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima», con sólo determinadas excepciones (liberalidades usuales y gastos de alimentación, educación en enfermedades). No incurre el precepto en el error de referenciar exclusión alguna a las donaciones colacionables. Y esta base de cálculo es la que sirve de referencia, en cuanto a su mitad, para fijar la legítima colectiva (art. 174.1 LS).

Y tampoco se incurre en una incorrecta aplicación del art. 176 LS en la sentencia de instancia, pues este precepto se refiere, como el que le precede, el art. 175 LS, a una operación diferente al de la computación del art. 174 LS: así como el cálculo designa la agregación numérica que hay que hacer de las donaciones, también como hemos razonado de la modal en cuanto el valor de lo donado exceda del valor del gravamen, al caudal relicto (donatum más relictum), la imputación se refiere a cuestión distinta, y trata de resolver un problema diferente; se centra en liberalidades hechas por el causante a favor de «cualquiera de sus *descendientes*» (art. 175.1 LS), y con esa institución se trata de resolver un problema diferente a saber, cómo se deben entender estas donaciones hechas a los descendientes, esto es si como pago de la legítima o como incluibles en la mitad de libre disposición. Y este problema aquí no acaece porque la donataria no es descendiente y por ende no hay problemas que resolver: el valor de la donación computable sólo puede referenciarse a la mitad de libre disposición, y en cuanto exceda de la misma es susceptible de reducción por mermar la legítima.

El argumentario de la recurrente llevaría a la ilógica conclusión de que la sola voluntad del causante, otorgando donaciones declaradas no colacionables, sería suficiente para vaciar de todo contenido de la legítima colectiva, que perdería así todo su sentido. El principio «standum est chartae» no justifica la vulneración de normas imperativas y de orden público.

En definitiva, que la donación es «pura y simple», y aunque lo sea modal no excluye que se agregue su valor al caudal relicto para el cálculo de la legítima, y que tal agregación ni está ni puede estar vedada por aplicación del principio *stamdum est chartae* ni por el art. 49.3 LS.

Séptimo: Debe pues entrarse así en el cálculo de la legítima colectiva, reprochándose en primer lugar que se ha partido del valor total de la vivienda y no sólo de su nuda propiedad, que era el objeto de lo donado, además de no deducirse el valor del gravamen.

Respecto a esto último ya hemos razonado suficientemente que no sería procedente por cuanto se otorga preferencia a lo manifestado en la escritura pública de donación sobre el cuestionable documento privado. Que aunque se tuviera en cuenta este dado la insistente consideración de contraprestación, existirían dos negocios jurídicos diferentes, uno liberal, donación libre y otro oneroso, contrato vitalicio. Y que aun si se sostuviera que existe un único negocio jurídico, en parte gratuito, en parte oneroso, por cuanto de la prueba practicada en términos muy verosímiles y que la Sala considera probados, resulta que la donataria percibía una compensación económica por los cuidados que prestaba al causante, con lo que la reducción del gravamen, además de aleatorio y sin prueba concreta en el proceso sobre el alcance de su valoración, perdería todo sentido al quedar compensado económicamente el valor del servicio, luego ese servicio vea duplicada su compensación en la donación modal. Realidad esta que refuerza la idea de fraude que subyace en la donación. En efecto la misma sentencia de 15 de junio de 2007 razona que «las prestaciones y contraprestaciones las determinan las partes en virtud de su autonomía para contratar, lo mismo que entre los presupuestos para hacerlo pueden valorar las cosas objeto de contrato conforme a su criterio, no están obligados a atenerse a ningún precio objetivo de aquéllas en una economía liberal. Pero los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que aquel negocio se hizo *para defraudarlas*, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario».

La Sala debe asumir la idea de fraude, que se exterioriza en los hechos quinto y sexto de la demanda, en el sentido de que todo el conjunto de operaciones y negocios jurídicos «realizados» por el causante, donación de la nuda propiedad, declarada «no colacionable», documento privado

otorgado el siguiente día en el que se establecían las contraprestaciones, y posterior otorgamiento de testamento, atribuyendo en legado a la donataria la mitad de libre disposición, y en pago de la legítima atribuía a un biznieto de cortísima edad la otra mitad de sus bienes, nombrando administrador de los bienes que así se atribuían a este último al mismo letrado que diseñó todas estas operaciones o negocios jurídicos, no es sino una maquinación para defraudar y burlar los derechos legitimarios y las normas de orden público que regulan la legítima colectiva en Aragón, y cuya sanción (art. 6.4 CC.) es la aplicación de las normas que se hubieran tratado de eludir.

Y sí el objetivo final era defraudar el contenido cuantitativo de la legítima, si la realidad económica subyacente era transmitir la total propiedad de la vivienda, lo que se lograba separando artificiosamente la nuda propiedad, objeto estricto de la donación, con el usufructo, tal operación, tratándose el donante de una persona de 91 años de edad, operado de un melanoma de coroides, suponía una real y muy próxima atribución de la plena propiedad del piso, dado que con la muerte del donante se extinguiría el usufructo reservado a su favor, consolidándose a favor de la donataria la plena propiedad de lo donado, hurtando así artificiosamente del cómputo de la legítima el valor del usufructo. Con ese artificio se burla la regla de la suma del *donatum* al *relictum*, pues no se integraría ni en el uno ni en el otro.

Por ello la cantidad que debe traerse a colación es el valor real de los bienes donados al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima, por lo que no hay razón para dar preferencia al valor consignado en la escritura, valores que tienen siempre la transcendencia tributaria del acto o negocio jurídico.

No se alcanza a comprender el último motivo del recurso referido a la atribución de la reintegración a favor del biznieto, dado que con independencia de que esta Sala comparta o no la argumentación del juzgado como tampoco la atribución de la reducción en su integridad a favor del biznieto, (lo contrario resulta del art. 179.2 LS que al hacer tributario de la acción *ad suplementum* a los legitimarios de grado preferente, de modo que «cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal», individualiza el derecho a la reducción, opera una anulación del carácter colectivo de la legítima, que pasa en este concreto aspecto a operar como si de legítima individual se tratase), es lo cierto que la sentencia de instancia ha resuelto en el sentido postulado por el recurrente, ordenando la total entrega del dinero al mencionado biznieto. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.

Octavo: Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec.).

48

NÚM. 48

S. APZ de 15 de junio de 2009

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Otras situaciones de comunidad: ***Inexistencia de situación permanente de comunidad familiar sobre la vivienda en la que conviven un padre, jubilado, hija y yerno. No hay pacto alguno que ordene una suma de esfuerzos individuales y que organice las tareas desarrolladas en común, pues ninguna había. La convivencia y asistencia al difunto es un dato irrelevante, que además no es exclusivo de la parte recurrente. Alegación interesada del art. 34 Comp. para dividir la propiedad de la vivienda en tres partes iguales.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 34 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Roberto García Martínez.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Caspe se siguen autos de división de herencia (núm. 86/2008); la sentencia del Juzgado de 6 de marzo de 2009 estima la demanda y acuerda el inventario de la herencia; los demandados interponen recurso de apelación (rollo 245/2009) que la APZ (Secc. Quinta) estima en parte.

Fundamentos de derecho

No se aceptan los que figuran en la sentencia apelada y,

Primero: Mediante su recurso la parte demandada aspira a que le sea reconocida en esta alzada la inclusión en el inventario de determinado bien inmueble en la forma que ha dejado interesada. Para alcanzar este objetivo desenvuelve dos razonamientos que no se pueden compartir a la vista de lo probado.

En efecto, en la pretensión de la parte recurrente convergen dos razonamientos y por ambas vías alcanza la misma solución. Conforme al primero, y con apoyo normativo en la Compilación que establece en su artículo 34, bajo la rúbrica «otras situaciones de comunidad», unos criterios de aplicación para el caso de disolución de una situación permanente de comunidad familiar, considera que el reparto de la casa controvertida ha de realizarse, según refiere, dejando sólo un tercio en el patrimonio privativo de don. Para ello, la parte recurrente considera un ejemplo de tal fenómeno el originado en la casa en la que convivían determinadas personas a quienes califica de asociados en una situación permanente de comunidad familiar.

Desde otro acercamiento, y al amparo del contrato de compraventa de la vivienda realizado el 17 de marzo de 1975, la parte recurrente alcanza el mismo resultado.

Por su parte, la sentencia recurrida establece en su fallo que el inventario de la herencia de don y doña estará formado, entre otros, por los siguientes bienes: a) Como bienes privativos de doña no existe ninguno, siendo bien privativo de don la finca urbana situada en Poblado número de la localidad de, actualmente demarcada como calle número 1 de..., con referencias catastrales, y .

Segundo: La trascendencia cualitativa de ese socorro enfatizado por la parte recurrente, que bien puede considerarse mutuo a la vista de la declaración de la actora, no califica a esta situación de simple convivencia de una comunidad de vida y trabajo. No hay pacto alguno que ordene una suma de esfuerzos individuales y que organice las tareas desarrolladas en común pues ninguna había. En este sentido, en la venta de pescado no colaboraba el Sr. Tampoco se deduce por hechos concluyentes un deseo y voluntad común en tal sentido. Por consiguiente, habrá que deducir la inexistencia de esa particular *affectio* por no contar con hechos suficientemente reveladores de tal designio común.

No podemos dejar de lado la prueba practicada en la instancia inferior y por esta no se puede afirmar que la vivienda controvertida, sobre la que se alega una situación permanente de comunidad familiar, fuera propiedad de don sólo en un tercio. En efecto, la prueba no ha permitido concluir en el sentido interesado. Con estos antecedentes no es lógico pensar que se constituyese la comunidad pretendida. Antes al contrario, y como hemos dejado dicho con anterioridad, la convivencia y asistencia al difunto es un dato irrelevante que además no es exclusivo de la parte recurrente. En efecto, la actora también dijo contribuir a este apoyo. En definitiva, que no creemos que haya razones atendibles para descubrir en la simple convivencia un fenómeno del tipo y consecuencias que pretende la parte recurrente. Las simples relaciones entre un padre, por lo demás jubilado, hija y yerno no se explican a la interesada luz que se expone.

Tercero: En cambio, con la base que nos ofrece la lectura del contrato de compraventa que arguye la parte recurrente, el recurso será estimado pero no con el alcance que se pretende.

En efecto, si nos atenemos al contrato que obra en los autos, resulta que la compra de la vivienda se realiza el 17 de marzo de 1975 por don... y su familia identificando por tales a su hija doña y a su yerno, don. Es decir, podemos afirmar que, de conformidad con el primer pacto del contrato y atendiendo a sus antecedentes, nos encontramos ante dos partes compradoras por mitades e iguales partes. Además contamos con una interpretación del contrato que podemos calificar de auténtica y que se encuentra también en los autos. Nos referimos a la escritura de liquidación de sociedad conyugal y aceptación de herencia realizada, ante el notario de, el día 15 de septiembre de 2004 por los herederos don..., doña... y don... En este documento, y en relación con la vivienda de continua cita, la parte recurrente se declara titular de una mitad indivisa, reconociendo la titularidad de la otra mitad a don...

Cuarto: Como decimos, por la lectura de este contrato de compraventa se hace visible la presencia de dos partes compradoras claramente diferenciadas. En este sentido, no podemos compartir que la presencia y firma de la hija y yerno fuese como simples testigos. No creemos que su intervención tenga ese mínimo alcance sin compromiso jurídico. Es más sencillo de entender su presencia y firma si los consideramos también como parte compradora. Por el contrario, su función de testigos no se acaba de explicar al no ser necesarios en el caso. Incluso la financiación de la compra, que no adjudicación, pudo ser atendida por las distintas cantidades percibidas no sólo por el Sr. sino también por el Sr.

Quinto: Estimado en los términos expuestos el recurso deducido por la parte demandada, no se realiza pronunciamiento de condena acerca de las costas causadas en esta alzada. De igual forma, la estimación parcial de su pretensión impide un pronunciamiento de condena acerca de las costas causadas en primera instancia.

49

NÚM. 49

A. APZ de 6 de octubre de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Menor mayor de 14 años: ***Los padres tienen el derecho y la obligación de visitar y relacionarse con el hijo (art. 56 LDp.), pero si el menor ha cumplido los 14 años, su capacidad de obrar exige valorar la decisión del menor, siempre que sea fruto de una reflexión madura adecuada y no se vea afectado su propio interés. El menor de manera espontánea y madura ha expuesto que prefiere la libre comunicación con su padre, por lo que procede modificar en este sentido el régimen de visitas del padre.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 56 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arqué Bescós.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 16 de Zaragoza se siguen autos de ejecución de títulos judiciales (núm. 136/2009); el auto del Juzgado de 19 de marzo de 2009 desestima la oposición planteada por el padre y se manda seguir adelante con el régimen de visitas acordado; el demandado presenta recurso de apelación (rollo núm. 393/2009), que la APZ (Secc. Segunda) estima, debiendo acomodarse el régimen de visitas a lo razonado en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Sentencia ejecutada establecía un régimen de visitas de fines de semana alternos, resolución que fue confirmada por Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2008.

Segundo: Es cierto que el artículo 56 de la Ley 13/2006 de Aragón, establece el derecho y la obligación de visitar y relacionarse con el hijo pero también lo es que es característica secular del Derecho Aragonés, la capacidad del menor, mayor de 14 años, debiéndose valorar la decisión del menor, siempre que sea fruto de una reflexión madura y adecuada y no se vea afectado su propio interés.

Tercero: Por otro lado debe también tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo este tipo de procesos y habiendo cumplido el menor en marzo del presente año los 14 años, deberá valorarse la actual situación a la hora de resolverse el recurso, cuestión que por otro lado ya dejó adelantada esta Sala en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de 19 de diciembre de 2008, en la que se resolvió el recurso de apelación en el procedimiento de divorcio.

Cuarto: Efectivamente el menor de manera espontánea y madura ha expuesto que prefiere la libre comunicación con su padre, dada las razones que expone y que son claramente atendibles, así lo entiende igualmente el Ministerio Fiscal, por lo que procede estimar el recurso, dejando sin efecto el auto recurrido.

Quinto: La naturaleza estrictamente familiar de los intereses en conflicto aconseja no hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en ambas instancias.

50

NÚM. 50

S. APZ de 8 de octubre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Aplicación del art. 541 Cc.: ***El criterio de la STSJA de 4 de febrero de 2004 es que, si bien el art. 145 Comp. deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 Cc., hay que entender que respetando nuestro peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, que serán los que la Compilación determina en el art. 145. Por tanto la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional con las luces y vistas, lo que no es el caso.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 145 Comp., 541 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Juan Ignacio Medrano Sánchez.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Calatayud se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 485/2008) en solicitud de declaración de existencia de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia; la sentencia del Juzgado de 3 de marzo de 2009 desestima la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (rollo 294/2009) que la APZ (Secc. Segunda) desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La parte recurrente accionó en solicitud de declaración de la existencia de luces y vistas a favor del predio de su propiedad, siendo el predio sirviente el de la parte demandada. Se explicaba en la demanda el origen unitario que tuvo en su día las fincas y que tras su reparto entre sus primitivos propietarios quedó en su actual estado siquiera «antes de dicho reparto ya existían las ventanas de mi mandante, sin reja ni rete, debiendo considerarse que dichos huecos constituyen signos aparentes (sic) de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia». Además se reseñará que los propietarios de ambos predios construyeron «lo que hoy es el edificio de mi mandante con un alero o voladizo en el tejado… que vierte y ocupa en parte a lo que hoy es el solar del demandado».

Segundo: La sentencia de instancia desestimará la demanda y contra la misma se alzará, en un breve recurso, la parte demandante, recurrió en el que se denunciará una errónea valoración de la prueba, debiendo afirmarse tres presupuestos fácticos, a saber: 1) que las fincas fueron antes una única con la preexistencia *ab initio* de las ventanas objeto del procedimiento, 2) la existencia de una alero en su propiedad y la inexistencia de un equivalente en la propiedad de la demandada y 3) la inexistencia de reja y rete desde la construcción del edificio, lo que debe llevar a concluir, en el sentir de la parte recurrente, que sí existe la servidumbre constituida «por destino del padre de familia».

Pero esos datos no son objeto de discusión. Y la fundamentación jurídica que

sustenta la sentencia de instancia no merecerá ningún reproche en el recurso.

En efecto tal solución se asienta en el criterio del TSJA, (S. de 4 de febrero de 2004) que interpretando los arts. 144 y 145 de la Compilación ha sentado que «la vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el art. 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 del Código Civil, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código Civil, hay que entender que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP de 9 julio de 1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 del Código Civil.

Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal a quo que la interpretación del art. 145 de la Compilación, sostenido por los recurrentes, desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando sus signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad».

Por tanto la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional de las luces y vistas, lo que no es el caso. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.

Tercero: Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec).

51

NÚM. 51

S. APZ de 20 de octubre de 2009

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES: Rescisión por fraude: ***Las participaciones sociales de una sociedad civil constituida constante matrimonio, sin prueba de que su adquisición se hiciera con dinero privativo del esposo, son bienes comunes (28.2, j y k Lrem.). Uno de los contrapesos a la agilidad de la disposición de bienes comunes frente a terceros es la posibilidad de rescisión por fraude (art. 54 Lrem.). Las participaciones sociales son bienes comunes, han sido vendidas por el marido a sus hermanas por un precio notoriamente alejado del real con la finalidad de evitar que formaran parte de los bienes susceptibles de liquidación en el proceso de divorcio, con lo que se aprecia que hay «consilium fraudis» y se rescinde la compraventa.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 28, 29, 54 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Luis Pastor Oliver.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 11 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 1650/2008) para determinar si la venta de las participaciones sociales de una sociedad civil, que estaban a nombre del esposo, es rescindible por haberse efectuado en fraude de los derechos de la entonces esposa; la sentencia del Juzgado de 24 de junio de 2009 desestima la demanda; la actora presenta recurso de apelación (rollo 450/2009) que la APZ (Secc. Quinta) estima, declara la rescisión del contrato de compraventa de participaciones sociales, decreta

la devolución de dichas participaciones al activo del consorcio conyugal y ordena la devolución por parte del consorcio conyugal a las compradoras de la cantidad pagada por ellas al vendedor.

Fundamentos de derecho

No se aceptan los de la sentencia recurrida, y

Primero: El presente procedimiento tiene por finalidad la determinación de si la venta de las participaciones sociales de una sociedad civil, que estaban a nombre del esposo, es rescindible por haberse efectuado en fraude de los derechos de la entonces esposa. Utilizando a tal efecto el cauce jurídico del artículo 54 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero «de Régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón».

Dice tal precepto: «*El acto de disposición realizado a Título oneroso por uno de los cónyuges sobre el patrimonio común en fraude de los derechos del otro cónyuge podrá rescindirse a solicitud de este último, si el adquirente hubiere sido cómplice en el fraude*».

Segundo: La sentencia de primera instancia desestima la demanda pues considera que el bien objeto de dicha transacción era privativo del marido, por lo que no se da el primer requisito para la aplicación del instituto rescisorio del artículo 54 citado.

Recurre la demandante, pues considera que aquel bien no es privativo sino consorcial, por aplicación del art. 28 Ley 2/03. Existiendo fraude por la condición de los compradores (hermanas del esposo vendedor) y por la naturaleza «vil» del precio acordado, en relación con el precio real de esas participaciones sociales.

Tercero: Antes de analizar la aplicación e interpretación de la normativa jurídica, concretaremos los hechos a los que ha de aplicarse.

El matrimonio (padres de los demandados) tenía en propiedad un negocio de bar-restaurante en la localidad de (Avda...). Esta propiedad está documentada desde 1982.

En el año 1998 fallece el marido y padre de los demandados. Ese mismo año estos junto con su madre aceptan la herencia de aquél. Y aunque no está explicitado el negocio de hostelería, sí se identifica con determinados inmuebles, en los que –al parecer– se asienta su ejercicio. De esta manera, el negocio citado queda en cuanto a titularidades de la siguiente manera: mitad indivisa de la propiedad para la madre, doña...; nuda propiedad de la otra mitad indivisa para los tres hijos (ahora demandados) y usufructo de esta última mitad a favor de la madre.

En ese mismo año 1998 se cambia la titularidad administrativa del negocio a nombre de la madre.

En agosto de 2002 contraen matrimonio la actora y el demandado que se ha regido por el régimen común de consorcialidad.

El 1 de septiembre de 2004 se constituye entre los tres hermanos una sociedad civil, cuyo objeto social era la explotación de ese negocio de hostelería familiar o de cualquier otro que pudiera interesar a los tres hermanos.

El 30 de julio de 2007 el esposo vende a sus hermanas sus 60 participaciones sociales por un precio total de 3.000 euros. A pesar de lo cual quedará prestando sus servicios para el restaurante, bien como autónomo, bien como trabajador, pero no como socio y percibiendo la misma suma mensual que hasta entonces venía cobrando.

Y el día 30 de septiembre de 2007 (dos meses después) se redactó la demanda de divorcio del Sr. frente a su esposa Dña...

Cuarto: De lo expuesto se deduce que la tercera parte de la mitad indivisa de la nuda propiedad del negocio de hostelería sito en la Avda... núm... de..., es privativo del Sr., pues a él pertenecía al iniciarse el Consorcio (art. 29 párrafo primero de la Ley 2/03).

Sin embargo, no se puede identificar ese negocio con la sociedad que lo explota. La propia tesis del demandado así lo da a

entender. El negocio sigue siendo de la madre, por cuya razón percibe 600 €/ mensuales de la sociedad explotadora del bar-restaurante. Por lo tanto, el contenido de la sociedad civil no coincide con el negocio. Es la explotadora (en régimen de cesión o arrendamiento) de un negocio ajeno, a cuyo fin se constituye.

Por lo tanto, habrá que estar a la fecha de su constitución –posterior al matrimonio– para aplicar la norma pertinente.

Y esta es el art 28-2. Más concretamente en los apartados «j» y –principalmente– «k». Estamos ante la fundación de una explotación económica o –si se quiere– frente a la adquisición de unas participaciones sociales realizadas constante matrimonio. Sin que haya prueba alguna de que se hicieran con dinero privativo del esposo.

Por ello, esas participaciones sociales ostentan la condición de «bienes comunes».

Quinto: Pero, aunque la sociedad civil se identifique plenamente con el negocio familiar, no consta en virtud de qué título dicho bien inmaterial pasó de la madre a los hijos. Tampoco se explica por el demandado. Es más, este sigue insistiendo en que la propiedad de aquél sigue siendo de la madre, que una vez jubilada trasladó la titularidad administrativa a sus hijos, reunidos en forma societaria. Tesis razonable, pues si doña... tenía 59 años en 1998 (fecha de la aceptación de herencia de su marido), en 2004 (fecha de constitución de «...») tendría 65 años, que marcan la edad ordinaria de jubilación.

Por ello, sigue sin poderse aceptar que el negocio de bar-restaurante haya entrado en el patrimonio del demandado como proveniente de la herencia de su padre.

Tampoco consta que la madre, usufructuaria vidual, haya extinguido o modificado su relación jurídica con el meritado negocio.

Pero, tampoco se ha alegado siquiera que el usufructo vidual se haya sustituido por el causante por una renta mensual (art. 102 Ley 2/03), ni que haya habido pacto de transformación del mismo ex art. 109 Ley 2/03.

Por lo que procede reiterar las consecuencias jurídicas hasta ahora recogidas.

Sexto: En definitiva, las participaciones sociales no pueden calificarse como privativas del esposo, por lo que se da el primer requisito del art 54 de la Ley REMV.

Queda, pues, discernir si hubo fraude en la transmisión de esas participaciones a favor de sus hermanas.

En este sentido hay que tener en cuenta que la nueva concepción de la gestión de los bienes comunes (arts. 47 y ss. Ley 2/03) tiende en cierta medida a flexibilizar la representatividad del consorcio frente a terceros, aunque no conste externamente la actuación de ambos cónyuges. Pero esta agilidad para el tráfico ha de tener una serie de necesarios contrapesos. Uno de los cuales es, precisamente, la posibilidad de rescindir el negocio hecho con terceros por un cónyuge cuando este y los terceros actuaran de consuno en perjuicio de los intereses del cónyuge no contratante. Se exige, pues, el «consilium fraudis».

Y en este caso hay que entender que sí ha existido.

Septimo: La relación personal de vendedor y compradores. La cercanía temporal con la demanda de divorcio y el escaso precio dado a esas participaciones, constituyen los requisitos básicos para deducir que la finalidad del negocio de venta de participaciones sociales era, no tanto, un real deseo de trasladar ese patrimonio social a las hermanas, sino de evitar que formara parte de los bienes susceptibles de liquidación en el proceso de divorcio.

De hecho el demandado sigue en el mismo puesto de trabajo. Y resulta poco convincente que la venta obedezca a sus dificultades para decidir sobre la marcha de la sociedad como consecuencia de su divorcio.

En cuanto a la naturaleza del precio de dicha compraventa, no existen más datos

que los de pericial judicial. De ello se infiere –ex art 348 LEC– que el valor de las participaciones vendidas asciende a 19.985,27 euros. Sin que ese resultado haya sido discutido ni contradicho por prueba contradictoria de igual entidad. Siendo perfectamente razonable el sistema de «ratios medias» empleado por el perito, como medio de ponderación unánimemente admitido en el sector de la contabilidad.

Por lo tanto, un precio de venta notoriamente alejado del real. Más de seis veces inferior.

Toda esta conjunción de datos permite concluir que sí hubo el «consilium fraudis» exigido por el art. 54 Ley 2/03.

Octavo: La estimación del recurso y de la demanda llevarán consigo los pertinentes pronunciamientos en materia de costas (arts. 394 y 398 LEC).

52

NÚM. 52

S. APZ de 1 de diciembre de 2009

73: SUCESIÓN PACCIONADA: REVOCACIÓN: Señorío mayor: ***En la reserva del señorío mayor pactada no se recoge expresamente la obligación de convivencia del instituido con los instituyentes; obligación tampoco impuesta en los arts. 102.1 Comp. o 73 Lsuc. La STSJA 9 de noviembre de 1991 considera la convivencia ínsita en la reserva de señorío mayor, pero el supuesto fáctico era muy diferente. En el supuesto de autos únicamente se establecían unas cargas económicas cuyo incumplimiento no ha sido denunciado, por lo que la exclusiva mención al señorío mayor no parece determinante de la obligación de convivencia. La falta de convivencia no puede constituir, por tanto, causa de revocación unilateral del pacto sucesorio.***

73: SUCESIÓN PACCIONADA: REVOCACIÓN: Plazo: ***La doctrina no es unánime en cuanto al plazo del ejercicio de la acción de revocación unilateral del pacto sucesorio, si el de 15 años (art. 1966 Cc.), el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1299 Cc.) o el 1 año (donación por ingratitud del art. 652 Cc.), tesis esta mayoritaria. El cómputo se inicia desde el día en que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción (art. 652 Cc. y STSJA de 19 de noviembre de 1991).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 102 Comp., 73 Lsuc., 654, 1966, 1999 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arqué Bescós.***

Ante el Juzgado de 1ª Instancia e instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 86/2008) sobre nulidad de revocación de pacto sucesorio; la sentencia del Juzgado de 16 de febrero de 2009 estima la demanda y declara la nulidad de la revocación del pacto sucesorio contenida en la escritura de 2007; la demandada interpone recurso de apelación (rollo 348/2009) que la APZ (Secc. Segunda) estima en parte para dejar sin efecto la condena en costas impuesta a la parte demandada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Sentencia recaída en la 1ª Instancia estimatoria de la demanda sobre nulidad de la revocación del pacto sucesorio contenida en la escritura de 30 de noviembre de 2007, en relación al nombramiento paccionado de heredero contenido en la escritura de 19 de febrero de 1982, es objeto de recurso por la representación de la demandada, Sra..., que en su escrito de interposición considera que está acreditado que el actor, instituido heredero con reserva del usufructo del y de la admisión de los bienes, quedó obligado a continuar en el domicilio familiar, que la necesidad de convivencia está insita en él, así lo entiende la mejor doctrina y viene exigida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de noviembre de 1991.

Segundo: La institución a favor del actor ya que fue revocada por la recurrente en escritura de 8 de marzo de 2006 que derivó en el litigio anterior entre las partes, dando lugar a la declaración de nulidad de la revocación del pacto sucesorio por Sentencia del Juzgado de 17 de enero de 2007, confirmada por esta Sala en Sentencia de 4 de octubre de 2007. En el presente litigio la nueva revocación del pacto sucesorio a favor del actor se ciñe por haber incumplido el instituido la carga de convivencia ínsita se alega en el que los instituyentes se reservaron.

El pacto sucesorio establecía: »Primero: don y doña nombran e instituyen heredero universal del lote número ochenta y cinco del poblado de, integrado por las cuatro fincas descritas en el apartado Primero de la parte expositiva de esta escritura, a su hijo don..., si bien sujetándole a las siguientes limitaciones y condiciones: A) Los instituyentes se reservan el usufructo simultáneo y sucesivo, señorío mayor y administración, de los bienes que comprende la institución. B) Manifiestan los instituyentes tener otros cinco hijos llamados doña..., doña..., doña..., doña... y don..., a cada uno de los cuales el heredero don... deberá entregarles, si los instituyentes no lo hicieran durante su vida, la suma de cincuenta mil pesetas, en pago de sus derechos legitimarios paternos y maternos; y además los instituyentes ruegan al heredero y le imponen la obligación, respecto de su hermano don de sufragarle los gastos necesarios para en el tiempo y la forma usuales realice los estudios que le den un medio de vida para el futuro, hasta su terminación, en el plazo que normalmente se precise para ellos: Segundo: don acepta la institución deferida a su favor en la cláusula anterior y promete cumplir fielmente las condiciones y obligaciones impuestas por su padres.

Tercero: La cuestión pues discutible es si el pacto anteriormente mencionado lleva «in situ» la obligación de convivencia del instituido con los instituyentes.

En la escritura de 19 de febrero de 1982 no se recoge expresamente dicha obligación y en la compilación aplicable al momento del pacto en su art. 102.1 no se hace referencia al deber de convivencia sino a las obligaciones y cargas impuestas a favor de la casa, tampoco el art. 73 de la Ley de Sucesiones de Aragón impone dicha obligación. La Sentencia del TSJA de 9 de noviembre de 1991 analiza a la postre un caso en que no existía un pacto expreso de convivencia considerando esta «in situ» al mismo, pero el supuesto fáctico en cuanto a los pactos alcanzados era muy diferente, de ahí que compartamos la tesis de la Sentencia recurrida en su muy fundamentada y extensa argumentación en cuanto a que el supuesto incumplimiento no puede constituir la causa de revocación unilateral del pacto sucesorio, dado que en el supuesto de autos únicamente se establecían unas cargas económicas cuyo incumplimiento no ha sido denunciado, por lo que la exclusiva mención al Señorío Mayor no parece determinante de la obligación de convivencia denunciada por la instituyente en su recurso.

Cuarto: Otra cuestión también, a tener en cuenta es que habiendo cesado la convivencia hace más de veinte años según se declara probado por la Sentencia recurrida y admiten las partes, habrá de atenderse al plazo para ejercitar la revocación unilateral del pacto en virtud de la causa denunciada y al comienzo del *dies a quo* para su cómputo. Cualquiera que se considere la legislación aplicable al supuesto, la doctrina no es unánime en cuanto al plazo del ejercicio si el de 15 años (art. 1966 del CC), el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1999 del CC) o el de 1 año (donación por ingratitud del art. 652 del CC), tesis esta la mayoritaria.

Y en cuanto al día en que se inicia para su cómputo, este ha de ser conforme señala el art. 652 del CC y la STSJA de 19 de noviembre de 1991 desde que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción, siendo hecho incontrovertido el abandono de la casa hace más de veinte años por el instituido, por lo que estaría en virtud de lo anteriormente expuesto caducado el derecho a

revocar unilateralmente el pacto sucesorio por la recurrente, por lo que también por este apartado la demanda debería ser desestimada.

Quinto: Como la cuestión admite dudas de derecho razonables parece aconsejable no imponer las costas de la 1ª Instancia a la parte demandada, único punto en que se revoca la Sentencia apelada (art. 394 de la LEC).

Sexto: No procede hacer especial declaración sobre las costas del recurso (art. 398 de la LEC).

53

NÚM. 53

S. APZ de 4 de diciembre de 2009

84: SERVIDUMBRES: De paso: Usucapión: ***Respecto de una calle de propiedad privada pero de uso público, al ser un espacio ajeno a cualquier posibilidad de posesión de conformidad con lo previsto en los arts. 344 y 437 Cc., no cabe la adquisición por usucapión de una servidumbre de paso.***

Disposiciones citadas: ***arts. 147 Comp., 344, 437 y 544 Cc.***

Ponente: ***doña Ivana María Larrosa Ibánez.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 19 de Zaragoza se siguen autos de juicio ordinario (núm. 938/2008); la sentencia del Juzgado de 20 de marzo de 2009 desestima la demanda; la demandada presenta recurso de apelación (rollo núm. 314/2009) que la APZ (Secc. Cuarta) estima sólo para suprimir la imposición de las costas de la primera instancia.

Fundamentos jurídicos

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la Sentencia apelada y

Primero: La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión de la parte actora consistente en la declaración de la obligación de la Comunidad demandada de contribuir a los gastos de reparación de la calle peatonal sita entre ambas comunidades al considerar probado que la calle peatonal existente entre ambas comunidades es de carácter privado pero de uso público, es decir de titularidad, mantenimiento y conservación privadas pero vinculadas al uso público continuo. No se ha constituido sobre la misma ningún derecho de servidumbre de paso que obligaría a la Comunidad demandada a contribuir a los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de la misma, conforme a las previsiones que se establecían en el art.6 de la Declaración de Obra Nueva y Constitución de Propiedad Horizontal de la parte actora y que atribuían la posibilidad del promotor de establecer en un futuro una servidumbre.

Contra dicha resolución se alza la recurrente, impugnándola y alegando incongruencia de la Sentencia y error en la valoración de la prueba. La parte demandada se opone al recurso solicitando la íntegra estimación de la Sentencia apelada. Entiende que la demandada debe contribuir a los gastos de mantenimiento y reparación de la calle peatonal existente entre ambas comunidades dado la constitución de una servidumbre de paso adquirida por usucapión. Por último y materia de costas, solicita la no imposición de costas, tanto en primera instancia como en esta alzada, alegando la inexistencia de mala fe a lo largo de todo el procedimiento.

Segundo: Respecto al primer alegato del recurso, errónea apreciación de la prueba, esta Sala considera de la valoración conjunta de la totalidad de la prueba practicada que el motivo debe de ser desestimado, y ello por cuanto ha quedado acreditado del Certificado emitido por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que la calle... según el Plan General de Ordenación del Territorio de Aragón aprobado el 6 de junio de 2008 es un espacio libre privado de uso público, folios 98 y 99, la naturaleza privada de uso público de la calle peatonal existente entre ambas comunidades. De este espacio pue-

den hacer uso tanto los vecinos de las Comunidades de la calle..., 1, 3 y 5, como de la Comunidad, como vía de paso para acceder a sus viviendas, sirviendo además de cubierta de los garajes privativos de la Comunidad apelante.

Respecto a la existencia de una servidumbre de paso en la calle... y la posibilidad de haberse constituido por usucapión conforme al art. 147 de la Compilación Aragonesa, ha quedado acreditado que la previsión de reserva por parte de los promotores de la edificación de la calle... núm. 3, 5 y 1 de Zaragoza, de constituir la correspondiente servidumbre prevista en el art. 6 de la Declaración de obra nueva y Constitución de Propiedad Horizontal de la actora, no se ha llevado a efecto (folios 78 y 79), por lo que al no haberse constituido, tampoco cabe la aplicación de lo dispuesto en el art. 544 del CC. Por último y respecto a la posibilidad de haber sido adquirida por usucapión, debe ser igualmente desestimada habida cuenta de que estamos ante un espacio libre de uso público y por tanto ajeno a cualquier posibilidad de posesión de conformidad con lo previsto en los arts. 344 y 437 del CC. Por todo ello el motivo debe ser igualmente desestimado, considerando congruente el fallo de la sentencia de instancia en este aspecto.

Tercero: En materia de costas, esta Sala atendiendo a la naturaleza de la cuestión debatida, y a la inexistencia de temeridad o mala fe procesal por parte de la apelante y de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1, 397 y 398.2 de la LEC, acuerda la no imposición en materia de costas en primera instancia a la parte apelante y en consecuencia la no imposición de las mismas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

54

NÚM. 54

S. APZ de 21 de diciembre de 2009

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Pacto de muebles por sitios: ***En virtud de un pacto entre ambos cónyuges plasmado en escritura pública de 1991, al amparo de la facultad conferida por el art. 29 Comp. y al efecto de restringir la comunidad conyugal, atribuyeron la condición de bienes sitios, propios con carácter exclusivo de la mujer, a unas participaciones sociales de carácter consorcial. Ese pacto origina un derecho de crédito del patrimonio consorcial frente al privativo de la mujer por aplicación del art. 47.1 Comp. Previsión normativa recogida en el art. 33.2 Lrem., sin que esta Ley suponga, por lo tanto, variación sustancial alguna sobre dicha materia.***

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL: COMUNIDAD POSCONSORCIAL: Gestión: ***Acreditada la falta de consenso entre los litigantes, hijos y herederos testamentarios de los cónyuges fallecidos, en cuanto a la administración de las 80 participaciones sociales que tienen el carácter de bienes comunes o consorciales del referido matrimonio, resulta procedente, conforme al art. 809.2 Lec., proveer sobre la administración de tales participaciones sociales hasta que concluya el proceso de liquidación del régimen económico de los padres, procediendo a la designación de administrador, lo que deberá llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia en la correspondiente pieza incidental.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 29, 47, 55 Comp., 33 y 80 Lrem., 809.2 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Eduardo Navarro Peña.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 8 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (fase de formación de inventario) (núm. 1616/2008); la sentencia del Juzgado de 6 de julio de 2009 estima el incidente y acuerda incluir en el inventario los bienes relacionados en el fundamento jurídico primero; las demandadas presentan recurso de apelación (rollo 476/2009) que la APZ (Secc. Cuarta) estima en parte y acuerda excluir del activo del inventario

las joyas y que por el Juzgado se proceda a sustanciar pieza incidental del presente procedimiento para designar administrador de las 80 participaciones sociales que forman parte del activo consorcial hasta que concluyan las operaciones liquidatorias del consorcio conyugal.

Fundamentos de derecho

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los de la presente; y

Primero: La parte demandada recurre en apelación contra la mentada sentencia de primer grado, impugnando en primer lugar el pronunciamiento de la misma por el que se acuerda incluir en el activo del inventario del patrimonio del consorcio conyugal del matrimonio formado por don y doña, consorcio conyugal disuelto por el fallecimiento de la esposa en fecha de 25 de mayo de 2005, unas joyas que aparecen en una fotografía de origen y fecha desconocidos (folio 190 de los autos), que se aportó por la contraparte en el acta de formación del citado inventario y que no había relacionado en la propuesta de inventario formulada por la misma en su escrito inicial promoviendo el presente procedimiento, pronunciamiento cuya revocación interesa por considerarlo no ajustado a derecho al incurrir en error en la valoración de la prueba.

Es de acoger este primer motivo del recurso, toda vez que sólo son incluibles en el inventario, conforme disponía el artículo 55.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y en la actualidad el artículo 80 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, de régimen económico matrimonial y viudedad, los bienes, que, real o presuntivamente, fuesen comunes, y se hallasen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo, así como aquellos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial.

La aportación por parte de los demandantes de una fotografía de una serie de diversas joyas, sin ningún dato que permita saber ni el origen de la misma, ni su fecha, no es prueba suficiente para tener por acreditado con base en la misma que las joyas fotografiadas eran bienes comunes de dicho matrimonio y que, además, existían al cesar su comunidad matrimonial, certeza que tampoco se alcanza con el complemento de otra fotografía, obrante al folio 200 de los autos, en la que aparecen ambos cónyuges y uno de sus hijos, portando la Sra. varias joyas, ya que del cotejo de ambas fotografías no es dable constatar la identidad de las joyas que aparecen en las dos, ni, en cualquier caso, se acredita que tales joyas existiesen el cesar la comunidad matrimonial de dichos cónyuges.

Procede, en consecuencia, la exclusión en el activo del referido inventario de las joyas que se describen en el acta de 24 de marzo de 2009.

Segundo: Se impugna en el siguiente motivo del recurso el pronunciamiento de la sentencia de primer grado, por el que se acuerda rechazar la solicitud de la parte hoy apelante en orden a la exclusión del activo del inventario de un crédito del consorcio frente al patrimonio privativo de la esposa fallecida Sra. por el valor de las 20 participaciones sociales de la mercantil «...», que formando parte de las 80 titularizadas a nombre de su esposo, don..., en la escritura pública de constitución de dicha mercantil, otorgada en fecha 30 de diciembre de 1985 ante el Notario de Zaragoza don..., bajo el núm... de su protocolo (folios 163 a 180 de los autos), bien común o consorcial, se les atribuyó en virtud de pacto entre ambos cónyuges plasmado en escritura pública de fecha de 21 de enero de 1991 otorgada ante el Notario de Zaragoza don..., con el núm. ... de su protocolo (folios 181 a 186 de autos), haciendo uso de la facultad que les confería el artículo 29 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y al efecto de restringir la comunidad conyugal, la condición de bienes sitios, propios con carácter exclusivo de doña..., debiendo constar desde ese mismo instante sólo a nombre de la misma como de su sola pertenencia, pronunciamiento cuya

revocación interesa por considerarlo no ajustado a derecho al incurrir en aplicación indebida de preceptos de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, y, en concreto, de su artículo 33, cuando la norma aplicable respecto de tal particular, de conformidad con la disposiciones transitorias de dicha ley aragonesa, era la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que en materia de pactos entre cónyuges sobre extensión o restricción de la comunidad conyugal no establece derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común.

Es de rechazar este segundo motivo del recurso por resultar carente de fundamento, toda vez que el artículo 47.1 de la citada Compilación establece que los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrase entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros, como acontece en el caso de la atribución a la Sra..., con el carácter de bien privativo de la misma, en virtud del referido pacto de restricción de la citada comunidad conyugal, de las 20 participaciones sociales de la referida mercantil, atribuidas a su esposo en la escritura de constitución de la misma, y que tenían el carácter de bienes comunes o consorciales, previsión normativa que es la que viene a recoger, a su vez, el artículo 33.2 de la vigente Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, sobre régimen económico matrimonial y viudedad, al establecer que los pactos sobre ampliación o restricción de la comunidad darán lugar, salvo disposición en contrario, al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común, sin que dicha Ley suponga, por lo tanto, variación sustancial alguna sobre dicha materia.

Procede, por lo tanto, confirmar el pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la inclusión en el activo del inventario del patrimonio consorcial del citado crédito que ostenta el patrimonio común frente al privativo de la causante, Sra..., por el valor de las referidas 20 participaciones sociales.

Tercero: Alega la parte demandada en el último de los motivos de su recurso la existencia de vicio de incongruencia omisiva en que incurre la sentencia de instancia, al no hacer pronunciamiento alguno respecto de la petición deducida por dicha parte en orden a la administración de las 80 participaciones sociales de la mercantil «de las que eran titulares los cónyuges y padres de los hoy litigantes, ya fallecidos, participaciones que son bienes comunes o consorciales, interesando de este Tribunal resuelva lo procedente sobre dicho extremo dada la situación de conflicto existente en cuanto a la gestión de la citada mercantil entre su administrador, el hoy demandante apelado, don..., quien se atribuye la titularidad de participaciones sociales por herencia de su fallecido padre, don, que todavía no tiene adjudicadas, y las demandadas apelantes, habiendo llegado a impedir a doña... la asistencia de la Junta General de socios celebrada en fecha de 23 de julio de 2009, pretextando desconocer que fuese titular de participación alguna de la referida mercantil, y no atendiendo, por otro lado, los requerimientos efectuados al mismo por doña para que le fuese facilitada con la debida antelación a la celebración de dicha Junta de los datos documentales y contables de la mercantil.

Es de estimar tal motivo del recurso, toda vez que acreditada cumplidamente por la prueba documental aportada por la parte apelante con su escrito de interposición del mismo la falta de consenso entre los litigantes, hijos y herederos testamentarios de los cónyuges fallecidos, don y doña, en cuanto a la administración de las 80 participaciones sociales de la referida mercantil que tienen el carácter de bienes comunes o consorciales del referido matrimonio, 60 de las cuales eran de titularidad del Sr. y las otras 20 de su esposa Sra..., según resulta de la escritura pública de constitución de «...», otorgada en fecha de 30 de diciembre de 1985, y de la ulterior escritura pública de fecha de 21 de enero de 1991 de restricción de la comunidad consorcial de dicho matrimonio y de venta de participaciones sociales de la referida mer-

cantil, resulta procedente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 809.2 de la LEC 2000, disponer lo procedente sobre la administración de tales participaciones sociales hasta que no concluya el proceso de liquidación del régimen económico del matrimonio de los padres de los ahora litigantes, procediendo a la designación de administrador, lo que deberá llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia en la correspondiente pieza incidental.

Cuarto: Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.2 y 398.2 de la LEC 2.000, no procede hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias a ninguna de las partes, debiendo cada una de las mismas satisfacer las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

C) RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2008, 2009, 2010)

55

NÚM. 55

S. JPI Zaragoza núm. 3 de 8 de abril de 2008

75: LEGÍTIMA: Lesión de la legítima: Prohibición de gravámenes: ***La limitación de la facultad de disposición de los bienes heredados impuesta en el testamento al heredero legitimario hasta que cumpla la edad de treinta años, restringe las facultades que sobre los bienes transmitidos tenía el causante por lo que constituye un gravamen a la legítima (art. 183 Lsuc.). No obrando justa causa para el gravamen, que conste en el título sucesorio o en documento público (art. 186.3ª), el gravamen ha de tenerse por no puesto (art. 184 Lsuc.). En consecuencia con lo anterior, los incisos del testamento que hacen referencia a la administración de los bienes de la herencia, en la medida que excedan de las reglas generales sobre la capacidad de los menores de 18 años, deben tenerse por ineficaces.***

Disposiciones citadas: ***arts. 182, 183, 184, 186, 187 Lsuc.***

Ponente: ***Ilmo. señor don Luis Alberto Gil Nogueras.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 1042/2007-B2) sobre nulidad de disposiciones testamentarias. Los padres del heredero legitimario menor de edad demandan a las albaceas y a la administradora de la herencia del causante en solicitud de que se declare, entre otros extremos, que debe tenerse por no puesta la siguiente disposición testamentaria: «Y le impone la limitación de no poder disponer de los bienes hasta que cumpla la edad de treinta años». Las demandadas contestan a la demanda suplicando la absolución de todos los pedimentos interesados en la demanda.

La sentencia estima parcialmente la demanda.

La sentencia argumenta extensamente sobre la regulación, histórica y en la Ley de sucesiones, de la intangibilidad cualitativa de la legítima, especialmente sobre la prohibición de gravámenes contenida en los arts. 183, 184, 186 y 187 Lsuc. Analiza los requisitos de la justa causa de gravamen.

También contiene amplias referencias a la libertad de designar albaceas junto a un administrador de una parte de los bienes de la herencia.

56

NÚM. 56

S. JPI Ejea núm. 1 de 16 de febrero de 2009

73: SUCESIÓN PACCIONADA: Revocación: Señorío mayor: ***En escritura***

pública de 2007 la instituyente sobreviviente revoca la institución de heredero a favor de su hijo «por haber incumplido el instituido la carga de convivencia ínsita en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron» en el pacto sucesorio realizado en 1982. La facultad de revocación debe tener la extensión que reconocía la Compilación, pero debe ejercitarse conforme al procedimiento y teniendo en cuenta las normas de duración y prescripción de la Ley 1/1999 (DT 2ª y 3ª).

El Juez entiende que no existe deber de convivencia ínsito en el señorío mayor, y en la escritura de 1982 no se recoge de forma expresa la obligación de convivencia, por lo que se declara la nulidad de la revocación.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 102 Comp., 69, 73, 86 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de procedimiento ordinario núm. 86/2008 en solicitud de declaración de nulidad de la revocación de pacto sucesorio contenida en escritura de 2007 «por haber incumplido la carga de convivencia ínsita en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron», al entender la parte actora que el señorío mayor pactado no implica necesariamente la convivencia en el mismo domicilio; la parte demandada entiende lo contrario. La sentencia del Juzgado estima la demanda y declara la nulidad de la revocación del pacto sucesorio, contenida en la escritura de 2007, en relación al nombramiento paccionado de heredero con atribución de bienes de presente contenido en escritura de 1982. Remítase testimonio de la sentencia a la Sra. Notario autorizante para la anotación de la nulidad de la revocación de la escritura impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La parte actora solicita, como pretensión principal, que se declare nula la revocación, realizada por la demandada en escritura pública de 30 de noviembre de 2007 (documento 2 de la demanda), de la institución de heredero contenida en escritura autorizada por el Notario José Enrique Cortés Valdés, el 19 de febrero de 1982. En el suplico se hace referencia a «la escritura de ocho de marzo de dos mil seis», lo que es un evidente error, ya que la escritura de dicha fecha es aquella en la que la demandada revocó la institución a favor del actor por causa de indignidad, y cuya impugnación ya dio lugar a otro procedimiento. Por lo tanto, debe entenderse que la referencia se hace a la escritura de 30 de noviembre de 2007, de la Notario María del Carmen Galán Bermejo, con número de protocolo 1232 (Notario y número de protocolo que sí aparecen correctamente referidos en el suplico).

El actor basa su pretensión en que la demandada revoca la institución por incumplimiento de la carga de convivencia insita en el señorío mayor que se reservaron los instituyentes y, según la demanda, el señorío mayor no lleva implícita dicha obligación de convivencia, sino que ha de ser pactada expresamente. Alega, además, que el cese de la convivencia se produjo hace ya más de 20 años, con conocimiento y consentimiento de los instituyentes, que incluso llegaron a ayudar económicamente al actor para que se marchase de casa. Alega también que no puede revocar la institución quien ha incumplido el pacto sucesorio, y en este caso la demandada ha incumplido su obligación de destinar los beneficios al sostenimiento y mejora de la casa, al mantener las cuentas de «la casa» en saldo negativo y tener otras, incluso fondos de inversión, en lugar de emplear dichas cantidades en la casa. Finalmente alega caducidad y prescripción de la acción para revocar.

La demandada, por su parte, se opone, y alega que el deber de convivencia está insito en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron, y que el actor incumplió dicho deber, por lo que cabe perfectamente la revocación. Niega el consentimiento al abandono del hogar familiar, y el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del pacto sucesorio. Por otra parte, entiende que no puede, apre-

ciarse caducidad o prescripción, ya que la ley no establece plazo alguno para el ejercicio de la acción, que podrá realizarse en cualquier momento siempre que concurra causa legal para ello.

Segundo: La demandada, junto con su difunto esposo P. L. A., y el hoy demandante, hijo de aquéllos, otórgaron el 19 de febrero de 1982 pacto sucesorio, en virtud del cual los consortes instituían heredero universal al actor, reservándose el usufructo simultáneo y sucesivo, señorío mayor y administración de los bienes. Asi consta en la escritura aportada como documento 1 de la demanda.

Según se deriva de la declaración de las partes y los testigos, hace ya más de 20 años, el demandante abandonó el domicilio familiar, en el que quedaron los instituyentes. Estos ayudaron económicamente al actor al abandonar dicho domicilio.

El 8 de marzo de 2006, habiendo ya fallecido el padre del actor y esposo de la demandada (en 1989), esta última otorgó escritura pública revocando la institución a favor del actor por haber incurrido este en causa de indignidad para suceder. Dicha escritura que impugnada por el hoy actor y en Sentencia de 17 de enero de 2007 dictada en este uzgado, se declaró nula la revocación del pacto sucesorio, lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial de Zaragoza en Sentencia de 4 de octubre de 2007. Así se acredita con el testimonio aportado a la demanda como documento núm. 4.

El 30 de noviembre de 2007, J. A. B. otorgó nueva escritura pública en la que manitestaba su voluntad de revocar la institución de heredero a favor de su hijo A. L. A., hecha en la escritura de 19 de febrero de 1982, «por haber incumplido el instituido... la carga de convivencia ínsita en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron». Así consta en la escritura aportada como documento 2 de la demanda.

Tercero: La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la normativa aplicable, puesto que el pacto sucesorio en virtud del cual se instituía al actor se realizó en 1982, estando vigente la Compilación de 1967. Vigente dicha norma es cuando se produjo también el abandono del domicilio familiar por parte del actor. En cambio, la escritura pública revocando la institución de heredero por parte de la demandada se realizó en 2007, vigente la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, de 1999, que deroga la regulación del derecho sucesorio incluida en la Compilación.

El apartado primero de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/99 establece que «conservarán su validez los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella», aunque en este caso no se está discutiendo la validez del pacto sucesorio. Por su parte, el apartado primero de la disposición transitoria tercera prevé que las acciones, derechos y deberes nacidos antes de regir esta Ley, pero no ejercitados o cumplidos a su entrada en vigor, subsitirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en esta Ley». Teniendo en cuenta que el Señorío Mayor se pactó antes de entrar en vigor la Ley 1/99, y que el abandono del domicilio familiar se produjo antes de entrar en vigor dicha ley, siendo dicho abandono lo que se invoca, como causa de revocación de la institución de heredero, debe entenderse que dicha facultad de revocación debe tener la extensión que reconocía la Compilación, pero que debe ejercitarse conforme al procedimiento y teniendo en cuenta las normas de duración y prescripción contenidas en la Ley 1/99.

Cuarto: Lo anterior significa que la revocación deberá llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1/99, que dispone lo siguiente:

«l. El disponente solo puede revocar unilateralmente su disposición pacionada:

a) Por las causas expresamente pactadas.

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

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

2. La revocación unilateral deberá hacerse en escritura púb1ica.

El Notario la notificará a los demás otorgantes, dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación.

3. Si la institución contractual se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, su revocación podrá hacerse constar en el mismo una vez transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura.

En el caso que nos ocupa, la revocación se ha hecho mediante escritura pública (documento 2 de la demanda), que tiene fecha de 30 de noviembre de 2007, y en el hecho tercero de la demanda se reconoce que el 3 de diciembre de 2007 se recibió copia simple de la escritura, por lo que se cumplió el requisito exigido en el apartado segundo (su incumplimiento, como el propio precepto establece, tampoco habría afectado a la eficacia de la revocación).

Conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1, la revocación por la conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar sólo es posible cuando dicha convivencia haya sido pactada. No obstante, lo que se recoge en la escritura es la revocación por incumpimiento de «la carga de convivencia ínsita en el Señorío Mayor que los instituyentes se reservaron» (expositivo de la escritura de revocación, documento 2 de la demanda). Es decir, la revocación se hace por incumplimiento de una de las cargas impuestas a1 instituido. Lo que se discute, por lo tanto, es si el señorío mayor que se reservaron los instituyentes (dispositivo primero A) del pacto sucesorio, documento 1 de la demanda) conlleva o no el deber de convivencia entre instituyentes e instituido, lo cual afirma la demandada y niega el actor.

Quinto: Como se ha dicho, la cuestión principal de este asunto es determinar si el señorío mayor que se reservaron los instituyentes incluye o no el deber de convivencia en la casa.

La parte actora lo niega. Alega que no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica y contenido de esta institución. Cita a varios autores. Por un lado, la idea de PALÁ de que la reserva del señorío mayor implica la del dominio de los bienes; también cita a MARTÍN BALLESTEROS, sosteniendo que el señorío mayor supone la conservación de la titularidad dominical por parte del instituyente, y el mantenimiento, aunque limitado, en su capacidad de disposición; por otra parte cita a BATALLA o a SAPENA, que mantienen que la reserva del señorío mayor puede ir unida a la del dominio o la del usufructo, pero puede también suponer la transmisión del dominio pleno, sin mantener derecho real alguno sobre los bienes, aunque asumiendo la dirección de la familia. Considera que el deber de convivencia debe pactarse expresamente, y que cuando es voluntad de los instituyentes establecerlo así se usan expresiones tales «a una misma mesa y mantel», «a una sola mesa y hogar», etc. En conclusión, entiende que la reserva del señorío mayor tiene un contenido patrimonial y de dirección de la casa, y no implica la convivencia entre instituyentes e instituidos. Finalmente cita el estudio de GIL NOGUERAS, en el que se incluyen Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2l de marzo de 1961 y 23 de noviembre de 1955, así como el artículo 1 de la Ley 1/99: «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».

La demandada, por su parte, sostiene que el señorío mayor lleva ínsita la obligación de convivencia entre instituyentes e instituido. Apoya su postura en la opinión doctrinal de la profesora BAYOD, que sostiene que cuando medie reserva de señorío mayor habrá qué entender incluida la obligación de convivencia entre instituyentes e instituidos, salvo que la misma se excluya expresamente. Alega también el artículo 69.2 de la Ley 1/99, que establece que «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».

Sexto: El artículo 73 de la Ley de sucesiones por causa de muerte atribuye al señorío mayor un contenido de evidente carácter patrimonial, y supone la atribución «al instituyente del usufructo y administración de los bienes», con la carga de destinar los productos de dichos bienes «al sostenimiento y mejora de la casa». Ninguna referencia se hace al deber de convivencia.

Por su parte, el artículo 102.1 de la Compilación, hoy derogado, pero vigente en el momento de la institución al hoy actor, en 1982, establecía que «en el nombramiento de heredero, pactado en consideración de la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el «Señorío mayor» u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que, para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número lº del artículo 39, es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa». Como se ve, también la Compilación atribuye al señorío mayor un contenido patrimonial, pues se presupone al instituyente la capacidad de disposición, con la limitación de la necesidad del consentimiento del instituido para disponer de determinados bienes. Tampoco se hace referencia alguna al deber de convivencia, sino simplemente a «las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa».

Por lo tanto, entiendo que no existe deber de convivencia ínsito en el señorío mayor. El artículo 73 de la Ley 1/99 es muy claro, y equipara el señorío mayor a la atribución de la administración y usufructo de los bienes. En cuanto al artículo 102.1 de la Compilación, de él se deriva que el señorío mayor es distinto de las obligaciones y cargas que se imponen al instituido a favor de la casa, y que dichas obligaciones y cargas pueden tener contenido diverso y han de «imponerse», lo que parece significar que deben establecerse expresamente.

El artículo 102 de la Compilación no es, por lo tanto, contradictorio con el artículo 73 de la Ley 1/99, ni con el artículo 86.1 de dicha ley, del que se deriva que la convivencia no se presume sino que debe pactarse expresamente.

Por lo que se refiere a las opiniones doctrinales alegadas por las partes, sin perjuicio del máximo respeto a todas ellas, lo cierto es que la opinión de la profesora BAYOD aparece como minoritaria, y no tiene respaldo legal alguno. Atribuye al señorío mayor un deber de convivencia que se basa en el carácter tradicional de dicha convivencia entre instituyentes e instituidos, y la finalidad de conservación de la casa. Sin embargo, no queda nada claro que dicha convivencia tradicional se identifique con la institución del señorío mayor.

Aparte de las opiniones doctrinales aportadas por las partes, recoge ARGUDO PÉRIZ también las posturas de diferentes juristas acerca del señorío mayor. Así, cita a BATALLA, que pone de manifiesto la dificultad de precisar su alcance y contenido; a CRISTÓBAL MONTES, que entiende que supone para el instituyente la retención de las facultades integrantes de la titularidad dominical; a PALÁ MEDIANO, que entiende que para el instituyente supone un poder sobre las cosas en principio ilimitado, aunque con limitaciones en las facultades de disposición. Sigue citando a otros autores como MARTÍN-BALLESTERO o MERINO y, en todos los casos le atribuyen un contenido meramente patrimonial. En este trabajo (la casa en el proceso de cambio de la sociedad rural arago-

nesa: consideraciones jurídicas), se hace referencia, después del señorío mayor, a la importancia de la convivencia recogiéndose expresiones tales como «a una sola mesa y mantel» o «a una sola mesa y gasto», de lo que se deriva que el deber de convivencia, sin perjuicio de tener una gran importancia en la tradición aragonesa, es algo distinto del señorío mayor, y se pacta de forma expresa empleando expresiones distintas a la de «señorío mayor».

Finalmente, la necesidad de pactar expresamente la convivencia se deriva de la observación de pactos sucesorios en los que no se da por supuesto el deber de convivencia en el señorío mayor, sino que esta se establece aparte expresamente. Así, por ejemplo, se deriva, de diferentes escrituras, como la contenida en el trabajo de Luis Martín-Ballestero y Costea, *La Casa en el Derecho aragonés*. En dicho trabajo se recoge una escritura de 1885 en la que se instituye al hijo heredero universal para después de los días, y en la que expresamente se establece que «vendrán obligados a residir, habitar y vivir en el lugar ... y compañía de sus padres y futuros suegros» y, con posterioridad, se exige de nuevo que «vivan en la casa y compañia de los mandantes».

Lo mismo se deriva de una escritura de capitulaciones publicada en el Boletín del Colegio notarial de Zaragoza, de 1917, en la que la instituyente «se reserva el usufructo, señorío mayor y libre administración» y, en la misma estipulación se establece que convienen todos (instituyentes, instituida y su cónyuge) «en vivir todos en ella (en la casa), formando una sola familia».

También se llega a la misma conclusión del examen de diversas escrituras antiguas incorporadas al libro «Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803)», de Manuel Gómez de Valenzuela y Ana L. Navarro Soto, publicado por El Justicia de Aragón. En este caso, aunque se trata de escrituras circunscritas a un ámbito territorial muy determinado, se observa que la expresión "señorío mayor" «señores mayores» hace referencia a la facultad que se reservan los instituyentes de disponer de los bienes en mayor o menor medida, además de que en algunas se establece expresamente la obligación de convivencia o asistencia a los instituyentes, de forma expresa y diferente a la reserva del señorío mayor. Es decir, los intervinientes, pese a haber pactado el señorío mayor, no consideraban implícita la obligación de convivencia, y la pactaban expresamente.

Por último, por lo que se refiere al criterio jurisprudencial, si bien no existe jurisprudencia en sentido estricto sobre este tema, debe tenerse en cuenta que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de octubre de 2007 (que resolvió el pleito anterior entre estas partes sobre la escritura de revocación por indignidad) considera dudoso que el señorío mayor contenga la obligación de convivencia, según se desprende de su fundamento jurídico segundo. Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de mayo de 2001 recoge un caso de institución en escritura de 1947 en la que los instituyentes se reservan el señorío mayor, usufructo y administración y, aparte, establece expresamente la obligación de «vivir juntos a una misma mesa y hogar», lo que abunda en la idea ya expresada de que el señorío mayor no da por supuesto que se pacte la convivencia entre instituyentes e instituido, sino que si se quiere dicha convivencia, ha de pactarse expresamente, para lo cual existen expresiones específicas distintas de «señorío mayor».

Septimo: De acuerdo con lo expuesto, no puede considerarse la convivencia entre instituyentes e instituido como una obligación ínsita en el señorío mayor. Y en la escritura de 19 de febrero de 1982 (documento 1 de la demanda), en la que la demandada y su difunto esposo instituyeron como heredero universal al hoy actor, no se recoge de forma expresa la obligación de convivencia. Por lo tanto, dado que la revocación de la institución de heredero se hizo, según el expositivo y del documento 2 de la demanda, «por haber incumplido el instituido, don A. L. A., la carga de convivencia insita en el Señorío Mayor que

los instituyentes se reservaron», debe declararse la nulidad de dicha revocación.

Octavo: Con arreglo al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deben imponerse las costas procesales a la parte demandada.

En cuanto a la posibilidad de no hacer expresa imposición de costas, se desecha dicha idea, puesto que tanto la Ley 1/99 como la Compilación atribuyen al señorío mayor un claro contenido patrimonial. La doctrina, como se ha expuesto, mayoritariamente considera también que su contenido es de carácter patrimonial y ya en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de octubre de 2007, en la, que fue parte la demandada, se puso en duda la obligación de convivencia como ínsita en el señorío mayor (no se analizó más a fondo puesto que no era el objeto del proceso). La demanda hace una exposición razonada de los motivos por los que el señorío mayor no lleva aparejado un deber de convivencia. Si embargo, pese a lo anterior, la parte demandada decidió oponerse agarrándose exclusivamente a una opinión doctrinal aislada. Por ello no cabe ahora eximirla del criterio del vencimiento objetivo, y deben imponérsele las costas al haberse desestimado todas sus pretensiones.

57

NÚM. 57

S. JPII Ejea núm. 1
de 20 de febrero de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva: ***Acción de suspensión de obra nueva del art. 250.1.5º Lec. Requiere que la obra nueva no se encuentre terminada y que suponga o pueda suponer razonablemente un daño o perjuicio inminente para la propiedad, posesión o cualquier otro derecho de quien ejercita la acción. La existencia de ventanas no distanciadas, sin reja y red, no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, por lo que no hay indicios de que dicha servidumbre pueda existir, no hay ningún derecho que pueda protegerse mediante la suspensión de la obra. La ejecución de la obra no causa a la demandante ningún perjuicio que no tenga el deber de soportar, y el cierre de las ventanas no justifica la suspensión de la obra.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144, 145 Comp., 7.2 Cc., 250.1.5º Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio verbal para la suspensión de obra nueva que puede tapar dos ventanas de la actora y puede suponer el corte de dos aleros del tejado de la actora. El demandado niega que haya un derecho de luces y vistas a favor de la actora. En relación a los aleros, alega que en el proyecto existe una previsión para dar salida a las aguas pluviales. La sentencia estima que no hay servidumbre de luces y vistas, pero que en cuanto a los aleros existe un riesgo de efectiva perturbación en la propiedad de la actora, lo que justifica la suspensión de la obra; no obstante, dado el estado actual de la obra, que no puede perjudicar los referidos aleros hasta que se encuentre más avanzada, se acuerda permitir la reanudación de la obra hasta el momento en el que deba actuarse sobre los aleros, momento en el cual deberá suspenderse la obra.

58

NÚM. 58

S. JPII Ejea núm. 1
de 27 de febrero de 2009

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: ***Desde el punto de vista jurídico, no cualquier elemento que sobresale de lo macizo en una pared o edificio se puede considerar como voladizo y, por lo tanto, no puede considerarse como signo aparente de servidumbre de luces y vistas***

salientes como las contraventanas, las tejas y el canalón. Es irrelevante el tiempo que estos elementos constructivos lleven colocados, puesto que es claro que no cumplen la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, que es la finalidad que la jurisprudencia exige a un saliente para que pueda ser signo aparente de luces y vistas (Ss. TSJA 22 de abril de 2008 y 27 de septiembre de 2007).

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: Usucapión: ***Los demandados reconvinientes han adquirido por usucapión el derecho a apoyarse en ese muro. El cerramiento de los demandados lleva construido, al menos, desde enero de 1988, más del tiempo previsto en el art. 147 Comp. para la adquisición por usucapión de servidumbres, por lo que los reconvinientes han adquirido por usucapión derecho de medianería sobre el muro referido.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144, 145, 147 Comp., 348, 572, 573, 582.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio ordinario (núm. 268/2008) en los que la actora pide varias pretensiones (la restitución de un muro o pared, la retirada del tubo de salida de humos de calefacción, la retirada del apoyo de la terraza posterior y la entrada de vehículos; los demandados se oponen y formulan reconvención en la que solicitan se declare el carácter medianero de la pared y que se condene a la reconvenida a colocar red y reja en dos ventanas, y a retirar unos tubos de desagüe.

La sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a retirar los apoyos de la chimenea sobre la fachada de la finca de la actora; estima la reconvención y declara que los reconvinientes han adquirido por usucapión derecho de medianería sobre la pared existente en la parte trasera de las fincas de la reconvenida y los reconvinientes; asimismo condena a la reconvenida a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante, en las dos ventanas abiertas en su pared orientada hacia el este sobre la finca de los reconvinientes; finalmente, condena a la reconvenida a retirar los tubos de desagüe que transcurren por las paredes este y norte de la actora que dan a la terraza de los reconvinientes.

59

NÚM. 59

S. JPII Ejea núm. 1 de 13 de marzo de 2009

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INCAPACITACIÓN: Tutela: ***El demandado necesita asistencia para las tareas de la vida ordinaria, y carece de capacidad para regir su persona y sus bienes de forma total, salvo para realizar pequeñas transacciones de la vida cotidiana. Por ello se declara la incapacitación total del demandado, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, y se le somete al régimen de tutela. Se nombra tutora a la hermana del demandado. Se declara también su incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 35, 102, 116.1.b LDp., 3.2 LO del Régimen Electoral General.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de procedimiento de incapacitación (núm. 288/2008) por demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal; la sentencia del Juzgado declara la incapacidad solicitada y nombre tutora del incapacitado a su hermana.

60

NÚM. 60

S. JPI Zaragoza núm. 6 de 1 de abril de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTO-

RIDAD FAMILIAR: **Ejercicio:** ***En sentencia de divorcio en la que ambos padres comparten el ejercicio de la autoridad familiar sobre los hijos comunes, al hilo de lo dicho en los arts. 68 y 71 LDp. y a título sólo ejemplificativo, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos padres para las decisiones relativas a salidas al extranjero de los hijos menores, al cambio de centro escolar o de modelo educativo o de domicilio, y para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal, salvo supuestos de urgencia; también en las celebraciones religiosas. Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, incluida la información académica y médica.***

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: **Gastos extraordinarios:** ***En la sentencia de divorcio se dice que por gastos extraordinarios deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión de alimentos a los hijos. En todo caso, no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea, que no haya sido previamente consensuado de forma fehaciente por las partes, o que, a falta de acuerdo, haya sido aprobada su procedencia judicialmente, con la excepción de los gastos médicos urgentes e inaplazables.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 68 y 71 LDp., 90, 91 y 93 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Javier Forcada Miranda.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de divorcio con oposición; la sentencia del Juzgado estima la demanda, decreta la disolución del matrimonio por divorcio con los efectos inherentes a tal declaración y acuerda las medias complementarias.

61

NÚM. 61

S. JPII Ejea núm. 1 de 13 de abril de 2009

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INCAPACITACIÓN: **Curatela:** ***El demandado necesita asistencia para controlar la toma de medicación, así como para realizar actuaciones patrimoniales de determinada entidad. Por ello, dado que el grado de afectación de la capacidad del demandado para gobernar su persona y bienes no es plena, debe declararse su incapacitación parcial, debiendo quedar sometido a cutatela (arts. 35 y134.b LDp.).***

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN. GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: CURATELA: ***La sentencia declara la incapacitación parcial del demandado, que queda sometido a curatela. Especifica, de conformidad con el art. 136 LDp., que en la esfera personal la curatela se extenderá a la cuestión del control de la toma de medicación del demandado, y en la esfera patrimonial el demandado necesitará la asistencia del curador para la realización de aquellos actos patrimoniales que excedan de 300 euros.***

Ante la ausencia de parientes idóneos del demando, corresponde atribuir las funciones de curatela a la entidad pública a que esté encomendada la protección de los incapacitados (art. 102 LDp.). En el caso que nos ocupa, dicha entidad es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 35, 102, 134, 136 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de procedimiento de incapacitación (núm. 185/2008) a instancia del Ministerio Fiscal, y ante la incomparecencia del demandado, se procedió a nombrar como defensor judicial a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Diputación General de Aragón; la sentencia del Juzgado declara la incapacidad parcial del demandado, que queda sometido a curatela; nombra curador a la Comisión citada; precisa la extensión de la curatela en la esfera personal y patrimonial, también considera que no debe impedirse el derecho de sufragio del incapacitado.

62

NÚM. 62

A. JPI Huesca núm. 2
de 20 de abril de 2009

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS: Bienes troncales y no troncales: ***El finado falleció soltero, sin haber otorgado testamento o pacto, sus padres ya habían fallecido y al morir tiene cuatro hermanos de doble vínculo y tres sobrinos hijos de una hermana de doble vínculo premuerta. Se declara herederos universales del finado, por derecho propio, respecto de todos sus bienes y derechos, troncales y no troncales, de ambas líneas, paterna y materna, a sus cuatro hermanos de doble vínculo, todos ellos por quintas partes iguales e indivisas; también se declara herederos universales del finado, por derecho de sustitución legal de la hermana premuerta, a los tres sobrinos, todos ellos por quinceavas partes iguales e indivisas.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 979 y 980 Lec. de 1881, 217 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Martín González.***

Ante el Juzgado de primera instancia, núm. 2 de Huesca se siguen autos de declaración de herederos (núm. 622/2008); el auto del Juzgado declara herederos a los hermanos de doble vínculo por derecho propio y a los sobrinos también de doble vínculo por sustitución legal, tanto en los bienes no troncales como troncales, de ambas líneas, paterna y materna.

63

NÚM. 63

A. JPI Huesca, núm. 2
de 22 de abril de 2009

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INCAPACIDAD: Invalidez de los actos: ***El auto declara la nulidad del Documento de Voluntades Anticipadas de una persona de 81 años, de nacionalidad francesa y testigo de Jehová, en el que entre otros extremos rechaza recibir transfusiones de sangre. Dicho documento se declara nulo por defecto de consentimiento, como acto de una persona no incapacitada, pero que en el momento de su celebración carecía de suficiente aptitud para entenderlo y quererlo (art. 34 LDp.) y por nombrar en funciones tutelares a una persona inhábil para ello (art. 111 LDp.).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 34 y 111.1.h LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Martín González.***

Ante el Jugado de primera instancia núm. 2 de Huesca se siguen autos de jurisdicción voluntaria (núm. 358/2009) en solicitud de autorización judicial para proceder conforme a la lex artis *del médico a realizar a una paciente que se ha fracturado el fémur una transfusión de sangre que rechaza. El auto del Juzgado declara la nulidad del Documento de Voluntades Anticipadas de la paciente, pero declara que tiene capacidad para solicitar el alta voluntaria en el Hospital San Jorge de Huesca y disponer lo necesario para su traslado a cualquier centro hospitalario de su elección; declarando también que el Servicio Aragonés de Salud no tiene obligación de soportar el coste de los traslados ni de los ingresos o estancias hospitalarias ni de las intervenciones médico-quirúrgicas que se realicen sobre la paciente, como consecuencia de su salida volun-*

taria del Hospital San Jorge de Huesca y de su rechazo a los tratamientos médicos que en condiciones de igualdad se suministran a todos los pacientes por el Servicio Aragonés de Salud.

64

NÚM. 64

S. JPII Ejea núm. 1 de 28 de mayo de 2009

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: LEY APLICABLE: ***Pese a que en los escritos obrantes en las actuaciones se habla de patria potestad, entiende el Juez que es aplicable la autoridad familiar, puesto que las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley personal del hijo. En este procedimiento no se ha acreditado cuál es la vecindad de la hija, con lo que debería aplicarse la ley de residencia habitual (art. 9.4 Cc.) y, por lo tanto, aplicar la ley aragonesa, conclusión que se alcanza igualmente con arreglo al art. 14.6 Cc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 9.4 y 16 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Iván Oliver Alonso.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de guarda, custodia y alimentos (núm. 423/2008); la sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda, atribuye la guarda y custodia a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores; se establece un régimen de visitas a favor del padre, quien deberá pagar una pensión de alimentos a favor de su hija.

65

NÚM. 65

S. JPI Zaragoza núm. 3 de 6 de julio de 2009

682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES: ***El marido ejercita acción tendente a que se declare subsistente su derecho expectante de viudedad sobre bien inmueble ejecutado en el curso del proceso hipotecario seguido contra su esposa, de carácter privativo, adjudicado a tercero y que poco antes de la interposición de la presente demanda fue transmitido por este a otros. La declaración de subsistencia que se pretende no puede llevarse a cabo, toda vez que el derecho expectante de viudedad resulta inoponible frente al tercer adquirente de buena fe, que confió en la exactitud registral que declaró en su día extinto el mismo, del que no hay constancia pudiera conocer ese supuesto vicio en la transmisión anterior, y por extensión al resto de sucesivos adquirentes (art. 34 LH).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 34 LH.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Alberto Gil Nogueras.***

El marido ejercita en el el procedimiento ordinario núm. 641/2008 seguido ante el Juzgado de primera instancia núm. 3 de Zaragoza, acción tendente a que se declare subsistente su derecho expectante de viudedad sobre el bien inmueble ejecutado en el curso del proceso hipotecario seguido contra su esposa, de carácter privativo, adjudicado a tercero.

El adjudicatario procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad, cancelándose en consecuencia la hipoteca ejecutada y los gravámenes posteriores a la misma, así como el derecho expectante de viudedad a favor del hoy demandante.

El proceso de ejecución hipotecaria no fue notificado al marido quien solicitó la nulidad de actuaciones, entre otros motivos por haberle sido desconocido su derecho expectante sobre el piso ejecutado, pero su petición fue rechazada por el Juzgado en auto en el que se argumenta que el instante tuvo que tener conocimiento de la existencia del proceso, si tal y como dice convivía en la finca ejecutada con la deudora, pues allí se han verificado las notificaciones de la ejecución, remitiéndole en su caso al juicio declarativo oportuno para la determinación de la existencia del derecho expectante.

En 2004 tiene lugar sentencia de separación de los cónyuges que ratifica el convenio regulador, por el cual, por lo que aquí interesa, se hace expresa reserva del derecho expectante de viudedad del marido.

Poco antes de la interposición de la presente demanda el piso fue transmitido libre de cargas por el adjudicatario a otros terceros. La sentencia del Juzgado desestima la demanda.

66

NÚM. 66

S. JPI Zaragoza núm. 3
de 3 de septiembre de 2009

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: ***El art. 28.i Lrem., en aplicación del principio tradicional aragonés de protección de la vivienda familiar, atribuye al consorcio, y no a uno de los cónyuges (el titular del contrato) todos los derechos que como arrendatarios se deriven del contrato de arriendo que se celebre vigente matrimonio. La consecuencia es que en estos supuestos no es necesario verificar ningún tipo de subrogación, por cuanto la celebración del contrato, vigente el consorcio conyugal, con independencia de quien figure contractualmente como titular, atribuye los derechos del arrendatario a aquél y no sólo al cónyuge que firme el contrato de arriendo. Será necesaria la subrogación, y en consecuencia el cumplimiento de los requisitos del art. 16 LAU, en los arrendamientos anteriores a la celebración del matrimonio y en aquellos otros en que el régimen matrimonial no sea el consorcial.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 28.i Lrem., 16 LAU.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Alberto Gil Nogueras.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (num. 309/2009-C) sobre acción de desahucio por subrogación inconsentida. En realidad lo que se debate es si, a causa del no ejercicio en forma de la facultad de subrogación concedida al esposo tras la muerte de la mujer arrendataria, ha tenido lugar la extinción del contrato de arriendo.

Se pide la resolución del contrato, pero se alega como motivo uno propiamente de extinción, pero la consecuencia final, el desahucio pretendido, se daría en uno y otro caso de prosperar la petición. Se descarta que exista vicio de incongruencia con el examen de la causa como motivo de extinción contractual.

En principio, sería de aplicación al contrato lo dispuesto en el art. 16.e) LAU: «El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse».

Pero el art. 28.i) Lrem. excepciona la normativa general en materia de arriendos y hace innecesario cumplir la formalidad prevista en el art. 16 LAU, por cuanto la contratación de un arriendo vigente matrimonio, atribuye a los dos cónyuges los derechos derivados del contrato de arriendo como titulares del consorcio.

La sentencia del Juzgado desestima la demanda.

67

NÚM. 67

S. JPI Huesca núm. 2
de 15 de septiembre de 2009

73: SUCESIÓN PACCIONADA: DERECHO DE TRANSMISIÓN: Encomienda de la designación a fiduciarios: ***Las capitulaciones matrimoniales de 1909 fueron válidas y por sus normas debe regirse la liquidación de los bienes de la sociedad matrimonial del primer matrimonio, por lo que no habiendo designado heredero de los mismos ni el sobreviviente ni la Junta de parientes, resultan***

ser herederos a partes iguales los tres hijos de dicho matrimonio.

La distribución de los bienes pertenecientes a la primera sociedad económico-matrimonial no puede regirse por lo establecido en capítulos para un segundo matrimonio (capitulaciones de 1919: matrimonio del viudo y la hermana de su primera mujer), por lo que el pacto establecido en este sentido no tiene validez y no puede admitirse que la segunda mujer estuviera legitimada para designar al heredero de los bienes de su finada hermana. La designación de heredero hecha por ella en 1969 no es justo título para la usucapión ordinaria, y no han pasado 30 años para la extraordinaria porque la posesión plena no empieza hasta la muerte de la usufructuaria en 1985.

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Martín González.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 2 de Huesca se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 347/2008) instado por los hijos del fallecido que había sido nombrado heredero de la casa en escritura de cumplimiento de la fiducia en 1969 por la segunda mujer de su padre, en defensa de los derechos que les pudieran corresponder por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por sus bisabuelos en 1909 y luego en 1919, así como de la escritura de designación de heredero otorgada en 1969 por su tía abuela.

En capitulaciones matrimoniales de 1909 los instituyentes nombraron heredera universal, para después de sus días, a la hija que se casaba entonces, con previsiones de fiducia para elegir futuro heredero entre los descendientes de dicho matrimonio y distribuir entre los otros hijos según sus méritos y condiciones; en 1918 fallece la instituida, sin testamento, dejando tres hijos; en 1919 el viudo se casa con la hermana de la fallecida y en las nuevas capitulaciones matrimoniales los padres de la contrayente le conceden el casamiento en casa, recuerdan que la casa es para los descendientes del primer matrimonio, a elección del sobreviviente o de los fiduciarios, y establecen previsiones sucesorias en cuanto a los bienes propios de los contrayentes. Del nuevo matrimonio nacieron dos hijos. El bínubo falleció en 1957 sin otorgar testamento. En 1969 la viuda otorgó escritura pública de designación de heredero en la que dispuso que «haciendo uso de la facultad que le concede el pacto de la capitulación matrimonial de 1919, instituye heredero universal de los bienes de su esposo y de la primera esposa de este, al hijo común de ambos don Blas, reservándose el usufructo. La viuda falleció en 1985. Don Blas se ocupó de la explotación agrícola de todas las fincas desde el fallecimiento de su padre en 1957 hasta su fallecimiento en 2004. Don Blas ha dejado tres hijos que son los actores en el presente procedimiento.

La sentencia del Juzgado desestima la demanda y declara que no ha lugar a declarar a don Blas (y por sustitución de este, a sus tres hijos) heredero universal de los bienes de su padre, su madre y su tía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: *Hechos probados.* Las partes no discuten la realidad de los hechos, que quedan acreditados por la aportación de copias con fe pública notarial, sino que discuten el alcance jurídico de los mismos.

Segundo: *Debate jurídico planteado.* Sostiene la parte actora que por aplicación de los capítulos matrimoniales de 15 de octubre de 1909 y de 14 de octubre de 1919 y la designación de heredero realizada el 4 de junio de 1969 en la persona de don..., este resulta ser el único y universal heredero de todos los bienes de los finados (su padre), doña... (su madre) y de doña... (su madrastra y tía materna a su vez) y que los actores (doña..., doña... y don...), como hijos del finado don... son herederos en cuotas partes iguales de todos esos bienes y que en todo caso, se habría producido su adquisición por usucapión.

Por los demandados, se sostiene que los padres de... y al reconocer casamiento en casa a favor de... para el nuevo matrimonio de este con..., ello le permitiría mantener el usufructo de las fincas en el supuesto de volver a enviudar, circunstancia que no se produjo, pues falleció antes que su segunda esposa y que esta (...) no podía disponer

de los bienes de su finada hermana y primera esposa de su marido, pues la primera capitulación estableció que sólo podría disponer de los mismos el sobreviviente del primer matrimonio y en caso de fallecimiento de ambos un pariente de cada rama más el párroco de... y que como el sobreviviente (...) nada dispuso y nunca se constituyó la junta de parientes, resultan ser herederos a partes iguales los tres hijos de; ... a saber: ..., ... y, pues la herencia de... y de... quedó regulada en las capitulaciones de 1909, que no podían ser modificadas posteriormente por personas distintas a los primeros otorgantes, como fueron los intervinientes en las capitulaciones de 1919. Y que en vida de doña... como propietaria y usufructuaria de los bienes era la única que tenía su posesión, por lo que la explotación de las fincas realizada por el finado, padre de los actores, era un acto meramente consentido, por lo que no se ha producido usucapión.

Tercero: *De las capitulaciones matrimoniales de 1909*. Como ya se ha señalado, se otorgaron capitulaciones matrimoniales para el matrimonio de don... con doña... el 15 de octubre de 1909 ante el Notario de Huesca don..., con núm... de su protocolo, en la que sería su esposa comparecía acompañada de sus padres que dispusieron «de un modo irrevocable, para después de la muerte de ambos,... instituyen y nombran por universal heredera a su referida hija». Dispusieron además que «por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión y sin testar o de algún modo de disponer el sobreviviente, queda desde ahora facultado para hacer reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para nombrar heredero a quién considere más apto e idóneo o útil y conveniente, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciera sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán con iguales facultades, un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca en unión, caso de discordia. El Sr. Cura párroco ecónomo o Regente de..., además, los referidos padres de la esposa dispusieron que «por muerte de su hija, la heredera (...), se reserva el derecho y facultad, ambos juntos y por muerte de uno el sobreviviente, de conceder, o no, casamiento al contrayente (...) en la casa y sobre los bienes de la repetida contrayente (...)».

Según la doctrina (Bayod López, Carmen en *Manual de Derecho Aragonés*, Dir. Delgado Echeverría, Jesús. Ed. El Justicia de Aragón) las capitulaciones matrimoniales en Derecho aragonés han respondido siempre a la tradición aragonesa y al principio «standum est chartae», que según José María Recio Sáez de Guinoa consagra en el ordenamiento aragonés la libertad de la voluntad privada; esto es, la posibilidad que ostenta el sujeto de autorregular sus relaciones jurídicas de carácter civil. Continuando con Bayod López, la Compilación reguló las capitulaciones matrimoniales de sus artículos 25 a 34. Característica principal de los capítulos es su relación con el matrimonio, que es el presupuesto para la aplicación del negocio capitular. En los capítulos matrimoniales junto a los esposos pueden intervenir otros sujetos: los padres, tutores, fiduciarios, parientes o extraños que intervienen para dar o prometer algo a los contrayentes, completar su capacidad, o tratándose de terceros, contratar con los cónyuges. La pluralidad de sujetos y de negocios que pueden albergar los capítulos matrimoniales, no los convierten ni en un negocio complejo o mixto ni en un contrato plurilateral.

Como instrumento los capítulos son plurinegociales y plurisubjetivos. En Aragón, los capítulos matrimoniales no sólo tienen como contenido típico la determinación del régimen económico matrimonial; sino que, la ordenación paccionada de la sucesión aparece también como contenido típico de los capítulos matrimoniales y su adopción ha venido posibilitando la estipulación de un régimen familiar creado en torno a la Casa aragonesa, instituyendo heredero y estableciendo las normas que gobernarían el patrimonio casal. Con todo ello, debe

concluirse que las capitulaciones de 1909 fueron válidas y por sus normas debe regirse la liquidación de los bienes de la sociedad matrimonial de... y, por lo que no habiendo designado heredero, los herederos de los bienes de serán sus tres hijos por cuotas partes iguales.

Cuarto: *De las capitulaciones matrimoniales de 1919*. Como ya se ha señalado, el cónyuge supérstite, Don..., concertó nuevas nupcias con la hermana de su difunta esposa, doña..., otorgándose capitulaciones matrimoniales en escritura pública de 14 de octubre de 1919 ante el Notario de Huesca don..., en la que comparecen los padres de la contrayente, don... y doña..., disponiendo que «conceden al contrayente (...) casamiento en la casa y sobre los bienes de su primera mujer (...) y le autorizan para que contraiga matrimonio con su otra hija (...)». Dispusieron además que «como quiera que con arreglo a lo pactado en la capitulación citada para el primer matrimonio del contrayente (...) con la finada (...), los hijos de estos (...) son y por consiguiente dueños de la mera propiedad de los bienes descritos a elección del sobreviviente, y en su defecto de este y de un pariente el más cercano de cada parte residente en la provincia de Huesca y, caso de discordia, del Sr. Cura párroco o regente de... Los contrayentes en cuanto a sus bienes propios podrán hacer el reparto y distribución entre todos sus hijos, y en cuanto a los del contrayente incluyendo lo que ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobrevivan, dando a unos más y otros menos según sus méritos y condiciones, y para que puedan nombrar heredero al que consideren más apto e idóneo, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también sobrevivientes fallecieren sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán con iguales facultades un pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca, en unión del señor Cura párroco o regente de, todos juntos o en su mayor número».

De ello, se evidencia que los capítulos de 1919 incidían o modificaban lo dispuesto en los de 1909, lo que lleva a analizar la modificación de las estipulaciones capitulares en Derecho aragonés, que según la citada doctrina científica, pueden ser objeto de modificación antes y después del matrimonio. Si los capítulos se otorgaron únicamente por los esposos, bastará con su consenso para que se lleve a efecto la modificación y en el caso de que junto a los esposos hayan intervenido otros sujetos, surge la duda sobre si todos ellos, y en todo caso, han de intervenir en la modificación. La doctrina aragonesa viene diferenciando entre partes de la estipulación capitular y otorgantes de capítulos sólo quienes hayan sido parte en la estipulación capitular deben intervenir en su modificación. Pero en el presente caso, la capitulación de 1919 no se hace con las mismas personas que intervinieron en la capitulación de 1909, pues la primera esposa..., estaba fallecida al tiempo de otorgarse los segundos capítulos, en los que intervenía su hermana...

Así, disuelta la primera sociedad conyugal, por muerte de..., procedía su liquidación conforme a las capitulaciones de 1909, sin que la distribución de los bienes pertenecientes a la primera sociedad económico-matrimonial pueda regirse por lo establecido en capítulos para un segundo matrimonio (capitulaciones de 1909), por lo que el pacto establecido en este sentido no tiene validez y no puede admitirse que estuviera legitimada para designar al heredero de los bienes de su finada hermana, pues la eficacia de los capítulos matrimoniales de 1919 se debe ceñir a la sociedad matrimonial constituida por los cónyuges (y), por lo que sí estaba legitimada para designar heredero respecto de los bienes de su difunto esposo, por lo que la escritura pública de designación de heredero, ante el notario de Huesca don..., el día 4 de junio de 1969, debe entenderse realizada exclusivamente respecto de los bienes de don...

Quinto: *Del casamiento en casa*. En las capitulaciones matrimoniales de 1919, los padres de la esposa conceden al contrayente casamiento en casa. Tal institución jurí-

dica consuetudinaria aragonesa de viudedad por la que al contrayente viudo se le concede la facultad de volver a contraer matrimonio manteniendo el usufructo vidual sobre los bienes del cónyuge fallecido, con comunicación al nuevo cónyuge, siempre que el nuevo matrimonio fuese consentido por los titulares de la Casa. En el presente caso, es evidente que en las capitulaciones matrimoniales de 1919 se concede casamiento en casa a..., pero esta institución no permite conceder a la nueva esposa la facultad de nombrar herederos sobre los bienes de la primera esposa fallecida, por lo que tampoco esta institución jurídica legitimaba a... para designar al heredero de los bienes de su finada hermana...

Sexto: *De la usucapión.* Plantea la parte actora que en todo caso habría adquirido la propiedad de los bienes de los finados por usucapión. La regulación legal de la prescripción adquisitiva se regula en los arts. 1940 y ss. del CC. Debiendo distinguirse en el presente caso si resulta aplicable la usucapión ordinaria prevista en el artículo 1957 que dispone que «el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título» o si por el contrario es aplicable la usucapión extraordinaria prevista en el artículo 1959 que señala que «se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes».

En el presente caso, tal y como se ha desarrollado en los párrafos anteriores, doña... no estaba legitimada para poder designar heredero de los bienes de su difunta hermana..., por lo que el padre de los actores, ... , no tenía justo título en virtud de la escritura pública de designación de heredero que otorgó doña... ante el notario de Huesca don..., el día 4 de junio de 1969, al no existir justo título de adquisición, no puede estimarse la pretensión de los actores en base a la usucapión ordinaria.

En lo que respecta a la usucapión extraordinaria, debe analizarse si ha habido posesión por y sus sucesores legales ininterrumpida y en concepto de dueño, pues los actos meramente tolerados no aprovechan para la usucapión, pues así lo disponen los artículos 1491 y 1492 del CC. Analizando el contenido de la citada escritura pública de designación de heredero que otorgó doña... se comprueba que esta dispuso que «doña... se reserva el usufructo de todos los bienes que comprende esta herencia ... será obligación del instituido heredero la de entregar en pago de sus legítimas paterna y materna a sus hermanos ... » y don... así lo aceptó, pues consta en el propio documento que «acepta agradecido y promete cumplir con las obligaciones impuestas», por lo que no puede sostenerse que don... adquiriese la plena posesión en concepto de dueño el mismo día del otorgamiento, 4 de junio de 1969, sino que convencido de la validez de lo allí estipulado, no entró en posesión plena hasta el fallecimiento de doña..., el 10 de febrero de 1985 y es desde fecha desde la que debe computarse el plazo de la prescripción adquisitiva, sin que hayan transcurrido treinta años desde el 10 de febrero de 1985 hasta el momento de presentar la demanda el 2 de septiembre de 2008, por lo que esta pretensión de los actores tampoco puede prosperar.

Séptimo: *Costas.* Dispone el artículo 394.1 de la LEC que, «en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho». En el presente caso, dada la complejidad del debate jurídico planteado y el hecho de que la parte actora ampara su pretensión en una escritura pública de designación de heredero, otorgada en virtud de una institución jurídica consuetudinaria, el Casamiento en casa, que no está codificada, procede no realizar pronunciamiento en esta materia.

68

NÚM. 68

S. JPI Zaragoza núm. 3
de 20 de octubre de 2009

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: NULIDAD DE TESTAMENTO: Falta de legitimación activa: ***La hermana del testador, que careciendo de descendientes y ascendientes ha nombrado heredera a su mujer, carece de legitimación activa para impugnar la validez del testamento de su hermano por falta de capacidad natural pues, no habiendo acreditado la existencia de bienes recobrables o troncales, ningún derecho hereditario ostenta por ley con carácter preferente sobre los bienes integrantes de la herencia, respecto de la designada y favorecida e aquél, a la sazón esposa del fallecido.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Alberto Gil Nogueras.***

Ante el Juzgado de primera instancia núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario (núm. 1271/2009) sobre acción de nulidad de testamento por falta de capacidad del testador al tiempo del otorgamiento interpuesta por la hermana del testador; la sentencia del Juzgado desestima la demanda.

69

NÚM. 69

S. JPII Calatayud núm. 2
de 19 de octubre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Adquisición por título: ***En la escritura de aceptación, división y adjudicación de la herencia de los padres, en la que intervienen los cuatro hijos, se hace constar que «podrá ampliar y levantar su edificio llamado vaquería pero sin obstaculizar la vista y luces de las ventanas de la edificación propiedad de». Con la citada cláusula, con la intervención de todas las partes implicadas y con términos muy claros, se está constituyendo un auténtico derecho de servidumbre de luces y vistas. Aunque el título constitutivo de la servidumbre no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad, perjudica al tercero que ha comprado la vaquería en tanto pudo conocer de su existencia si hubiera sido suficientemente diligente.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 y 145 Comp., 585, 594, 606 Cc., 32 y 34 LH.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña Silvia Ferreruela Royo.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 2 de Calatayud se siguen autos de juicio ordinario (núm. 381/2009) en el que se ejercita acción negatoria de servidumbre de luces y vistas; las demandadas se oponen y alegan que son titulares de un derecho de servidumbre de luces y vistas constituido mediante escritura pública, lo cual impediría a la parte actora construir a menos de tres metros de distancia de la pared donde existen los huecos; así mismo, alegan que la existencia de huecos sería ostensible e indubitada, por lo que la servidumbre afectaría a la parte actora aun cuando el título no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad.

La juzgadora considera acreditada la existencia de un título constitutivo de servidumbre, que obliga a las partes a estar a lo dispuesto en el art. 585. Pero hay que resolver sobre la oponibilidad o no del citado título constitutivo de servidumbre a la parte actora, en tanto que no se halla inscrito en el Registro de la Propiedad y nada se hizo constar en la escritura de compraventa de la citada finca.

En principio la oponibilidad del título a terceros exige su inscripción (arts. 32 LH y 606 Cc.), no obstante la jurisprudencia ha venido matizando la necesidad de inscripción del título para que pueda perjudicar a tercero: la apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro, que permite establecer una presunción de conocimiento. Además el tercero adquirente ha de ser de buena fe, lo que le obliga a agotar la diligencia para averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente. Por todo ello, entiende la Juzgadora que el título no inscrito perjudica a la adquirente

en tanto pudo conocer de su existencia si hubiera sido suficientemente diligente. Consecuentemente, no procede estimar la acción negatoria de servidumbre, y la parte actora deberá respetar el art. 585 Cc., de modo que si pretende elevar la pared de la vaquería, deberá hacerlo a tres metros de distancia de las paredes de las partes demandadas donde se encuentran los huecos.

70

NÚM. 70

S. JPII La Almunia núm. 2 de 18 de enero de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: VECINDAD CIVIL: Cuestión de hecho: ***La determinación de la vecindad civil de una persona en un momento determinado de su vida para la aplicación de un ordenamiento jurídico u otro se equipara, a efectos procesales probatorios, a una cuestión de hecho, objeto como tal de prueba y presunción. En principio, el Juez debe aplicar la*** **Lex fori,** ***esto es, el Derecho civil aragonés; si la Ley invocada por la parte esta contenida en la*** **Lex fori,** ***quien la invoque quedará relevado de probar su vecindad civil, debiendo ser la otra parte quien, en su caso, pruebe que su adversario ostenta vecindad civil distinta a la correlativa a la ley que invoca; si la Ley invocada por la parte es extraña a la*** **Lex fori,** ***quien la invoque deberá probar su vecindad civil –correlativa a la Ley a que se acoge como excepción a la*** **Lex fori–** ***como supuesto de hecho para que le sea aplicada la ley que invoca.***

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Accesión: ***Habiendo sido edificado durante el consorcio conyugal tanto el almacén como la caseta en fincas privativas del causante, las edificaciones construidas sobre ellas le pertenecen con carácter privativo en virtud del principio de accesión, todo ello sin perjuicio del derecho de reembolso a favor del consorcio conyugal al haberse hecho las citadas construcciones con fondos comunes, lo que hay que presumir al no resultar acreditado que las obras se sufragaron a costa únicamente del causante.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 14 Cc.; 3, 36, 38.7, 39, 47.1 Comp., 24.2, 29.h, 44, 103 Lrem.***

PONENTE: ***Ilma Sra. doña Carolina Marquet Marco.***

Ante el Juzgado de primera instancia e instrucción de La Almunia de doña Godina se siguen autos de juicio verbal (núm. 92/2006) sobre acción de división judicial de herencia.

La primera cuestión a resolver es la determinación de la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento, en tanto en cuanto, la determinación de tal cuestión implicaría la aplicación de ordenamientos jurídicos distintos, Código civil, caso que se determine que la vecindad civil es la común, o Derecho civil foral aragonés, caso que se determine que la vecindad civil era aragonesa, cuestión a resolver con carácter previo dado que condiciona tanto la tramitación del procedimiento como el fondo del asunto. A efectos procesales probatorios, la Juzgadora considera que lo procedente es equiparar la vecindad civil a una cuestión de hecho, objeto como tal de prueba y presunción. Pues bien, todas las circunstancias de hecho referidas en el caso determinan y apoyan la aplicación de la Lex fori, *ante la falta de prueba suficientemente acreditativa de la vecindad común del causante al tiempo de su fallecimiento.*

La existencia de viudo usufructuario no impide ni veta la posibilidad de que cualquiera de los herederos pueda instar la partición de la herencia.

En las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1985 se hizo constar de manera expresa que la mujer aportó al matrimonio en concepto de bienes sitios, los muebles, ropa y ajuar y cuanto existe en el domicilio de los otorgantes, bienes que quedan en propiedad exclusiva de la esposa, pacto que no contradice norma imperativa aragonesa alguna, por lo que hay que estar a lo pactado, proclamando la naturaleza privativa de la esposa de tales bienes.

La sentencia aplica Derecho aragonés, estima parcialmente la demanda y fija el inventario de la herencia del causante.

D) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

PARTES DEL ÍNDICE

Cada una de las referencias del índice de jurisprudencia consta de varias partes o elementos: 1. La clasificación por materias, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del «índice de claves» y, dentro de ella, en alguno de sus conceptos y, si los hay, subconceptos; 2. Los datos para identificar la resolución judicial; 3. El sumario con información del contenido de la resolución; 4. Los datos para localizar la resolución en el volumen de la Revista donde se halla publicada: en negrita se facilita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen que la publica.

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES» (TABLA DE MATERIAS)

El lector habrá observado que tanto en el Repertorio de bibliografía como en la presentación de cada una de las resoluciones judiciales, así como en el índice de jurisprudencia, se emplea el mismo sistema de clasificación «numérico-conceptual» que denominamos «índice de claves». Se trata de una clasificación de las materias del Derecho civil aragonés vigente completada con los apartados necesarios para ordenar también la variada bibliografía relativa a los antecedentes, las fuentes e instituciones históricas, los temas comunes a todos los Derechos forales, las obras generales, las auxiliares, etc.

La tabla de materias así construida para poder clasificar la bibliografía y la jurisprudencia, adaptada en 2003 a la de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, es la siguiente:

I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS

II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)

IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Comentarios, Estudios, Homenajes, Enciclopedias y otras obras colectivas
2. Repertorios de jurisprudencia
3. Manuales y obras generales de Derecho aragonés
4. Manuales y obras generales de Derecho foral
5. Panorámicas
6. Revistas

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Temas comunes a todos los Derechos forales
   - 1.1. Historia hasta la Nueva Planta. La Codificación y los Derechos forales
   - 1.2. Del Código Civil a las Compilaciones forales
   - 1.3. La codificación de los Derechos forales. La modificación del Título Preliminar del CC.
   - 1.4. Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía
   - 1.5. La casación foral
   - 1.6. Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil
2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e instituciones del Reino de Aragón
   - 2.1. Historia del Derecho aragonés hasta 1707, en general
   - 2.2. Los orígenes y precedentes de los «Fueros de Aragón». Cartas de población, fueros locales, «Fueros de Sobrarbe»
   - 2.3. La Compilación de Huesca y el Vidal Mayor
   - 2.4. Los Fueros y Observancias y su época. Procesos forales
   - 2.5. Fueros de la extremadura aragonesa; Historia de las comunidades de Teruel, Albarracín, Daroca, Calatayud
   - 2.6. Estatutos, Ordinaciones y Derecho municipal
   - 2.7. Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)

3. Aragón: desde los Decretos de Nueva Planta al Apéndice de 1925

3.1. Decretos de Nueva Planta, Codificación, Código civil

3.2. El Congreso de jurisconsultos aragoneses

3.3. El Apéndice y los Anteproyectos

4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas

4.1. La Compilación y sus antecedentes

4.2. Textos legales: la Compilación (con sus reformas) y otras leyes civiles

4.3. Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil

5. Parte general del Derecho

5.1. Fuentes del Derecho. Costumbre. *Standum est chartae*

5.2. La jurisprudencia. La casación foral

5.3. Otras materias

6. Persona y familia

6.1. En general

6.2. Edad

6.3. Ausencia

6.4. Relaciones entre ascendientes y descendientes

6.5. Relaciones parentales y tutelares. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores

6.6. Régimen económico conyugal

6.6.1. En general

6.6.2. Régimen matrimonial paccionado

6.6.3. Consorcio conyugal

6.6.3.1. Activo

6.6.3.2. Pasivo

6.6.3.3. Gestión

6.6.3.4. Disolución. La comunidad posconsorcial

6.6.3.5. Liquidación y división

6.7. Comunidad conyugal continuada

6.8. Viudedad

6.8.1. Disposiciones generales

6.8.2. Derecho expectante de viudedad

6.8.3. Usufructo vidual

6.9. Parejas estables no casadas

7. Sucesiones por causa de muerte

7.1. De las sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.1.1. Disposiciones generales

7.1.2. Capacidad e indignidad para suceder

7.1.3. Sustitución legal

7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

7.1.5. Responsabilidad del heredero

7.1.6. Colación y partición

7.1.7. Consorcio foral

7.1.8. Normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.2. Sucesión testamentaria

7.2.1. Disposiciones generales

7.2.2. Testamento mancomunado

7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

7.3. Sucesión paccionada

7.4. Fiducia sucesoria

7.5. Legítima

7.6. Sucesión legal

8. Derecho de bienes

8.1. Derecho de bienes en general

8.2. Relaciones de vecindad

8.3. Luces y vistas

8.4. Servidumbres

9. Derecho de obligaciones

9.1. Derecho de obligaciones en general

9.2. Derecho de abolorio o de la saca

9.3. Contratos sobre ganadería

0. Derecho fiscal y procesal. Derecho transitorio. Otras materias

VI. OBRAS AUXILIARES

1. Bibliografía, recensiones y reseñas. Metodología docente e investigadora
2. Juristas y escritores aragoneses, academias o escuelas jurídicas, consejos de estudios, colegios profesionales, jornadas, noticias
3. Historia general de Aragón
4. Ediciones de formularios y documentos de aplicación del Derecho. Otras

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

CASACIÓN FORAL

- *INADMISIÓN*

A. TSJA, 16 de abril de 2010

Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec. al tener naturaleza incidental.

3 RDCA 2011, XVII

A. TSJA, 16 de abril de 2010

Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec. al tener naturaleza incidental.

4 RDCA 2011, XVII

A. TSJA, 4 de septiembre de 2010

Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal; además, para que el recurso de casación sea admitido no basta con la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como dispone el art 477.1 Lec. Por último, el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad, y no un motivo del recurso sino el presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.

7 RDCA 2011, XVII

A. TSJA, 12 de noviembre de 2010

El escrito de interposición del recurso cita como infringido el art. 35.2 LDP, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, incurriendo así en una manifiesta causa de inadmisión, pues como hemos dicho repetidamente la valoración de la prueba queda excluida de la posibilidad de ser objeto de recurso de casación. En definitiva el recurso no cumple los requisitos del art. 483.2.2º Lec. en relación con los arts. 481 y 477.1 de la misma.

8 RDCA 2011, XVII

A. TSJA, 24 de noviembre de 2010

Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previstos para tales casos es el del recurso de infracción procesal.

9 RDCA 2011, XVII

- *INADMISIÓN*
  (VOTO PARTICULAR: ADMISIÓN)

A. TSJA, 16 de abril de 2010

Los Magistrados disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista el Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.

3 RDCA 2011, XVII

A. TSJA, 16 de abril de 2010

Los Magistrados disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista el Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supues-

tos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.

4 RDCA 2011, XVII

DERECHO PROCESAL

A. TSJA, 16 de marzo de 2009

Se solicita la modificación del pronunciamiento judicial sobre costas en el sentido de que no se le impongan a la recurrente, pero tal postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación. Como excepción a la vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite modificación debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas. El pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano judicial que la dictó.

1 RDCA 2011, XVII

S. TSJA, 12 de mayo de 2010

Estima el magistrado disidente que este asunto no es objeto de recurso de casación sino de infracción procesal puesto que la solución del caso depende de la valoración de la prueba: si el hijo tiene o no recursos suficientes para cubrir sus gastos de sustento, habitación y vestido, habiendo dos valoraciones distintas: la del Juzgado, que consideró que sí, y extinguió la obligación del padre; y la de la AP, que consideró que no es suficiente, y por ello revocó el fallo en la Instancia y mantuvo la obligación de crianza del padre. En el recuso de casación debe estarse a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada, esto es, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferente a la efectuada por la AP, por ello no se debe variar este hecho y en consecuencia se debe desestimar el recurso de casación.

5 RDCA 2011, XVII

- ***NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES***

S. TSJA, 25 de mayo de 2011

No tiene lugar la nulidad solicitada alegando la no intervención del fiscal, puesto que ello, además no es cierto, ya que el art. 749.2 Lec. no exige la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su intervención en el proceso; y esta se ha producido ya que consta en la actuaciones que el fiscal fue llamado la proceso, que contestó la demanda y excusó su asistencia a juicio. La nulidad de las actuaciones procesales tiene lugar cuando se prescinda de las normas esenciales del proceso y siempre que, por esa causa, se produzca indefensión y además, habrá nulidad en aquellos casos en los que las leyes así lo establezcan (art. 283 LOPJ); no existiendo una norma procesal que establezca la nulidad cuando la intervención del fiscal en el proceso es preceptiva.

13 RDCA 2011, XVII

DERECHO TRANSITORIO

- ***CUSTODIA COMPARTIDA***

S. TSJA, 13 de julio de 2011

Es correcto aplicar al proceso la Ley de «custodia compartida», a pesar de que el litigio en Primera Instancia se tramitara antes de la entrada en vigor de esta Ley, porque su DT1ª preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: «las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor».

16 RDCA 2011, XVII

LEY DE CAZA

- ***RESPONSABILIDAD***

S. APH, 30 de junio de 2009

Cuando en la responsabilidad civil por los daños causados por especies cinegéticas concurren sujetos privados y la administración, la jurisdicción contenciosa atrae el enjuiciamiento de los sujetos concurrentes, lo que tiene lugar siempre, aunque no se demande a la administración, pues el único presupuesto que ha puesto el legislador para que se deduzca también frente a ellos la pretensión en sede del orden contencioso administrativo es que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño, lo que, obviamente, siempre puede dar lugar a ulteriores repeticiones entre los causantes de los daños, si es que fueran estimados finalmente responsables algunos de ellos.

26 RDCA 2011, XVII

LEY DE COOPERATIVAS

- ***PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: OBLIGACIONES SUBSISTIENTES***

S. TSJA, 22 de junio de 2011

Las obligaciones contraídas durante la permanencia como socio de la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse tal condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar, tal como se establece en el art. 22.7 de los Estatutos sociales en consonancia con el art. 89.5 de la Ley 27/1999.

15 RDCA 2011, XVII

VECINDAD CIVIL

- ***CUESTIÓN DE HECHO***

S. JPII La Almunia, 18 de enero de 2010

La determinación de la vecindad civil de una persona en un momento determinado de su vida para la aplicación de un ordenamiento jurídico u otro se equipara, a efectos procesales probatorios, a una cuestión de hecho, objeto como tal de prueba y presunción. En principio, el Juez debe aplicar la «Lex fori», esto es, el Derecho civil aragonés; si la Ley invocada por la parte esta contenida en la «Lex fori», quien la invoque quedará relevado de probar su vecindad civil, debiendo ser la otra parte quien, en su caso, pruebe que su adversario ostenta vecindad civil distinta a la correlativa a la ley que invoca; si la Ley invocada por la parte es extraña a la «Lex fori», quien la invoque deberá probar su vecindad civil –correlativa a la Ley a que se acoge como excepción a la «Lex fori»– como supuesto de hecho para que le sea aplicada la ley que invoca.

70 RDCA 2011, XVII

- ***CUSTODIA COMPARTIDA***

S. TSJA, 13 de julio de 2011

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Por lo tanto el litigio debe resolverse conforme al Derecho aragonés, al que remite como norma de conflicto el art. 16.1 en relación con el art. 9.1 y 4 Cc.

16 RDCA 2011, XVII

51: FUENTES

«STANDUM EST CHARTAE»

- ***CONVENIO CONCILIATORIO***

S. APT, 14 de mayo de 2009

Lo convenido entre las partes en acto de conciliación tiene el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, y aun cuando no tiene las garantías de las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por Notaría, sí debe ser considerado un acuerdo entre los interesados y debe estarse a lo convenido.

38 RDCA 2011, XVII

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACION

DEL MAYOR DE 14 AÑOS

S. TSJA, 15 de junio de 2011

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de represente legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13.2 Comp.

14 RDCA 2011, XVII

INCAPACIDAD

- ***INVALIDEZ DE LOS ACTOS***

A. JPI Huesca, núm. 2, 22 de abril de 2009

El auto declara la nulidad del Documento de Voluntades Anticipadas de una persona de 81 años, de nacionalidad francesa y testigo de Jehová, en el que entre otros extremos rechaza recibir transfusiones de sangre. Dicho documento se declara nulo por defecto de consentimiento, como acto de una persona no incapacitada, pero que en el momento de su celebración carecía de suficiente aptitud para entenderlo y quererlo (art. 34 LDp.) y por nombrar en funciones tutelares a una persona inhábil para ello (art. 111 LDp.).

63 RDCA 2011, XVII

INCAPACITACIÓN

- ***CURATELA***

S. JPII Ejea, núm. 1, 13 de abril de 2009

El demandado necesita asistencia para controlar la toma de medicación, así como para realizar actuaciones patrimoniales de determinada entidad. Por ello, dado que el grado de afectación de la capacidad del demandado para gobernar su persona y bienes no es plena, debe declararse su incapacitación parcial, debiendo quedar sometido a curatela [arts. 35 y 134.b) LDp.].

61 RDCA 2011, XVII

- ***TUTELA***

S. JPII Ejea, núm. 1, 13 de marzo de 2009

El demandado necesita asistencia para las tareas de la vida ordinaria, y carece de capacidad para regir su persona y sus bienes de forma total, salvo para realizar pequeñas transacciones de la vida cotidiana. Por ello se declara la incapacitación total del demandado, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, y se le somete al régimen de tutela. Se nombra tutora a la hermana del demandado. Se declara también su incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

59 RDCA 2011, XVII

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

AUTORIDAD FAMILIAR

- ***EJERCICIO***

S. JPI Zaragoza, núm. 6, 1 de abril de 2009

En sentencia de divorcio en la que ambos padres comparten el ejercicio de la autoridad familiar sobre los hijos comunes, al hilo de lo dicho en los arts. 68 y 71 LDp. y a título sólo ejemplificativo, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos padres para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijos menores, al cambio de centro escolar o de modelo educativo o de domicilio, y para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal, salvo supuestos de urgencia; también en las celebraciones religiosas. Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, incluida la información académica y médica.

60 RDCA 2011, XVII

- ***GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL***

A. APZ, 3 de marzo de 2009

El cambio de colegio de las hijas bajo la guarda y custodia de la madre es una decisión que, por no ser de las ordinarias, corrientes o de la vida diaria, no se enmarcan en el ámbito propio de la guarda y custodia, sino en el de la autoridad familiar, a adoptarse de consuno por ambos padres, previendo en los casos de divergencia el art. 71 LDp. una resolución «de plano» –se sobreentiende que en expediente de jurisdicción voluntaria en la que se decida lo más favorable al interés del hijo o hijos. A diferencia de lo previsto en el art. 156.2 Cc., lo que el Juez debe decidir no es a qué padre atribuye la facultad de decidir en el desacuerdo surgido, sino que decide «de plano» «lo más favorable al interés del menor». Las medidas cautelares urgentes van por la vía del art. 7 LDp.

42 RDCA 2011, XVII

- ***PRIVACIÓN***

S. TSJA, 5 de abril de 2011

En los procedimientos dirigidos a la privación de la autoridad familiar ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiera cesado la causa que motivó su privación» (art. 77.2 LDp.), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiéndose su revisión en virtud del cambio de circunstancias que deben ser valoradas por los tribunales. En este caso, la denegación de prueba solicitada por la actora no resulta justificada habiéndose producido la infracción del art. 283 Lec.

11 RDCA 2011, XVII

DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN

- ***GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS***

S. TSJA, 12 de mayo de 2010

Como regla general, el advenimiento de la mayoría de edad de los hijos conlleva en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación. Con todo la LDP establece en su art. 66 una excepción: seguirá la obligación de los padres de costear los gastos de de crianza y educación aun cuando el hijo sea mayor de edad siempre y cuando el hijo 1) no haya completado su formación profesional y , además, 2) no tenga recursos propios para sufragar él mismo tales gastos. El mantenimiento de esta obligación de los padres tiene carácter excepcional, como se deduce de la norma, ya que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento y sólo el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete.

5 RDCA 2011, XVII

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

- ***DISPOSICIÓN HASTA LOS 14 AÑOS***

S. TSJA, 15 de junio de 2011

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de represente legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13.2 Comp.

14 RDCA 2011, XVII

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

- ***GUARDA Y CUSTODIA***

S. APH, 28 de enero de 2009

No son los intereses de los padres, sino el interés superior del menor el que siempre prevalece a la hora de atribuir la guarda y custodia sobre él.

20 RDCA 2011, XVII

LEY APLICABLE

S. JPII Ejea núm. 1, 28 de mayo de 2009

Pese a que en los escritos obrantes en las actuaciones se habla de patria potestad, entien-

de el Juez que es aplicable la autoridad familiar, puesto que las relaciones paterno-filiales se rigen por la ley personal del hijo. En este procedimiento no se ha acreditado cuál es la vecindad de la hija, con lo que debería aplicarse la ley de residencia habitual (art. 9.4 Cc.) y, por lo tanto, aplicar la ley aragonesa, conclusión que se alcanza igualmente con arreglo al art. 14.6 Cc.

64 RDCA 2011, XVII

RÉGIMEN DE VISITAS

- ***INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR***

S. APH, 17 de febrero de 2009

En las decisiones que se adopten en relación con los hijos siempre ha de primar el interés superior del menor, no los intereses de los padres, aplicable también al régimen de visitas. En las relaciones con menores, especialmente en los casos de ruptura matrimonial, todos deben actuar con prudencia, generosidad y con la flexibilidad que requiera el interés del menor. Han de transmitir una sensación de estabilidad, de orden y normalidad en la relación con uno y otro progenitor, en el régimen de visitas y estancias con cada uno de ellos y con sus respectivas familias.

21 RDCA 2011, XVII

S. APZ, 11 de marzo de 2009

El derecho de los progenitores a comunicarse con los hijos no solo se trata de un derecho a favor de aquéllos sino que desarrolla un efecto muy beneficioso en el desarrolo psicoemocional de los menores que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres, siempre, eso sí, que las circunstancias en que se desarrolle este derecho sean las adecuadas y convenientes, porque está subordinado al interés del menor, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor.

44 RDCA 2011, XVII

- ***MENOR MAYOR DE 14 AÑOS***

A. APZ, 6 de octubre de 2009

Los padres tienen el derecho y la obligación de visitar y relacionarse con el hijo (art. 56 LDp.), pero si el menor ha cumplido los 14 años, su capacidad de obrar exige valorar la decisión del menor, siempre que sea fruto de una reflexión madura adecuada y no se vea afectado su propio interés. El menor de manera espontánea y madura ha expuesto que prefiere la libre comunicación con su padre, por lo que procede modificar en este sentido el régimen de visitas del padre.

49 RDCA 2011, XVII

- ***MODIFICACIÓN***

S. APZ, 31 de marzo de 2009

La modificación de las medidas ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales (aquí el régimen de visitas a favor del padre) requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.). Primacía del interés superior del menor.

45 RDCA 2011, XVII

RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES

- ***CUSTODIA COMPARTIDA: NO PROCEDE***

S. TSJA, 13 de julio de 2011

La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe el art. 6 Ley 2/2010, que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente; y el art. 2.2 de la citada Ley en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos. En Primera Instancia y en atención a las pruebas periciales practicadas se acuerda la custodia individual de la madre; decisión que se revoca en apelación acordando la custodia

compartida, sin fundarse en argumentos de una mayor conveniencia para el interés del menor; por ello la AP ha infringido los mencionados preceptos legales ya que en el presente caso la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba pericial y a la edad del hijo (2 años) es más conveniente.

16 RDCA 2011, XVII

S. TSJA, 30 de septiembre de 2011

La custodia compartida es el régimen preferente predeterminado por el legislador. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan mas conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Uno de los elementos a valorar, es la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio. De la prueba practicada, resulta que«el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; en razón de ello, se ha de excluir la custodia compartida y atribuirla a la madre, quien ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

18 RDCA 2011, XVII

- ***GASTOS EXTRAORDINARIOS***

S. JPI Zaragoza, núm. 6, 1 de abril de 2009

En sentencia de divorcio se dice que por gastos extraordinarios deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque se incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión de alimentos a los hijos. En todo caso, no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea, que no haya sido previamente consensuado de forma fehaciente por las partes, o que, a falta de acuerdo, haya sido aprobada su procedencia judicialmente, con la excepción de los gastos médicos urgentes e inaplazables.

60 RDCA 2011, XVII

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

CURATELA

S. JPII Ejea, núm. 1, 13 de abril de 2009

La sentencia declara la incapacitación parcial del demandado, que queda sometido a curatela. Especifica, de conformidad con el art. 136 LDp., que en la esfera personal la curatela se extenderá a la cuestión del control de la toma de medicación del demandado, y en la esfera patrimonial el demandado necesitará la asistencia del curador para la realización de aquellos actos patrimoniales que excedan de 300 euros. Ante la ausencia de parientes idóneos del demando, corresponde atribuir las funciones de curatela a la entidad pública a que esté encomendada la protección de los incapacitados (art. 102 LDp.). En el caso que nos ocupa, dicha entidad es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

61 RDCA 2011, XVII

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

S. APH, 13 de enero de 2009

Los litigantes se casaron en 1988 en Huesca; ella tenía la vecindad civil aragonesa y él la catalana. El matrimonio residió en Huesca desde su celebración y no otorgaron capitulaciones matrimoniales. La actual norma de conflicto contenida en el art. 9.2, modificado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no puede ser aplicada por no existir en la fecha de celebración del matrimonio. Tampoco puede

ser aplicada la norma del art. 9.2 en la redacción de 1974, por ser inconstitucional (STC 39/2002, de 14 de febrero). La sentencia integra la laguna con fundamento en los actos propios de las partes que han elegido el régimen de separación de bienes en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio.

19 RDCA 2011, XVII

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS

- ***OTRAS SITUACIONES DE COMUNIDAD***

S. APZ, 15 de junio de 2009

Inexistencia de situación permanente de comunidad familiar sobre la vivienda en la que conviven un padre, jubilado, hija y yerno. No hay pacto alguno que ordene una suma de esfuerzos individuales y que organice las tareas desarrolladas en común, pues ninguna había. La convivencia y asistencia al difunto es un dato irrelevante, que además no es exclusivo de la parte recurrente. Alegación interesada del art. 34 Comp. para dividir la propiedad de la vivienda en tres partes iguales.

48 RDCA 2011, XVII

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

BIENES COMUNES

S. TSJA, 3 de diciembre de 2010

Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno ajeno al tiempo de la construcción debe calificarse como consorcial, sin perjuicio de que ahora el solar sobre el que se construyó corresponda al marido al adquirirlo por herencia del anterior propietario.

10 RDCA 2011, XVII

- ***DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA***

S. JPI Zaragoza, núm. 3, 3 de septiembre de 2009

El art. 28.i Lrem., en aplicación del principio tradicional aragonés de protección de la vivienda familiar, atribuye al consorcio, y no a uno de los cónyuges (el titular del contrato) todos los derechos que como arrendatarios se deriven del contrato de arriendo que se celebre vigente matrimonio. La consecuencia es que en estos supuestos no es necesario verificar ningún tipo de subrogación, por cuanto la celebración del contrato, vigente el consorcio conyugal, con independencia de quien figure contractualmente como titular, atribuye los derechos del arrendatario a ambos y no sólo al cónyuge que firme el contrato de arriendo. Será necesaria la subrogación, y en consecuencia el cumplimiento de los requisitos del art. 16 LAU, en los arrendamientos anteriores a la celebración del matrimonio y en aquellos otros en que el régimen matrimonial no sea el consorcial.

66 RDCA 2011, XVII

BIENES PRIVATIVOS

- ***ACCESIÓN***

S. JPII La Almunia, 18 de enero de 2010

Habiendo sido edificado durante el consorcio conyugal tanto el almacén como la caseta en fincas privativas del causante, las edificaciones construidas sobre ellas le pertenecen con carácter privativo en virtud del principio de accesión, todo ello sin perjuicio del derecho de reembolso a favor del consorcio conyugal al haberse hecho las citadas construcciones con fondos comunes, lo que hay que presumir al no resultar acreditado que las obras se sufragaron a costa únicamente del causante.

70 RDCA 2011, XVII

- ***ADQUIRIDOS EN LA PARTICIÓN DE UNA COMUNIDAD***

S. APT, 29 de enero de 2009

La vivienda es privativa porque la adquirió el marido a título de herencia, siéndole adjudicada por los coherederos en pago de su hijuela.

La compensación en metálico a los coherederos hecha con dinero consorcial no trueca la naturaleza del título y modo de adquisición (a título gratuito), por lo que no puede considerarse que nos hallemos ante una compraventa a plazos ni ante la adquisición de un bien en proindiviso en parte privativo y en parte consorcial. La aportación de dinero consorcial es un derecho de crédito que tiene el consorcio contra el marido.

33 RDCA 2011, XVII

- ***Pacto de muebles por sitios***

S. APZ, 21 de diciembre de 2009

En virtud de un pacto entre ambos cónyuges plasmado en escritura pública de 1991, al amparo de la facultad conferida por el art. 29 Comp. y al efecto de restringir la comunidad conyugal, atribuyen la condición de bienes sitios, propios con carácter exclusivo de la mujer, a unas participaciones sociales de carácter consorcial. Ese pacto origina un derecho de crédito del patrimonio consorcial frente al privativo de la mujer por aplicación del art. 47.1 Comp. Previsión normativa recogida en el art. 33.2 Lrem., sin que esta Ley suponga, por lo tanto, variación sustancial alguna sobre dicha materia.

54 RDCA 2011, XVII

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN

Administración y disposición de bienes comunes

- ***Rescisión por fraude***

S. APZ, 20 de octubre de 2009

Las participaciones sociales de una sociedad civil constituida constante matrimonio, sin prueba de que su adquisición se hiciera con dinero privativo del esposo, son bienes comunes (28.2, j) y k) Lrem.). Uno de los contrapesos a la agilidad de la disposición de bienes comunes frente a terceros es la posibilidad de rescisión por fraude (art. 54 Lrem.). Las participaciones sociales son bienes comunes, han sido vendidas por el marido a sus hermanas por un precio notoriamente alejado del real con la finalidad de evitar que formaran parte de los bienes susceptibles de liquidación en el proceso de divorcio, con lo que se aprecia que hay «consilium fraudis» y se rescinde la compraventa.

51 RDCA 2011, XVII

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

Causas

- ***Separación de hecho***

S. APZ, 3 de marzo de 2009

La regla general sobre el «dies a quo» de la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho es la sentada por el art. 62 Lrem. Si la jurisprudencia excepciona la citada regla general y declara que la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, reserva la aplicación de esa doctrina a ceses en la convivencia durante un período muy prolongado de tiempo, o en los que, sin cuantificar el período necesario, se exige que la separación sea seria, prolongada y demostrada, constando una inequívoca voluntad de poner fin al régimen económico matrimonial y concluir sobre la existencia de gastos hechos en el exclusivo beneficio de quien los lleva a cabo.

43 RDCA 2011, XVII

Comunidad posconsorcial

- ***Gestión***

S. APZ, 21 de diciembre de 2009

Acreditada la falta de consenso entre los litigantes, hijos y herederos testamentarios de los cónyuges fallecidos, en cuanto a la administración de las 80 participaciones sociales que tienen el carácter de bienes comunes o consorciales del referido matrimonio, resulta procedente, conforme al art. 809.2 Lec., proveer sobre la administración de tales participaciones sociales hasta que concluya el proceso de liquidación del régimen económico de los padres, procediendo a la

designación de administrador, lo que deberá llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia en la correspondiente pieza incidental.

54 RDCA 2011, XVII

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

INVENTARIO

- ***DE DINERO O PARTIDAS DINERARIAS***

S. APH, 3 de abril de 2009

En el inventario de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía forma parte de la identificación misma de la partida inventariada (art. 809.2 Lec.) y no de su valoración. El dinero, a diferencia de los bienes corporales, no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. El derecho de reembolso a favor del patrimonio común frente al patrimonio privativo del demandante por la construcción con dinero común de un edificio privativo no puede ser cuantificado con arreglo al valor actual en el mercado del metro cuadrado construido sino que, sobre la base del lucro sin causa, ha de computarse el dinero común efectivamente invertido en las obras.

23 RDCA 2011, XVII

VALORACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA

S. APH, 26 de mayo de 2009

La APH sigue la doctrina establecida por la STS de 4.4.2008: 1º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial; 2º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado: se aplicará el valor de mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección. En el caso partimos de los 147.500 euros que el informe pericial señala como valor de mercado de la vivienda, y de los 101.539,62 euros como vivienda protegida. Teniendo en cuenta que faltan dos años hasta que pueda ser descalificada, consideramos que debe asignársele un valor de 141.372 euros. Para llegar a esa cantidad hemos tenido en cuenta la diferencia de valores dividida por los 15 años de duración del plazo durante el que no puede ser descalificada.

25 RDCA 2011, XVII

682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES

S. JPI Zaragoza núm. 3, 6 de julio de 2009

El marido ejercita acción tendente a que se declare subsistente su derecho expectante de viudedad sobre bien inmueble ejecutado en el curso del proceso hipotecario seguido contra su esposa, de carácter privativo, adjudicado a tercero y que poco antes de la interposición de la presente demanda fue transmitido por este a otros. La declaración de subsistencia que se pretende no puede llevarse a cabo, toda vez que el derecho expectante de viudedad resulta inoponible frente al tercer adquirente de buena fe, que confió en la exactitud registral que declaró en su día extinto el mismo, del que no hay constancia pudiera conocer ese supuesto vicio en la transmisión anterior, y por extensión al resto de sucesivos adquirentes (art. 34 LH).

65 RDCA 2011, XVII

683: USUFRUCTO VIDUAL

ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS

- ***DIVISIÓN DE COSA COMÚN***

S. APZ, 28 de abril de 2009

A propósito del usufructo ordinario y la suerte del mismo con ocasión de la división de la cosa común, la jurisprudencia del TS ha sentado el criterio de su indemnidad: el usufructuario no es condómino y no puede mezclar su derecho con el de estos últimos, careciendo de legitimación para postular la división, pero quedando indemne por la misma. Se trata de

derechos diferentes. La existencia del usufructo no obsta a la división, pero no resultará afectado por ella. Para el usufructo de viudedad aragonesa el TSJA ha sentado doctrina contraria a la que resulta del TS para el usufructo ordinario: el usufructo de viudedad como consecuencia de su venta en pública subasta, no se extingue pero sí se transforma en usufructo de dinero. No se respeta el principio de indemnidad porque el usufructo ya no recaerá sobre el mismo objeto (art. 83.2 Comp., 108.2 Lrem.).

46 RDCA 2011, XVII

711: DISPOSICIONES GENERALES

Comunidad hereditaria

S. APT, 10 de marzo de 2009

El bien discutido pertenece a la herencia del padre con carácter privativo, al haberse destruido la presunción de consorcialidad. Los llamados a heredar han sido determinados por acta de notoriedad y han realizado actos jurídicos lo suficientemente significativos para estimar que han aceptado la herencia, por lo que no hay situación de herencia yacente. Pero no son copropietarios de dicho bien, porque la comunidad hereditaria no da lugar a la copropiedad de cada uno de los bienes que la integran, sino que estos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los arts. 392 y ss. del Cc. que contempla la comunidad romana «pro indiviso», con distinción de cuotas y esencial divisibilidad.

36 RDCA 2011, XVII

713: SUSTITUCIÓN LEGAL

Efectos

S. TSJA, 22 de septiembre de 2011

La condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley. El sustituido no llega a ser titular del «ius delationis» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («si los tuviera») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

17 RDCA 2011, XVII

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Efectos

S. TSJA, 3 de diciembre de 2010

Por la aceptación, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue privativo del marido en los años en que se construyó la vivienda sobre el terreno que era del tío del marido, pues aún vivía.

10 RDCA 2011, XVII

715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

Separación de patrimonios

S. TSJA, 3 de diciembre de 2010

El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonio, y de ninguna forma con relación a la fecha anterior del fallecimiento del causante. Justamente, porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal

relicto (art. 40.1 Lsuc.) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del art. 40.2 Lsuc. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42 Lsuc.) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43 Lsuc.)

10 RDCA 2011, XVII

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Nulidad de testamento

- ***Falta de legitimación activa***

S. JPI Zaragoza, núm. 3, 20 de octubre de 2009

La hermana del testador, que careciendo de descendientes y ascendientes ha nombrado heredera a su mujer, carece de legitimación activa para impugnar la validez del testamento de su hermano por falta de capacidad natural pues, no habiendo acreditado la existencia de bienes recobrables o troncales, ningún derecho hereditario ostenta por ley con carácter preferente sobre los bienes integrantes de la herencia, respecto de la designada y favorecida en aquél, a la sazón esposa del fallecido.

68 RDCA 2011, XVII

73: SUCESIÓN PACCIONADA

Derecho de transmisión

- ***Encomienda de la designación a fiduciarios***

S. JPI Huesca, núm. 2, 15 de septiembre de 2009

Las capitulaciones matrimoniales de 1909 fueron válidas y por sus normas debe regirse la liquidación de los bienes de la sociedad matrimonial del primer matrimonio, por lo que no habiendo designado heredero de los mismos ni el sobreviviente ni la Junta de parientes, resultan ser herederos a partes iguales los tres hijos de dicho matrimonio. La distribución de los bienes pertenecientes a la primera sociedad matrimonial no puede regirse por lo establecido en capítulos para un segundo matrimonio, por lo que el pacto establecido en este sentido no tiene validez y no puede admitirse que la segunda mujer estuviera legitimada para designar al heredero de los bienes de su finada hermana. La designación de heredero hecha por ella en 1969 no es justo título para la usucapión ordinaria, y no han pasado 30 años para la extraordinaria porque la posesión plena no empieza hasta la muerte de la usufructuaria en 1985.

67 RDCA 2011, XVII

Pactos sobre la sucesión de un tercero

S. APZ, 22 de enero de 2009

Para que haya pacto sucesorio se precisa la anuencia de aquel de cuya sucesión se trata, generalmente a través de su firma en el contrato sucesorio. El «pactum de hereditate tertii» o «pactum corvinum», celebrado por varios posible sucesores sin intervención del causante para repartirse la herencia de este mientras todavía vive, es inmoral y nulo. No se debe confundir el pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero con la partición de la herencia por los coherederos que requiere la muerte del testador y la aceptación de la herencia por los coherederos.

41 RDCA 2011, XVII

Revocación

- ***Plazo***

S. APZ, 1 de diciembre de 2009

La doctrina no es unánime en cuanto al plazo del ejercicio de la acción de revocación unilateral del pacto sucesorio, si el de 15 años (art. 1966 Cc.), el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1299 Cc.) o el de1 año (donación por ingratitud del art. 652 Cc.), tesis esta la mayoritaria. El cómputo se inicia desde el día en que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción (art. 652 Cc. y STSJA de 19 de noviembre de 1991).

52 RDCA 2011, XVII

• ***SEÑORÍO MAYOR***

S. JPI Ejea, núm. 1, 16 de febrero de 2009

En escritura pública de 2007 la instituyente sobreviviente revoca la institución de heredero a favor de su hijo «por haber incumplido el instituido la carga de convivencia ínsita en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron» en el pacto sucesorio realizado en 1982. La facultad de revocación debe tener la extensión que reconocía la Compilación, pero debe ejercitarse conforme al procedimiento y teniendo en cuenta las normas de duración y prescripción de la Ley 1/1999 (DT 2ª y 3ª). El Juez entiende que no existe deber de convivencia ínsito en el señorío mayor, y en la escritura de 1982 no se recoge de forma expresa la obligación de convivencia, por lo que se declara la nulidad de la revocación.

56 RDCA 2011, XVII

S. APZ, 1 de diciembre de 2009

En la reserva del señorío mayor pactada no se recoge expresamente la obligación de convivencia del instituido con los instituyentes; obligación tampoco impuesta en los arts. 102.1 Comp. o 73 Lsuc. La STSJA 9 de noviembre de 1991 considera la convivencia ínsita en la reserva de señorío mayor, pero el supuesto fáctico era muy diferente. En el supuesto de autos únicamente se establecían unas cargas económicas cuyo incumplimiento no ha sido denunciado, por lo que la exclusiva mención al señorío mayor no parece determinante de la obligación de convivencia. La falta de convivencia no puede constituir, por tanto, causa de revocación unilateral del pacto sucesorio.

52 RDCA 2011, XVII

75: LEGÍTIMA

DESHEREDACIÓN

• ***SIN CAUSA LEGAL***

S. TSJA, 22 de septiembre de 2011

La posición de los desheredados sin causa legal es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que quedan privados del derecho a suceder *abintestato* y el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran. En este caso, y siendo que solo uno de los hijos desheredados sin justa causa por parte del causante es el que tiene descendencia, será a ellos en cuento que legitimarios de grado preferente por sustitución legal a los que les corresponderá la acción de defensa de la legítima, pudiendo reclamar la rescisión de liberalidades inoficiosa para que quede incólume la legítima como señala el art. 171 Lsuc.

17 RDCA 2011, XVII

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

S. TSJA, 22 de septiembre de 2011

El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurran varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandantes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios.

17 RDCA 2011, XVII

• ***DONACIÓN MODAL***

S. APZ, 8 de junio de 2009

La sentencia expone la naturaleza de la donación modal, diferencia el modo de la contraprestación y el modo de la condición. Su sometimiento a las reglas de los contratos onerosos (art. 622 Cc.) no sirve para justificar su exclusión del cómputo de la legítima: se computa el exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga. La histórica confusión entre colación, cálculo de las legítimas e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 Cc. no se da en el art. 174 Lsuc. También hay que distinguir entre cálculo e imputación de la legítima (arts. 174, 175 y 176). Los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que el negocio

oneroso se hizo para defraudarlas, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario (art. 6.4 Cc.).

47 RDCA 2011, XVII

• ***PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES***

S. JPI Zaragoza, núm. 3, 8 de abril de 2008

La limitación de la facultad de disposición de los bienes heredados impuesta en el testamento al heredero legitimario hasta que cumpla la edad de treinta años, restringe las facultades que sobre los bienes transmitidos tenía el causante por lo que constituye un gravamen a la legítima (art. 183 Lsuc.). No obrando justa causa para el gravamen, que conste en el título sucesorio o en documento público (art. 186.3º), el gravamen ha de tenerse por no puesto (art. 184 Lsuc.). En consecuencia con lo anterior, los incisos del testamento que hacen referencia a la administración de los bienes de la herencia, en la medida que excedan de las reglas generales sobre la capacidad de los menores de 18 años, deben tenerse por ineficaces.

55 RDCA 2011, XVII

76: SUCESIÓN LEGAL

SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS

• ***BIENES TRONCALES Y NO TRONCALES***

A. JPI Huesca, núm. 2, 20 de abril de 2009

El finado falleció soltero, sin haber otorgado testamento o pacto, sus padres ya habían fallecido y al morir tiene cuatro hermanos de doble vínculo y tres sobrinos hijos de una hermana de doble vínculo premuerta. Se declara herederos universales del finado, por derecho propio, respecto de todos sus bienes y derechos, troncales y no troncales, de ambas líneas, paterna y materna, a sus cuatro hermanos de doble vínculo, todos ellos por quintas partes iguales e indivisas; también se declara herederos universales del finado, por derecho de sustitución legal de la hermana premuerta, a los tres sobrinos, todos ellos por quinceavas partes iguales e indivisas.

62 RDCA 2011, XVII

SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

• ***APLICACIÓN DEL ART. 216.2 LSUC.***

S. TSJA, 9 de enero de 2009

Partiendo de que el supuesto regulado en el art. 216.2 Lsuc. es el de una sucesión legal condicionada, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión (cónyuge premuerto) por aplicación del art. 5.1 Lsuc., pues ha de aplicarse la del momento de apertura de la sucesión y el fallecimiento de la causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Lsuc., cuya aplicabilidad no puede predicarse al amparo de la DT 1ª Lsuc. En definitiva sostenemos con la doctrina más cualificada que la aplicación del art. 216.2 Lsuc. requiere que todos los requisitos en él previstos han de concurrir necesariamente bajo la vigencia de la Lsuc.

32 RDCA 2011, XVII

S. APT, 20 de febrero de 2009

Para la aplicación del art. 216.2 Lsuc. se requiere que todos los requisitos en él previstos hayan concurrido bajo la vigencia de la Ley de sucesiones. Además está excluido de la aplicación del precepto el supuesto en el que el cónyuge sobreviviente dispone por cualquier título de los bienes comprendidos en su haber hereditario procedentes de su cónyuge.

34 RDCA 2011, XVII

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• ***RENUNCIA***

S. APT, 24 de febrero de 2009

El derecho de abrir huecos reconocido en el art. 144 Comp. es renunciable, en los términos del art. 6.2 Cc.; el régimen normal de luces y vistas no obsta a que los interesados puedan establecer por vía convencional una servidumbre negativa de luces y vistas que afectaría, no solo a los contratantes, sino a los posteriores titulares de los predios dominante y sirviente. Además, si la obligación de proceder al cierre de

las ventanas se ha configurado como una obligación de carácter personal, hay que tener en cuenta que los contratos producen efecto entre las partes y sus herederos (1257 Cc.), y la demandada es propietaria por herencia de su padre.

35 RDCA 2011, XVII

RÉGIMEN NORMAL

- ***AZOTEAS Y TERRAZAS***

S. APT, 15 de septiembre de 2009

El demandado no ha procedido propiamente a la construcción de terraza sobre el fundo ajeno, sino que en ejercicio de su facultad dominical ha hecho practicable una parte del inmueble de su propiedad que antes no lo era (en lo que antes era un tejado ha hecho una terraza; sobre el tejado el vecino tiene abierta una ventana, que no ha sido tapada al construir la terraza). El vecino pide la demolición de la terraza porque vulnera el derecho a la intimidad y compromete su seguridad. Su pretensión no puede prosperar, pues si el demandado podía haber procedido al cierre de la ventana de la actora, no puede imputarse al mismo vulneración de derecho alguno por haber declinado el uso de dicha facultad y haber permitido que la ventana permaneciese abierta.

39 RDCA 2011, XVII

- ***INTERDICTO DE OBRA NUEVA***

S. JPII Ejea, núm. 1, 20 de febrero de 2009

Acción de suspensión de obra nueva del art. 250.1.5º Lec. Requiere que la obra nueva no se encuentre terminada y que suponga o pueda suponer razonablemente un daño o perjuicio inminente para la propiedad, posesión o cualquier otro derecho de quien ejercita la acción. La existencia de ventanas no distanciadas, sin reja y red, no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, por lo que no hay indicios de que dicha servidumbre pueda existir, no hay ningún derecho que pueda protegerse mediante la suspensión de la obra. La ejecución de la obra no causa a la demandante ningún perjuicio que no tenga el deber de soportar, y el cierre de las ventanas no justifica la suspensión de la obra.

57 RDCA 2011, XVII

- ***INTERDICTOS***

S. APH, 30 de septiembre de 2009

Si no hay voladizo invadiendo el inmueble colindante, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites de la propia finca y esta relación de vecindad no impide al propietario del fundo vecino edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, sin más límte que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos (art. 144.3 Comp.). Y esta situación de abuso de derecho se ha dado en el supuesto enjuiciado al haberse levantado el muro con la única finalidad de perjudicar a los vecinos. Así nos encontramos con una situación de hecho derivada de una relación de vecindad tutelable en este procedimiento sumario, en tanto que no puede ser ejercitado abusivamente el derecho de todo propietario a edificar tapando los huecos de la finca vecina, con la consiguiente facultad de mantener las aberturas reconocidad en el art. 144.1 Comp. No era exigible al actor instar la suspensión de la obra nueva.

29 RDCA 2011, XVII

- ***TOMA DE MEDIDAS***

S. APT, 30 de abril de 2009

La terraza construida no respeta las distancias establecidas en el art. 582 Cc., dos metros, al tratarse de vistas rectas, desde la pared en la que se ha ejecutado la terraza hasta la finca del vecino, no «entre los voladizos o terrazas» como dice la sentencia apelada.

37 RDCA 2011, XVII

SERVIDUMBRE

- ***ADQUISICIÓN POR TÍTULO***

S. JPII Calatayud, núm. 2, 19 de octubre de 2009

En la escritura de aceptación, división y adjudicación de la herencia de los padres, en la que intervienen los cuatro hijos, se hace constar que «podrá ampliar y levantar su edificio llamado vaquería pero sin obstaculizar la vista y luces de las ventanas de la edificación propiedad de…». Con la citada cláusula, con la intervención de todas las partes implicadas y con términos muy claros, se está constituyendo un auténn-

tico derecho de servidumbre de luces y vistas. Aunque el título constitutivo de la servidumbre no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad, perjudica al tercero que ha comprado la vaquería en tanto pudo conocer de su existencia si hubiera sido suficientemente diligente.

69 RDCA 2011, XVII

- ***Aplicación del art. 541 Cc.***

S. APZ, 8 de octubre de 2009

El criterio de la STSJA de 4.2.2004 es que, si bien el art. 145 Comp. deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 Cc., hay que entender que respetando nuestro peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, que serán los que la Compilación determina en el art. 145 Comp. Por tanto la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional con las luces y vistas, lo que no es el caso.

50 RDCA 2011, XVII

- ***Signos aparentes***

S. JPII Ejea, núm. 1, 27 de febrero de 2009

Desde el punto de vista jurídico, no cualquier elemento que sobresale de lo macizo en una pared o edificio se puede considerar como voladizo y, por lo tanto, no puede considerarse como signo aparente de servidumbre de luces y vistas salientes como las contraventanas, las tejas y el canalón. Es irrelevante el tiempo que estos elementos constructivos lleven colocados, puesto que es claro que no cumplen la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, que es la finalidad que la jurisprudencia exige a un saliente para que pueda ser signo aparente de luces y vistas (Ss. TSJA 22.4.2008 y 27 de septiembre de 2007).

58 RDCA 2011, XVII

S. TSJA, 23 de septiembre de 2010

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los voladizos, en pared propia o medianera que recaigan sobre fundo ajeno; no lo son ni la falta de voladizos, ni desde luego lo es el hecho de que el vecino del fundo vecino cuando construye deje un pequeño patio de luces y no tape las ventanas, este hecho debe enmarcase en un acto de mera tolerancia.

6 RDCA 2011, XVII

84: SERVIDUMBRES

De medianería

- ***Usucapión***

S. JPII Ejea, núm. 1, 27 de febrero de 2009

Los demandados reconvenientes han adquirido por usucapión el derecho a apoyarse en ese muro. El cerramiento de los demandados lleva construido, al menos, desde enero de 1988, más del tiempo previsto en el art. 147 Comp. para la adquisición por usucapión de servidumbres, por lo que los reconvenientes han adquirido por usucapión derecho de medianería sobre el muro referido.

58 RDCA 2011, XVII

De paso

- ***Aparente***

S. APH, 18 de marzo de 2009

En Aragón sólo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes (art. 147 Comp.); son aparentes las que indica el art. 532 Cc., de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.). La servidumbre de paso puede ser o no ser aparente, según los casos. La apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

22 RDCA 2011, XVII

S. APT, 19 de octubre de 2009

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por

un lugar determinado con signo visible o usarse sin signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio. En el caso la servidumbre se califica de aparente (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Se acoge la petición de modificación (arts. 565 y 566 Cc.).

40 RDCA 2011, XVII

- ***NO APARENTE***

S. APH, 6 de mayo de 2009

La servidumbre de paso puede ser o no aparente, según los casos, en función de si existe o no un signo aparente de servidumbre (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco puede afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre. La falta de apariencia es relevante en este supuesto no solo para descartar la constitución de la servidumbre por usucapión, sino también por título, si admitiéramos la fuerza probatoria de la escritura de 1970, dado que, en esa hipótesis, faltaría la inscripción de la servidumbre no aparente en el RP y la demandada desconocía su eventual constitución, por lo cual no puede perjudicar a quien tiene la cualidad de tercero hipotecario.

24 RDCA 2011, XVII

S. APH, 23 de septiembre de 2009

Las servidumbres de paso pueden ser aparentes o no aparentes conforme al art. 532 Cc., de aplicación supletoria; sólo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridos por usucapión ordinaria (art. 147 Comp.). Lo decisivo para que la servidumbre sea aparente no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe.

28 RDCA 2011, XVII

- ***USUCAPIÓN***

S. TSJA, 25 de noviembre de 2009

La servidumbre de paso puede adquirirse por usucapión cuando cuenta con signo aparentes. La palabra signo equivale a señal, indicio. No se necesita, por tanto, ninguna obra, sino que basta una señal de paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

2 RDCA 2011, XVII

S. APZ, 4 de diciembre de 2009

Respecto de una calle de propiedad privada pero de uso público, al ser un espacio ajeno a cualquier posibilidad de posesión de conformidad con lo previsto en los arts. 344 y 437 Cc., no cabe la adquisición por usucapión de una servidumbre de paso.

53 RDCA 2011, XVII

S. TSJA, 20 de mayo de 2011

Según el art. 147 comp., pueden adquirirse por usucapión las servidumbre aparentes; esta servidumbre de paso no es aparente al no haber signos externos directamente vinculados al uso o aprovechamiento; e incluso, en ese caso, aun cuando lo estuvieran, no se habría producido la usucapión toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto.

12 RDCA 2011, XVII

USUCAPIÓN

- ***ACTOS TOLERADOS***

S. APH, 18 de noviembre de 2009

No se deben confundir los actos tolerados con los «meramente tolerados» de los arts. 444 y 1942 Cc. que no aprovechan a la posesión. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la cosa. No es lo mismo dejar pasar puntual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad, pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercitado por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo.

30 RDCA 2011, XVII

• ***APARIENCIA***

S. APH, 16 de noviembre de 2006

Para que una servidumbre de paso sea usucapida en Aragón conforme al art. 147 Comp., es imprescindible que la misma sea aparente, lo que quiere decir que es imprescindible que la misma se ejerza a través de senda, camino o carril. La apariencia tiene que estar presente durante todo el tiempo de la usucapión. Las puertas, a efectos de la apariencia de una servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a una senda, camino o carril que publique, físicamente, aquello que se está usucapiendo. El requisito de la apariencia tiene que presentarse y probarse de una forma clara y contundente por la parte que pretende la existencia de la servidumbre. La estimación de la acción negatoria de servidumbre conlleva la eliminación de la puerta, sin perjuicio de su conservación como ventana si ese es el deseo de los demandados.

31 RDCA 2011, XVII

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

S. APH, 17 de julio de 2009

La facultad moderadora o correctora se atribuye a los tribunales para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas. No nos parece decisivo ni la edad del retrayente (ahora debe de tener 67 años) ni que carezca de descendientes, pues no por concurrir tales circunstancias va a carecer de interés y afecto para mantener dentro de la familia la finca de que se trata. El domicilio de los retrayentes y su actividad laboral ajena a la agricultura no parece que sean datos suficientes para moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, pero sí los móviles espurios y constitutivos de abuso de derecho.

27 RDCA 2011, XVII

PLAZO DE EJERCICIO

S. APH, 17 de julio de 2009

El cómputo de los 90 días a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha. Y para que actúe el plazo de caducidad con independencia de la fecha de la inscripción registral se requiere acreditar: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral; y b) que tal conocimiento sea completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó, por lo que no basta con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación.

27 RDCA 2011, XVII

2. *Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al XVII de la RDCA)*

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
CASA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
CASACIÓN FORAL			
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1.º)	14
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2.º)	1
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	2
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
A. TSJA	22 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	3
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
COMPETENCIA FUNCIONAL			
S. TS	15 de junio de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	2
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Inadmisión			
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	4
A. TSJA	4 de septiembre de 2010	2011, XVII	7
A. TSJA	12 de noviembre de 2010	2011, XVII	8
A. TSJA	24 de noviembre de 2010	2011, XVII	9
Inadmisión (voto particular: admisión)			
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	3
A. TSJA	16 de abril de 2010	2011, XVII	4
Interés casacional			
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
Régimen transitorio			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
Derecho interregional			
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
Efectos sobre la sucesión			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
Régimen matrimonial legal			
S. APZ (Penal)	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	47
Derecho procesal			
A. TSJA	19 de junio de 2008	2010, XVI	2
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
A. TSJA	16 de marzo de 2009	2011, XVII	1
S. TSJA	12 de mayo de 2010	2011, XVII	5
Nulidad de los procesales			
S. TSJA	25 de mayo de 1998	2011, XVII	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DERECHO TRANSITORIO			
CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM.)			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	8
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN (LREM.)			
S. JPI Zaragoza n.º 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN (LREM.)			
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. JPII Alcañiz n.° 2	23 de septiembre de 2008	2010, XVI	60
CONSORCIO FORAL			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	16
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	46
CUSTODIA COMPARTIDA			
A. TSJA	13 de julio de 2011	2011, XVII	16
DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
FIDUCIA SUCESORIA			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003)			
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	8 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	11
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
Ley de sucesiones			
A. APZ	9 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	43
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
A. APZ (secc. 2.ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. JPII Jaca n.º 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Luces y vistas			
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
Testamento mancomunado			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
Tutela			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	3
Usufructo vidual			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
Viudedad			
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
Jurisdicción civil			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
Jurisprudencia			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
LEY DE CAZA			
CONCEPTO DE «RESIDENTE»			
S. APH	22 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	15
CONCEPTO DE «COLINDANTE»			
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
CONCEPTO DE «PROCEDENCIA»			
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. JPII Boltaña	3 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	44
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
PACTOS			
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	28
RESPONSABILIDAD			
S. APH	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	9
S. APH	11 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	12
S. APH	30 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	13
S. APH	10 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	16
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
A. APH	30 de junio de 2009	2011, XVII	26
S. TSJA	1 de septiembre de 2010	2010, XVI	9
LEY DE COOPERATIVAS			
DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN			
S. TSJA	13 de septiembre de 2010	2010, XVI	10
PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: OBLIGACIONES SUBSISTENTES			
S. TSJA	22 de junio de 2011	2011, XVII	15
RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RECURSO GUBERNATIVO			
COMPETENCIA			
A. TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	6
PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN			
A. TSJA	26 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	49
VECINDAD CIVIL			
S. APT	18 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	32
ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL			
S. TS	20 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1.º)	6
S. TS	21 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	2
S. APZ Secc. 5.ª	21 de enero de 2008	2010, XVI	37
CUESTIÓN DE HECHO			
S. JPII La Almunia nº 2	18 de enero de 2010	2011, XVII	70
CUSTODIA COMPARTIDA			
S. TSJA	13 de julio de 2010	2011, XVII	16
DE LOS CÓNYUGES			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
FRAUDE DE LEY			
S. TS	14 de septiembre de 2009	2009, XV	1
USUFRUCTO VIDUAL			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	31
51: FUENTES			
APÉNDICE			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
CÓDIGO CIVIL			
DERECHO SUPLETORIO			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
S. JPII Jaca n.º 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	26
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	31
S. APZ	28 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	35
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. JPII Huesca n.º 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	8 de marzo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	4
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
Derechos reales			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1.º)	5
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	19
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	21
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	35
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	27
S. APT	5 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	29
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	6
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	9
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	34
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	41
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	8
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	22
S. JPII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	17
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	11
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núm. 1.º y 2.º)	26
S. APT	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	27
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	28
S. JPII Jaca n.º 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	26
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
Disposiciones transitorias			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
Familia y sucesiones			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50
A. TSJA	17 de marzo de 1993	1996, II (núm. 1.º)	52
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	8
S. APT	8 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	20
A. APZ	12 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	42
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	14
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	21
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	31
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
Obligaciones y contratos			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. APT	14 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	24
Parte general			
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	25
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. TS	20 de febrero de 1998	1997, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
Remisión estática			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
Compilación			
Aplicación preferente			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Fiducia			
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
Costumbre			
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	1 de febrero de 2005	2007, XIII	14
Junta de Parientes			
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
Legítima formal			
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1.º)	12
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
Prueba			
S. APZ (Secc. 5.ª)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	70
Ley de Enjuiciamiento Civil			
Retractos			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1
Principios			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
Propiedad sobre ribazos o taludes			
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	70
«**Standum est chartae**»			
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	39
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	2
S. APT	14 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	25
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9
Aplicación de oficio			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Arrendamientos			
S. JPII Teruel n.º 1	9 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	43
Cláusula penal			
S. JPII Teruel n.º 1	18 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	54
Contrato de obra			
S. APT	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	25
Convenio conciliatorio			
S. APT	14 de mayo de 2009	2011, XVII	38
Convenio regulador			
S. JPII Alcañiz n.º 2	23 de septiembre de 2008	2010, XVI	60
Interpretación de «cartas»			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
Interpretación del principio			
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1
S. TSJA	29 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	1
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
Junta de Parientes			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
Límites			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPII Teruel n.º 1	15 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	62

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	19 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	24
Pacto de indivisión			
S. APH	28 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	7
Renta pactada en vivienda de protección oficial			
S. JPII Teruel n.º 2	31 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	27
Tradición jurídica			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN			
Conflicto de intereses			
A. TSJA	25 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	7
Del mayor de catorce años			
S. TSJA	15 de junio de 2011	2011, XVII	14
Capacidad (civil y procesal)			
S. APZ	12 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	48
A. APZ (Secc. 2.ª)	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	30
S. TS	30 de enero de 2008	2008, XIV	1
Representación voluntaria			
S. APH	29 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	16
Incapacidad			
Invalidez de los actos			
A. JPI Huesca n.º 2	22 de abril de 2009	2011, XVII	63
Incapacitación			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56
Curatela			
S. JPII Ejea n.º 1	13 de abril de 2009	2011, XVII	61
Tutela			
S. JPII Ejea n.º 1	13 de marzo de 2009	2011, XVII	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INTERNAMIENTO			
A. APZ Secc. 2.ª	6 de febrero de 2008	2010, XVI	40
A. APZ Secc. 2.ª	12 de marzo de 2008	2010, XVI	41
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
AUTORIDAD FAMILIAR			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. JPII Ejea n.º 2	3 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	67
S. APT	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	33
CONCEPTO			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
DEBER-DERECHO DE CORREGIR A LOS HIJOS			
A. APZ (Secc. 2.ª)	25 de noviembre de 2008	2010, XVI	50
EJERCICIO			
S. APT	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	20
A. APZ (Secc. 2.ª)	4 de noviembre de 2008	2010, XVI	48
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
S. JPI Zaragoza n.º 6	1 de abril de 2009	2011, XVII	42
GUARDIA Y CUSTODIA INDIVIDUAL			
A. APZ	3 de marzo de 2009	2011, XVII	42
PRIVACIÓN			
S. APZ	21 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	37
S. TSJA	5 de abril de 2011	2011, XVII	11
REGULACIÓN: INAPLICACIÓN ART. 156 CC.			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MENOR DE 14 AÑOS			
S. JPI Zaragoza n.º 17	10 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	49
RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES			
S. APZ	8 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	33

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS			
A. JPI Zaragoza n.º 14	18 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	7
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD			
S. JPII Ejea n.º 1	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	14
AUTORIDAD FAMILIAR REHABILITADA			
A. JPI Zaragoza n.º 13	5 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	10
A. JPI Zaragoza n.º 13	1 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	15
EJERCICIO			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56
DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN			
GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS			
S. APH	11 de mayo de 2007	2009, XV	29
S. APZ Secc. 5.ª	10 de enero de 2008	2010, XVI	36
S. APZ (Secc. 2.ª)	22 de abril de 2008	2010, XVI	43
S. APZ (Secc. 2.ª)	17 de junio de 2008	2010, XVI	45
S. TSJA	2 de septiembre de 2009	2009, XV	13
S. TSJA	12 de mayo de 2010	2011, XVII	5
EFECTOS DE LA FILIACIÓN			
DEBERES DE PADRES E HIJOS			
S. APH	25 de octubre de 2007	2009, XV	36
PADRES CON HIJOS MENORES			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	2008, XIV	18
GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS			
DISPOSICIÓN HASTA LOS 14 AÑOS			
S. TSJA	15 de junio de 2011	2011, XVII	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Interés superior del menor			
Guarda y custodia			
S. APH	28 de enero de 2009	2011, XVII	20
Ley Aplicable			
S. JPII Ejea n.º 1	28 de mayo de 2009	2011, XVII	64
Régimen de visitas			
Interés superior del menor			
S. APH	17 de febrero de 2009	2011, XVII	21
S. APZ	11 de marzo de 2009	2011, XVII	44
Menor mayor de 14 años			
S. APZ	6 de octubre de 2009	2011, XVII	49
Modificación			
S. APZ	31 de marzo de 2009	2011,XVII	45
Ruptura de la convivencia de los padres			
Custodia compartida: no procede			
S. TSJA	13 de julio de 2011	2011,XVII	16
S. TSJA	30 de septiembre de 2011	2011, XVII	18
Gastos extraordinarios			
S. JPI Zaragoza n.º 6	1 de abril de 2009	2011, XVII	60
65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN. GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES			
Curatela			
S. JPII Ejea n.º1	13 de abril de 2009	2010, XVI	61
Junta de Parientes			
Constitución Judicial			
A. JPI Zaragoza n.º 14	30 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Disposición de inmuebles de pupilos			
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50
Fiducia			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Nulidad de acuerdos			
S. JPII Ejea n.º 2	17 de marzo de 2000	2001-2002	52
Tutela			
Capacidad, excusa y remoción			
S. APZ (Secc. 2.ª)	29 de julio de 2008	2010, XVI	47
Disposición de inmuebles de pupilos			
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50
A. PR TSJA	17 de marzo de 1993	1996, II (núm. 1.º)	52
A. APH	12 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	20
Prelación			
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
Tutela administrativa			
S. APT	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	31
Desamparo			
S. TSJA	4 de enero de 2010	2009, XV	17
A. TSJA	12 de julio de 2010	2010, XVI	8
Oposición			
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	36
Protección de menores			
S. JPII Teruel n.º 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	51

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL **661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL**			
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-XVIII)	69
S. APH (Sala de lo Penal)	11 de diciembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	19
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
S. JPII Monzón n.º 1	7 de febrero de 2006	2008, XIV	49
S. JPI Zaragoza n.º 6	31 de marzo de 2008	2010, XVI	57
S. APH	13 de enero de 2009	2011, XVII	19
LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD (LEY 2/2003)			
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
SEPARACIÓN DE BIENES DE CC.			
S. APZ (Secc. 2.ª)	24 de junio de 2008	2010, XVI	46
VECINDAD COMÚN DE LOS CÓNYUGES			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
INOPONIBILIDAD A TERCEROS			
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	33
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	21

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	39
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
NATURALEZA			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS			
S. JPI Zaragoza núm. 17	2 de febrero de 2007	2009, XV	54
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO			
CAPITULACIONES			
CONTENIDO			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
EFECTOS RETROACTIVOS			
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
EFICACIA			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
FORMA			
S. JPI Zaragoza n.º 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1.º)	8
INOPONIBILIDAD A TERCEROS			
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	21
A. APZ	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	38
A. APZ (Secc. 4.ª)	17 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	41
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APZ (Secc. 4.ª)	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	43
S. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2008	2010, XVI	58
LÍMITES			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Rescisión			
S. JPII Teruel n.º 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	19
S. APZ	28 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	35
Instituciones familiares consuetudinarias			
Acogimiento			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	12
Casamiento a sobre bienes			
S. APZ	9 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	49
Comunidad familiar			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
A. APH	2 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	11
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	21
Dación personal			
S. JPII Fraga	4 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	11
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. APH	9 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	13
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	21
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	12
Juntar dos casas			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
Otras situaciones de comunidad			
A. APZ	15 de junio de 2009	2011, XVII	5
Libertad de pacto			
Art. 29 Comp.			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. JPI Zaragoza n.º 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1.º)	8
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. APZ	9 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	45
S. APZ (Secc. 4.ª)	20 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Atribución de comunidad			
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22
Régimen de separación			
S. APZ	20 de mayo de 2005	2007, XIII	44
Alimentos a hijos no comunes			
S. APZ (Secc. 4.ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
Bienes comunes			
S. JPI Zaragoza n.º 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	15
Inexistencia de compensación económica por el trabajo doméstico			
S. APZ	24 de enero de 2005	2007, XIII	31
Regido por Cc.			
S. APZ (Secc. 2.ª)	24 de junio de 2008	2010, XVI	46
Régimen jurídico			
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
Titularidad de los bienes			
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
663: CONSORCIO CONYUGAL			
6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
S. APZ	14 de febrero de 2005	2007, XIII	34
Bienes comunes			
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	14
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	39

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
S. APZ	13 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	31
S. JPII Huesca n.º 1	28 de abril de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	6
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	40
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. JPI Zaragoza n.º 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. APZ (Secc. 5.ª)	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	46
S. APZ	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	67
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APH	10 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	17
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	2011, XVII	10
Aperos de labranza			
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	26
Bienes muebles			
S. JPI Zaragoza n.º 13	10 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	53
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
Clínica veterinaria			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Contrato de acceso diferido a la propiedad			
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
Derecho de arrendamiento de la vivienda			
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 3	3 de septiembre de 2009	2011, XVII	66
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
Indemnización por despido			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2.º)	1
S. APH	23 de enero de 2007	2009, XV	19
Indemnización por jubilación			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
Paga extraordinaria			
S. APZ	21 de septiembre de 2005	2007, XIII	50
Participaciones sociales			
S. JPI Zaragoza n.º 14	24 de febrero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	5
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Pensión			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
Plan de pensiones			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Rendimientos de los bienes privativos			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
Bienes privativos			
S. APH	13 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	17
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	14
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. APH	15 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	5
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APZ	28 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	35
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
S. APT	4 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	61
S. JPII Jaca n.º 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. TSJA	9 de septiembre de 2005	2007, XIII	2
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	9 de enero de 2007	2008, XIV	4
S. JPI Zaragoza n.º 17	12 de septiembre de 2007	2009, XV	67
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
Accesión			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
S. APT	4 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	65
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de septiembre de 2007	2009, XV	69
S. JPII La Almunia n.º 2	18 de enero de 2010	2011, XVII	70
Adquiridos en la participación de una comunidad			
A. APT	29 de enero de 2009	2011, XVII	33
Atribución de privatividad en convenio regulador			
A. TSJA	22 de diciembre de 1993	1996, II (núm. 1.º)	53
Fondo de comercio			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
Gestión			
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
Indemnización por cese de actividad profesional			
S. APH	7 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	7
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
Indemnización por fallecimiento de cónyuge			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
Indemnización por incapacidad laboral			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
Indemnización por jubilación			
S. APZ	26 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	33
Inmuebles o sitios aportados al matrimonio			
S. JPI Zaragoza n.º 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	46
S. APZ	12 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	34
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	11
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. APZ	9 de febrero de 2006	2008, XIV	43
S. APT	24 de octubre de 2006	2008, XIV	37
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Pacto de muebles por sitios			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. APZ	21 de diciembre de 2009	2011, XVII	54
Plan de pensiones			
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Presunción de muebles por sitios			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
Presunción de privatividad			
S. JPI Zaragoza n.º 8	27 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	61
Retracto			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	16
Seguros sobre la vida			
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Subrogación real			
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	21
Traspaso de negocio			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Vivienda familiar			
S. APZ	26 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	45
S. APZ	18 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	63
Bienes sitios			
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
Convivencia «more uxorio»			
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Naturaleza			
A. JPII Huesca n.º 2	21 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	63
Presunción de comunidad			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APH	17 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
S. JPII Jaca n.º 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	87
S. JPII Calamocha n.º 1	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	94
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37
Apéndice			
S. APT	24 de junio de 2008	2010, XVI	34
Límites			
S. APH	20 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	51
Prueba en contrario			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO			
S. APZ	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	36
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
Aspectos procesales			
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	49
A. APZ	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	54
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	28
A. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CARGAS DEL MATRIMONIO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	31 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	41
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	57
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	38
ALIMENTOS A HIJOS NO COMUNES			
S. APZ (Secc. 4.ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
ALQUILER DE VIVIENDA FAMILIAR			
S. APZ	25 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	46
CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	2008, XIV	18
DERECHO REAL SOBRE LA VIVIENDA EN PAGO DE AYUDA DOMÉSTICA			
S. JPI Zaragoza n.º 14	31 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	41
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
GASTOS DE LITIGIO DE UN CÓNYUGE			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	14
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APH	20 de abril de 2007	2009, XV	28
S. APH	31 de julio de 2007	2009, XV	34
GASTOS DE ÚLTIMA ENFERMEDAD			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	18
HONORARIOS DE ABOGADO			
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Levantamiento del velo			
S. APZ	13 de enero de 2006	2008, XIV	39
Responsabilidad			
S. APT	20 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	53
Cargas usufructuarias			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
Atenciones de los bienes privativos			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
Deudas comunes			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	14
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	9
S. JPII La Almunia	27 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	17
S. JPI Zaragoza n.º 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. JPII Jaca n.º 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. APZ	1 de julio de 2005	2007, XIII	46
S. TSJA	11 de diciembre de 2006	2008, XIV	3
Actividad objetivamente útil a la comunidad			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2008	2010, XVI	58
Cuotas de la comunidad de propietarios			
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	8
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	56
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	39
S. APZ	22 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	43
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. TSJA	14 de junio de 2009	2009, XV	11
Deuda tributaria			
S. JPII Teruel n.º 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	19
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
Donaciones			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
Ejecución sobre bienes comunes			
A. JPI Zaragoza n.º 14	19 de mayo de 2006	2008, XIV	55
Nivel de vida familiar			
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
Prueba			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. APZ	22 de julio de 2005	2007, XIII	48
Sanciones tributarias			
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
Deudas de gestión			
S. APZ	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	32
S. TSJA	20 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	4
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	28
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	29
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza n.º 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	47

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. APZ	22 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	32
S. APZ	14 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	36
A. APH	17 de enero de 2002	2003-2004 (IX-X)	46
Responsabilidad			
S. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. APZ	27 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	42
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Deudas privativas			
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	33
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	14
A. APZ	19 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	26
A. APZ (Secc. 2.ª)	28 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	45
S. APZ	4 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	62
Aplicación del art. 1373 Cc.			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	22
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
Continuación del embargo tras la liquidación			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Deudas anteriores al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Deudas del juego			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Embargo de bienes comunes			
S. APZ	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	28
S. APZ	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	34
S. JPI Zaragoza n.º 2	23 de junio de 2006	2008, XIV	58
Estimación judicial de la petición de disolución			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Responsabilidades penales			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Tercería de dominio			
S. JPI Zaragoza n.º 14	25 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	14
Vivienda habitual			
S. TS	18 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1.º)	5
Reintegros y reembolsos			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	57
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. JPI Zaragoza n.º 6	20 de febrero de 2008	2010, XVI	53
Responsabilidad de los bienes comunes			
Después de la disolución de la comunidad legal			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
Responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	65

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN			
ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES			
S. TSJA	18 de junio de 1992	1995, I (núm. 1.º)	7
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	8
S. TS	24 de mayo de 1995	1996, II (núm. 1.º)	7
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	57
S. JPI Zaragoza n.º 14	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	76
S. JPII La Almunia	16 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	22
S. APZ	14 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	33
ANTES DE LA REFORMA DE 1985			
S. JPI Zaragoza n.º 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	47
BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO HABITUAL DE LA PROFESIÓN DE UN CÓNYUGE			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1)	2
S. JPI Zaragoza n.º 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
CONSENTIMIENTO TÁCITO			
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS			
S. JPI Zaragoza n.º 13	8 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	61
S. APZ	16 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	44
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de mayo de 2005	2007, XIII	60
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2007	2009, XV	57
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de mayo de 2007	2009, XV	60
INOPONIBILIDAD			
S. JPII Monzón n.º 2	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	88
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Rescisión por fraude			
S. APZ	20 de octubre de 2009	2011, XVII	51
Bienes en copropiedad			
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1.º)	5
Gestión de los bienes privativos			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	10
Derecho expectante			
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	13
Legitimación pasiva			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Reinversión en el negocio privativo			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
Responsabilidad			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
Vivienda familiar			
S. JPII Jaca n.º 2	1 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	18
S. APH	25 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	16
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	27
Legado de bienes consorciales			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPI Teruel n.º 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
CAUSAS			
S. APZ	19 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	37
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
SEPARACIÓN DE HECHO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. APZ	3 de marzo de 2009	2011, XVII	43
COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
S. TSJA	24 de mayo de 1902	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	38
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
ADQUISICIÓN DE BIENES			
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
BIENES COMUNES			
S. JPII Calatayud n.º 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	110
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
S. APT	19 de julio de 2006	2008, XIV	36
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
EMBARGO DE BIENES COMUNES			
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
GESTIÓN			
A. APZ	21 de diciembre de 2009	2011, XVII	54

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Liquidación			
A. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37
Naturaleza			
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	49
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	14
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPI Zaragoza n.º 12	22 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	55
S. APZ	19 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	70
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Pasivo			
S. APZ	22 de marzo de 2005	2007, XIII	41
S. APH	6 de septiembre de 2007	2009, XV	35
Régimen jurídico			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Convenio matrimonial			
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	22
Disolución por causa distinta de la muerte ***Alimentos***			
S. APH	29 de febrero de 2008	2010, XVI	15
Divorcio			
S. JPII Teruel n.º 1	31 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	70
Embargo de bienes comunes por deudas privativas ***Aplicación del art. 1.373 Cc.***			
A. APZ	12 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	42
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Momento			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	8
S. APZ	8 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	38
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPII Calatayud n.º 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
Fecha de la disolución			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. JPI Zaragoza n.º 6	10 de septiembre de 1996	1999, V (núm. 1.º)	9
S. APZ	2 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	78
Previa separación de hecho			
S. APZ	5 de abril de 2006	2008, XIV	47
Retroacción de efectos			
S. JPII Calamocha n.º 1	28 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	96
Responsabilidad de los bienes comunes			
Después de la disolución de la comunidad legal			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	51
Robo con fuerza en las cosas			
S. APZ	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	47
Separación legal			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	19
Liquidación y división			
A. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	19
Medidas provisionales			
A. JPII Ejea n.º 1	27 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	30
Responsabilidad por deudas			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Uso de la vivienda familiar			
S. JPI Zaragoza n.º 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	46
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
S. TSJA	14 de junio de 2007	2008, XIV	8
Activo			
Uso de la vivienda familiar			
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
Aventajas			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
Derecho del cónyuge supérstite			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
Finalidad			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
Inaplicación del art. 1.321 Cc.			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
Compatibilidad con la viudedad			
A. JPI Zaragoza n.º 14	28 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	101
Competencia			
S. APZ	24 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	39
S. APZ	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	43
A. APZ	4 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	37
S. JPI Zaragoza n.º 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	57
S. APH	28 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	14
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
Contractual			
S. JPI Zaragoza n.º 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	57

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
S. APZ	2 de julio de 2007	2009, XV	48
Documento privado			
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
Efecto de cosa juzgada			
S. APH	19 de diciembre de 2008	2010, XVI	29
Las deudas comunes tras la división			
S. APH	27 de marzo de 2008	2010, XVI	16
Rescisión por lesión			
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	21
S. TSJA	20 de octubre de 2006	2007, XIII	11
Convivencia «more uxorio»			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Derecho de adjudicación preferente			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
A. JPII Ejea n.º 2	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	64
Deudas anteriores al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Deudas comunes tras la división			
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
A. APZ	28 de marzo de 2006	2008, XIV	46
División			
S. JPI Zaragoza n.º 13	10 de febrero de 1997	2000, VI (núm. 1.º)	2
Embargo de bienes comunes adjudicados al cónyuge no deudor			
S. APZ	30 de diciembre de 2005	2007, XIII	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Falta de prueba de la condición consorcial de la deuda			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
Inventario			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	21
S. JPII Teruel n.º 1	12 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	69
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	14
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
Concepto			
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
Contenido			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	40
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. APZ	18 de marzo de 2005	2007, XIII	40
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
De dinero o partidas dinerarias			
S. APH	29 de febrero de 2008	2010, XVI	15
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
S. APH	3 de abril de 2009	2011, XVII	23
Fijación de la postura de las partes			
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
Prueba			
S. TSJA	11 de mayo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Recurso de Casación			
A. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	4
Valoración de los bienes			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
S. APT	1 de marzo de 2005	2007, XIII	17
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Legitimación pasiva			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
Liquidación de varias comunidades			
S. APZ	13 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	75
Liquidación ordinaria			
Reintegros y reembolsos			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	26
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
S. APH	28 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	12
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. APH	23 de enero de 2007	2009, XV	19
Liquidación por el cónyuge fiduciario			
A. Pres. TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1.º)	47
Partición judicial			
Ejecución			
A. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	84
Presunción de aprovechamiento común			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
Presunción de comunidad			
Reintegros y reembolsos			
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PROCEDIMIENTO			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	11
A. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	10
S. APH	7 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	17
S. APH	18 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	16
S. APH	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	25
FASES DE LA LIQUIDACIÓN			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
NATURALEZA Y EFECTOS			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
RÉGIMEN SUPLETORIO			
APLICACIÓN DEL ART. 1.061 CC.			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
APLICACIÓN DEL ART. 1.062 CC.			
S. APH	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	61
RENUNCIA			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
DEUDAS COMUNES			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	9
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
VALORACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA			
S. APH	26 de mayo de 2009	2011, XVII	25
67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA			
BIENES COMUNES			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CARGAS Y DEUDAS COMUNES			
OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
COMPATIBILIDAD CON LA VIUDEDAD			
S. APH	8 de agosto de 2000	2001-2002	17
CUÁNDO TIENE LUGAR			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
S. APZ	31 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	41
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
CONTINUACIÓN CON LOS DESCENDIENTES			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
DISOLUCIÓN Y DIVISIÓN			
PARTICIÓN EN TESTAMENTO DEL VIUDO			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
68: VIUDEDAD			
681: DISPOSICIONES GENERALES			
EXTINCIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 4	27 de septiembre de 2005	2007, XIII	62
S. APH	5 de octubre de 2006	2008, XIV	29
FUENTES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
INTERPRETACIÓN			
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
LIMITACIONES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel n.º 1	18 de marzo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	13
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
Descendencia anterior			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
Naturaleza			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
Principios			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
Privación			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
Publicidad			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
Renuncia			
S. APZ	14 de julio de 2006	2008, XIV	48
682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD			
Bienes afectos			
Comienzo de la afección			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	10
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	33
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS			
S. TS	24 de mayo de 1995	1996, II (núm. 1.º)	7
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	13
SIN RENUNCIA			
S. APH	21 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	27
ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES			
S. JPI Zaragoza n.º 3	6 de julio de 2009	2011, XVII	65
EXTINCIÓN			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
S. TSJA	4 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	1
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	2
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
ABUSO DE DERECHO			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	2
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de noviembre de 2005	2007, XIII	63
PENSIÓN COMPENSATORIA			
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	19
POR DECISIÓN JUDICIAL			
A. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	44
FUENTES			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
NATURALEZA			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
A. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RENUNCIA			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
ANALOGÍA			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
NO ES PRECISA EN LA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO			
A. Pres. TSJA	22 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	48
REQUISITOS			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
SOBRE BIENES LITIGIOSOS			
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
683: USUFRUCTO VIDUAL			
S. TSJA	10 de junio de 2010	2010, XVI	6
ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de mayo de 2007	2009, XV	58
COMIENZO Y EXTENSIÓN			
S. TSJA	18 de septiembre de 2008	2009, XV	5
DERECHO TRANSITORIO			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
DERECHOS Y OBLIGACIONES			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
S. APT	24 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Condición de arrendador			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	91
Derecho supletorio			
S. JPII Calamocha n.º 1	4 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	97
Reparaciones			
S. APZ	14 de febrero de 2006	2008, XIV	44
Enajenación de bienes determinados			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
A. JPI Zaragoza n.º 14	26 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	8
A. APZ (Secc. 4.º)	11 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	47
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
S. JPI Zaragoza n.º 17	10 de julio de 2007	2009, XV	73
División de cosa común			
S. TSJA	5 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	4
S. APZ	28 de abril de 2009	2011, XVII	46
S. TSJA	18 de noviembre de 2009	2009, XV	15
Usufructo de dinero			
S. JPI Zaragoza n.º 3	17 de mayo de 2007	2009, XV	59
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 2007	2009, XV	63
Extensión			
Consorcio foral			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
Extinción			
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
Acción de división			
S. APZ (Secc. 4.ª)	10 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	28

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Analogía			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	2
Caducidad			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
Cambio de vecindad civil			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	31
Negligencia grave			
S. JPII Calamocha	12 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Prescripción			
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	8
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
Renuncia			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2.º)	2
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
Resolución de arrendamientos			
S. APH	28 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	4
Vida marital estable			
S. JPI Zaragoza n.º 13	15 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	10
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
S. APZ	4 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	76
Inalienabilidad e inembargabilidad			
A. Pres. TSJA	7 de marzo de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	1
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INTERDICTO DE ADQUIRIR			
LEGITIMACIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 12	4 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	21
INTERVENCIÓN DE LOS NUDO PROPIETARIOS			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
INVENTARIO Y FIANZA			
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
POSESIÓN DE LOS PROPIETARIOS			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
SANCIÓN DE LA FALTA DE INVENTARIO			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de mayo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	67
TRANSFORMACIÓN DEL USUFRUCTO			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
USUFRUCTO DE DINERO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	20
S. APT	21 de enero de 2000	2001-2002	29
S. APH	21 de marzo de 2000	2001-2002	19
USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD			
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	52
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	6
69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS			
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY			
S. JPI Zaragoza n.º 14	18 de febrero de 2005	2007, XIII	57
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD			
LEGITIMACIÓN			
A. JPI Zaragoza n.º 14	15 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	59
EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA			
S. APZ	2 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	66
COMPENSACIÓN ECONÓMICA			
S. JPI Zaragoza n.º 14	12 de mayo de 2005	2008, XIV	53
S. APH	31 de julio de 2007	2009, XV	34
PACTOS			
S. APZ	7 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	34
VIVIENDA			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	19
PACTO TÁCITO DE COMUNIDAD DE BIENES			
S. APZ (Secc. 5.ª)	21 de noviembre de 2008	2010, XVI	49
RÉGIMEN ECONÓMICO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	12 de mayo de 2005	2008, XIV	53
TESTAMENTO			
INEFICACIA			
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE			
711: DISPOSICIONES GENERALES			
ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA			
S. JPI Zaragoza n.º 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
COMUNIDAD HEREDITARIA			
S. APT	10 de marzo de 2009	2011, XVII	36
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
HERENCIA YACENTE			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2006	2008, XIV	66
LEY APLICABLE			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	34
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
A. APH	29 de diciembre de 2008	2010, XVI	30
VECINDAD CIVIL			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
MODOS DE DELACIÓN			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN			
LÍMITES			
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
PETICIÓN DE HERENCIA			
PRESCRIPCIÓN			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	39
QUERELLA			
A. J.INS. Zaragoza n.º 4	23 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	16
SEGURO DE VIDA			
HEREDEROS LEGÍTIMOS			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
712: CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER			
MOMENTO			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
PERSONA DETERMINADA			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
713: SUSTITUCIÓN LEGAL			
ÁMBITO DE APLICACIÓN			
S. APT	7 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	30
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
SUCESIÓN INTESTADA			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	4
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APZ (Secc. 5.ª)	15 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	49
EFECTOS			
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	2011, XVII	17
LÍMITE DE LLAMAMIENTOS			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	4
A. APZ	1 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	36
A. JPI Zaragoza n.º 10	6 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	60
SUCESIÓN LEGAL			
A. APH	11 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	24
COMPILACIÓN			
A. APH	28 de marzo de 2008	2010, XVI	17
SUSTITUCIÓN VULGAR			
S. APH	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	18
714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	35
S. TSJA	10 de octubre de 2007	2008, XIV	5
ACEPTACIÓN			
FORMAS			
A. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
ACEPTACIÓN TÁCITA			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de febrero de 2005	2007, XIII	58
CARACTERES			
A. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2
DERECHO TRANSITORIO			
A. APZ	21 de febrero de 2006	2008, XIV	45
EFECTOS			
S. TSJA	3 de diciembre de 2010	2011, XVII	10
INTERPELACIÓN			
S. APH	19 de febrero de 2007	2009, XV	22
JUZGADO COMPETENTE			
A. JPI Zaragoza n.º 16	27 de septiembre de 2006	2008, XIV	62
PROCEDIMIENTO			
S. APH	19 de abril de 2007	2009, XV	27
PRUEBA			
S. JPII Tarazona	15 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	12
RENUNCIA TRASLATIVA			
S. JPI Zaragoza n.º 17	22 de diciembre de 2005	2007, XIII	65
715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO			
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	40
S. APZ	4 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	45
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	29
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	31
A. APZ (secc. 4.ª)	22 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	36
CARGAS HEREDITARIAS			
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. JPI Zaragoza n.º 8	11 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 14	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	104
CONFUSIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	13
RESPONSABILIDAD POR LEGADOS			
S. APZ	18 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	37
SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS			
A. TSJA	3 de diciembre de 2010	2011, XVII	10
SUCESIÓN PROCESAL			
A. APH	29 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	18
716: COLACIÓN Y PARTICIÓN			
S. TS	16 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	20
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
LEGÍTIMAS			
INOFICIOSIDAD DE DONACIONES			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO			
S. JPII Jaca n.º 2	15 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	24
PARTICIÓN JUDICIAL			
INVENTARIO			
S. APH	10 de marzo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	58
PROBLEMAS PROCESALES			
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	39
VOLUNTARIEDAD			
S. JPII Calamocha	5 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
717: CONSORCIO FORAL			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	46
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55
DERECHO INTERREGIONAL			
R. DGRN	13 de noviembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	9
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
DERECHO TRANSITORIO			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	16
S. APZ	23 de enero de 2006	2008, XIV	41
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55
DISOLUCIÓN			
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
ACUERDO DE TODOS LOS CONSORTES			
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. TSJA	5 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	9
EFECTOS			
ACRECIMIENTO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
S. JPI Zaragoza n.º 4	12 de junio de 2006	2008, XIV	57
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
***PROHIBICIÓN DE DISPONER* MORTIS CAUSA**			
S. JPII Monzón	17 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	60
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
ELEMENTO OBJETIVO			
A. APZ	1 de febrero de 2006	2008, XIV	42
EXTINCIÓN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
DERECHO SUPLETORIO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
FORMA			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
IMPROCEDENCIA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
NACIMIENTO			
«PROINDIVISO»			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
NATURALEZA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
ORIGEN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
PARTICIÓN			
S. APT	2 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	28
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
USUFRUCTO VIDUAL			
COMPATIBILIDAD			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
CONDICIONES VÁLIDAS			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2007	2009, XV	72

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Designación de sucesor			
Institución en el usufructo			
A. APZ	19 de junio de 2007	2009, XV	47
Legados			
Adquisición			
S. APH	9 de febrero de 2007	2009, XV	20
De bienes consorciales			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPII Teruel n.º 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14
Derecho aplicable			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA			
721: DISPOSICIONES GENERALES			
Capacidad para testar			
S. JPI Zaragoza n.º 14	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	107
Inexistencia de reserva de bienes			
S. APZ (Secc. 5.ª)	21 de enero de 2008	2010, XVI	37
Interpretación del testamento			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
S. JPII Huesca n.º 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. APH	5 de septiembre de 2006	2008, XIV	28
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
Testamento unipersonal			
Inexistencia de correspectividad			
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
722: TESTAMENTO MANCOMUNADO			
S. TS	24 de octubre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	12
DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	51
S. APZ	4 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	27
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
S. APZ (Secc. 5.ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44
INEXISTENCIA			
A. Pres. TSJA	22 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	6
S. JPI Zaragoza n.º 2	6 de octubre de 2006	2008, XIV	63
S. JPI Zaragoza n.º 15	28 de enero de 2008	2010, XVI	52
S. APZ (Secc. 5.ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44
IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR VIVO			
S. JPI Zaragoza n.º 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
INCAPACIDAD DE UNO DE LOS TESTADORES			
S. JPI Zaragoza n.º 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES			
PACTO AL MÁS VIVIENTE			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	24
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15
A. APZ	27 de abril de 1997	1999, V (núm. 2.º)	39
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17
A. JPI Zaragoza n.º 7	15 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	12
A. JPII Monzón	20 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	19
S. APZ (Secc. 5.ª)	13 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	40
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
S. APZ	25 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	71

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	30 de septiembre de 2005	2005-2006 (XI-XII)	12
S. JPII Teruel n.º 2	22 de diciembre de 2006	2008, XIV	69
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. APH	13 de octubre de 2006	2008, XIV	30
A. APH	19 de febrero de 2008	2010, XVI	14
S. APZ (Secc. 4.ª)	13 de marzo de 2008	2010, XVI	42
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	2009, XV	6
Interpretación del testamento			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
Nulidad			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	54
Primacía de la legislación especial			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
Revocación			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	44
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	28
S. JPI Zaragoza n.º 12	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	108
Disposiciones correspectivas			
S. JPI Zaragoza n.º 10	7 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	102
723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS			
Defectos no invalidantes			
Regulación: inaplicabilidad del artículo 687 Cc.			
S. TSJA	5 de octubre de 2009	2009, XV	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ineficacia			
Aplicación analógica del art. 123 Lsuc.			
S. JPI Zaragoza n.º 12	8 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	105
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
Límites en el ejercicio de la acción			
Inadmisibilidad de venir contra los propios actos			
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
S. JPI Zaragoza n.º 17	6 de noviembre de 2006	2008, XIV	64
Nulidad de la disposición testamentaria			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Nulidad de la institución hereditaria			
Prescripción			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
Nulidad de testamento			
Coacción			
S. APZ	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	29
Condiciones			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2007	2009, XV	72
Error en la persona			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
Falta de capacidad natural			
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	51
S. APH	30 de marzo de 2007	2009, XV	26
S. TSJA	5 de octubre de 2009	2009, XV	14
Falta de legitimación activa			
S. JPI Zaragoza n.º 3	20 de octubre de 2009	2011, XVII	54
Falta de testigos			
S. JPI Zaragoza n.º 15	25 de febrero de 2008	2010, XVI	54

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Inidoneidad de un testigo			
S. APZ	21 de febrero de 2007	2009, XV	42
Usucapión de las cosas poseídas			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
73: SUCESIÓN PACCIONADA			
Contenido			
Límites			
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	24
Derecho de transmisión			
Encomienda de la designación a fiduciarios			
S. JPI Huesca n.º 2	15 de septiembre de 2009	2011, XVII	67
Donación *mortis causa*			
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
Forma			
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	4
Heredamiento de casa aragonesa			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
Hijos no herederos			
La dote pactada prevalece sobre la del art. 109			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
Institución para después de los días			
Disposición de los bienes entre vivos			
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
Modificación			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO			
CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
PACTO AL MÁS VIVIENTE			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15
BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
BIENES TRONCALES			
S. TSJA	13 de junio de 2007	2008, XIV	7
FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE			
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	24
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15
A. JPI Zaragoza n.º 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	11
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	29
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
NATURALEZA DEL LLAMAMIENTO DEL 108.3 COMP.			
S. TSJA	13 de junio de 2007	2008, XIV	7
PROBLEMAS PROCESALES			
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
REVERSIÓN			
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Pacto de Presente			
Efectos			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
Pactos sobre la sucesión de un tercero			
S. APZ	22 de enero de 2009	2011, XVII	41
Revocación			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
Convivencia familiar			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
Plazo			
S. APZ	1 de diciembre de 2009	2011, XVII	52
Señorío mayor			
S. JPI Ejea n.º 1	16 de febrero de 2009	2011, XVII	56
S. APZ	1 de diciembre de 2009	2011, XVII	52
Validez			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	4
S. TSJA	21 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	7
74: FIDUCIA SUCESORIA			
Cónyuge fiduciario			
Disposición habiendo legitimarios			
A. Pres. TSJA	3 de enero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	5
A. Pres. TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	6
Ejecución			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Liquidación del patrimonio conyugal			
A. Pres. TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1.º)	47
S. APH	17 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	12
Naturaleza			
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
Delación			
Capacidad sucesoria			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Derecho fiscal			
S. TSJA	21 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	15
Ejercicio fraudulento			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	60
Extinción			
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. JPI Zaragoza n.º 2	22 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	53
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Muerte del fiduciario			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
Nuevas nupcias del fiduciario viudo			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
Renuncia a la herencia			
S. APZ	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	73

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Separación de hecho			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	2
Fiducia colectiva			
Composición			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
Constitución			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	8
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Ejecución			
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
Extinción			
S. JPII Jaca n.º 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Fiduciarios no determinados			
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
Fijación de plazo			
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Nulidad del acto de ejecución			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Plazo			
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Renuncia al cargo			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	8
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Subsistencia			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
S. APH	20 de abril de 1998	1999, V (núm. 2.º)	7
Forma			
Ejercicio provisional			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
Nulidad			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
Herencia pendiente de asignación			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. TSJA	21 de mayo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	11
Litisconsorcio			
S. TS	18 de marzo de 2003	2003-2004 (IX-X)	8
Irrevocabilidad del pacto de fiducia			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
Modalidad de ejecución			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2.º)	2
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Naturaleza y finalidad			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2.º)	2
S. JPII Huesca n.º 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
S. APH	20 de abril de 1998	1999, V (núm. 2.º)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
PLAZO			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
DERECHO TRANSITORIO			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
SISTEMA DE FUENTES			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
SITUACIÓN DE PENDENCIA			
OBLIGACIONES Y CARGAS			
S. TSJA	10 de marzo de 2006	2007, XIII	10
75: LEGÍTIMA			
DESHEREDACIÓN			
S. APT	28 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	29
DE LOS HIJOS			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
DEL CÓNYUGE SEPARADO LEGALMENTE			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN ABSOLUTA			
S. JPI Zaragoza n.º 2	19 de febrero de 2007	2009, XV	55
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	2011, XVII	17
IMPUTACIÓN A LA LEGÍTIMA			
S. JPII Teruel n.º 1	14 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	56
LEGÍTIMA COLECTIVA			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
S. JPI Zaragoza n.º 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
A. APZ	10 de octubre de 2005	2007, XIII	51

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Inoficiosidad de donaciones			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
No discriminación por matrimonio			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
Lesión de la legítima			
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	36
S. JPI Zaragoza n.º 17	12 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	98
S. TSJA	22 de septiembre de 2011	2011, XVII	17
Donación modal			
S. APZ	8 de junio de 2009	2011, XVII	47
Prohibición de gravámenes			
S. JPI Zaragoza n.º 3	8 de abril de 2008	2011, XVII	55
Renuncia a la acción: Forma			
S. TSJA	30 de enero de 2008	2008, XIV	16
Usufructo vidual			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	27
Preterición			
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1.º)	12
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
S. JPII Teruel n.º 1	14 de junio de 1995	1995, I (núm. 1.º)	56
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms.1.º y 2.º)	71
S. APT	21 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	19
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Inexistencia			
S. JPII Daroca	15 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	48

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Intencional			
S. JPI Zaragoza n.º 17	13 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	106
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
Mención suficiente			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms.1.º y 2.º)	71
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
No intencional			
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Plazo			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
Sentido funcional			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
Título de atribución			
Impugnación			
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
76: SUCESIÓN LEGAL			
Bienes troncales de abolorio			
Concepto			
S. APZ	20 de marzo de 2007	2009, XV	43
S. TSJA	1 de octubre de 2007	2008, XIV	13
Declaración de herederos			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
Bienes troncales			
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	6
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	14
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	13
A. JPII Huesca n.º 1	5 de mayo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	65

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Bienes troncales y no troncales			
A. JPII Monzón n.º 2	10 de abril de 2006	2008, XIV	52
S. APT	29 de enero de 2008	2010, XVI	31
Contradicción entre los interesados			
A. JPII Monzón	8 de enero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	4
S. JPII Teruel n.º 2	30 de junio de 2006	2008, XIV	59
A. APH	28 de marzo de 2008	2010, XVI	17
Inexistencia de parientes troncales			
A. APH	29 de marzo de 2007	2009, XV	25
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
A. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	20
Orden de la sucesión legal			
A. JPII Huesca n.º 2	25 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	78
A. JPII Huesca n.º 2	7 de septiembre de 1999	2001-2002	68
S. JPI Zaragoza n.º 17	30 de noviembre de 2006	2008, XIV	67
Pacto al más viviente			
Aplicación del art. 216.2 Lsuc.			
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. JPI Zaragoza n.º 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	11
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	29
A. JPI Zaragoza n.º 14	14 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	51
Procedencia			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	29
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	24
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Institución de legatario universal			
A. APH	29 de octubre de 2008	2010, XVI	30
Repudiación			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	34
Sucesión a favor de hermanos y sobrinos			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A. APZ (Secc. 2.ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A favor de hermanos			
A. APZ	27 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	47
S. APZ	11 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	36
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza n.º 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APZ (Secc. 4.ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Bienes troncales y no troncales			
S. JPI Huesca n.º 2	20 de abril de 2009	2011, XVII	62
Requisitos			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
Sucesión a favor de medio hermanos y sobrinos			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A favor de hijos de hermanos			
A. APZ (Secc. 4.ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Aplicación del art. 216.2 Lsuc.			
A. APZ	25 de enero de 2005	2007, XIII	32
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
Aplicación del art. 216-2 Lsuc.			
A. APT	9 de enero de 2009	2011, XVII	32
A. APT	20 de febrero de 2009	2011, XVII	34
Sucesión a favor del Estado			
A. APZ	12 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	32
Sucesión troncal			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	8
S. APT	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	21
S. JPII Huesca n.º 2	31 de julio de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	66
A. JPII Boltaña	8 de agosto de 2003	2005-2006 (XI-XII)	45
S. JPII Alcañiz n.º 1	4 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	47
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
A favor de colaterales			
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	13
A. APH	18 de diciembre de 2007	2009, XV	38
A favor de hermanos			
A. JPII Huesca n.º 2	5 de diciembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	79
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza n.º 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Sustitución legal			
S. APZ	29 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	23
A. JPII Tarazona	29 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	22

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
8: DERECHO DE BIENES			
81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL			
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50
PROPIEDAD			
FACULTADES DEMANIALES			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
LÍMITES A LA FACULTAD DE CONSTRUIR			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
PRESUNCIÓN DE LIBERTAD			
S. JPII Calamocha n.º 1	28 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	90
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	22
USUCAPIÓN			
S. APH	28 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	47
82: RELACIONES DE VECINDAD			
INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS			
S. APZ	2 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	38
S. APH	16 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	11
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
S. JPII Jaca n.º 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	86
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
«IUS USUS INNOCUI»			
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	10
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
PLANTACIONES			
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 591 CC.			
S. JPI Zaragoza n.º 12	24 de mayo de 2007	2009, XV	61

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
83: LUCES Y VISTAS			
DERECHO HISTÓRICO			
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	20
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
FACULTAD DE ABRIR HUECOS *NO EN PARED PROPIA DEL VECINO*			
S. APT	7 de abril de 2008	2010, XVI	33
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO			
S. APZ	10 de enero de 2005	2007, XIII	30
RÉGIMEN NORMAL			
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. APH	22 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	19
S. APT	19 de septiembre de 2007	2009, XV	40
ABUSO DE DERECHO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	19 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	109
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32
S. APT	16 de octubre de 2008	2010, XVI	35
ACTOS MERAMENTE TOLERADOS			
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	20
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	19
S. JPII Teruel n.º 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32
APERTURA DE PUERTA			
S. APH	29 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	13
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ausencia de voladizos			
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	41
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59
S. APT	9 de enero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	17
S. APH	25 de enero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	3
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	26
S. JPII Ejea n.º 1	26 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	31
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. JPII Ejea n.º 1	17 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	100
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
Azoteas y terrazas			
S. APT	14 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	30
S. JPII Tarazona	17 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	18
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	10
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
S. APT	30 de octubre de 2001	2003-2004 (IX-X)	29
S. JPII Teruel n.º 2	1 de septiembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	46
S. APT	15 de septiembre de 2009	2011, XVII	39
Contraventanas			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
Derecho del vecino a edificar o construir			
S. APH	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	9
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	9
S. APH	6 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	11
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Teruel n.º 1	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	26
S. APZ (Secc. 5.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	46
S. JPII La Almunia	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	42
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	25
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	37
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	41
S. APZ	1 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	53
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
S. JPII Huesca n.º 2	29 de septiembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	18
S. APT	31 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	30
S. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	9
S. APT	21 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	58
S. APT	18 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	27
S. JPII Ejea n.º 1	16 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	99
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. JPI Zaragoza n.º 10	11 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	103
S. APT	14 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	66
S. JPII Teruel n.º 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	1 de enero de 2005	2007, XIII	13
S. JPII Barbastro	18 de septiembre de 2006	2008, XIV	61
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	8 de junio de 2007	2009, XV	31
S. JPII Alcañiz n.º 2	31 de julio de 2007	2009, XV	65
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. TSJA	23 de enero de 2008	2008, XIV	15
Derecho transitorio			
S. JPI Zaragoza n.º 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APZ (Sec. 4.ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
Facultad de abrir huecos			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	9
S. APH	30 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	12
S. APZ (Secc. 5.ª)	6 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	29
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
S. APZ (Secc. 4.ª)	6 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	35
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
Finalidad			
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
Huecos para aireación natural			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Incumplimiento			
S. JPII Ejea n.º 1	23 de febrero de 2006	2008, XIV	51
Interdicto de obra nueva			
S. JPI Zaragoza n.º 13	21 de julio de 1993	1996, II (núm. 2.º)	1
S. JPI Zaragoza n.º 13	28 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	3
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
S. JPII Ejea n.º 1	20 de febrero de 2009	2011, XVII	57
Interdictos			
S. APH	30 de septiembre de 2009	2011, XVII	29
La vía pública en las vistas oblicuas			
S. APZ	2 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	69
Otros voladizos semejantes			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Pared medianera			
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
Prescripción			
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
S. JPII Teruel n.º 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62
S. APT	23 de octubre de 2007	2009, XV	41
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
S. APZ (Sec. 4.ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
S. TSJA	30 de noviembre de 2009	2010, XVI	3
Protección semejante o equivalente			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Reja y red			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	20 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	31
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	19
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	37
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
S. APZ	22 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	52
S. APT	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	54

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	21 de noviembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	60
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APZ	31 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	72
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
S. APT	1 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	67
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	17 de octubre de 2005	2007, XIII	27
S. APT	2 de noviembre de 2005	2007, XIII	19
S. APH	30 de junio de 2006	2008, XIV	26
S. APH	3 de julio de 2006	2008, XIV	27
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
Renuncia			
S. APT	24 de febrero de 2009	2011, XVII	35
Toma de medidas			
S. APT	30 de abril de 2009	2011, XVII	37
Relaciones de vecindad y servidumbres			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
Servidumbre			
Adquisición por título			
S. JPII Teruel n.º 1	10 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	93
S. JPII Calatayud n.º 2	19 de octubre de 2009	2011, XVII	69
Aplicación del art. 541 Cc.			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	35
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	30 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	48
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APH	4 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	23
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	27
S. APH	5 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	48
S. APT	23 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	59
S. APH	30 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	52
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. APT	15 de febrero de 2005	2007, XIII	16
S. JPII Teruel n.º 2	23 de marzo de 2007	2009, XV	56
S. APZ	8 de octubre de 2009	2011, XVII	50
Extinción			
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58
Interdicto de obra nueva			
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	20
S. APZ	10 de diciembre de 2007	2009, XV	51
Naturaleza			
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	26
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	20
Signos aparentes			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	40
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	41
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	26
S. APZ (Secc. 2.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	45
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	34
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. APZ (Secc. 5.ª)	19 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	39
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. APH	11 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	17
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
S. APH	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	33
S. TSJA	27 de septiembre de 2007	2008, XIV	11
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
S APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
S. JPII Ejea n.º 1	27 de febrero de 2009	2011, XVII	58
S. TSJA	23 de septiembre de 2010	2011, XVII	6
Usucapión			
S. JPII Ejea n.º 1	12 de julio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	17
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	40
S. APZ (Secc. 2.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	45
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. JPII Caspe	6 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	23
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	30
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	20
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
Vistas oblicuas			
S. APZ	21 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	44
Voladizo			
Signo aparente			
S. APH	24 de octubre de 2008	2010, XVI	27
84: SERVIDUMBRES			
Alera foral			
Definición y caracteres			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Naturaleza jurídica			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Origen y regulación			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Posesión inmemorial			
S. JPII Jaca n.º 1	16 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	55
Aplicación del art. 541 Cc.			
S. TSJA	16 de diciembre de 2005	2007, XIII	5
De acueducto			
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25
Usucapión			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
De andamiaje			
Usucapión			
S. APT	7 de febrero de 2005	2007, XIII	15
De antena T.V.			
Usucapión			
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
De conexion a red general			
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	22
De desagüe			
Aplicación del Código civil			
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	27
Extinción			
S. JPII Teruel n.º 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	61
Usucapión			
S. JPII Teruel n.º 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	61
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	35
S. JPI Zaragoza n.º 13	8 de mayo de 1997	2000, VI (núm. 1.º)	3
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	30
S. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	83
De evacuación de aguas pluviales			
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
De medianería			
S. APT	16 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	22
S. APH	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	28
Derecho supletorio			
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
Naturaleza			
S. JPI Zaragoza n.º 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Presunciones			
S. JPII Barbastro	26 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	58
Signos contrarios			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	43
S. APT	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	27
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	27
Usucapión			
S. APT	26 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	20
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	22
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	25
S. JPII Barbastro	27 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	59
S. APZ	11 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	40
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
S. JPII Ejea n.º 1	27 de febrero de 2009	2011, XVII	58
De paso			
S. APH	28 de abril de 2000	2001-2002	21
S. JPII Monzón n.º 2	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	65
Adquisición			
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	19
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	21
S. APT	4 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	25
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	24
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	8
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	22
S. JPII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	17
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	11
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APZ	17 de julio de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	50
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
S. APT	10 de abril de 2006	2008, XIV	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Aparente			
S. APH	18 de marzo de 2009	2011, XVII	22
S. APT	19 de octubre de 2009	2011, XVII	40
Aplicación de los arts. 564 y ss. Cc.			
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	23
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
Cuestiones procesales			
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
Extinción			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	6
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	24
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59
Inaplicación del art. 541 Cc.			
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
Naturaleza			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. JPII Alcañiz n.º 2	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	95
No aparente			
S. APH	6 de mayo de 2009	2011, XVII	24
S. APH	23 de septiembre de 2009	2011, XVII	28
Tutela de la posesión			
S. APH	15 de mayo de 2007	2009, XV	30
Usucapión			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. JPII Teruel n.º 1	14 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	10
S. APZ	23 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	38
S. APT	7 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	24
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	25
S. APT	7 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
S. APH	20 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	9
S. APT	15 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	21
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	6
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	9
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	32
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	35
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	32
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	9
S. APZ	28 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	48
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	20
S. APZ	25 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	41
S. APT	5 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	23
S. APZ (Secc. 4.ª)	10 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	37
S. JPII Ejea n.º 2	22 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	57
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	44
S. APH	17 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	50
S. APT	23 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	24
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. APT	28 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	26
S. APH	17 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	23
S. APZ (Secc. 5.ª)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	30 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	81
S. APZ	3 de marzo de 2005	2007, XIII	37
S. JPII Ejea n.º 1	15 de abril de 2005	2007, XIII	59
S. APH	26 de octubre de 2005	2007, XIII	28
S. APH	11 de enero de 2006	2008, XIV	20
S. APH	13 de enero de 2006	2008, XIV	21
S. TSJA	8 de marzo de 2006	2007, XIII	9
S. APT	24 de marzo de 2006	2008, XIV	34
S. APT	16 de noviembre de 2006	2008, XIV	38
S. APH	11 de julio de 2007	2009, XV	32
S. JPII Monzón n.º 2	11 de septiembre de 2007	2009, XV	66
S. APZ	30 de noviembre de 2007	2009, XV	50
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	12
S. APH	19 de octubre de 2008	2010, XVI	25
S. TSJA	25 de noviembre de 2009	2011, XVII	2
S. TSJA	1 de diciembre de 2009	2009, XV	16
S. APZ	4 de diciembre de 2009	2011, XVII	53
S. TSJA	20 de mayo de 2011	2011, XVII	12
Usucapión de las servidumbres no aparentes			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. JPII Calamocha n.º 1	24 de septiembre de 2007	2009, XV	68
De paso de energía eléctrica			
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	22
De pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Redención			
S. APH	20 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	26
De saca de aguas			
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	28

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
De salida de humos			
S. JPII Teruel n.º 1	16 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	15
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
S. APZ	22 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	52
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
Usucapión			
S. APT	30 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	22
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
Ventilación forzada			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
De tendido eléctrico			
Adquisición			
S. JPII Jaca n.º 1	10 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	39
Usucapión			
S. JPII La Almunia	7 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	72
S. APZ	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	36
De vertiente de tejado			
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
Derecho supletorio			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
Extinción			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
Modificación unilateral			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Relaciones de vecindad			
S. JPII Teruel n.º 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62
Signos aparentes			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Usucapión			
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. APT	22 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	26
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
Derecho supletorio			
Signo aparente			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
En general			
S. JPII Monzón n.º 1	20 de diciembre de 2006	2008, XIV	68
Aplicación del Código civil			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
Prueba			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	26 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	60
Extinción			
No uso			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	29 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	62
Mancomunidades de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Posesión inmemorial			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	51
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	9
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	63
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Alera foral			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
Servidumbre de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Usucapión			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. APT	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1.º)	14
S. JPII Teruel n.º 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	52
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	51
S. APH	16 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	15
S. APH	14 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	22
S. APZ	12 de mayo de 2005	2007, XIII	43
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
Actos tolerados			
S. APH	18 de noviembre de 2009	2011, XVII	30
Apariencia			
S. APH	16 de noviembre de 2006	2011, XVII	31
Inaplicación del art. 539 Cc.			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
Requisitos			
S. TSJA	18 de junio de 2010	2010, XVI	7
9. DERECHO DE OBLIGACIONES			
91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL			
Arrendamiento			
Fianza			
S. APZ	8 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	77

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
COMPRAVENTA			
DONACIÓN DISIMULADA			
S. TSJA	23 de julio de 2008	2009, XV	4
DONACIÓN			
FORMA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL			
TRANSMISIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 12	5 de junio de 2007	2009, XV	64
S. APZ	20 de noviembre de 2007	2009, XV	49
S. TSJA	10 de junio de 2008	2008, XIV	19
92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA			
S. TSJA	4 de noviembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	9
S. TSJA	26 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	8
S. JPII Jaca n.º 1	14 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	89
CONCEPTO			
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	16
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
ELEMENTO OBJETIVO			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	13
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ofrecimiento en venta			
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
Prueba			
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
Pública subasta			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Sujeto pasivo			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
Troncalidad de los inmuebles			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	13
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. JPII Jaca n.º 1	22 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	85
S. JPI Zaragoza n.º 2	8 de febrero de 2005	2007, XIII	56
Venta a un extraño			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Facultad moderadora de los Tribunales			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	49
S. JPI Zaragoza n.º 2	6 de junio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	68
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	74
S. APH	12 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	18
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	16 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	16
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
S. APH	4 de marzo de 2005	2007, XIII	23
S. TSJA	14 de noviembre de 2005	2007, XIII	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
S. JPI Zaragoza n.º 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. JPI Zaragoza n.º 4	19 de octubre de 2007	2009, XV	70
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
S. APH	17 de julio de 2009	2011, XVII	27
Finalidad			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
Forma: requisitos de la demanda			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
Consignación del precio			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36
S. JPI Zaragoza n.º 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
Perpetuatio iurisdictionis			
S. APH	26 de septiembre de 2008	2010, XVI	23
Fundamento			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Naturaleza			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Plazo de ejercicio			
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23
S. JPI Zaragoza n.º 3	6 de junio de 2006	2008, XIV	56
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
S. APH	17 de julio de 2009	2011, XVII	27
A falta de notificación fehaciente			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
Subasta judicial			
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36
Precio			
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	74
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de enero de 1999	2001-2002	63
Gastos o pagos legítimos			
A. APH	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	18

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.

   En una segunda página se presentará un resumen de 10 a 15 líneas en castellano y otro, a ser posible, en inglés *(abstract),* que irán acompañados de 3 a 5 palabras claves en ambos idiomas.

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, pp. 272 y ss.

   LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés,* 1945, p. 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, pp. 211 y ss.

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 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

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Acuerdo de intercambio

Área:	Derecho Civil
Director:	Jesús Delgado Echeverría
Secretarios:	José Antonio Serrano García y María del Carmen Bayod López
Año de fundación:	1995
Periodicidad:	Anual
Formato:	17 x 24 cm
Editor:	Institución «Fernando el Católico» Zaragoza (Spain) ISSN 1135-9714 347(460.22)
Intercambio de Publicaciones:	Tff. (34) 976 288 878 - 288 879 * Fax 288 869
E-mail:	interch@ifc.dpz.es * http: // ifc.dpz.es

Correspondencia: Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Intercambio de Revistas. Plaza de España, n.º 2 - 50071 Zaragoza (España).

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección: .....

ISSN o ISBN: ..... Periodicidad: .....

Materia: ..... Formato: .....

Entidad: .....

Dirección: .....

.....

CP: ..... Ciudad: ..... País: .....

Teléfono: ..... Fax: .....

Referencia: ..... E-mail: .....

Fecha Firma

Fdo.:

Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)

Tels. (34) 976 28 88 78/ 79
Fax: (34) 976 28 88 69
e-mail: ventas@ifc.dpz.es
www. http://ifc.dpz.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

- ☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local
- ☐ Archivo de Filología Aragonesa
- ☐ Caesaraugusta
- ☐ Ciencia Forense
- ☐ Emblemata
- ☐ Ius Fugit
- ☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia
- ☐ Nassarre
- ☐ Palaeohispánica
- ☐ Revista de Derecho Civil Aragonés

DATOS PERSONALES DE ENVÍO

D./Dña./Entidad:

NIF/CIF:

Domicilio:

Código Postal: Ciudad:

Provincia/País: Teléfono:

e-mail:

Forma de pago:

Domiciliación bancaria ☐ Tarjeta de crédito ☐

En caso de domiciliación bancaria

Titular de la cuenta

Banco/Caja

Agencia

Domicilio

Población

CP Provincia/País

Cta./Libreta n.º (20 DIGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

En caso de tarjeta de crédito

VISA ☐ Master Card ☐ 4B ☐ Tarjeta 6000 ☐ Otra _____ ☐

Titular de la tarjeta

Nº de tarjeta (16 DÍGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | |

Fecha de caducidad:

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente/tarjeta de crédito las facturas presentadas por Logi, Organización Editorial, S.L, distribuidor de la revista indicada, a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre el precio de venta al público.

Firma

9 771139 971404 00017

INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO

DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA