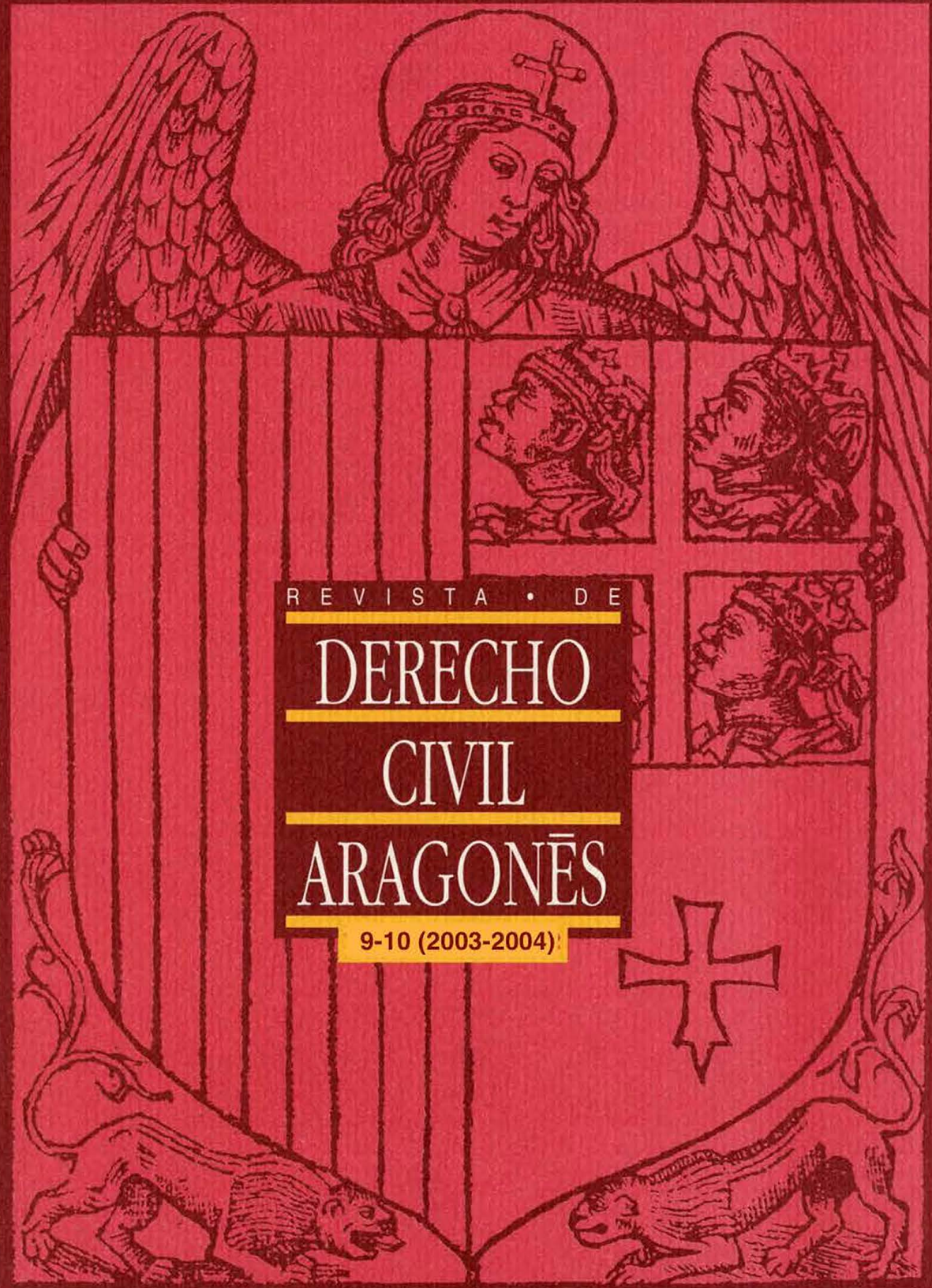




REVISTA • DE

DERECHO
CIVIL
ARAGONÈS

9-10 (2003-2004):

REVISTA DE
DERECHO CIVIL ARAGONÉS
IX-X
AÑOS 2003-2004

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/2338>



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>.

Director

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

Coordinador

JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Secretarios

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

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

Consejo Asesor

MANUEL ASENSIO PALLÁS
Abogado
Zaragoza

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA
Abogado
Zaragoza

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario
Zaragoza

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

FRANCISCO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Asesor del Justicia de Aragón

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Magistrado. Juzgado de Instrucción
de Zaragoza

SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA
Abogado
Huesca

HONORIO ROMERO HERRERO
Notario
Zaragoza

MANUEL GIMÉNEZ ABAD †
Diputado autonómico y Senador

CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR
Procuradora
Zaragoza

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO
Director General
de Servicios Jurídicos de la DGA

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

IX-X

AÑOS 2003-2004



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2005

Publicación número 2.518
de la Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2.
50071 ZARAGOZA (España)
Tff.: [34] 976 28 88 78/79 - Fax: [34] 976 28 88 69
ifc@dpz.es
<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

Bianual

ISSN: 1135-9714

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

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

Motivo cubierta:

Grabado del blasón de Aragón sostenido por un ángel custodio y al pie dos leones pasantes, medio cortado y partido: 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: A+D Arte Digital. Zaragoza
Impresión: Ino Reproducciones. Zaragoza

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE
RDCA, 2003-2004, IX-X

ESTUDIOS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Notas sobre las sustituciones de los artículos 80, 104 y 216 de la Ley de sucesiones»	11
SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «La invalidez de las cautelas de opción compensatoria, en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte»	43
BIESA HERNÁNDEZ, María: «Usufructo sobre fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad»	59

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

DE PEDRO BONET, Javier: «Crónica Jurídica sobre la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago»	107
MARCUELLO LAPORTA, Estela: «Apuntes breves sobre el Consorcio Foral aragonés, la fiducia y el pacto sucesorio en relación con el Registro de la propiedad»	123

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PUEYO MOY, José Luis: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003 (Casación foral. Capítulos matrimoniales, separación de bienes o de hecho y <i>standum est chartae</i>)»	131
---	-----

MATERIALES

A) Dictamen de la Comisión no legislativa sobre Derecho consuetudinario asturiano (Boletín Oficial de Asturias, núm. 569, de 26 de marzo de 2003)	143
---	-----

Índice

B) STC 47/2004, de 29 de marzo de 2004, sobre recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre recurso de casación en materia de Derecho civil especial ..	243
C) Fiscalidad de la fiducia aragonesa	285
1. S. TSJ de Aragón de 21 de abril de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2. ^a)	285
2. A. TSJ de Aragón de 13 de junio de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2. ^a)	292
3. S. TS de 31 de marzo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2. ^a)	304
4. Artículo 11 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas	316
5. Debate y votación de la comisión de Economía y Presupuestos sobre el Proyecto de Ley de Medidas Tributarias y Administrativas en relación al artículo 11 (tratamiento fiscal de la fiducia sucesoria). (Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón, 16, de 30 de diciembre de 2003)	317
D) Casación foral en Aragón: Documentos	319
1. Interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho foral. (BOCA núm. 13)	319
2. Moción núm. 15/03-VI dimanante de la interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho foral	320
3. Sugerencia del Justicia de Aragón al Gobierno de Aragón en relación a la casación foral	322
4. Proposición no de Ley núm. 63/0 sobre Casación foral aragonesa	326
E) Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas. Tramitación parlamentaria	329
1. Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativo a parejas estables no casadas (BOCA, 54, de 12 de mayo de 2004)	329
2. Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999 de 26 de marzo relativa a parejas no casadas (BOCA, 19, de 6 de noviembre de 2003)	330
3. Toma en consideración por el Pleno de las Cortes de la proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOCA, 33, de 23 de diciembre de 2003)	331

4. Enmiendas presentadas a la Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOCA, 47, de 3 de marzo de 2004)	332
5. Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOCA, 51, de 6 de abril de 2004)	333
6. Dictamen de la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOCA, 52, de 16 de abril de 2004)	335
7. Aprobación por el Pleno de las Cortes de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas. (BOCA, 56, de 6 de mayo de 2004)	336

NOTICIAS

A) Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho civil	341
B) Nuevos miembros de la Comisión: Decreto de 23 de febrero de 2004 y Decreto de 31 de mayo de 2004	346
C) Noticias de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia	348
D) Noticias del Justicia de Aragón	349
1. Becas del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés (2002/2003)	349
2. Becas del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés (2003/2004)	350
3. Informe Anual del Justicia de Aragón 2002	350
4. Informe Anual del Justicia de Aragón 2003	351
E) Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés	353
F) Universidad de Verano de Teruel (XIX y XX edición)	354
G) Asignatura de Derecho civil aragonés	355
H) Cursos y charlas sobre Derecho aragonés	356
I) Seminarios de Jurisprudencia civil	357
J) El Derecho aragonés y la web	358

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía	361
----------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

A) Resoluciones TSJA, TS y DGRN (2003-2004)	383
B) Resoluciones de Audiencias Provinciales de Aragón (2001, 2002) ..	459
C) Índice de Jurisprudencia	625
1. Índice de las sentencias publicadas en este número	630
2. Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al X de la RDCA)	653

ESTUDIOS

NOTAS SOBRE LAS SUSTITUCIONES DE LOS ARTS. 80, 104 Y 216 DE LA LEY DE SUCESIONES¹

José Antonio SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. EL PRECEDENTE Y LA AMPLIACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN
- III. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 80.3, 104.3 Y 216.2
 - 1. Una institución recíproca que surta sus efectos propios:
 - A) *Entre otorgantes de un pacto sucesorio*
 - B) *Entre otorgantes de un testamento mancomunado*
 - C) *A favor del cónyuge heredero legal*
 - 2. Que no haya ulterior llamamiento a tercero ni sea de aplicación el apartado 2 de los artículos 80 ó 104
 - A) *Inexistencia de terceros designados sustitutos*
 - B) *Inaplicación del apartado 2 de los artículos 80 ó 104*
 - C) *El Auto del Presidente del TSJ de Aragón de 30 de julio de 2004*
- IV. LA POSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE Y LOS LLAMADOS A LA SUSTITUCIÓN

¹ El texto que se publica sirvió de base para la intervención del autor, bajo el título de «La sustitución preventiva de residuo de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 de la Ley de sucesiones», en el Curso de la XX edición de la Universidad de Verano de Teruel sobre *Algunas cuestiones sobre la sucesión aragonesa por causa de muerte* (Teruel, 10, 17 y 24 de septiembre de 2004).

V. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN

1. Muerte del sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos del premuerto
 - A) *Apertura de la sucesión del sobreviviente y apertura de la sustitución*
 - B) *Determinación de los bienes objeto de la sustitución*
 - C) *Bienes troncales simples y troncales de abolorio*
2. Existencia de parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal del premuerto que acepten la sustitución que se les defiere
 - A) *Momento de la delación a los sustitutos*
 - B) *Determinación de los sustitutos por las reglas de la sucesión legal: no troncal y, en su caso, troncal por línea materna o paterna*
 - C) *Reserva de los derechos de los sustitutos y procedimiento para su declaración*

VI. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTA SUSTITUCIÓN

VII. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

I. PLANTEAMIENTO

En Aragón, como veremos, tenemos mucho más desarrollada la regulación de las sustituciones legales, ya sean directas o indirectas, que la de las sustituciones voluntarias.

Las sustituciones voluntarias, como su nombre indica, son propias de la sucesión voluntaria y requieren ser establecidas en pacto o testamento; aunque no están reguladas sus diversas modalidades en nuestro Derecho civil, no cabe duda de que es una de las materias en las que el legislador aragonés ha dejado conscientemente abierta la puerta para que sea de aplicación supletoria la regulación del Código civil, es decir en cuanto no haya norma aragonesa y de acuerdo con los principios del Derecho aragonés (art. 1.2 Comp.)².

El Código civil dedica a las sustituciones los artículos 774 a 789 distinguiendo la denominada sustitución vulgar u ordinaria, la sustitución pupilar y ejemplar, y la sustitución fideicomisaria; como modalidades de ésta la doctrina admite también el fideicomiso de residuo y la sustitución preventiva de residuo.

Pero una vez afirmada la aplicabilidad general del Derecho supletorio en materia de sustituciones voluntarias, hay que decir seguidamente que son bastantes las normas aragonesas que contienen alusiones a las sustituciones y que, por tanto, son siempre de preferente aplicación. De entrada hay que recordar

² Ver mi «Introducción a la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», en *Economía Aragonesa* (IberCaja, Zaragoza), n.º 8, 1999, p. 96, y mi «Comentario a los arts. 1 a 39» en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, p. 17 (= *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999-1).

que el contenido posible del pacto o testamento está presidido por el principio de ordenación voluntaria, sin más límites que los del *standum est chartae* (art. 3 Lsuc.), de manera que nada impide al otorgante u otorgantes incluir las sustituciones que crean convenientes. El artículo 66.1 Lsuc. cita expresamente a las sustituciones, de cualquier clase, como contenido posible del pacto sucesorio.

A las sustituciones, voluntarias o legales, ya sean directas o indirectas, se alude en el artículo 6.3 Lsuc. al fijar el momento de la delación. A la sustitución voluntaria directa (sustitución vulgar) alude el artículo 8 Lsuc. al establecer la prelación de mecanismos supletorios de la ineficacia de un llamamiento voluntario. Con la misma finalidad, pero referido exclusivamente a la ineficacia del llamamiento hecho en testamento, cita a la sustitución voluntaria (sustitución vulgar) el artículo 122 Lsuc. Insiste en la configuración de los mecanismos supletorios de la ineficacia del llamamiento voluntario, entre los que se halla en primer lugar la sustitución vulgar; el artículo 166 Lsuc. al regular el derecho de acrecer.

Alusión específica, y con su propio nombre, a la sustitución fideicomisaria hace el artículo 186 Lsuc. para permitir sobre la legítima aquellos gravámenes dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las «sustituciones fideicomisarias». Con la misma finalidad, pero sólo para los hijos o descendientes incapacitados, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha incorporado, como párrafo 3.º, al artículo 808 Cc. el siguiente texto: «Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

También había otra referencia específica a esta modalidad de sustitución en el artículo 77 de la Compilación que excluía del derecho expectante de viudedad, y por tanto del propio derecho de viudedad, a los bienes que los cónyuges reciban, de quienes no sean sus ascendientes, sujetos a «sustitución fideicomisaria». Ahora, sin aludir directamente a esta figura, el artículo 95 de la Lrem. dice que el derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito «para que a su fallecimiento pasen a tercera persona» (salvo si el disponente es un ascendiente).

La sustitución fideicomisaria, que normalmente conlleva la obligación del heredero fiduciario de conservar para transmitir lo recibido al heredero fideicomisario (art. 781 Cc.), también se puede configurar sin esa obligación (posibilidad admitida en el art. 783 Cc.), es decir permitiendo al fiduciario disponer de parte de lo recibido (fideicomiso de residuo *de eo quod supererit*) o de todo, sólo para caso de necesidad, o con total libertad, pero sólo por actos entre vivos a título oneroso, con o sin obligación de subrogar, o también por actos entre vivos a título lucrativo (modalidades del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*); incluso la libertad del fiduciario de disponer de todos los bienes puede incluir la facultad de hacerlo por actos *mortis causa* (testamento o pacto), lo que nos sitúa ante otra modalidad de fideicomiso de residuo conocida, especialmente en Cataluña donde la tienen regulada con este nombre (arts. 250 y 251 del Código de sucesiones), como «sustitución preventiva de residuo».

Pues bien, el fideicomiso de residuo, en su modalidad *si aliquid supererit*, incluida la sustitución preventiva de residuo, está aludido en el apartado 2 de los artículos 80 (pacto sucesorio de institución recíproca) y 104 (testamento mancomunado de institución recíproca), que, con las adaptaciones oportunas, dicen exactamente lo mismo. Luego nos ocupamos de esta norma, puesto que la sustitución legal preventiva de residuo de los artículos 80.3 y 104.3 tiene como presupuesto que los otorgantes no hayan designado herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de ellos.

No hay más referencias a las sustituciones voluntarias en la Ley de sucesiones. En lo no regulado, habrá que acudir al Derecho supletorio en cuanto no contradiga los principios del sistema aragonés. Los análisis doctrinales y las interpretaciones jurisprudenciales, aunque no totalmente coincidentes en sus puntos de vista, pueden servir, *mutatis mutandis*, para el Derecho aragonés³.

En cambio, la Ley de sucesiones contiene abundante regulación sobre sustituciones legales, inexistentes con este nombre en el Código civil, si bien el llamado «derecho de representación» es una especie de sustitución directa de origen legal («sustitución legal» decimos en Aragón). Las sustituciones legales son un complemento de la ordenación, voluntaria o legal, inicialmente prevista; y,

³ La bibliografía sobre sustituciones, tanto en el ámbito del Código civil como del Derecho catalán, es muy amplia. Algunas aportaciones significativas son: ALBADAJEJO GARCÍA, Manuel: «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», *Revista de Derecho Privado*, Junio 1979, pp. 519-545; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio: «La sustitución fideicomisaria de residuo», *Revista de Derecho Privado*, Marzo 1975, pp. 171-196; CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe: *Naturaleza jurídica de las disposiciones, o cláusulas testamentarias «de residuo»* / discurso leído en la sesión inaugural del curso 1926-1927 celebrada el 30 de noviembre de 1926, Madrid, Reus, 1926; DÍAZ ALABART, Silvia: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Librería Bosch, Barcelona, 1981; DE LA CÁMARA: «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria», en *RDP*, 1948, pp. 639 y ss; DOMINGO AZNAR, A.: *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 1999; FLORES MICHEO: «Notas sobre el fideicomiso de residuo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1955, pp. 3 y ss; FONT BOIX, «El usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo», en *R. D. E. A.*, 1968, n.º 19, pp. 75 y ss; FONT BOIX Y MARTÍNEZ RADIO: «El fideicomiso de residuo “eo quod supererit” y “si quid supererit”», en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pp. 559 y ss; GONZÁLEZ PALOMINO, José: «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. V, 1950, pp. 918 y ss; IRURZUN, «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», en *AAMN*, XVIII, 1974, pp. 181 y ss; JORDANO BAREA: «Pseudousufructo testamentario y sustitución fideicomisaria», en *ADC*, 1957, pp. 1173 y ss; LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La cláusula *si sine liberis decesserit* en Derecho aragonés», en *Homenaje a Moneva*, pp. 577 y ss; LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español», *A.D.C.*, 1955, pp. 743 y ss; LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: «La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta», en *A. D. C.*, 1959, pp. 1069 y ss.; PUIG FERRIOL: *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965; ROCA SASTRE: *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código civil* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1956; ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, vol. II, Madrid, 1948, p. 77 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO: «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil», en *A.D.C.*, 1956, pp. 783 y ss.; VENTURA-TRAVERSE: «La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo», en *R.C.D.I.*, 1951, p. 197 y ss.; VENTURA-TRAVERSE: «El fideicomiso condicional según el Derecho positivo y la jurisprudencia», en *R.C.D.I.*, 1935, pp. 335 y 432 y ss; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: «Acerca de la naturaleza y efectos del fideicomiso de residuo en el Derecho civil común español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, marzo 1985.

como las voluntarias, las hay directas e indirectas: la sustitución legal ordinaria es del estilo de la sustitución vulgar, mientras que la sustitución legal preventiva de residuo es del tipo de las fideicomisarias de residuo.

La sustitución legal ordinaria (o «derecho de representación» en el Código civil) tiene su regulación general en los artículos 19 a 26 Lsuc. Pero hay múltiples alusiones a ella a lo largo de toda la Ley: artículos 6, 8, 122, 157, 166 (sucesión voluntaria), 173, 188, 198 (legítima), 204, 205, 208, 209, 211, 217 y 218 (sucesión legal: principios, sucesión de los descendientes, recobro de liberalidades, sucesión troncal, sucesión de los hermanos e hijos de hermanos). Incluso hay prevista para ella una disposición transitoria: la 4.^a Lsuc.⁴

Las sustituciones legales preventivas de residuo están previstas en los artículos 80.3, para la institución recíproca entre otorgantes del pacto al más viviente, 104.3, para la institución recíproca entre otorgantes de testamento mancomunado, y 216.2 para la sucesión legal a favor del cónyuge viudo. Las tres tienen su origen en la ley, es ella la que las establece, en los dos primeros supuestos como un complemento de la institución recíproca voluntariamente otorgada en pacto sucesorio o testamento mancomunado, y en el tercero como un complemento del llamamiento legal a favor del cónyuge sobreviviente. En el artículo 210 Lsuc., para el supuesto de recobro de liberalidades, si habiendo ya recaído por título lucrativo los bienes en descendientes del finado, fallecen todos éstos sin dejar descendencia ni haber dispuesto de los bienes recobrables, antes que la persona con derecho a recobro, también cabe apreciar una sustitución legal preventiva de residuo. Por último, la sustitución legal en caso de premoriencia del instituido en pacto sucesorio, regulada en el artículo 72 Lsuc. bajo la denominación de «derecho de transmisión», es también un caso de sustitución legal especial. Aquí nos ocupamos exclusivamente de las tres primeras.

II. EL PRECEDENTE Y LA AMPLIACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

El precedente inmediato de esta sustitución legal preventiva de residuo se encuentra en el artículo 108.3 de la Compilación, que la establecía directamente para el pacto al más viviente, si bien resultaba aplicable igualmente al testamento mancomunado de institución recíproca con efectos de pacto al más viviente (art. 95 Comp.).

⁴ En mi estudio de «La sustitución legal» (*Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 88 a 119) dedico un apartado a los otros preceptos (los que están fuera de su sede general) especialmente relacionados con la sustitución legal, analizando el tipo de delación que la sustitución legal conlleva, el orden de prelación de la sustitución legal entre los mecanismos sustitutorios de la ineficacia de la designación voluntaria o legal, los efectos de la sustitución legal por ineficacia de un llamamiento voluntario. *Vid.* pp. 90 a 93.

Según el apartado 3 del artículo 108 Comp., «*no habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido*».

Este típico pacto sucesorio aragonés fue regulado en el Derecho positivo por vez primera en la Compilación de 1967, aunque no de manera completa.

El Proyecto de Apéndice de 1904 contenía la siguiente regulación en su artículo 97.2: «*Cuando los cónyuges se refieran genéricamente en su capitulación al pacto de casamiento al más viviente sin imponerse condiciones determinadas, se sobrentenderán las siguientes:*

1.^a *Quedará ineficaz el agermanamiento si después de establecido resultan descendientes legítimos del matrimonio. Sin embargo, si los descendientes premueren a los cónyuges que se agermanaron, se restablecen íntegramente la fuerza y el vigor del pacto.*

2.^a *El agermanado supérstite podrá consumir libremente todos los bienes y disponer de ellos por actos de última voluntad según le plazca; pero los que resulten a su fallecimiento sin haber sido objeto de disposición se dividirán por igual, una mitad para los que tengan a la sazón la calidad de parientes más próximos del marido y otra para los que la tengan con relación a la mujer*».

Como recuerda María MARTÍNEZ⁵, una de las mejores explicaciones sobre los antecedentes históricos remotos de este pacto la ofrecía Joaquín COSTA⁶ como un típico pacto matrimonial entre los que se denominaban «solteros», es decir, entre los cónyuges que no habían ocupado en su respectiva familia el puesto de «herederos de la casa».

Pero el supuesto de hecho de esta sustitución legal especial en la Compilación se ha extendido con la Ley de sucesiones, por un lado a la institución recíproca, en testamento mancomunado o pacto sucesorio, sin los efectos del pacto al más viviente, y, por otro, a un caso nuevo con el que cabe apreciar también razones de analogía: el de la sucesión a favor del cónyuge viudo.

a) El artículo 95 de la Compilación establecía en sede de testamento mancomunado que *se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» regulado en esta Compilación*, concretamente en el artículo 108. Pero según este artículo, la recíproca institución entre cónyuges a) no surtía efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivían hijos no

⁵ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del artículo 216.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte (Comentario al auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de noviembre de 2002)», *RDCA*, 2001-2002, p. 259).

⁶ COSTA MARTÍNEZ, Joaquín: *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, ed. facsímil de Guara ed., Zaragoza, 1981, ver en especial, pp. 232 a 236).

comunes; b) habiendo sólo hijos comunes a la disolución del matrimonio, equivalía a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia; y c) sólo no habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad de poder testar, el sobreviviente heredaba los bienes del premuerto. Los efectos de la sustitución del artículo 108.3 Comp. sólo se podían producir, en su caso, cuando la institución recíproca entre cónyuges, en pacto o en testamento mancomunado, surtía los efectos propios del pacto al más viviente y, en consecuencia, el sobreviviente heredaba al premuerto.

En la nueva Ley de sucesiones la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado (que ahora pueden ser cualesquiera dos personas) ya no produce los mismos efectos que el pacto al más viviente si no se previene lo contrario, sino que la regla ahora es la inversa: *si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legítimos* (art. 104.1 Lsuc.). Por tanto, si los testadores no han establecido para la institución recíproca los efectos del pacto al más viviente, a) la institución recíproca surte efectos aunque al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes: si tales hijos son del testador fallecido, el sobreviviente hereda solamente la parte de libre disposición, mientras que si son hijos de éste y el premuerto carece de descendientes será heredero universal; b) la institución recíproca surte efectos aunque al momento de la apertura de la sucesión sobrevivieran sólo hijos comunes: el sobreviviente hereda respetando la legítima, tiene por ley el usufructo de viudedad sobre los bienes integrantes de la legítima y carece de la facultad de distribuir la herencia; por otra parte, si fallecen todos los hijos comunes antes de llegar a la edad para poder testar no existe una sustitución a favor del testador sobreviviente que le de derecho a heredar los bienes del premuerto integrantes de la legítima; y, por supuesto, c) la institución recíproca surte efectos cuando al momento de la apertura de la sucesión no hay hijos de los testadores.

La sustitución legal preventiva de residuo del apartado 3 del artículo 104 puede operar en todo caso de institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado, tanto si surte los efectos propios del pacto al más viviente como si no. Pero si han establecido que quieren los efectos del «pacto al más viviente», la presencia de descendientes hará que no se produzcan sus efectos propios, ni sean de aplicación los apartados 2 y 3 del artículo 80 (o 2 y 3 del art. 104, si se prefiere).

También en pacto sucesorio, de conformidad con el apartado 1 del artículo 81 Lsuc., *los otorgantes podrán establecer las previsiones que tengan por conveniente para el caso de que les sobrevivan descendientes, comunes o no, respetando la legítima de los mismos*. Parece razonable entender que si para el caso de que les sobrevivan descendientes, comunes o no, los otorgantes han establecido que, respetando la legítima de los mismos, herede el sobreviviente, a lo así adquirido por éste serán de aplicación, en su caso, los apartados 2 y 3 del artículo 80. Así está expresamente previsto en el artículo 104 para la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado aunque tengan descendientes.

b) En una institución recíproca entre los otorgantes de un testamento mancomunado o pacto sucesorio, tradicionalmente otorgados casi exclusivamente por cónyuges, los bienes del premuerto los adquiere el sobreviviente, pero la ley previene que si éste fallece a su vez sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, los adquirirán finalmente los parientes del primeramente fallecido. Se quiere, por tanto, que tras la muerte del cónyuge sobreviviente los bienes que queden de los del premuerto no sean para los herederos legales de aquél sino para los de éste: se prefiere en estas circunstancias que los bienes vuelvan a la familia de origen. Algo muy parecido sucede en la sucesión legal con el llamamiento sucesorio que hace la ley a favor del cónyuge que más viva: el llamamiento legal es igualmente recíproco, el cónyuge sobreviviente será quien herede al otro de forma pura, sin plazo o condición alguna, pero si fallece sin haber dispuesto de tales bienes por cualquier título, antes que a sus herederos legales, la Ley de sucesiones prefiere a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste (art. 216.2 Lsuc.).

Como dice el Auto de la AP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2002⁷, lo que se establece en el artículo 216.2 «viene a constituir una ampliación del ámbito de aplicación del supuesto previsto en el derogado artículo 108.3 de la Compilación». Late en los tres supuestos una misma filosofía de fondo cercana a la idea de troncalidad.

Dice María MARTÍNEZ⁸ que «quizás pueda parecer algo incoherente que no se prevea el mismo llamamiento en el supuesto de haber recibido el cónyuge sobreviviente los bienes del causante por testamento unipersonal». Y, ciertamente, puede parecerlo a primera vista, pero tal vez no lo sea si se cae en la cuenta de que en tal caso falta la institución recíproca que es el presupuesto común en todos los casos de sustitución legal preventiva de residuo, también en el llamamiento legal al cónyuge sobreviviente.

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 80.3, 104.3 Y 216.2

Esta sustitución tiene como presupuestos la existencia de una institución recíproca que surta sus efectos propios y haya sido establecida entre los otorgantes de un pacto sucesorio o de un testamento mancomunado o bien por la ley para el supuesto de sucesión legal a favor del cónyuge sobreviviente. Además, cuando su origen está en un pacto sucesorio o testamento mancomunado es preciso que no se haya establecido un ulterior llamamiento a favor de tercero (sustitución fideicomisaria) ni resulte de aplicación el apartado 2 de los artículos 80 ó 104.

⁷ Transcrito en el citado *Comentario* de María MARTÍNEZ, *RDCA*, 2001-2002, p. 256.

⁸ *Op. cit.*, p. 261.

1. UNA INSTITUCIÓN RECÍPROCA QUE SURTA SUS EFECTOS PROPIOS

A) *Entre otorgantes de un pacto sucesorio*

Tanto en la Ley de sucesiones como en la Compilación, *en la recíproca institución de herederos entre los otorgantes de un pacto sucesorio, o pacto al más viviente, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar* (art. 80.1 Lsuc.).

Si hay descendientes del premuerto, *a falta de disposición expresa sobre este particular, la institución no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan descendientes del premuerto que no lo sean del supérstite. Habiendo sólo descendientes comunes, el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia* (art. 81.2 Lsuc.).

Pero no necesariamente ha de ser así porque, como ya hemos adelantado, el apartado 1 del artículo 81, permite a los otorgantes establecer las previsiones que tengan por convenientes para el caso de que les sobrevivan descendientes, comunes o no, respetando la legítima de los mismos. Si esas previsiones son que la institución recíproca surta sus efectos propios, respetando la legítima de los descendientes, podrá ser de aplicación la sustitución legal preventiva de residuo del apartado 3 del artículo 80.

B) *Entre otorgantes de un testamento mancomunado*

Según dice el apartado 1 del artículo 104 Lsuc. *si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legítimos.*

Los efectos propios de una disposición sucesoria recíproca son que el sobreviviente sucede al que premuere. Si han establecido los efectos del «pacto al más viviente», acabamos de ver que sólo si no hay descendientes del premuerto, o todos ellos fallecen antes de llegar a la edad para poder testar, podrá el sobreviviente heredar los bienes del premuerto.

C) *A favor del cónyuge heredero legal*

Al morir una persona casada sin haber ordenado su sucesión por medio de pacto o testamento, su herencia se defiere por disposición de la ley (sucesión legal). A falta de descendientes, los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho de recobro y a los parientes troncales, respectivamente. Y los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, en defecto de ascendientes, al cónyuge (art. 202 Lsuc.).

Ahora bien, como dice el apartado 1 del artículo 216 Lsuc., *el llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento del causante estuviera decretada judicialmente la separación, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a*

obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

La eficacia de este llamamiento sucesorio requiere, por tanto, el fallecimiento sin pacto o testamento del primero de los cónyuges, la ausencia de parientes llamados por la ley a heredarle antes que el cónyuge, que no se dé ninguno de los supuestos de exclusión del llamamiento al cónyuge del artículo 216.1 y que éste acepte la herencia.

2. QUE NO HAYA ULTERIOR LLAMAMIENTO A TERCERO NI SEA DE APLICACIÓN EL APARTADO 2 DE LOS ARTÍCULOS 80 Ó 104

Este requisito es exclusivo de las instituciones recíprocas en pacto o testamento, puesto que la sucesión legal a favor del cónyuge tiene como presupuesto la falta de ordenación voluntaria de la sucesión del premuerto.

A) *Inexistencia de terceros designados sustitutos*

El apartado 3 de los artículos 80 y 104 comienza diciendo «si no hubiera ulterior llamamiento a tercero»; si lo hubiera, no se aplicaría este apartado 3, sino lo que se hubiera estipulado por los otorgantes y, en caso de duda, lo previsto en el apartado 2 de estos mismos artículos.

Se requiere, por tanto, que no haya ulterior llamamiento a tercero, es decir, que no haya prevista ninguna sustitución a la muerte del otorgante sobreviviente. Los bienes heredados por éste no deben tener un destino ulterior ordenado en el pacto o testamento mancomunado. Cuando se ha designado a un tercero como segundo heredero o legatario de los bienes primeramente recibidos por el sobreviviente, o de los que le queden si se le han dado facultades de disponer (con amplitud variable, como sabemos), al fallecer el supérstite se abrirá esta sustitución voluntaria y no la legal.

El tercero recibirá los bienes como heredero del premuerto y sustituto del sobreviviente.

B) *Inaplicación del apartado 2 de los artículos 80 ó 104*

Pero, en ocasiones, se ha podido designar a terceros para que sucedan en los bienes que queden al fallecer el último de los otorgantes, y no estar claro si como herederos de éste o como sustitutos suyos y herederos del premuerto.

En los casos en que los cónyuges, en pacto o testamento mancomunado, designan herederos o legatarios para después de que muera el último de los otorgantes se plantea, como dice LORENTE SANZ⁹, la importante cuestión con-

⁹ LORENTE SANZ, José: «El testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1968-69, p. 46.

sistente en determinar si los instituidos heredan a través del último fallecido o heredan directamente del primer cónyuge causante. La solución tiene importancia tributaria y dentro del Derecho civil, a efectos de determinar qué deudas deben ser imputadas a cada heredero. También a la hora de admitir que se acepte una herencia y se repudie otra. Incluso a la hora de abrir la sucesión abintestato. Cuando se trata de pacto al más viviente hay que estar al artículo 108, distinguiendo los dos primeros apartados que son normas de carácter dispositivo, que admiten pacto en contrario de lo dispuesto en el tercero, que parece que no lo tiene. Pero son posibles otros supuestos distintos. En ese caso hay que averiguar cuál ha sido la voluntad de los testadores. Eso es lo que debe prevalecer. Si conforme al pacto o testamento no fuera posible aclarar la voluntad de los otorgantes, tanto LORENTE como LACRUZ¹⁰ sostienen que se hereda siempre del propietario de los bienes, y, por ende, como sustitutos fideicomisarios de residuo en cuanto al primer fallecido, y como herederos en cuanto al segundo. Ambos consideran que es la solución más acorde con nuestro Derecho y rechazan la prevista en el § 2269 BGB¹¹.

Pero LACRUZ indica también que «no hay inconveniente en que marido y mujer se nombren recíprocamente herederos puros y luego disponga cada uno de su herencia en favor de un tercero para el caso de sobrevivir al otro»¹².

A estos planteamientos responde la introducción del apartado 2 de los artículos 80 y 104. Tienen que ser unos mismos terceros los llamados a los bienes propios del sobreviviente y a los que heredó del premuerto y existir la duda de si deben recibir todos esos bienes del sobreviviente o una parte de éste (los propios) y otra del premuerto (los que queden de los procedentes de su herencia). Para resolver esta duda, la Ley de sucesiones ha establecido que *los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes del pacto [o testamento mancomunado] sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo estipulación en contrario*.

Se trata de una norma meramente interpretativa de la voluntad de los disponentes, para cuando no hayan estipulado cosa distinta y no se sepa de quién ha de recibir el tercero designado los bienes que le queden al sobreviviente de los heredados del premuerto. La respuesta, como se ha dicho, podía ser doble:

¹⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho de sucesiones*. T. I: *Parte General. Sucesión voluntaria*. Bosch, Barcelona, 1971, p. 703.

¹¹ § 2269 BGB: «Si los cónyuges han determinado en un testamento mancomunado, por el cual se instituyen como herederos recíprocamente, que después de la muerte del sobreviviente el caudal relicto de ambas partes deba recaer en un tercero, en la duda ha de entenderse que dicho tercero está instituido como heredero del cónyuge últimamente muerto para todo el caudal relicto.

Si los cónyuges han ordenado en semejante testamento un legado que deba ser cumplido después de la muerte del sobreviviente, en la duda ha de entenderse que el legado debe referirse al designado con la muerte del sobreviviente.»

¹² *Op. cit.*, p. 703.

a) Entender que igual que los restantes bienes existentes en el patrimonio del sobreviviente, los recibe el tercero llamado a ellos de éste y como heredero o legatario suyo. En este caso no habría fideicomiso de residuo, sino institución recíproca con pacto o estipulación de que al sobreviviente ha de sucederle la persona o personas que se designan a tal fin.

b) Entender que los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes y que fueron del primeramente fallecido, los recibe el tercero llamado a ellos «directamente de éste, como sustituto de aquél». Esta es la opción que el legislador ha preferido, si no hay estipulación en contrario.

Con lo cual la Ley entiende que existe un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* (en cualquiera de sus variedades) o, en su caso, una sustitución preventiva de residuo (si el sobreviviente tiene permitido disponer de tales bienes por acto *mortis causa*). En todo caso, se trata de una sustitución de origen voluntario, es decir, establecida por los otorgantes de la institución recíproca.

La nueva norma carece de utilidad cuando el premuerto ha designado claramente a los terceros como sustitutos fideicomisarios, tanto si éstos son las mismas o distintas personas que heredan al sobreviviente. En tal caso, basta con cumplir la voluntad del testador, que está clara.

También carece de utilidad cuando no hay duda de que no existe ninguna sustitución establecida por el premuerto, sino que lo único que han hecho los otorgantes es nombrarse recíprocamente herederos puros y luego disponer cada uno de su herencia en favor de un tercero para el caso de sobrevivir al otro; supuesto, este último, en que no es de aplicación ni el apartado 2, porque han estipulado lo contrario, ni el 3, porque el sobreviviente ha dispuesto por acto *mortis causa* de los bienes procedentes del primeramente fallecido.

En resumen, estamos ante una norma aragonesa de interpretación, especialmente prevista para los supuestos de instituciones recíprocas entre otorgantes de un pacto sucesorio o un testamento mancomunado en los que, además, los otorgantes hayan designado herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de ellos, y surja la duda de si los terceros han de recibir todos los bienes del sobreviviente o en parte también del premuerto. En la duda, como había propuesto la doctrina, la norma se inclina por entender que los terceros designados sucesores reciben los bienes que quedan de los procedentes del primeramente fallecido «directamente de éste, como sustitutos del sobreviviente».

C) El Auto del Presidente del TSJ de Aragón de 30 de julio de 2004

Este Auto, que resuelve el recurso gubernativo contra la calificación negativa del Registrador de la Propiedad, aplica al caso de autos el apartado 2 del artículo 104. En el caso, los cónyuges otorgaron testamento notarial abierto mancomunado, en 1997, conforme a las siguientes cláusulas: *Primera*. Ambos testadores se instituyen mutua y recíprocamente herederos el uno al otro, de todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones, facultándose para

que el sobreviviente disponga libremente por actos entre vivos. *Segunda.*- Para el caso de que el último de los testadores no haya dispuesto por actos *inter vivos* de sus propios bienes y de los que adquiriera por esta institución y también para el supuesto de conmoriencia o muerte simultánea de los testadores disponen lo siguiente: - El testador instituye herederos universales a sus sobrinos, D. [...], Doña [...], etc. y D. [...], todos ellos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y en su defecto con derecho de acrecer. -La testadora instituye herederos universales a sus sobrinos D. [...], D. [...] y Doña [...], todos ellos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y en su defecto con derecho de acrecer.

El marido fallece en 1999, la mujer acepta la herencia, disuelve la sociedad conyugal y se adjudica las fincas y el metálico, haciéndolo respecto de las fincas por mitades indivisas, por su mitad de consorciales y, la otra mitad, como heredera de su finado esposo. La viuda fallece en 2003 y sus herederos, los sobrinos designados en el testamento mancomunado, otorgan escritura notarial de aceptación de herencia en la que relacionan la totalidad de las fincas pertenecientes a la fallecida y se las adjudican como herederos de ella.

La Registradora autora de la nota de calificación impugnada entiende que no era posible la inscripción de la escritura por apreciar que se está en presencia de una regulación específica aragonesa de institución recíproca entre otorgantes, con los efectos establecidos en el artículo 104, segundo párrafo, de la Ley de sucesiones; la otra Registradora, que ha actuado en aplicación del cuadro de sustituciones y conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria, tampoco cree que la escritura fuera inscribible en sus términos porque estamos en presencia de un fideicomiso de residuo, produciéndose en todo caso una extralimitación en el inventario de bienes que se describen en la escritura de aceptación de herencia antes referenciada, por incluir en el mismo participaciones de bienes que no corresponden a los otorgantes como herederos de la difunta. Así que la nota de calificación suspende la inscripción de la otra mitad indivisa de las fincas 1, 2 y 3 por no cumplirse lo dispuesto en la cláusula «segunda» del testamento que se reseña en la escritura y que se acompaña al presente documento, conforme al artículo 104 de la Ley de sucesiones.

Frente a esta calificación, tanto el recurrente como los Notarios autorizantes del testamento mancomunado y de la escritura de aceptación de herencia mantienen que se está en presencia de una sustitución vulgar, y que la redacción de los documentos correspondía a la voluntad real de los testadores, deseosa de que todos los bienes fuesen a parar a los familiares del último que fallezca.

El Presidente del TSJ comienza afirmando que *la voluntad real del testador es el criterio de interpretación del testamento* (si bien, incomprensiblemente, basa esta afirmación en el art. 69.2 Lsuc. «en cuanto sea de aplicación» y en los arts. 668 y 675 del Código civil «aplicables en Aragón como derecho supletorio»; olvida la existencia del art. 101 Lsuc. sobre interpretación del testamento, incluido el mancomunado). Añade, igualmente sin necesidad alguna, que *las disposiciones del testamento han de ser interpretadas, para su recta comprensión, en su conjunto, las*

unas por las otras, conforme establece el artículo 1285 del Código civil, en regulación referida a los contratos pero también aplicable a estos negocios jurídicos de derecho sucesorio. Todo ello está previsto en el artículo 101 de la Ley de sucesiones, Ley que resulta de aplicación al caso como el propio Presidente afirma para el artículo 104.2 pese a que el testamento sea anterior a su entrada en vigor conforme a sus disposiciones transitorias primera y segunda; el apartado 2 del artículo 101 dice que *las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando unas con otras, ...*; el apartado 3 señala que *en los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente*; por último, el apartado 4 dice que *en la interpretación de las disposiciones correspondientes del testamento mancomunado deberá integrarse lo dispuesto en este artículo con las normas de interpretación de los contratos*. Estas son las normas que deberían haber presidido la labor de interpretación del testamento y no las citadas en el auto.

El Presidente del TSJ de Aragón desestima el recurso gubernativo porque entiende que resulta conforme a derecho la calificación recurrida. Dice que «se trata de una institución recíproca entre cónyuges, con facultad de disponer *inter vivos*, pero que a falta de dicha disposición, hace aplicable la disposición expresa contenida en la cláusula segunda del testamento, en la que para ese caso el testador hace disposición de sus bienes y la testadora de los suyos, cada uno a favor de sus parientes». La institución realizada en el testamento tiene los efectos establecidos en el párrafo segundo del artículo 104 de la Lsuc. Se trata de una institución semejante al fideicomiso de residuo en su modalidad *si aliquid supererit*, en la que el primer llamado a la herencia puede disponer por actos entre vivos, «pero si fallece sin haber realizado tal disposición, lo que quedase forma parte de la herencia del premuerto y los terceros designados por él como herederos le suceden directamente». Descarta que exista previsión contraria en el testamento, y el resto de argumentos de los Notarios: no es una sustitución similar a la sustitución vulgar del artículo 774 Cc., prevista para el caso de muerte simultánea, pero no para el supuesto de no disposición entre vivos. «No estamos en presencia de una auténtica sustitución fideicomisaria, en su modalidad de fideicomiso de residuo, sino de una institución propia de Derecho aragonés, que se rige por sus propias normas, y que opera ciertamente como limitación de disponibilidad *mortis causa* de los bienes recibidos en virtud de la institución recíproca, precisamente porque el testador ha querido que estos bienes, no enajenados, por actos entre vivos, pasen a quienes ha designado como herederos, sus sobrinos, en la forma que se expresa en el testamento».

Como puede verse una misma disposición testamentaria admite interpretaciones para todos los gustos, todas con argumentos más o menos defendibles. En el caso de autos se han apuntado las tres siguientes:

A) La que considera que el cónyuge premuerto, además de otorgar con su cónyuge la institución recíproca, ordenó que los bienes así heredados por el sobreviviente y no dispuestos por actos entre vivos fueran heredados directamente de él por sus propios sobrinos. Es la interpretación de la Registradora

que deniega la inscripción y que el Presidente del Tribunal Superior hace suya. Se apoya en la aplicación del artículo 104.2 Lsuc., puesto en relación con lo dicho en el apartado 3 para cuando no hay designación de terceros y quedan bienes sin disposición. Los bienes propios del sobreviviente son para sus sobrinos, los que quedan del premuerto son para los sobrinos de éste.

Pero esta interpretación no tiene, en realidad, apoyo en el apartado 2 del artículo 104 que requiere que unos mismos terceros hayan sido designados sucesores en todos los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes, tanto en los bienes propios como en los procedentes del primeramente fallecido

Es una interpretación que a mi juicio no tiene muchos apoyos en el tenor del testamento: los cónyuges se instituyen recíprocamente, pero sólo el que de ellos sobreviva y herede al otro es el que puede disponer «de sus propios bienes» (el que muera antes será heredado por el otro); pues bien, para el caso de sobrevivir y quedar bienes «propios» «y de los que adquiriera por esta institución», el hipotético sobreviviente dispone ya el destino *mortis causa* de todo ese conjunto de bienes (unos que eran suyos, otros heredados) y quiere que sean, lógicamente, para sus más próximos parientes consanguíneos, sus sobrinos, a los que cita con nombres y apellidos, estableciendo la sustitución vulgar a favor de sus descendientes y, en su defecto, el derecho de acrecer en la forma que el propio testamento detalla. Esto no es, ni más ni menos, que el propio testamento del hipotético sobreviviente. En el testamento mancomunado hay, por tanto, una institución recíproca y la disposición testamentaria individual del marido y la mujer para el evento de llegar a ser el sobreviviente. Por eso la institución recíproca permite al heredero disponer sólo por actos entre vivos, porque éste ya tiene hecha su propia disposición sucesoria en el testamento mancomunado.

B) La que considera que los cónyuges establecen una institución recíproca y los dos disponen que todos los bienes de que el sobreviviente no haya dispuesto por actos entre vivos, los propios y los heredados por la institución, los reciban directamente de éste, como herederos suyos, sus sobrinos en la forma que se prevé en el testamento. Es la tesis de los Notarios y, a mi juicio, la que tiene más apoyo en el tenor del testamento y creo que es la que refleja la voluntad real de los testadores, como ya he dicho.

En esta interpretación tampoco sería de aplicación el artículo 104. Hay institución recíproca y previsión en el testamento contraria a los efectos del apartado 2. El cónyuge sobreviviente, ya lo sea el marido o la mujer, quiere que todos los bienes que tenga a su muerte, incluidos los procedentes del primeramente fallecido, sean, por sucesión *mortis causa*, para los sobrinos a los que llama directamente a heredarle, con previsiones de sustitución vulgar y derecho de acrecer. Aquí los únicos terceros designados para suceder al sobreviviente son los que él mismo ha nombrado. Los que nombró el otro cónyuge lo hizo para el evento de llegar a ser él el supérstite. Hay disposición contraria a los efectos del apartado 2, puesto que no se ha previsto sustitución alguna.

En un caso como el descrito, tampoco sería de aplicación el apartado 3 del artículo 104, porque, pese a no haber «ulterior llamamiento a tercero», el sobreviviente no ha fallecido sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, sino que, al contrario, él fallece bajo testamento que contiene su voluntad para después de su muerte.

C) Una tercera interpretación, a la que parece apuntar la Registradora sustituta, parte de la institución recíproca y de que los bienes propios del sobreviviente y los procedentes de la institución de los que no haya dispuesto por actos entre vivos, deben ser para sus sobrinos, pero los propios como sus herederos directos y los que restan de los del premuerto como herederos de éste y sustitutos del cónyuge sobreviviente. Por ello dice esta Registradora que hay una extralimitación en el inventario de bienes de la herencia por incluir en el mismo participaciones de bienes que no corresponden a los otorgantes como herederos del sobreviviente, sino, cabe añadir, como sustitutos suyos y herederos fideicomisarios del premuerto.

A esta conclusión se llega por entender que estamos en presencia de un fideicomiso de residuo, sin aplicación del artículo 104 Lsuc. Pero a la misma conclusión podría haberse llegado aplicando el apartado 2 de este artículo: Hay terceros designados herederos o legatarios por los cónyuges para recibir todos los bienes que le queden al sobreviviente en el momento de fallecer, pero estos terceros han sido designados por el sobreviviente para que sucedan en sus propios bienes y por el premuerto para que lo hagan también en los procedentes de él.

IV. LA POSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE Y LOS LLAMADOS A LA SUSTITUCIÓN

Al fallecer el primero de los otorgantes o cónyuges se abre su sucesión y se producen, en virtud de la institución recíproca o del llamamiento legal, la vocación y delación de la herencia a favor del otro, que si la acepta se convierte en su heredero universal puro y simple con todas las consecuencias que ello implica. En principio, salvo que en el testamento o pacto existiera alguna prohibición, limitación o reserva, puede disponer libremente por cualquier título, gratuito u oneroso, *inter vivos* o *mortis causa*, singular o universal, de todo lo heredado del primeramente fallecido.

Los bienes y derechos heredados del premuerto forman parte del patrimonio del sobreviviente, y los llamados como sustitutos legales eventuales de residuo ningún derecho adquieren sobre ellos, y, no teniéndolo, no lo pueden transmitir a sus herederos. El heredero no está sometido a plazo, ni a condición alguna, ni tiene obligación de reservarlos o conservarlos, ni ha de adoptar sobre ellos ninguna medida de seguridad. Mientras no se produzca la muerte del sobreviviente y la concurrencia de los requisitos legales para la eficacia

de la sustitución, el llamamiento a los sustitutos, aunque existente desde la apertura de la sucesión del primer causante, no produce efecto alguno. Los llamados como sustitutos que ya existan sólo cuentan con la mera esperanza fáctica de llegar a adquirir en el futuro derecho sobre tales bienes si viven cuando se abra la sustitución.

De momento la sustitución existe como mera previsión de futuro, pero no produce efecto alguno mientras no se cumplan los requisitos o condiciones previstos por la ley para su eficacia.

V. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN¹³

1. MUERTE DEL SOBREVIVIENTE SIN HABER DISPUESTO POR CUALQUIER TÍTULO DE TODOS LOS BIENES ADQUIRIDOS DEL PREMUERTO

A) Apertura de la sucesión del sobreviviente y apertura de la sustitución

Cuando el sobreviviente que ha heredado al otro fallece, se abre su sucesión, que puede estar regida, en todo o en parte, por pacto o testamento a ella referido, y, en su defecto, serán de aplicación las normas de la sucesión legal. Si en pacto o testamento ha dispuesto de todos los bienes adquiridos del otro, los bienes serán adquiridos por sus herederos y no habrá lugar a la sustitución de los artículos 80.3, 104.3 ó 216.2 Lsuc.

Se precisa por tanto, bien que el sobreviviente muera sin haber otorgado pacto o testamento que regulen su sucesión, bien que habiendo ordenado voluntariamente su sucesión lo haya hecho de forma parcial y hayan quedado fuera de ella bienes de los adquiridos del otro. Se requiere que, al menos, algún bien de los adquiridos del premuerto haya quedado fuera de la sucesión voluntaria del sobreviviente. En tal caso, estos bienes no forman parte de su herencia, sino que se defieren, en ese momento, a los sustitutos previstos por la ley.

La sucesión del sobreviviente se rige por las reglas de la sucesión voluntaria y, en su defecto, por las de la legal, pero quedan al margen de ella los bienes adquiridos del premuerto de los que no haya dispuesto por cualquier título.

La adquisición de derechos por los sustitutos sólo tiene lugar cuando, fallecido el sobreviviente, se abre la sustitución legal por haber quedado bienes procedentes de la herencia del premuerto sin un destino marcado por el propio supérstite para después de su muerte; pero la adquisición de derechos por

¹³ En este apartado y en el siguiente reproduzco, en la mayoría de las ocasiones, textos e ideas que ya expuse en mi trabajo sobre «La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (Comentario de un caso de pacto al más viviente)», *RDCA*, 2000-1.º, pp. 203 a 236.

los llamados como sustitutos requiere, además de la apertura de la sustitución por la existencia de bienes de los procedentes del primer causante, que los llamados existan en tal momento y acepten el llamamiento, es decir que existan, en tal momento, parientes que serían ahora herederos legales del premuerto si se abriera en este momento su sucesión legal.

Abierta la sustitución, los bienes que son su objeto no forman parte del caudal relicto del sobreviviente que ha fallecido sino que se defieren a favor de los sustitutos. En el momento de fallecer, el sobreviviente que los heredó pierde la propiedad de tales bienes y sus sucesores sólo son, en su caso, respecto de ellos poseedores de propiedad ajena. Abierta la sustitución, se perfecciona simultáneamente el llamamiento a los beneficiarios de la misma, quienes pueden, desde entonces, aceptar o repudiar.

B) Determinación de los bienes objeto de la sustitución

Reiteradamente se dice en los Autos de declaración de herederos legales que no es objeto de este procedimiento la determinación de los bienes y derechos que integran la herencia, ni su naturaleza o procedencia familiar, cuestión a decidir en el procedimiento contencioso que, en su caso, se plantee por parte legitimada para ello.

La sucesión de los sustitutos es a título de heredero (así lo dice expresamente la Ley de sucesiones en los artículos en estudio), de manera que el título de la sustitución es universal. Es de suponer que, normalmente, ya se habrán practicado las operaciones de liquidación de la herencia del premuerto por el primer heredero (el sobreviviente) en cuyo caso los sustitutos recibirán un patrimonio ya liquidado; pero también es posible que, al morir el primer heredero (el sobreviviente), queden deudas y cargas de la herencia sin pagar de las que, desde la aceptación, serán responsables los sustitutos de conformidad con las reglas generales. La sustitución afecta, pues, tanto a los bienes como a las deudas que quedaren de la herencia del causante tras la muerte del primer heredero.

Pero, por otra parte, la sustitución de estos artículos, aunque a título universal, es de residuo y sólo afecta a los bienes del causante que «quedaren» en el patrimonio del heredero «sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes». Ello quiere decir que hay que excluir los bienes que hayan sido objeto de disposición, tanto a título gratuito —entre vivos o por causa de muerte— como oneroso, y en éste último caso la exclusión afecta también a los bienes que les hayan sustituido pues no resulta de aplicación la subrogación real al tratarse de una sustitución de residuo, tal vez con la excepción de los supuestos de subrogación legal como consecuencia de expropiación forzosa, concentración parcelaria, reparcelación urbanística, etc. Parece que se requiere la existencia de bienes heredados del causante, que puedan individualizarse e identificarse como procedentes de dicha herencia, de modo que la falta de individualización conllevará la exclusión de los bienes muebles fungibles que hayan desaparecido legalmente o se hallen confundidos con los personales del

primer heredero: tales bienes no parece que deban ser sustituidos por los correspondientes créditos.

Llegado el momento de determinar los bienes a entregar a los sustitutos por los sucesores del primer heredero, habrá que tener en cuenta las deudas y cargas de la herencia del causante pagadas con bienes personales del primer heredero, también habrá que reembolsar las impensas de toda clase efectuadas por el primer heredero en tales bienes a costa de su patrimonio personal, que deban considerarse como cargas del capital (*cfr.* art. 783 Cc.); en cambio, no se debe tener en cuenta el importe de los deterioros debidos a culpa del primer heredero, pues eran de su propiedad sin obligación alguna de reservarlos para los sustitutos. Todo ello supone la necesidad de un arreglo de cuentas entre los sustitutos y los sucesores del primer heredero, cuya disciplina habrá de inspirarse en las normas de la liquidación de la herencia fideicomisaria.

Como dice la sentencia del JPI núm. 2 de Zaragoza de 18 mayo 1994¹⁴, los bienes *consorciales* del matrimonio, por efecto de la institución recíproca o por el llamamiento legal, pertenecen por entero al sobreviviente al abrirse la sucesión del primer cónyuge; pero fallecido el sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, *la mitad* de los que quedaren pasarán a los herederos del primeramente fallecido. También dice esta sentencia que cuantas *rentas y frutos* se generen por los bienes del cónyuge premuerto desde su fallecimiento pasan a lucrar el patrimonio personal del cónyuge heredero, aunque tales bienes fueran, constante matrimonio, consorciales; por tanto, sólo las rentas que se hayan generado tras la muerte del cónyuge sobreviviente pueden ser reivindicadas por los herederos del primeramente fallecido; y no todas ellas, sino sólo su mitad cuando se trate de bienes de carácter consorcial.

C) Bienes troncales simples y troncales de abolorio

En la masa de bienes deferida a los sustitutos hay que determinar los que, en atención a su carácter troncal o no troncal, corresponden a los herederos troncales, por la línea materna y paterna, y los que corresponden a los herederos no troncales. En su caso, habrá que atender también a la condición de bienes troncales de abolorio que, si no hay otros parientes mas cercanos, pueden llegar a ser heredados por los parientes colaterales de 6.º grado por la rama de procedencia de los bienes.

La posibilidad de existencia, en un supuesto como los contemplados en los artículos 80, 104 y 216 Lsuc., de bienes troncales de abolorio presenta alguna dificultad dado que, aunque existieran en el caudal relicto al morir el primer otorgante o cónyuge, habrían salido luego de la familia de origen al haber sido heredados por el otro (si éste no es pariente troncal) y, aunque se considere que los sustitutos reciben tales bienes del primer causante, les faltaría la permanencia ininterrumpida en la familia durante las dos generaciones precedentes.

¹⁴ Publicada en la RDCA 1996-2, marginal n.º 13.

La cuestión no es sencilla y yo mismo, como digo en el citado trabajo de la RDCA, 2000-1.¹⁵, he mantenido una opinión distinta de la que ahora sostengo. Por un lado, es indudable que ha existido una primera transmisión sucesoria de los bienes de abolorio a un extraño a la familia de origen, transmisión que efectivamente se ha consumado y ha durado hasta la muerte del adquirente; por otro lado, hay una sustitución que cuando se abre llama a heredar en los bienes que hayan quedado a parientes troncales del causante, como herederos suyos y sustitutos del heredero precedente, de manera que aunque éstos reciben los bienes después de haberlos tenido hasta su muerte el cónyuge del causante (o el otro otorgante), no le suceden a él, ni traen causa de él, sino que los reciben directamente del causante en virtud del llamamiento sucesivo existente a su favor y por mor de la eficacia retroactiva de la aceptación. Cuando se abre la sustitución los bienes vuelven al caudal relicto del causante con la misma naturaleza que tenían en el momento de su fallecimiento, pues no vuelven al caudal relicto por transmisión o sucesión del cónyuge sobreviviente sino por extinción de su derecho a la sucesión del causante; en definitiva, la delación a favor del cónyuge sobreviviente, aunque eficaz durante toda su vida, al morir deviene residualmente ineficaz y los bienes heredados que le hayan quedado, sin haber dispuesto de ellos por cualquier título, vuelven a pertenecer al caudal relicto del causante con la misma naturaleza que tenían inicialmente. Es un hecho que los bienes han pertenecido, tras la muerte del causante, a su cónyuge (o al otro otorgante) y que hasta la muerte de éste han estado fuera de la familia de origen, pero este hecho carece de relevancia jurídica cuando se abre la sustitución preventiva de residuo y los sustitutos adquieran los bienes que quedaren como herederos del causante.

Los bienes heredados por el sobreviviente regresan, al cabo de un tiempo, al caudal relicto del causante por efecto de un mecanismo que tiene su fundamento en la propia sucesión del causante; es la propia sucesión del causante, cuando se produce la sustitución, la que hace que los bienes se defieran de nuevo a otros herederos, como procedentes del causante; por ello, se les defiere el mismo bien que tenía el causante y con la misma naturaleza que tenía al abrirse la sucesión; los sustitutos adquieren los bienes del causante porque la primera sucesión ha dejado de surtir efectos y los bienes han vuelto a su patrimonio. No hay un título nuevo de adquisición por el causante, sino que el retorno de los bienes al caudal relicto tiene lugar por la residual ineficacia sobrevinida de la primera sucesión. Como digo en mi libro sobre *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa*¹⁶, «en los casos de retorno de los bienes de abolorio al disponente como consecuencia de la propia configuración de la enajenación, los bienes conservarán la condición de familiares de abolorio que tenían y serán susceptibles de adquisición preferente ante una futura enajenación o podrán

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 232-235.

¹⁶ *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*. Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, p. 99.

deferirse, en su caso, por las reglas de la sucesión en bienes troncales de abolorio; no sucederá tal cosa cuando, habiendo perdido el bien la condición de abolorio, se produzca su retorno por causa de un nuevo convenio entre las partes o por una posterior sucesión *mortis causa* a favor del disponente».

Por consiguiente, creo que se puede afirmar con cierta seguridad que cuando se abre la sustitución de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 Lsuc., si quedan bienes que al morir el causante eran troncales de abolorio, siguen conservando esta naturaleza a todos los efectos: se defieren a los sustitutos por las reglas de la sucesión troncal en bienes de abolorio y, una vez adquiridos por éstos, será de aplicación el derecho de abolorio o de la saca si se venden o dan en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado por la línea de procedencia.

2. EXISTENCIA DE PARIENTES LLAMADOS, EN TAL MOMENTO, A LA SUCESIÓN LEGAL DEL PREMUERTO QUE ACEPTEN LA SUSTITUCIÓN QUE SE LES DEFIERE

A) *Momento de la delación a los sustitutos*

La existencia de bienes procedentes del primeramente fallecido, troncales o no troncales, no es suficiente para que la sustitución de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 surta efectos; como se ha dicho, para ello es preciso además que, en el momento de la muerte del sobreviviente, existan parientes de los que, de abrirse en tal momento la sucesión legal del premuerto, serían sus herederos legales, troncales o no troncales. La naturaleza de los bienes que han quedado, troncal o no troncal, sirve también para determinar a los parientes llamados a ellos.

La ley se preocupa de señalar con toda precisión que la delación sólo se produce «en tal momento» (el del fallecimiento del sobreviviente) y a favor de quienes serían, de abrirse su sucesión entonces, herederos legales del premuerto. De manera que, aunque queden bienes de esta clase, esta nueva delación sólo tiene lugar si, en el momento de fallecer el supérstite, existen sustitutos que le sobrevivían y acepten el ofrecimiento, pues, a falta de sustitutos, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente, según dice ahora la Ley de sucesiones (arts. 80.3, 104.3, 216.2) confirmando el criterio ya apuntado por la doctrina y la jurisprudencia.

Al producirse la nueva delación en el momento de la muerte del sobreviviente (art. 6.3 Lsuc.) y a favor de quienes entonces serían, de abrirse otra vez la sucesión del premuerto en ese momento, herederos legales suyos, sucede que, por un lado, los parientes más próximos del premuerto fallecidos después que él y antes de la apertura de la sustitución preventiva de residuo nada transmiten a sus sucesores (como en la sustitución condicional: han fallecido antes de que la condición se cumpla; no están vivos en el momento de la delación), pero por otro lado, cuando la sustitución se abre, los llamados entonces no son sólo quienes pudiendo haber sido herederos legales del causante en el momento de su muerte le han sobrevivido hasta la apertura de la sustitución, sino quienes lo serían en ese momento, aunque por no haber nacido aún no hubieran podido serlo al morir el causante, y tanto si lo son por derecho pro-

pio como por sustitución legal («ordinaria») de los descendientes o hermanos premuertos, ausentes, indignos (sucesiones voluntarias), desheredados con causa legal (en caso de sucesión legal a favor del cónyuge no puede haber hijos del causante) o excluidos absolutamente (sólo podrá darse en la sucesión legal a favor del cónyuge si entendemos que también los hermanos del cónyuge premuerto han podido ser excluidos de forma absoluta).

Fallecido un llamado como sustituto tras la apertura de la sustitución sin aceptar o repudiar, su derecho se transmite a sus propios sucesores. Hasta la aceptación, los bienes que quedaren del primer causante se encuentran en una situación especial de herencia yacente. Los sucesores del primer heredero parece que siguen teniendo la posesión de tales bienes, mientras no se promueva la administración judicial, pero tales bienes no forman parte del caudal relicto de su causante y por ello tienen la obligación de entregarlos a los nuevos herederos desde que acepten la nueva delación, siendo de aplicación las normas del Código civil que regulan la adquisición de la herencia por el fideicomisario, en particular el artículo 783.

La sustitución prevista en los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 Lsuc. queda sin efecto por la repudiación o indignidad de todos los sustitutos (*cf.* art. 251.3 CSC), supuestos de ineficacia en los que, como cuando no existen sustitutos por haber muerto todos antes que el heredero, los bienes objeto de la sustitución quedan integrados en la herencia del primer heredero (el sobreviviente).

B) Determinación de los sustitutos por las reglas de la sucesión legal: no troncal y, en su caso, troncal por línea materna o paterna

Señala el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de noviembre de 1997¹⁷ que *el pacto al más viviente implica una especie de sustitución fideicomisaria de residuo, en la cual los sustitutos son esos parientes del cónyuge fallecido en primer lugar «llamados» a su sucesión en el momento del óbito del cónyuge viudo. El llamamiento a que nos referimos puede tener distinto fundamento, legal o voluntario, y, dentro del primero, no solo abintestato en sentido estricto, sino también troncal, en contra de lo que sostiene la apelante, como se deduce del contexto y de la propia expresión de la norma, que utiliza el plural («llamados»), máxime teniendo en cuenta que su sentido y finalidad sólo se entiende partiendo del principio de troncalidad, pues en otro caso no se abriría nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto, sino sólo la del sobreviviente. Este es el criterio que ha seguido la Sala en supuestos similares, como en los autos de 2 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 y en la sentencia de 28 de junio de 1996. [...] Por ello, como también dijimos en los referidos autos, lo procedente es reservar los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales, si existieren en la herencia, sin decidir la cuestión, dada su complejidad y que no se disponen de las pruebas precisas para ello.*

¹⁷ Publicado en la RDCA, 1998, marginal 17. Vid. también, en el mismo sentido, el Auto de la A.P. de Huesca de 18 de julio de 1998, publicado en la RDCA, 1999-2, marginal 14.

Ciertamente, como hemos visto, el llamamiento a los sustitutos puede ser voluntario o legal; el llamamiento voluntario es siempre preferente e impide la operatividad del llamamiento legal, que es, por ello, subsidiario de la ordenación voluntaria (*cf.* arts. 80.2 y 104.2).

También acierta el Auto al mantener el criterio de que los llamados por la ley como sustitutos preventivos de residuo no son sólo los parientes llamados, al morir el sobreviviente, a la sucesión legal no troncal sino asimismo los parientes con derecho a la sucesión troncal en bienes de una u otra línea. Así puede deducirse, efectivamente, del sentido propio de las palabras «llamados a la sucesión legal» y del contexto en el que se inserta la norma, el de la sucesión legal aragonesa, donde, en defecto de descendientes, se distingue entre la sucesión en los bienes recobrables y troncales (sucesión troncal, en sentido amplio) y la sucesión en los restantes bienes, incluidos los troncales si no hay parientes con derecho preferente a ellos (sucesión no troncal). También el espíritu y finalidad de la norma lleva a la misma conclusión: la norma quiere que tales bienes sean para los parientes del causante designados de conformidad con las reglas de la sucesión legal, obligando a distinguir, por tanto, en función de la presencia o no de bienes recobrables y troncales y de parientes con derecho a ellos. No se trata de una aplicación estricta del principio de troncalidad (se defieren a los familiares del causante también los bienes adquiridos por éste y que no le han provenido de sus parientes; puede no haber bienes troncales), y que a lo sumo hay una aplicación muy laxa de la idea de troncalidad (que los bienes de una familia se queden, en última instancia, en ella); pero, producida la delación legal a favor de los familiares del causante, parece lo más probable que para determinar los derechos de cada uno de ellos haya que empezar atendiendo, en defecto de descendientes, a las reglas de los recobros y de la sucesión troncal, caso de que existan tales bienes y parientes con derecho preferente a ellos. Y no es que, como afirma el Auto, «en otro caso no se abriría nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto», sino que en otro caso la ley no hubiera llamado como sustitutos a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión legal del cónyuge premuerto sino exclusivamente a los parientes llamados a su sucesión legal no troncal. Habiendo bienes troncales, para entender excluidos de la sustitución legal preventiva de residuo a los sucesores troncales sería preciso que la norma así lo hubiera dispuesto. No habiendo bienes troncales o, aunque los haya, si no existen parientes con derecho preferente a ellos, es obvio, que no son de aplicación las reglas de la devolución sucesoria troncal. Pero sí en otro caso.

Es cierto que en las sucesiones voluntarias (paccionada o testamentaria) la troncalidad no supone ningún límite a la libertad de disposición de los otorgante que pueden ordenar que los bienes de origen familiar sean, en primer lugar y luego por sustitución voluntaria (fideicomisaria o preventiva de residuo), para personas extrañas a la familia. No hay duda al respecto. Pero en caso de institución recíproca en pacto o testamento mancomunado, la sucesión voluntaria viene completada con una sustitución legal que, pudiendo haber excluido expresamente a los sucesores troncales si ese era el deseo del legislador, se ha limitado a llamar a los sucesores legales. ¿A quienes ha querido lla-

mar la ley con una sustitución de éste tipo? o ¿a quienes hubiera querido llamar el disponente que hubiera previsto una sustitución voluntaria formulada en los mismos términos que usa la ley? A falta de mayores especificaciones, la interpretación de la fórmula empleada, de conformidad con lo ya dicho, conduce a entender que se ha querido llamar como sustitutos a quienes les correspondería ser, en ese momento, sucesores legales del causante por aplicación de las reglas de la sucesión legal en su conjunto, troncales y no troncales.

También en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo, al abrirse la sustitución pueden quedar bienes troncales o troncales de abolorio procedentes del primeramente fallecido, y pueden existir ahora parientes por la línea de procedencia con derecho preferente a ellos, como ha puesto de manifiesto María MARTÍNEZ. El supuesto será mucho menos frecuente que en las sucesiones voluntarias, pues supone que el recobro o la sucesión troncal no fue inicialmente eficaz (renuncia, indignidad de los entonces llamados a los bienes recobrables o troncales) y que ahora, en cambio, puede serlo por haber quedado bienes recobrables o troncales y existir ahora descendientes del renunciante o indigno (recobro de los hermanos del artículo 209.2 Lsuc. o llamamiento primero del 211 Lsuc.) o nuevos parientes en el llamamiento 3.º del 211 Lsuc.¹⁸.

C) *Reserva de los derechos de los sustitutos y procedimiento para su declaración*

Para facilitar la aceptación por los sustitutos, parece necesario dejar a salvo sus derechos en la declaración de herederos legales del sobreviviente, que no debe extenderse a los bienes objeto de la sustitución. Reserva que convendría hacer de oficio.

La Audiencia Provincial de Huesca, en Auto de 2 de diciembre de 1996¹⁹, dice que en el régimen sucesorio del sobreviviente el legislador distingue «dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan solo respecto de los primeros que subsistan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, de tal modo que siempre que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales. Este llamamiento a la sucesión se defiere en el momento en que se produce el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, por lo que necesariamente, es en la declaración hereditaria de éste donde se deberá hacer la oportuna reserva a favor de los reseñados herederos. En el presente supuesto no habiendo hijos del matrimonio y siendo aplicable a su sucesión las normas del pacto al mas viviente, procede hacer en el Auto de declaración de herederos abintestato de aquél, que hoy es impugnado, la expresa reserva respecto de los bienes del cónyuge premuerto a favor de sus herederos».

¹⁸ Lo explica con detalle María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, RDCA, 2001-2002, pp. 257-258.

¹⁹ Publicado en la RDCA, 1997-2º, marginal 15.

Como entre los bienes que han quedado de los procedentes del primeramente fallecido puede haberlos no troncales y troncales de una u otra rama, parece claro que la reserva no ha de hacerse exclusivamente a favor de los herederos troncales del premuerto, sino genéricamente a favor de todos sus herederos y respecto de todos sus bienes que hayan quedado.

Esta reserva sería conveniente introducirla de oficio en todo caso de declaración de herederos legales de persona a cuya muerte haya podido abrirse una sustitución de las previstas en los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 Lsuc. A falta de tal reserva, habrá que interpretar que la declaración de herederos legales está referida a los bienes del causante y sólo a ellos, no, por tanto, a los que hayan podido quedar de los procedentes del primer causante; los llamados por la ley a estos bienes deberían poder instar otra declaración de herederos legales referida a tales bienes, que no sería contradictoria de la anterior al estar referida a bienes y causante distintos. No parece, pues, que los interesados deban acudir necesariamente al procedimiento declarativo ordinario para conseguir ser declarados herederos de tales bienes²⁰, pero el expediente de declaración de herederos del sobreviviente no es, desde luego, el procedimiento idóneo para hacer la determinación de los herederos de otro causante.

Para determinar qué parientes del premuerto reúnen los requisitos para ser sustitutos se aplican, desde luego, las reglas sustantivas de la sucesión legal aragonesa y, en principio, parece que también, aunque posiblemente no de modo necesario, las procesales de la declaración de herederos abintestato y por extensión las normas reguladoras de la intervención del caudal hereditario de los artículos 790 y ss de la nueva LEC. El origen legal de la nueva declaración unido a la remisión que la ley hace a las reglas de la sucesión legal para la determinación de los sustitutos así permite entenderlo (*vid.* S. Audiencia Provincial de Teruel de 30 octubre de 1995²¹, Auto Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de abril de 1997²²).

Como se indica en el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de abril de 1999, la declaración de herederos abintestato no es el procedimiento para precisar o determinar los bienes que componen la herencia o el carácter o naturaleza de los mismos. Pero el auto impugnado no decide expresamente que haya bienes troncales ni determina cuáles pueden ser, sino, en definitiva, que determinados parientes son herederos de esa clase de bienes, si los hubiere. Esta declaración sí que puede efectuarse en el juicio de abintestato. En cualquier caso, podría debatirse nuevamente en el procedimiento declarativo ordinario²³.

²⁰ Opinión contraria sostiene José Manuel ENCISO SÁNCHEZ, «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro», *RDCA*, 1996-2º, p. 127.

²¹ Marginal 24, *RDCA*, 1997-1º.

²² Marginal 39, *RDCA*, 1999-2º.

²³ Publicado en la *RDCA*, 2000-2º, marginal 13.

A la declaración de sustitutos legales le será, por tanto, de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 203 Lsuc.: si no hace mención a los derechos sobre los bienes troncales, si los hubiera, se presumirá que la declaración se ha limitado a los bienes no troncales y no impedirá instar una nueva declaración referida a los troncales²⁴.

En algunos autos de declaración de herederos abintestato da la impresión de que se considera que existe una verdadera sucesión legal abierta en un momento posterior a la muerte del causante (en este sentido, también las Ss. del T.S.J. de Aragón de 29 de mayo de 1991²⁵ y de la A.P. de Teruel de 30 de octubre de 1995²⁶), olvidando la existencia del pacto o testamento mancomunado y del heredero voluntario que acaba de fallecer. Se habla del causante como persona fallecida sin disposición de última voluntad y, por ello, se consideran adecuados los procedimientos seguidos. En el Auto de la A.P. de Huesca de 17 de noviembre de 1997²⁷ se dice expresamente que se abre nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto. Pero, en realidad, como venimos diciendo, lo único que hay es una delación sucesiva por disposición de la ley a favor de los sustitutos. La primera delación, en los supuestos de los artículos 80 y 104 Lsuc., es voluntaria y universal mientras que la segunda es legal, preventiva y de residuo. Si decimos que en la segunda delación estamos ante una sucesión legal de apertura retardada, la consecuencia es que resulta imprescindible la declaración de herederos legales, mientras que si entendemos, como dice la Ley de sucesiones, que sigue tratándose de una sucesión voluntaria completada con una delación sucesiva de origen legal, puede no ser la declaración de herederos legales el único procedimiento para determinar y acreditar la condición de sustituto. Los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal del premuerto son herederos suyos (sus segundos herederos) y sustitutos del heredero voluntario precedente por lo que, en definitiva, son herederos voluntarios (el pacto o testamento con institución recíproca ha hecho posible su existencia) pero, a la vez, la delación es por disposición de la ley y el orden de delación el de la sucesión legal. La ley completa la ordenación voluntaria que de su sucesión ha hecho el causante añadiendo a las disposiciones del pacto o testamento esta sustitución, que para designar a los llamados como sustitutos se remite a las reglas de la sucesión legal: las normas de la sucesión legal son meros instrumentos para la determinación de los sustitutos del sucesor voluntario.

Por todo ello, la declaración de herederos abintestato no parece procedimiento imprescindible, toda vez que el pacto o testamento, completado con la regulación legal de los artículos 80.3 y 104.3 Lsuc., constituye por sí

²⁴ Así lo cree también María MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 257.

²⁵ Marginal 3, RDCA, 1995-1º.

²⁶ Marginal 24, RDCA, 1997-1º.

²⁷ Marginal 17, RDCA, 1998.

sólo título bastante para la transmisión de los bienes del causante a los segundos herederos, cuya condición podrán acreditar también mediante información para perpetua memoria o acta de notoriedad. Habrá que probar el fallecimiento del causante bajo pacto o testamento mancomunado de institución recíproca, la posterior muerte del heredero voluntario y que el parentesco con el causante permite a los solicitantes, solos o en unión de otros, ser considerados ahora sus únicos herederos y sustitutos del heredero precedente. La determinación y acreditación de la condición de sustituto en estas instituciones recíprocas no parece, por tanto, que deba hacerse necesariamente mediante declaración de herederos abintestato.

VI. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTA SUSTITUCIÓN

Como dice la S. de la A.P. de Teruel de 30 octubre 1995, «mucho ha discutido la doctrina sobre la reversión que contempla el referido párrafo del artículo 108 de la Compilación, comparándola, unas veces, con el fideicomiso de residuo, del que se diferencia por el hecho de tener éste siempre un origen voluntario, mientras que aquélla es legal, y en que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, mientras que en el pacto al más viviente el único llamado a la sucesión del cónyuge que primeramente fallece es el otro cónyuge; otras veces se ha hablado de que se trata de una sustitución preventiva de residuo (utilizando la terminología de la Compilación catalana), en la que, al igual que en la fideicomisaria, a quien se hereda no es al fiduciario, sino al fideicomitente»²⁸.

Aunque no lo diga la citada sentencia, otras veces la doctrina y la jurisprudencia han considerado que no se trata de ninguna clase de sustitución (ni fideicomisaria ni preventiva de residuo) sino de una sucesión especial del cónyuge viudo en cuanto a los bienes recibidos del premuerto, que ahora pasan como parte de la sucesión del cónyuge sobreviviente a las personas llamadas entonces a la sucesión del cónyuge sobreviviente a las personas llamadas entonces a la sucesión del primeramente fallecido. Pueden verse, al respecto, los trabajos de Adolfo CALATAYUD SIERRA²⁹ y José Manuel ENCISO SÁNCHEZ³⁰, donde exponen los argumentos, efectos sustantivos y fiscales, cuestiones procesales y prácticas derivadas de cada uno de los dos grupos de tesis enfrentadas y defienden como criterio más conforme y seguro el que considera que se trata de una especie de sustitución legal fideicomisaria de residuo o preventiva de

²⁸ Marginal 24, *RDCA*, 1997-1º.

²⁹ Adolfo CALATAYUD SIERRA: «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El artículo 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespatial», *RDCA*, 1996-2º, pp. 99-111.

³⁰ José Manuel ENCISO SÁNCHEZ: *Op. cit.*, *RDCA*, 1996-2º, pp. 113-128.

residuo que hace posible, en su caso, la delación troncal; matiza CALATAYUD SIERRA que no estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente, sino ante parte del mecanismo sucesorio del premuerto consistente en una norma de naturaleza interpretativa-integradora de la voluntad insuficientemente expresada por los testadores en la que el legislador ha configurado una sustitución preventiva de residuo.

Esta es la tesis que, como hemos visto, ha resultado confirmada por la Ley de sucesiones y que ahora, con mayor motivo, cabe defender también para el derogado artículo 108.3 de la Compilación.

En los supuestos de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 Lsuc. hay siempre, de conformidad con la nueva Ley de sucesiones por causa de muerte, un heredero instituido de forma pura y simple, voluntario o legal, y hay también prevista, para el momento de su muerte, una sustitución en los bienes que le hayan quedado de aquella herencia sin haber dispuesto de ellos por título alguno. Existe, pues, la posibilidad de que a la muerte del instituido heredero haya unos segundos herederos del causante y sustitutos de aquél por disposición de la ley, siempre a falta de un ulterior llamamiento voluntario del causante. La ley establece esta sustitución en la que, a diferencia del derecho de representación o sustitución legal ordinaria, el sustituto no sustituye al primer llamado en algunos casos en que su llamamiento deviene ineficaz sino que, no habiéndose frustrado el llamamiento anterior, defiere de nuevo la herencia del causante a otros herederos que vienen a sustituir al anterior cuando éste fallece y, por darse el supuesto constitutivo de la sustitución, se extingue su derecho (*cfr.* art. 6.3 Lsuc.). De manera que si los disponentes no han establecido otra cosa, producido el supuesto de hecho de la sustitución preventiva de residuo, es la ley la que llama a suceder en tales bienes a los segundos herederos: estamos en presencia de un llamamiento legal sucesivo que viene a completar la ordenación voluntaria o legal de la sucesión del primer causante; la ley completa la sucesión ordenada por los disponentes o por la ley, añadiendo a lo inicialmente ordenado la sustitución prevista en los artículos citados.

Esta sustitución legal, más que del tipo de la fideicomisaria de residuo, hay que calificarla como «preventiva de residuo» ya que el primer heredero puede disponer libremente por cualquier título, entre vivos o por causa de muerte, de los bienes heredados. La posibilidad de disponer también por actos *mortis causa* es lo que convierte a esta sustitución en preventiva de residuo.

La sustitución está prevista «por si quedan bienes» y, como en los fideicomisos *si aliquid supererit* cuando no se ha establecido otra cosa, hay que entender que no está sujeta a condición por este hecho. Pero, en cambio, el hecho de que los sustitutos hayan de ser quienes sobrevivan al otorgante supérstite y, en ese momento, tengan capacidad para suceder al premuerto, configura esta sustitución como sujeta a condición, suspensiva para los llamados a ella que ya existan y resolutoria para los herederos del sobrevivien-

te que, cuando se cumpla la condición, tendrán que restituir estos bienes a los sustitutos. Si bien el cumplimiento de la condición de la que pende la sustitución carece, como en la sustitución fideicomisaria condicional, de efectos retroactivos.

La S. del T.S.J. de Aragón de 29 mayo 1991³¹ afirma que el artículo 108.3 Comp. «no hace sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncalidad del Derecho aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario». Y es que, en efecto, la existencia de esta especial sustitución legal puede fundamentarse, como ha indicado también la doctrina, en la aplicación del principio de troncalidad, entendido en sentido muy amplio, pues con este mecanismo el legislador pretende que los bienes del premuerto heredados por el sobreviviente no se defieran luego por disposición de la ley a los familiares de éste, sino que, en tal caso, vuelvan a la familia del transmitente y, en concreto, se defieran a quienes sean sus sucesores legales en tal momento. De manera que si el primer sucesor fallece sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes así heredados, el legislador, interpretando la voluntad de un disponente medio, quiere que tales bienes no se perpetúen en la familia del adquirente sino que vuelvan a la familia de procedencia, la del transmitente premuerto. Hay un cierto reflejo de la idea de troncalidad puesto que, en última instancia, se quiere que los bienes del premuerto sean para sus familiares antes que para los del sobreviviente. Pero no se trata, obviamente, de la troncalidad en sentido estricto, pues afecta a todos los bienes del transmitente que quedaren en el patrimonio del adquirente aunque no sean bienes que al primero le hubieran provenido, por cualquier título, de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado que, como sucede normalmente en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo, pueden no existir. No se quiere sólo que los bienes recibidos por el primer causante de sus parientes, si los hay, queden en la familia de origen sino que todos los bienes del premuerto, cualquiera que sea su origen, sean, en última instancia, para sus familiares antes que para los del sobreviviente.

Por consiguiente, más que de principio de troncalidad, hay que hablar de «sucesión familiar» o de «recuperación familiar»³² que tiene por finalidad evitar que los bienes procedentes del premuerto, si el sobreviviente fallece sin haber dispuesto de ellos, sean para los herederos legales de éste.

³¹ Marginal 3, RDCA, 1995-1º.

³² Expresiones usadas por Vicente GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ («Dos supuestos de sucesión intestada. Cuestiones procesales en relación a la troncalidad», en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1993, pp. 125- 132).

VII. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

El auto de declaración de herederos abintestato del JPI núm. 2 de Zaragoza de 19 marzo de 2002, en un supuesto de sucesión legal a favor del cónyuge viudo, abierta en 1996, y con fallecimiento intestado del sobreviviente en 2001, ya vigente la Ley de sucesiones, dice que «los artículos 5 y 6 establecen que la sucesión se abre y se defiende en el momento de la muerte del causante, por lo que la delación legal establecida en el artículo 216.2 de la Ley de sucesiones de 1999 presupone el fallecimiento del causante después de la entrada en vigor de la citada ley (art. 6.1), en este caso doña R. B. P. falleció el día 6 de enero de 1996 y la ley 1/1999 entró en vigor el 23 de abril de 1999, disponiendo su disposición transitoria primera que las sucesiones por causa de muerte se registrarán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión.». Por ello dispone que «no procede la declaración de herederos abintestato de doña R. B. P. a favor de sus hermanos don J. y don C. (B.P.) respecto de los bienes de la misma de los que no dispuso el cónyuge viudo».

Interpuesto recurso de apelación, el Auto de la A.P. de Zaragoza de 14 de noviembre de 2002, estima el recurso y revoca íntegramente la resolución de primera instancia, y, en su lugar, declara a los solicitantes herederos legales de su hermana respecto de los bienes de la misma adquiridos a su fallecimiento por su esposo, como su heredero legal, y de los que éste no hubiera dispuesto por cualquier título. Entiende que se dan todos los requisitos del artículo 216.2 Lsuc. que es «plenamente aplicable al supuesto de autos, frente a lo argüido de contrario erróneamente en el auto apelado, que debe ser revocado, al producirse la muerte de don E.P.R. [el supérstite] hallándose en vigor dicha norma legal».

Creo, como María MARTÍNEZ³³, que debía haber prevalecido el criterio del Juez de primera instancia, porque el presupuesto de aplicación de la sustitución legal prevista en el artículo 216.2, la sucesión legal a favor del cónyuge sobreviviente, no se ha producido bajo la vigencia de la Ley de sucesiones. En su opinión, que comparto, «el hecho que provoca la que podemos denominar «sustitución por disposición legal» debe darse bajo vigencia de la Ley de sucesiones, norma que establece por primera vez en el Derecho aragonés escrito, este llamamiento en la sucesión legal y éste hecho es precisamente la adquisición de bienes abintestato por el cónyuge viudo».

Lo mismo cabría decir para la extensión que representa el artículo 104.3 Lsuc. respecto del artículo 108.3 de la Compilación.

Por la misma razón mantiene, acertadamente, la autora citada «la aplicabilidad de este llamamiento legal a los parientes del sujeto primeramente fallecido aun cuando el supérstite no tenga vecindad civil aragonesa en el

³³ María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 263-264. En el trabajo de esta autora se transcriben los Autos citados en el texto.

momento de su fallecimiento si se dan los demás presupuestos, pues nos encontramos ante un llamamiento legal a la sucesión de la persona primeramente fallecida»³⁴.

El artículo 80.3, en cambio, es meramente interpretativo del artículo 108.3 Comp., por lo que es aplicable aunque la apertura de la primera sucesión haya tenido lugar antes de la vigencia de la Ley de sucesiones. Y algo parecido sucede con el apartado 2 de los artículos 80 y 104, inexistente en la Compilación, pero que es una norma interpretativa de la disposición de los otorgantes aplicable a cualquier pacto o testamento mancomunado que no haya concluido su eficacia tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, aunque la sucesión del primeramente fallecido se hubiera abierto antes.

El Auto del TSJ de Aragón de 30 de julio de 2004 aplica, como hemos visto antes, el artículo 104.2 de la Ley de sucesiones a un testamento mancomunado de institución recíproca entre cónyuges otorgado en 1997, si bien en tal caso la sucesión del primeramente fallecido se abre ya después de la vigencia de la Ley de sucesiones. Pero incluso aunque el primer causante hubiera fallecido antes de entrar en vigor la Ley de sucesiones, sería defendible la aplicación del artículo 104.2 a la hora de interpretar, cuando muere el sobreviviente, si, en caso de duda, se estableció o no un fideicomiso de residuo o una sustitución preventiva de residuo.

³⁴ María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 265.

LA INVALIDEZ DE LAS CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA, EN LA LEY ARAGONESA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Abogado

I. CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA

Con precedentes conocidos anteriores al dictamen SOCINO iunior, de quien toma la denominación más generalizada de *cautela sociniana*, la práctica testamentaria de conceder al legitimario la facultad de optar entre una atribución que cubra la legítima estricta y otra de superior montante que lleve consigo un gravamen, fideicomiso, vinculación o prohibición, es conocida en la actualidad con la denominación introducida por VALLET¹ de *cautela de opción compensatoria*.

Tiene su origen en la práctica notarial y busca atender la voluntad del disponente por causa de muerte que, respetando el mandato legal de atribuir al legitimario lo que la ley le concede libre de toda carga, le brinda la posibilidad de elegir —si así lo desea— una mayor atribución material a cambio de soportar un gravamen. Es esencial que uno de los términos de la opción ofrecida satisfaga —estricta, pero totalmente— el derecho del legitimario, mientras que el plus incluido en la opción alternativa, así como la naturaleza y entidad del gravamen, son los que decida el disponente, quedando al arbitrio del legitimario elegir una u otra, en la seguridad de que si opta por la primera quedará cubierto en todo caso el *quantum* legitimario.

¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, en Estudios de Derecho Sucesorio, vol. III. Editorial Montecorvo. Madrid, 1981. pp. 243 y ss. Este trabajo, extenso y documentado, que constituye referencia obligada en la materia, recoge otras denominaciones para este tipo de disposiciones: cautela Angelis, cautela Cumanis, cautela Durantis o Gualdensis..., etc.

Desde los dictámenes de SOCINO iunior, DECIO, CURTIUS iunior y PARISIUS iunior, que se pronunciaron por la validez de la cláusula incluida en el conocido testamento del noble florentino Nicolaus Antenoreus, la doctrina ha debatido acerca de su licitud en distintas épocas y países, pronunciándose mayoritariamente en sentido favorable². Sin embargo, a lo largo de los siglos el derecho positivo no ha sido pródigo en promulgar normas directamente destinadas a regular la opción³, exceptuando el derogado artículo 133 de la Compilación Catalana, hoy sustituido por el artículo 360 del Código de Sucesiones por causa de muerte, y el artículo 49 de la Compilación de Baleares que, con textos muy similares⁴, más que arbitrar una regulación específica, se limitan a señalar que la cautela faculta al legitimario para optar entre la superior atribución gravada o la legítima estricta libre de cargas, quedando satisfecha la legítima en cualquiera de los dos casos.

Las variantes que pueden emplearse para conseguir el fin perseguido por el testador o disponente son muchas, y así, junto a la cautela formulada nítidamente en los términos de opción antes expuestos, aparecen las disposiciones sucesorias con cláusulas prohibitivas unidas a la sanción para quien no las consienta de decaer en sus derechos hereditarios, sea en su totalidad si no es legitimario, ya viéndolos reducidos a los mínimos reconocidos por la ley en tal concepto, si lo fuere; entre las condiciones más frecuentes, se cuentan la de no impugnar el testamento, impedir cualquier intervención de los tribunales, o aceptar las operaciones divisorias que lleve a cabo determinada persona designada por el testador. Estima VALLET que estos supuestos quedan fuera del ámbito de las cautelas de opción compensatoria, pues con las prohibiciones de intervención judicial «no se impone sustancialmente un gravamen en el *quale* legitimario, sino que nada más y nada menos se exige que sea aceptada una *incertidumbre* cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima» y en los otros casos, como «se trata de que sea aceptado un determinado acto particional bajo pena de perder la liberalidad atribuida, tampoco hay, pues, propiamente compensación de *quale* por *quantum*

² No ha faltado algún autor que la rechaza de plano, afirmando que «en el derecho moderno carece de razón de ser tal artificio», pues «ni el testador ni el heredero pueden hacer trueques, ni cambalaches, ni permutas con la herencia legitimaria». ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 397-398.

³ En referencia a las denominadas «cláusulas de caducidad», que implican el decaimiento en el derecho a recibir una atribución sucesoria si el beneficiado por ella no acepta la condición impuesta por el disponente, la Exposición de Motivos del BGB explica que no resulta conveniente regularlas expresamente sino acudir a la aplicación de los principios generales.

⁴ Artículo 49 del Compilación balear: «*La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación*». Párrafo segundo del artículo 360 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña: «*No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que, si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas, su derecho se reducirá estrictamente a la legítima, facultará a éste para optar entre aceptar la citada disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya solamente la legítima, libre de éstas*».

legitimarios. Prueba lo que decimos el hecho de que estas cautelas se suelen imponer a los herederos que son legitimarios como a los que no lo son»⁵.

Cabe objetar a los argumentos de tan ilustre autor que cuando estas prohibiciones se imponen a los legitimarios el ámbito en el que operan es el mismo de la opción típica y que no existe la incertidumbre en que apoya su argumentación cuando, abierta la sucesión o practicadas las operaciones divisorias, se conocen ya sus consecuencias prácticas, de suerte que el legitimario no renuncia previamente a impugnar el testamento o la partición, sino que, conocidos sus términos, decide respetarlos o accionar frente a ellos, por lo que de hecho se encuentra también ante la opción de consentirlos, pese a que afecten a sus derechos como legitimario, o impugnarlos, con lo que la aplicación de la sanción prevista por el causante determinará que sólo reciba su legítima estricta. Así, en la inmensa mayoría de los casos —potencialmente, en la totalidad de ellos— estas prohibiciones encubren idéntica finalidad que la cautela formulada en términos de opción, pues mediante ellas se pretenden validar disposiciones u operaciones divisorias contrarias a las normas que regulan la legítima, por el efecto disuasorio de la sanción que llevan aparejada para el legitimario, si acciona contra ellas. Salvo cuando sea indispensable diferenciarlos, trataremos ambos supuestos de forma indistinta, dado que su función y efectos son, en principio, equivalentes.

La Observancia 8.^a, *de secundis nuptiis*, recoge el que quizá sea el único antecedente aragonés de una condición establecida en términos similares, a cuyo tenor, si el padre hace un legado a los hijos con la condición de que, mediante él se den por contentos de lo que les corresponde tanto de parte del padre como de la madre, únicamente renunciando al legado puede pedir la parte de la madre, pero no si lo aceptan⁶.

II. EL ARTÍCULO 185 DE LA LEY ARAGONESA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

La novedad de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que carece de precedente en el derecho aragonés y —salvo error— en el derecho comparado, es la de cuantificar el mínimo a que debe ascender la atribución asociada al gravamen, haciendo depender de su cumplimiento la validez de la opción, además de que el otro término de la alternativa ofrecida, libre de cargas, cubra la legítima; reputando la opción ineficaz en caso de no cumplir ambos requisitos.

⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», en *Estudios de Derecho Sucesorio*, cit., vol. II, pp. 367-368.

⁶ El texto latino es del tenor siguiente: *Item si pater faciat legatum filiis conditione quod sint contenti cum illo tam de parte patris quam de pater matris, dicti filii, si volunt legatum, non possunt petere partem matris; sed si volunt renuntiare legato, possunt petere partem matris.*

El tenor literal del texto legal es el siguiente:

Artículo 185.—*Cautelas de opción compensatoria.*

1. Para que sea válida la facultad concedida por el causante a algún legítimo de optar entre una determinada atribución por causa de muerte libre de gravamen y otra de mayor importe pero sujeta a gravamen que infrinja lo dispuesto en el artículo 183, es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) Que si se optara por la atribución libre de gravamen, no haya lesión en la legítima colectiva.

b) Y que si se optara por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición.

2. La opción que incumpla los requisitos del apartado 1 es ineficaz y al gravamen impuesto se le aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior.

De este modo, el apartado 1.a) constata la necesidad, inevitable para que no exista lesión en la legítima —aceptada sin excepción por doctrina y jurisprudencia— de que uno de los términos de la opción cubra en todo caso la cuantía estricta de la cuota legitimaria, que en derecho aragonés es colectiva; mientras que el apartado b) introduce como señalada novedad la exigencia de un *quantum* mínimo que compense la imposición del *quale* que grava la mayor atribución, y que el precepto cifra en «la mitad de la parte de libre disposición». Las opiniones de los autores sobre este extremo concreto —expresadas sobre la figura de la cautela en general, y no del artículo transcrito— oscilan entre las que, como el propio SOCINO, GLÜCK y, entre nosotros, VALLET consideran necesario que la opción alternativa a la cuota legitimaria estricta sea cuantitativamente mayor, sin especificar en que medida, y las que entienden que lo único esencial es que el causante respete el *quantum* legítimo mínimo y libre de toda carga en uno de los términos de la opción, pudiendo ofrecer en el otro, como señala LACRUZ, «cualesquiera atribuciones o beneficios, aptos o ineptos, suficientes o no para satisfacer los derechos del *heredero forzoso*, pues cualquiera que sea su entidad o cuantía, desde el momento en que mediante la otra alternativa cumple el causante el deber legal, la disposición nunca será impugnada por vulnerar los derechos de sucesión forzosa», añadiendo que «la insuficiencia cuantitativa no anula la disposición», pues, a juicio del citado autor, nada impide incluir una cláusula del siguiente tenor literal: «Dejo a Juan un céntimo, pero si no acepta esta disposición, quede reducido a su legítima estricta», disposición que entiende válida⁷. Mayoritariamente, para la doctrina el único límite de la alternativa ofrecida como opción a la legítima estricta no radica en el *quantum* ofrecido, sino en la naturaleza del *quale*, rechazando la posibilidad de que la condición puesta como gravamen sea inmoral o ilícita⁸.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*. V. José María Bosch Editor. Barcelona. 1993 (redacción de DELGADO ECHEVERRÍA, J., en la citada edición), pp. 417-418.

⁸ DE AYMERICH Y RENTERÍA, R., *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1985, p. 245.

Teniendo presente ante todo que el legislador puede regular las instituciones sucesorias en los términos que considere oportunos mientras no atente contra normas de rango superior —que no es el caso— desde una perspectiva crítica resulta difícil averiguar qué bien jurídico se intenta proteger con la exigencia del apartado 1.b) del artículo que nos ocupa y, al adentrarnos en el estudio del precepto conviene no olvidar que al introducir una cláusula de este tipo la manifiesta voluntad del disponente, futuro causante, es no favorecer al legitimario —o conjunto de ellos, cuando la legítima es colectiva— cuando no acepta el gravamen impuesto sino estrictamente con lo que la ley les concede, y beneficiarle con una atribución generalmente mayor en caso de aceptarla. Voluntad del testador que los ordenamientos procuran respetar escrupulosamente como expresión del principio de libertad civil, tan caro al derecho de Aragón, que prima sobre el tenor literal del testamento, según dispone el artículo 101.1 Lsuc., para la interpretación testamentaria y corrobora constante jurisprudencia; precepto supletorio cuando la disposición por causa de muerte se instrumenta en pacto, a tenor del artículo 69.2 de la propia ley, cuyo párrafo 1 dispone también que los pactos sucesorios deben interpretarse «de conformidad con el principio *standum est chartae*, en los términos en que hayan sido redactados».

En el estudio de estas cuestiones hay que precisar, ante todo, en que casos la disposición del futuro causante implica una cautela de las que nos ocupan pues, aunque es posible que la redacte directamente en forma de opción, concediendo al descendiente legitimario en términos claros y literales la facultad de elegir entre la cuota legitimaria estricta libre de toda carga y la atribución alternativa gravada, como quedó dicho, tanto la doctrina como la jurisprudencia contemplan supuestos de distinta factura formal, originados en la práctica, que implican cautelas de opción compensatoria. Aunque la casuística es muy amplia, los supuestos teóricamente posibles, además del mencionado, cabe incluirlos en uno de los dos grupos siguientes⁹:

1.º Cautela en forma de sanción, cuando se asigna directamente al legitimario la atribución gravada, con la prevención de que, de no aceptarla, su derecho quedará limitado a la legítima estricta. Abolido por Justiniano el formalismo que en el Derecho romano clásico sancionaban con nulidad las disposiciones sucesorias *poena nomine*, aunque se puedan hacer objeciones formales o de estilo¹⁰, modernamente no existen argumentos sólidos que propugnen la invalidez de la cláusula por estar redactada en estos términos.

2.º Atribuciones sucesorias formalmente independientes —generalmente ambas, o alguna de ellas, en forma de legado—, una por el importe de la legítima estricta y otra condicionada a la aceptación del gravamen. Dados

⁹ Dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 172 Lsuc., la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo, e instituir heredero a un extraño, de forma clara y explícita, no procede analizar otros supuestos clásicos, como el del legado en lugar de legítima, propios de los ordenamientos en los que el legitimario debe suceder a título de heredero.

¹⁰ DE AYMERICH Y RENTERÍA, R., *op. cit.*, pp. 229-230.

los términos ampliamente permisivos del artículo 161 Lsuc., la condición a que se sujeta esta segunda disposición podría extenderse a la totalidad de las disposiciones hechas a favor del sucesor, sin limitarse estrictamente a gravar lo atribuido en ella, pues así concebida no es imposible, contraria a la ley ni a las buenas costumbres, únicos límites de validez que establece el artículo citado.

En los ordenamientos sucesorios que atribuyen cuotas legitimarias individuales la porción correspondiente a cada legitimario viene determinada por la norma, y a ella queda reducida la atribución en caso de no aceptar la opción gravada; a diferencia de aquellos, en Aragón —exceptuado el caso de que por existir un sólo descendiente la legítima deje de hecho de ser colectiva— la formulación de la cláusula en términos de sanción resulta más problemática, toda vez que, de no aceptar el llamado la atribución gravada, no existe una porción legitimaria mínima que pueda acreditar el descendiente en la sucesión a título individual pues, como tiene presente el artículo 185 Lsuc. en el requisito *b)* de su primer párrafo, la totalidad de la legítima colectiva puede haberse atribuido, o atribuirse, a otros legitimarios.

De lo expuesto resulta que en la sucesión aragonesa es posible ofrecer a un descendiente la atribución gravada y nada en caso de no aceptarla, siempre que las atribuciones computables a favor de otros descendientes cubran la legítima colectiva; lo que, en último extremo nos lleva al siguiente planteamiento: una vez atribuida a descendientes por cualquier título apto la mitad del caudal base de cálculo de la legítima, ¿implica cautela sujeta al artículo 185 Lsuc. cualquier atribución sujeta a gravamen en favor de otro descendiente? Así parece ser, al menos en principio, si el texto de la disposición se expresa en los términos alternativos de que, de no aceptarla como se otorga, nada recibirá; ello sin contar que, en todo caso, la alternativa está implícita en cualquier atribución pues, se ofrezca o no expresamente, el llamado es siempre libre de aceptar o rechazar la atribución ordenada en su favor por el disponente (art. 27.1 Lsuc.), de suerte que si acepta recibe la atribución gravada, y si repudia no percibe nada, sin lesión en la legítima colectiva que, según el planteamiento del que partimos ya está cubierta. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2001 (Ponente: Gullón Ballesteros), sobre el supuesto en el que el causante (sujeto al Código civil) instituye herederos por mitad en la nuda propiedad de todos sus bienes a los dos hijos comunes, legando el usufructo de toda la herencia a su esposa, admite la existencia de una cautela implícita al decir que *«en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el Notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla»*.

La misma situación se plantea cuando, aún siendo el beneficiado la misma persona, se le llame por título de heredero a la mitad del caudal que constitu-

ye la base de calculo de la legítima, disponiendo además en su favor un legado sujeto a gravamen, o viceversa; o cuando la cuota legitimaria ya está satisfecha por donación pura y simple, y la atribución sujeta a gravamen es a cargo del caudal relicto, todo él de libre disposición.

Cabría así preguntarse si en estos casos existe cautela de opción compensatoria sujeta al artículo 185 Lsuc., y su validez depende de que las atribuciones gravadas cubran «la mitad de la parte de libre disposición». La respuesta negativa podrá dar cobertura al fraude de ley, mientras la afirmativa conduce a unos resultados totalmente anómalos y de todo punto contradictorios con el espíritu de una Ley que, tras rebajar la legítima de los dos tercios a la mitad de la base de cálculo, impone para estos casos una exigencia cuantitativamente mayor, pese a que la legítima estricta está cubierta, atendiendo únicamente a la modalidad en que esté concebida una atribución que excede de ella. Es realmente sorprendente que una interpretación nada forzada del requisito del apartado *b)* tantas veces citado conduzca a la conclusión de que en los supuestos planteados las atribuciones sucesorias sujetas a gravamen deban ascender como mínimo a la mitad de la parte de libre disposición para ser válidas, y pueden plantearse ejemplos que así lo evidencian, como el siguiente: Primus tiene dos descendientes, Secundus y Tertius; el legado sujeto a gravamen equivalente al 15% de la base de cálculo de la legítima, dispuesto a favor de Secundus, que de no aceptarlo nada recibirá, cumple las condiciones del artículo 185. Lsuc. si Tertius ha recibido libre de cargas porción equivalente al 60% de dicha base (que cubre con exceso la legítima), mientras que el legado del 20% no cumple tales requisitos si lo percibido por Tertius no supera el 54% de dicha base, que igualmente cubre sobradamente la legítima. En ambos casos, la alternativa de Secundus es aceptar el legado o recibir su legítima estricta, que carece de contenido porque colectivamente ya está cubierta.

III. NATURALEZA Y ENTIDAD DE LA INFRACCIÓN LEGAL

Los dos requisitos del artículo 185.1 Lsuc. son cumulativos pues, a tenor de la letra del artículo 185.2 Lsuc., la infracción se produce siempre que la opción «incumpla los requisitos del apartado 1»; y ello ocurrirá cuando se incumplan ambos, o uno cualquiera de ellos. Sin embargo, el efecto asignado a la infracción por este precepto parece contemplar únicamente la del requisito *b)*, ya que si el infringido es el del apartado *a)* la lesión legitimaria es cuantitativa y tiene su propio régimen de acciones en los artículos 179 a 181 de la Ley que, en principio, no puede entenderse sustituido por el previsto en este precepto de facultar al legitimario para aplicar el artículo 184 Lsuc.; y menos teniendo en cuenta que esta facultad corresponde únicamente al destinatario de la opción, mientras que para el ejercicio de la acción *ad supplementum* están legitimados *pro parte* todos los legitimarios de grado preferente, condición que puede no concurrir en el destinatario de la opción.

La infracción típica del segundo de los requisitos citados es la que se produce cuando la opción gravada no alcanza la mitad de la «parte de libre disposición», concepto este que probablemente sólo aparece en el artículo 185 Lsuc. y que, desde luego, no es usual en los textos normativos aragoneses. En una primera lectura, la parte libre aludida por el precepto parece ser la mitad de la base de cálculo de la legítima que no está sujeta a ella, aunque un análisis más detallado puede plantear dudas pues, si el precepto comentado hace referencia al inicio de su redacción a una «atribución por causa de muerte», está contemplando como objeto de regulación una disposición sucesoria que en testamento o pacto establece la cautela de opción compensatoria, y en caso de que existan donaciones a favor de no legitimarios, la parte que puede ser objeto de libre disposición por pacto o testamento se ve reducida en el importe de aquellas, por lo que cabe preguntarse si en este caso la mitad que se precisa para cumplir la exigencia legal es la mitad del resto que por testamento o pacto (atribución por causa de muerte, carácter que no tiene la donación) puede disponer el causante al margen de la legítima, pero que en este caso no coincide con la mitad de su base de cálculo. De no ser así, cuando las donaciones a favor de donatarios no legitimarios asciendan a un valor superior al 25% de la base de cálculo de la legítima no quedará suficiente porción de libre disposición para dar cumplimiento al requisito del artículo 185.1.b) Lsuc.¹¹.

La referencia del artículo 185 Lsuc. al gravamen impuesto, como uno de los comprendidos en el artículo 183.2 de la misma Ley, deja sin resolver directamente los supuestos en que se trate de una condición de otro tipo, frecuente en estas cláusulas, como es el caso de las prohibiciones ya comentadas, dado que el artículo 183.2 reza literalmente: «*Se entiende a estos efectos por gravamen toda carga, condición, término, modo, usufructo, obligación, prohibición o limitación impuestos en el título sucesorio que disminuya el valor de los bienes relictos o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante*». Y el predicado final del párrafo debe entenderse referido a todas las restricciones antes enumeradas, y no sólo a la «prohibición o limitación» que inmediatamente le preceden.

Como se advierte en los casos resueltos por la jurisprudencia y en los planteamientos teóricos de la doctrina, la tipología de las condiciones de esta naturaleza es muy amplia; entre otras variantes, suelen establecerse la de no impugnar el testamento, la no impugnar la partición hecha por el albacea designado por el testador, la de no instar el juicio de testamentaria, e incluso la de aceptar

¹¹ El supuesto es el siguiente: El causante donó por valor de 20 a un extraño y el valor del caudal relicto es de 100; la legítima asciende a 60, que es la mitad de 100+20. La «parte de libre disposición» disponible por causa de muerte son los 40 que restan de deducir la legítima (60) del caudal relicto (100), ya que lo donado no es disponible por causa de muerte, aunque se computa para el cálculo de la legítima. La duda que surge del texto legal es determinar si para cumplir el requisito b) del artículo 185.1 Lsuc., el plus de la atribución gravada debe alcanzar 20 ó 30. Si manteniendo los demás datos del ejemplo el valor de lo donado al extraño son 40, de acoger la interpretación más rigurosa del precepto no es posible cumplir el requisito, pues en los 100 del caudal relicto no caben los 70 de legítima (mitad de 100+40 donados) y los 35 a que ascendería, según esta interpretación la «parte de libre disposición».

y pasar por la distribución de los bienes del cónyuge premuerto, hecha por el testador sin base legal alguna, que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1959, declaró inválida. Cabe, en suma, que el *gravamen* impuesto consista en la aceptación de una condición no subsumible en los casos del artículo 183.2 Lsuc., al suponer una carga o condición impuesta al legitimario que ni disminuye el valor de los bienes relictos ni tampoco la plenitud de la titularidad o el conjunto de facultades que correspondían al causante.

Dada su naturaleza, el artículo 185 Lsuc. no debe interpretarse extensivamente, por lo que parece lo más correcto entender que las condiciones o limitaciones no comprendidas en el artículo 183.2 Lsuc. no dan lugar a la aplicación del artículo 185 de la misma Ley.

En particular, la condición impuesta con alguna frecuencia en los testamentos de aceptar las operaciones realizadas por quien designó el causante «albacea-comisario, contador y partidor... aunque alguno de ellos se creyere perjudicado» del testamento que originó el litigio resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1910, y otras similares, se declaran inválidas por la jurisprudencia para las sucesiones regidas por el Código civil, atendiendo a que las funciones del designado sólo pueden ser de ejecución de lo dispuesto por el testador, sin ir más allá, entendiendo ALBALADEJO que, en otro caso, tanto valdría como dejar el testamento al arbitrio de un tercero. Sin embargo, el derecho aragonés recoge la fiducia con carácter general, y ninguno de los preceptos que la regulan en la Ley de sucesiones por causa de muerte exige que haya de constituirse en términos expresos, por lo que en el supuesto planteado cabe entender que al designado se le ha encomendado ordenar la sucesión del causante (artículo 124 Lsuc.), lo que no es incompatible con la existencia de disposiciones sucesorias del propio causante, anteriores, coetáneas o posteriores a tal designación, que si bien no pueden ser contradichas por el fiduciario, según dispone el artículo 126 Lsuc., sí puede completarlas y aún modificarlas, si así lo autorizó el comitente; y no es temerario concluir que una cláusula del tenor de la antes transcrita lleva implícita esta facultad, dada la amplitud de facultades que se deriva de los términos categóricos en que está redactada. Configurado el así designado como fiduciario, independientemente de la denominación empleada, el acto de ejecución del encargo deberá revestir las formalidades previstas para la fiducia y podrá impugnarse si lesiona la legítima, pero la condición de aceptar lo que él disponga no será inválida.

IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN

Tras la invalidez asignada en el inicio del artículo 185 Lsuc., al decir «*para que sea válida la facultad concedida por el causante...*», su apartado 3 precisa que la especie de invalidez que origina es la ineficacia, al concluir que «La opción que incumpla los requisitos del apartado 1 es *ineficaz...*»; añadiendo que «... al

gravamen impuesto se le aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior», lo que más que la ausencia de efectos que corresponde a la ineficacia típica, implica la otra clase de invalidez consistente en la producción de unos efectos distintos a los que se producirían si la cláusula fuera válida: en nuestro caso, los prevenidos en el artículo 184 Lsuc.

La ineficacia que origina la infracción tampoco produce *ope legis* sino, como textualmente indica el artículo 184.1 Lsuc., la atribución al legitimario de la facultad de tener el gravamen por no puesto cuando contravenga lo dispuesto en «el artículo anterior» (183 Lsuc.), referencia que debe entenderse a su segundo párrafo, es decir, que se trate de un gravamen de los enumerados en él, y no al párrafo primero pues, en su conjunto, la opción que cumple el requisito *a)* del artículo 185.1 Lsuc. no infringe el *quantum* de la legítima colectiva, al que el artículo 183 de la Ley se refiere, sino el específico contemplado en el apartado *b)* de este último.

El análisis del artículo 185.2 Lsuc. no se agota con la solución simplista de aplicar el artículo 184 de la Ley cuando la opción no cumple los requisitos del párrafo anterior, pues concurren diversos factores que es preciso tomar en consideración.

En primer término, hay que tomar como punto de partida la decisión del legitimario al que se ofrece la opción, que sólo a él corresponde, mediante la cual, en términos propios de las obligaciones alternativas —que nada obsta para que sean de aplicación al caso— se produce la *concentración* y, a partir de ella, las ulteriores consecuencias que derivan de las normas legales; pues, aunque pueda no existir dilación apreciable en el tiempo, primero elige el llamado, o rechaza ambas proposiciones, y seguidamente se aplican las previsiones legales derivadas de la elección. Dice LACRUZ, al tratar la cautela que «*habiendo opción, el legitimario podrá elegir entre cualquiera de las alternativas ofrecidas, y mientras no lo haga, los llamamientos se hallan en suspenso, sea en su existencia o (si ha aceptado ya la herencia o legado sin optar) en su alcance*»¹².

Es preciso también tener presente que, sea por respetar escrupulosamente la voluntad del causante, sea por evitar un conflicto de intereses o una contienda judicial, no es impensable que el llamado se conforme con elegir sin más una de las alternativas que se le brindan y aunque incumpla las exigencias legales no haga uso del recurso que le brinda la norma para permitirle alcanzar mayor ventaja.

La ineficacia que estamos considerando se produce en el marco de la sucesión voluntaria, en la que el testamento o pacto contienen la ley de la sucesión, y sólo a tenor de ellos podrá actuar el llamado cuando no media impugnación judicial o un —con gran frecuencia improbable— acuerdo unánime de todos los interesados en la sucesión que, admitiendo la invalidez de determinada disposición del causante, dispongan de modo distinto al previsto por él. Incluso

¹² LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos... cit.*, V. Derecho de Sucesiones, p. 418.

en el supuesto prevenido en el artículo 164 Lsuc., el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario que actúe por sí sólo, no podría aceptar el legado dispuesto en su favor con carga o gravamen y tenerlo sin más por no puesto aduciendo que infringe el artículo 185 Lsuc. y, tratándose de un inmueble, si el Notario llegase a autorizar la escritura de aceptación, haciendo las advertencias legales, a buen seguro sería denegada la inscripción registral, porque del título sucesorio no resultaría la validez del negocio que el Registrador debe calificar.

En suma, la cautela brinda a su destinatario —y sólo a él— la posibilidad de aceptar o repudiar la atribución y, en el primer caso, de elegir entre los dos términos de la opción que se le ofrece. Es también libre de conformarse con una de ellas, aunque la opción no se ajuste a los requerimientos del artículo 185.1 Lsuc., pero si, en este caso, decide usar la facultad que la Ley le confiere habrá que tomar en consideración la intervención de terceras personas pues el testamento es norma que rige las relaciones entre los sucesores, y *«no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores»* como acertadamente indica la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1998 (Ponente: García Varela).

La supresión de la carga redundará en perjuicio de aquel en cuyo favor se hubiese impuesto (*vgr.* el caso frecuente en que se impone un usufructo) o, en todo caso, siempre existirá un tercero —en último término, el llamado en virtud de las normas de la sucesión legal— potencial beneficiario de las consecuencias que se siguen del incumplimiento en sus propios términos de las previsiones del causante. Es más, mientras que en los sistemas de legítima individual cada legitimario puede reclamar el suplemento de *su parte* cuando *su legítima* ha sido lesionada, la comunicabilidad de las acciones frente a la lesión cuantitativa de la legítima a todos los legitimarios de grado preferente, característica del sistema sucesorio aragonés, implica que cada uno de estos puede reclamar una parte de lo que falta, e incluso, si el destinatario de la opción no es legitimario de grado preferente, será él precisamente quien nada pueda reclamar, pues bajo la vigencia del derogado artículo 121 de la Compilación, en caso de haber sido designado heredero le asistiría esta acción, pero el vigente artículo 179.2 Lsuc. la reserva exclusivamente a los legitimarios de grado preferente, salvo que el causante hubiera dispuesto otra cosa; con lo que si elegida la opción libre no cubre la legítima, serán los legitimarios de grado preferente quienes podrán ejercitar la acción que dicho precepto les concede.

Es necesaria, en suma, la inicial opción del llamado por una u otra de las alternativas que se le brindan, o por el rechazo de ambas, y, a partir de ella, se abren en su caso ulteriores posibilidades de actuar él mismo o, eventualmente, todos los legitimarios de grado preferente, se cuente aquél entre ellos, o no se cuente.

La inicial decisión, según cual sea su sentido, puede desencadenar otros efectos, o ninguno, pues si la opción cumple el requisito del apartado *a)* del artículo 185.1 Lsuc., aunque incumpla el del apartado *b)*, y el legitimario opta por la atribución libre no se producirán consecuencias ulteriores, al confor-

marse con la elegida y, cubierta legítima colectiva, los demás legitimarios de grado preferente carecen de acción al amparo del artículo 179.2 Lsuc.

Si la opción no cumple con el requisito del apartado *b)*, por no alcanzar el *quantum* legalmente previsto, y el legitimario al que se le ofrece la elige sin pretender la aplicación del artículo 185.2 Lsuc., tampoco existen consecuencias ulteriores, pues tener por no puesto el gravamen es potestativo para el afectado por él y, aunque exista lesión cualitativa de la legítima colectiva, el régimen arbitrado por la Ley de sucesiones no atribuye sino al gravado la facultad de remover la carga que, según este planteamiento, no desea utilizar.

El nudo gordiano de la cuestión se encuentra en la disposición del artículo 185.2 Lsuc., literalmente aplicable, «*a la opción que incumpla los requisitos del apartado 1*», apartado en el que se recogen ambos: que la atribución libre deje a cubierto la legítima colectiva y la gravada incluya como mínimo la mitad de la parte de libre disposición; de lo que se sigue, en principio, que aunque la opción gravada atribuya al legitimario todo el caudal, si la libre no alcanza a cubrir la legítima, la solución prevista es también que la opción «*es ineficaz y al gravamen impuesto se le aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior*», con lo que la desmesurada consecuencia en el caso de que la atribución libre no cubra la legítima, aunque sea por escasa diferencia, quizá debida a un involuntario error de cálculo¹³, y la gravada atribuya la totalidad del caudal, el legitimario puede hacer suyo todo el caudal sin gravamen alguno, cuando la solución que parece más lógica y congruente sería supeditar las consecuencias a que la opción escogida fuera la que adolece de defecto legal, y así, si el legitimario elige la gravada se habrán cumplido las previsiones legales y, de optar por la libre se abriría la posibilidad de ejercitar la acción *ex* artículo 179.2 Lsuc., al ser cuantitativa la lesión.

Tanto el inicio del artículo 185.1 Lsuc. —«*para que sea válida*»—, como su párrafo 2, al sancionar la ineficacia, se refieren a la opción en su conjunto y no exclusivamente a la atribución gravada, de lo que, en principio, se sigue que lo inválido o ineficaz es *la opción*, suma de ambas atribuciones. Este efecto ha sido

¹³ Si el legitimario es el único beneficiado entre los descendientes y se prevé para el caso de no aceptar la atribución gravada que percibirá «la legítima estricta», «la mitad de la base de cálculo de la legítima», «lo que con las demás atribuciones computables falte para completar la legítima estricta», o fórmulas similares, no cabrá este error, en el que se puede incurrir fácilmente, por el contrario, cuando se atribuyen bienes o derechos concretos, por adecuado que parezca su valor para cubrir la legítima, ya que la norma del artículo 174.1.1.º que para calcular la legítima parte del caudal relicto «valorado al tiempo de liquidarse la legítima» puede originar no pocas sorpresas, según sea interpretado, al separarse del criterio generalmente seguido de valorar el caudal al tiempo de la apertura de la sucesión, con o sin actualización. Aunque no es lugar para tratar detenidamente esta cuestión, mientras que en los sistemas de legítima individual puede determinarse con cierta facilidad cuando se liquida su legítima a cada legitimario, la colectiva se liquida parcialmente cada vez que se perfecciona una atribución imputable que, de existir varias donaciones a descendientes, son momentos distintos entre sí y distintos también al de la partición del caudal relicto, no existiendo un tiempo único en el que se liquida la legítima, de lo que se deriva una gran inseguridad respecto al momento en que deben estimarse bienes que pueden estar sujetos a importantes fluctuaciones de valor.

tema de discusión doctrinal, afirmando LACRUZ que si la cláusula de opción fuera toda ella inválida —en ambos términos de la alternativa— quedaría anulada y «*se deferiría la sucesión conforme a las otras disposiciones válidas o a la ley*»¹⁴, pero el artículo 185.2 Lsuc. prevé una solución diferente que es cabalmente «*la aplicación de las reglas previstas en el artículo anterior*», el 184 Lsuc., lo que supone que la ineficacia consiste en este caso en una eficacia distinta a la prevista por el causante.

Continuando con el análisis de las previsiones legales, importa señalar que la regla 1.^a del artículo 184 Lsuc. dispone que: «*El gravamen se tendrá por no puesto sólo en la parte que vulnere la prohibición. Pero si por su naturaleza no fuera posible dejarlo sin efecto parcialmente, se tendrá por no puesto en su totalidad*», regla que, como señala el artículo 185.2 de la misma Ley debe aplicarse a la opción y no únicamente a la atribución gravada; a partir de esta idea, hay que tener presente que estas reglas, dice el artículo 184 Lsuc., se aplican a instancia «*del legitimario a quien se hubiera impuesto un gravamen que contravenga lo dispuesto en el artículo anterior*», el 183 Lsuc., cuyo supuesto es que «*el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubra el importe de la legítima colectiva*», que en este precepto es la mitad de la base de cálculo, por lo que cabría sostener que la posibilidad de dejar sin efecto parcialmente el gravamen, prevista en la regla, aplicada a la opción en su conjunto, no es otra que suprimir la atribución gravada y mantener la libre, que no lesiona la legítima.

Evidentemente, tal interpretación de la norma aboca a su inoperancia práctica, pues únicamente sería posible aceptar la atribución libre de cargas o también la atribución gravada que no cumpla el requisito del apartado b) sin accionar al amparo del artículo 185.2 Lsuc., lo que en buenos principios sería rechazable, como toda interpretación que conduce a la inaplicabilidad de la norma interpretada.

Sin embargo, la alternativa no es menos objetable, pues estriba en admitir que cabe optar por la atribución gravada, teniendo el gravamen por no puesto si, dada su naturaleza, es imposible dejarlo parcialmente sin efecto. Esta solución implica que lo ineficaz no es la opción, como proclama el precepto, porque la elección se ofrece efectivamente, pero en términos distintos a los queridos por el causante, cuya voluntad por lo demás es clara de no beneficiar al sucesor que rechaza el gravamen en mayor medida que la que sea indispensable. Acaso, cuando la infracción fuera de ambos requisitos, y la atribución que se ofrece libre de cargas tampoco cumple con el del apartado 1.a) del artículo, estaríamos ante el único supuesto que justifica esta solución, pudiendo optar por la atribución mayor exenta de gravamen, como alternativa puntual al ejercicio de las acciones nacidas del artículo 179.2 Lsuc. que, en otro caso, procederían frente a la lesión cuantitativa que deriva de elegir la atribución libre de cargas e insuficiente para cubrir el *quantum* legitimario normal de la mitad del caudal que le sirve de base de cálculo.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *op.*, y p. citadas en la nota 10.

Si el peculiar carácter colectivo de la legítima aragonesa complica, como hemos visto, los problemas que plantean esta cláusulas, la delación paccionada de la sucesión aporta también alguna novedad que no ha sido objeto de tratamiento por la doctrina que las estudia en el ámbito del Código civil o de legislaciones circunscritas a la sucesión voluntaria por testamento. Siendo parte en el pacto el futuro causante y el sucesor, cuya intervención conlleva la aceptación según dispone el artículo 7.2 Lsuc., huelga tomar en consideración una cautela en la que el sucesor opta en el mismo otorgamiento del pacto entre dos alternativas, porque de existir tal opción se le habría propuesto previamente y, elegida una, será la que se consigne en él; por el contrario, cabe incluir en el pacto la opción defiriendo la decisión del sucesor a un momento posterior —el de la apertura de la sucesión, sería el más lógico—. En este caso, de todo punto anómalo que el sucesor pudiera accionar al amparo del artículo 185.2 Lsuc. contradiciendo lo convenido con el causante, atentando al principio *standum est chartae* y a los términos en que el pacto ha sido redactado, que son normas de interpretación del mismo, según dispone el artículo 69.1 Lsuc.

Ciertamente ninguna de las dos interpretaciones del precepto resulta satisfactoria, pero mientras que la posibilidad de que el llamado a la cláusula de opción compensatoria haga suya la atribución mayor libre de la carga con la que se le ofrece, contra la voluntad del causante, carece de argumentos que la apoyen, abundan los que la rechazan, pues decía LACRUZ, «*el causante no tenía obligación de ofrecer a los legitimarios opción alguna, y sí sólo el deber de no perjudicar su legítima por actos inter vivos o mortis causa. Cumple, pues, con asignarles la legítima con palabras comunes; y el otro término de la alternativa es una adición que no podría desvirtuar el hecho de haber cumplido ya*»¹⁵; VALLET, por su parte, enumera cuatro posibles soluciones a la situación planteada por la cautela, siendo la primera «*que el legitimario, sin perder el mayor quantum, pueda reclamar todo su correspondiente quale. Con lo cual se dota al legitimario de más de lo que por su legítima tiene derecho y más de lo que el testador le quiso dar. Se incumple así la voluntad del testador*», añadiendo que «*en caso de imponerse la primera de estas cuatro soluciones —la citada— las cautelas de compensación legitimaria serían imposibles*»¹⁶; DE AYMERICH entiende esencial la incompatibilidad de ambas propuestas alternativas, es decir, reclamar la legítima libre de cargas y recibir lo atribuido por encima de ella¹⁷. En términos similares, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1939 señala que «*tratándose de una facultad de opción entre dos términos podría elegir uno u otro, pero no conjuntamente los dos, es decir, la libertad de la legítima estricta y al propio tiempo la ampliación de su derecho legitimario a una cuantía notablemente mayor*».

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 418.

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Perspectiva histórica de las cautelas... cit.*, pp. 383-384.

¹⁷ DE AYMERICH Y RENTERÍA, R., *op. cit.*, pp. 245-246.

En suma, de las dos interpretaciones posibles, la primera conduce a la inoperancia del precepto y la segunda a un resultado contrario en todo caso a la voluntad del causante, que es norma suprema de la sucesión, consecuencia de aplicar una norma legal carente de precedentes propios o foráneos, que no puede reconocer en sus fines un bien jurídico digno de protección, y ello en el marco de una Ley, como la de sucesiones por causa de muerte, inspirada en el máximo respeto por la voluntad del causante¹⁸, integrada en un ordenamiento civil como el aragonés, presidido por el principio de libertad civil expresada en el *standum est chartae*, donde *pactos rompen fueros*, y en el que dijo COSTA que «*lo privado abarca tanto, que casi todo el derecho escrito es voluntario, facultativo y supletorio, y el individuo se reconoce dueño de su destino, sin que traba alguna artificial se oponga al libérrimo ejercicio de su soberanía*»¹⁹. Argumentos estos que responden a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, citado en el artículo 1 de su Compilación y que deberían ser suficientes para inclinarse por la interpretación y aplicación de la norma más acorde con ellos, que es la primera de las dos propuestas.

¹⁸ A título de ejemplo, cabe señalar que el causante puede excluir de su sucesión, sin expresar la causa, con iguales efectos prácticos que la desheredación; el artículo 161 Lsuc., y admite la validez de todo tipo de condiciones, incluso las captatorias, proscritas en otros ordenamientos, como en el artículo 794 CC.

¹⁹ COSTA MARTÍNEZ, J., *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*. Guara Editorial. Zaragoza, 1981, p. 76.

USUFRUCTO DE FONDOS DE INVERSIÓN EN LA LEY ARAGONESA 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

María BIESA HERNÁNDEZ
Licenciada en Derecho

*Trabajo presentado para la obtención del DEA dirigido por la doctora M.^a del Carmen Bayod López
y calificado por Tribunal compuesto por Jesús Delgado Echeverría, Ángel Bonet Navarro
y Jesús Morales Arrizabalaga*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN**
- II. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN**
 - 1. Normativa y concepto de fondo de inversión
 - 2. Elementos de un fondo de inversión
 - A. *Sociedad Gestora*
 - B. *Entidad Depositaria*
 - C. *Partícipes*
 - D. *Participaciones*
 - 3. Naturaleza jurídica
 - 4. Clasificaciones de fondos
- III. SITUACIÓN GENERAL PREVIA A LA LEY ARAGONESA**
 - 1. Los fondos y el Código civil
 - 2. El informe de la Dirección General de Registros y del Notariado en la resolución de la Dirección General de Tributos de 16/5/1996, y la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación
 - 3. Panorama jurídico anterior a la regulación aragonesa

IV. FUENTES E INTERPRETACIÓN DEL USUFRUCTO DE FONDOS EN ARAGÓN

1. La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad. Su carácter civil
2. Orden de prelación de fuentes

V. EXAMEN DEL ARTÍCULO 118

1. Identificación y objeto
2. Facultad de reembolso
3. Desacuerdo en la reinversión. Remisión al usufructo de dinero del artículo 117

VI. REFLEXIONES PRÁCTICAS

1. El índice de actualización
2. Comisiones
3. Cómputo del tiempo
 - A. *Reembolsos parciales*
 - B. *Cobro tras el reembolso total*
4. El cobro de las plusvalías
5. La fianza
6. Fondos garantizados

VII. REPERCUSIONES FISCALES

1. Regulación fiscal
2. Ejemplo práctico aplicado al artículo 118
 - A. *Sistema de liquidación fiscal del usufructo de fondos*
 - B. *Disposición por el viudo de participaciones de fondos de inversión*

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Ley aragonesa 2/2003 comienza afirmando que el objetivo de la misma es *desarrollar y poner al día* la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad. Sin embargo, el tema que nos ocupa supone una auténtica innovación en el Derecho aragonés, pues no existe con anterioridad en nuestra comunidad autónoma legislación alguna que aborde esta materia.

La norma va a considerar la plusvalía como beneficio o renta que quedará a favor del viudo usufructuario, en un intento, en palabras del preámbulo, de «*acercar la ley a la intención corriente de quienes practican estas formas de ahorro e inversión*». Para ello recoge «*reglas amplias y flexibles que buscan adaptarse cómodamente a productos que evolucionan con gran rapidez*».

El objetivo de este trabajo es el estudio y análisis del artículo 118 de la ley que contiene dichas reglas. Se encuentra ubicado en el título V «De la viudedad», dentro del capítulo 3º dedicado al usufructo viudal, y será de aplicación inmediata, en virtud de la disposición transitoria 1ª, «*cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal*». Por tanto, regulará, desde la fecha de su entrada en vigor (23/4/03), tanto usufructos ya causados con anterioridad como los que se constituyan a partir de dicha fecha.

Realizaremos previamente un acercamiento a la naturaleza y características de estos productos financieros, para pasar después al examen concreto del artículo y concluir con unas consideraciones acerca de su aplicación y alcance.

II. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN

1. NORMATIVA Y CONCEPTO DE FONDO DE INVERSIÓN

La regulación de la materia relativa a los fondos de inversión es muy amplia y está dispersa en normas de variada jerarquía pero, básicamente, y por lo que respecta al tema que nos ocupa, deberemos tener presente la reciente ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) que entró en vigor, en virtud de su disposición final sexta, el 6/2/2004 y el Real Decreto 1393/1990 de 2 de noviembre (RIIC) que la desarrolla y complementa¹.

El artículo 3 de la LIIC define los *fondos de inversión* como «patrimonios separados sin personalidad jurídica pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras instituciones de inversión colectiva, cuya ges-

¹ En virtud de su disposición derogatoria única queda sin aplicación la ley 46/1984 de 26 de diciembre de Instituciones de Inversión Colectiva. Traspone a Directivas comunitarias 2001/107/CE, 85/611/CEE y 2001/108/CEE.

Destaca la Exposición de Motivos de la ley 35/2003 el balance positivo de la ley que deroga, pues no solamente definió por primera vez un régimen jurídico orientado al desarrollo pleno de la inversión colectiva en España, en ese momento en fase de crecimiento, sino que además ha permitido acomodar los enormes cambios producidos en estos veinte años en nuestro entorno macroeconómico y sistema financiero, entre los que destacan la entrada a la CEE y la introducción del euro.

La ley introduce sensibles variaciones sobre la anteriormente vigente en aspectos como la defensa de los intereses del inversor, la transparencia informativa y los nuevos productos de inversión. Sin embargo, todos estos puntos necesitan ser desarrollados a través de un Reglamento que los regule de forma más precisa. Se hallaba en su fase de redacción, a falta todavía de desarrollar algunos aspectos esenciales, cuando el cambio de gobierno resultado de las pasadas elecciones retrasó su publicación para evitar su utilización con fines electorales. El borrador preparado por el nuevo ministro de economía se envió al Consejo de Ministros el pasado 30 de julio y fuentes del sector de fondos consideran que su publicación definitiva, esperada con gran interés, se demorará, como mínimo, hasta finales del primer trimestre del año 2005.

tión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos».

Estamos ante instituciones de inversión colectiva que pretenden agrupar el ahorro de los inversores particulares constituyendo patrimonios sin personalidad jurídica, con el objeto de constituir una cartera lo suficientemente grande como para que pueda ser gestionada por profesionales, proporcionar liquidez a los diferentes partícipes y comprar-vender a unos precios que normalmente no estarían al alcance de los particulares. Buscan aprovecharse de las denominadas «economías de escala» que se dan actualmente en los mercados de capitales, en el sentido de que los grandes inversores tienen siempre un acceso más fácil, barato y con mayor liquidez a los valores que se negocian en estos mercados. Además, la complejidad creciente de los mercados financieros obliga a contar con un asesoramiento profesional que no siempre está al alcance del inversor particular.

La manera de entrar en un fondo es comprar una participación. A través de ella, el inversor se hace socio del fondo. El valor de la participación sube y baja, por lo que el inversor gana —o pierde temporalmente— en función de la aportación realizada y según la rentabilidad que se vaya adquiriendo, yendo esta última directamente vinculada al comportamiento de los activos de la cartera en los que el fondo invierte.

La Sociedad Gestora es quien la administra y decide la política de inversiones y será controlada por la Entidad Depositaria que custodia además los activos de la cartera. La actuación de ambas deberá ajustarse siempre a lo estipulado en el reglamento del fondo, que contendrá las normas de gestión del patrimonio de éste integrado básicamente por valores mobiliarios, activos financieros y efectivo².

La constitución del fondo se hará mediante la efectiva puesta en común de los bienes que integren dicho patrimonio, y podrá formalizarse en escritura pública en la que, junto al reglamento, aparecerán características, denominación del fondo, objeto, nombre y domicilio de la Gestora y del Depositario³.

² Los fondos de inversión deben de incluir por ley en sus reglamentos tanto la política de inversión que van a seguir como la estrategia a utilizar, es decir, no sólo deben concretar el mercado/s en los que puede invertir el fondo entre todos aquellos permitidos por la normativa sobre instituciones de inversión colectiva sino que también debe definir una serie de límites tanto de liquidez como de diversificación del riesgo acompañados de transparencia en la información (art. 23 LIIC). La finalidad de estas restricciones es permitir que el partícipe conozca de antemano la composición de la cartera de sus fondos para que sepa de este modo cómo se va a gestionar su inversión y los factores de riesgo a los que va a estar sometida.

³ Artículo 4 LIIC.

2. ELEMENTOS DE UN FONDO DE INVERSIÓN

En atención a lo expuesto podemos distinguir en un fondo:

A) *Sociedad Gestora*. Redacta el reglamento del fondo junto con la Entidad Depositaria, constituye, representa y administra el fondo comprando y vendiendo activos según la política de inversiones del reglamento; contabiliza y valora diariamente el fondo y las participaciones y emite conjuntamente con el depositario los certificados de participación así como los documentos informativos financieros y fiscales con la periodicidad legalmente establecida.

B) *Entidad Depositaria*. Recibe y custodia valores y patrimonio líquido del fondo, recibe las aportaciones de los partícipes y hace efectivos los reembolsos, vigila y supervisa a la Entidad Gestora con responsabilidad compartida (operaciones, valor liquidativo, información y publicidad). Pueden ser Bancos, Cajas de ahorros, Cooperativas de crédito y Sociedades y Agencias de valores.

En la práctica, suele coincidir con la Entidad comercializadora por ser la misma que custodia los valores y que posee la red comercial de oficinas donde se procede a la compraventa de las participaciones. No obstante, también la podrán efectuar otras personas físicas o jurídicas que tengan establecida una relación contractual, en ocasiones en exclusiva, con la Sociedad Gestora.

C) *Partícipes*. Cualquier persona física o jurídica, residente o no residente, mayor o menor de edad, podrá invertir en un fondo de inversión sin más limitaciones que las que el propio reglamento contenga. Son los propietarios del fondo de inversión⁴ y normalmente serán clientes de la Entidad Comercializadora.

⁴ Señala el artículo 41.1 RIIC que *el patrimonio del fondo estará dividido en participaciones de iguales características que confieren a sus titulares un derecho de propiedad sobre aquél ajustado a los términos que lo regulan legal y contractualmente*.

Sin embargo, debe matizarse que estamos ante un derecho de propiedad un tanto atípico. Como señala PALA LAGUNA, los fondos de inversión, a pesar de sus especificidades, pueden encajar dentro de la figura de la copropiedad del Código civil. Entiende la autora que las prerrogativas del derecho de propiedad se ejercitan sobre las participaciones, no sobre el patrimonio del fondo; y sobre ellas el partícipe puede realizar sin consentimiento de los demás copropietarios todos los actos de administración y disposición, puesto que la participación le pertenece como cualquier otro bien mueble sobre el que pudiera ejercer su dominio. Y cuando vende, pignora o hipoteca tal participación lo hace de una cuota parte del activo del fondo, esto es, transmite su condición de copropietario a otro, o bien extingue tal condición si solicita el reembolso de su participación a la sociedad gestora.

Pero el patrimonio del fondo está afecto a un fin que no es otro que el deseo del inversor de obtener rentabilidad de los bienes integrantes del mismo, adquiridos con su aportación y la de otros suscriptores, con riesgos limitados y sin preocuparse de su custodia ni de su gestión.

Permanece, en consecuencia, como tal ese derecho de propiedad pero con facultades limitadas, en atención precisamente a esta finalidad del fondo, puesto que para su normal cumplimiento es necesario delegar las facultades de gestión y administración en un gestor y en un depositario que van a estar sometidos a un régimen jurídico particular y, sobre todo, a una especial supervisión, cfr. PALA LAGUNA, R. «Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de las Sociedades Gestoras», *RDBB*, n° 65, Madrid, 1997, pp. 87 a 95.

La condición de partícipe se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común y confiere una serie de derechos reconocidos en la LICC, en su normativa de desarrollo y en el reglamento del fondo siendo, como mínimo⁵, los de suscripción y reembolso, solicitud y traspaso de su inversión entre IIC, información completa, veraz y permanente sobre el fondo en general y su inversión en particular, el valor de las participaciones y la posición del partícipe en el mismo, exigencia de responsabilidades a la Gestora y Depositario por incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias y separación en los términos legalmente previstos (modificación de comisiones, fusiones de fondos, absorciones de Gestoras...).

D) Participaciones. Son cada una de las partes alícuotas en que se divide el patrimonio de un fondo y confieren a sus titulares un derecho de propiedad sobre él en proporción a sus aportaciones y al volumen patrimonial total. La normativa del fondo regulará la cuantía mínima para realizar la primera o sucesivas inversiones.

El precio de las participaciones, tanto a efectos de suscripción como de reembolso, se denomina *valor liquidativo* y se fija diariamente dividiendo el valor del patrimonio neto del fondo (valor de mercado o valor actualizado de las inversiones menos impuestos, gastos y lucro cesante así como las comisiones de gestión y depósito reglamentariamente establecidas) entre el número de participaciones que existen en circulación. Cuando el titular solicite el reembolso, el valor liquidativo de la participación se calcula de la misma forma que se hizo la suscripción y la diferencia entre ambos valores arrojará la ganancia o pérdida experimentada durante el período de permanencia en el fondo.

Además del valor liquidativo poseen igualmente un *valor de mercado* consistente en el precio efectivo de la transmisión derivativa de la participación puesto que son también valores negociables⁶, pudiendo representarse mediante

Sin embargo, SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19 ed., Edersa, Madrid, 1996, p. 667 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Voz «Institución de Inversión colectiva» en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, vol. III, Madrid, 1995, p. 3623, consideran que los derechos de los partícipes no son los de un propietario aunque como tal los considere la ley, ya que la intervención de la sociedad gestora y del depositario diluyen la relación entre el partícipe y los bienes del fondo, de los que aquél no puede administrar ni utilizar. MORENO LUQUE califica de «pretensiones» frente a la Gestora y al Depositario estos derechos y pone de relieve la especial protección de la que disfrutaban, que supera el régimen convencional de copropiedad, cfr. MORENO LUQUE ABOGADOS Y KPMG, *La protección de los partícipes de los fondos de inversión*, Madrid, 1997, p. 28.

Lo cierto es que la propia naturaleza y filosofía de la inversión supone una confianza plena en un tercero, representado por la Sociedad Gestora, que es quien administra e invierte los ahorros en aras de un beneficio económico común. Pocos actos de este tipo, por no decir ninguno, realizará ningún partícipe, con lo cual creo que es cuando menos dudoso hablar de derecho de propiedad como tal.

⁵ Artículo 5.2 LICC.

⁶ Así queda recogido expresamente en el Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores junto con acciones, obligaciones, letras de cambio, pagarés, cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, certificados de depósito y cuotas participativas de Cajas de Ahorro en su artículo 2.1º:

anotaciones en cuenta o con certificados nominativos sin valor nominal, siendo éstos últimos los más habituales. La emisión de estos certificados se realiza conjuntamente por la Entidad Depositaria y la Sociedad Gestora y suponen la prueba de la cualidad de partícipe de un fondo. Estamos ante un derecho de todos los partícipes si bien a tales efectos probatorios un extracto e incluso una libreta actualizada son más que suficientes para certificar el valor de la inversión.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto a la *naturaleza jurídica* de las participaciones son consideradas como valores mobiliarios típicos dentro de su caracterización general como valores negociables sujetos a la ley del Mercado de Valores y se les aplica, por tanto, el régimen relativo a los mismos contenido en el artículo 10 del Código civil, rigiéndose en consecuencia por la ley del lugar en que se hallen⁷.

Como las participaciones se adquieren y reembolsan a través de la Sociedad Gestora, regirá la ley del domicilio de la misma a la hora de regular las cuestiones derivadas del usufructo de los fondos, salvo pacto en contrario o acuerdo posterior⁸.

4. CLASIFICACIONES DE FONDOS

Existen diferentes *clasificaciones de fondos*⁹. La ley aragonesa habla en el 118 de fondos acumulativos. Estos fondos también denominados de capitalización

Tendrán la consideración de valores negociables: (...) e) Las participaciones en fondos de inversión de cualquier naturaleza.

⁷ Artículo 10.1. *La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles(...) En caso de conflicto de leyes, se estará a lo estipulado en el artículo 16.*

Artículo 16.1. *Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1º Será la ley personal la determinada por la vecindad civil (...)*

⁸ Y ello porque, en aplicación del artículo 241 del Reglamento del Registro Mercantil, al no tener el FI personalidad jurídica ni domicilio propio, se inscribe necesariamente en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad gestora, AGUSTÍN TORRES, C., «Usufructo de participaciones en fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre», *RJC*, 2.002, nº 1, p. 14.

⁹ Las más comunes, además de la mencionada en la ley aragonesa, son:

— FIM (fondos de inversión mobiliaria con múltiples modalidades) y FIAMM (fondos de inversión en activos del mercado monetario o «fondos de dinero»)

No obstante, la nueva ley 35/2003 de IIC recoge un cambio de nomenclatura de estos fondos que pasarán a denominarse de la misma manera, contemplando solamente la existencia de Fondos de Inversión (FI).

Por lo tanto, a partir de dicha ley, en todos los fondos de inversión afectados deberá aparecer, a continuación del nombre del fondo, únicamente las siglas FI, pudiendo la IIC distribuir la inversión en los activos que crea más convenientes, siempre que establezca claramente su vocación inversora y los activos en que vaya a invertir en mayor proporción.

o crecimiento son aquellos que no reparten dividendos, siendo el valor de la participación el que va oscilando recogiendo el incremento o la reducción en su caso de la rentabilidad. Por oposición a ellos, los fondos de reparto son aquellos que distribuyen dividendos o beneficios con cierta periodicidad. En nuestro país, son mucho más comunes los primeros pues los de reparto tienen más penalización fiscal¹⁰.

III. SITUACIÓN GENERAL PREVIA A LA LEY ARAGONESA

1. LOS FONDOS Y EL CÓDIGO CIVIL

Actualmente es muy corriente que una parte cada vez más importante de los ahorros de los patrimonios familiares se destine a valores mobiliarios, entre los cuales se encuentran las participaciones en fondos de inver-

No obstante, se mantiene la diferenciación de fondos por categorías, siendo sus nuevas denominaciones objeto de desarrollo reglamentario posterior.

— FONDOS ORDINARIOS, con libertad relativa de inversión dentro de la normativa legal vigente y de la filosofía inversora definida en el reglamento y FONDTEsorOS con legislación específica según convenio de colaboración entre la Gestora, Dirección General del Tesoro y Política financiera y/o organismos autonómicos. Su inversión es casi exclusiva en Deuda del Tesoro y tiene comisiones muy reducidas.

— DE RENTABILIDAD INCIERTA en los que el partícipe no tiene garantía alguna de rentabilidad y de rentabilidad garantizada en los que el propio fondo (internamente) o un tercero (externamente) garantiza una rentabilidad y, en consecuencia, un patrimonio.

— DE RESIDENTES, gestionados y custodiados por Entidades residentes, registrados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y asumiendo íntegramente la normativa vigente en España y de no residentes que pueden comercializarse en España con el requisito de cumplir la normativa comunitaria y con notificación informativa de la Comisión.

¹⁰ En los FONDOS DE REPARTO, los dividendos periódicos distribuidos a los partícipes son con cargo al fondo y tienen la condición de rendimientos del capital mobiliario de carácter general. En consecuencia, tributan a tipo marginal, no pudiendo aplicar coeficientes reductores y soportando además la retención a cuenta del 15%. En España resultan prácticamente inexistentes por este tratamiento fiscal tan desfavorable.

Sin embargo, en los FONDOS ACUMULATIVOS, el hecho fiscal imponible solamente se produce con el reembolso total o parcial del fondo con plusvalías. Ello es consecuencia de que el fondo va reinvertiendo automáticamente los rendimientos, produciéndose un incremento del valor liquidativo de las participaciones pero sin que exista obligación de tributar para el partícipe que permanece en el fondo hasta el mencionado reembolso. Tributarán llegado ese momento como incremento o disminución patrimonial, calculándose el beneficio o pérdida como la diferencia entre el precio de venta y el de compra. Esta diferencia se incorporará en la base imponible general o especial en función del tiempo en que se haya generado: si es inferior a un año a la base general y si es superior a la especial. Las partidas incluidas en la base general pagarán impuestos al tipo marginal del tramo que corresponda (desde el 15 al 45%) mientras que las que se incorporen en la base especial lo harán al tipo fijo del 15%.

Por lo tanto, mientras que en los fondos de reparto los dividendos se incorporarán al impuesto en el mismo ejercicio en que se hayan producido, la tributación de las plusvalías de los fondos acumulativos se diferirá en el tiempo hasta el momento en que se efectúe la desinversión.

sión¹¹. Dentro de estos últimos, lo más frecuente, tal y como señalamos anteriormente, es que los particulares se decanten por razones fiscales por fondos de carácter acumulativo, pues la tributación solamente se producirá al reembolsar definitivamente las participaciones, dejándose así la puerta abierta al partícipe para poder elegir el momento oportuno para efectuar reembolsos en función de sus necesidades de liquidez y de su planificación financiero-fiscal¹².

El derecho de usufructo está regulado con carácter general en nuestro Código civil en sus artículos 467 a 470, configurándolo el 467 como un derecho real en cosa ajena que faculta al usufructuario a usar (*ius utendi*) y disfrutar (*ius fruendi*) de la cosa usufructuada, con la obligación de conservar su forma y sustancia (*salva rerum substantia*), a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa¹³.

¹¹ Como ocurre en el resto de sistemas financieros desarrollados, la inversión colectiva es el canal natural para la participación de los hogares españoles en los mercados de capitales. El patrimonio gestionado en nuestro país a fecha de 31 de diciembre de 2004 en fondos de inversión en miles de euros fue de 218.730.611, elevándose a un total de 2668 el número de fondos registrados y a 8.148.140 el número de partícipes, según datos proporcionados por INVERCO, Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva, que agrupa, en calidad de miembros asociados, a la práctica totalidad de Instituciones de Inversión Colectiva de nuestro país (datos tomados de página web de Inverco <http://www.inverco.es>)

¹² No obstante, habrá que tener bien presente la supresión del denominado *peaje fiscal* aprobado en la ley 46/2002 de reforma parcial del I.R.P.F. La ley permite ahora por primera vez en nuestro país la posibilidad de efectuar traspasos de un fondo a otro sin repercusión fiscal inmediata con la sola orden por escrito del partícipe ante la nueva entidad gestora, siempre que el importe obtenido se destine a la suscripción de un nuevo fondo, existan idénticos titulares y las participaciones estén disponibles (por ejemplo, que no estén pignoradas, en garantía de algún crédito o pendientes una liquidación hereditaria).

La gestora origen dispone de dos días hábiles para hacer estas comprobaciones. Si todo es conforme, efectuará la transferencia del dinero y comunicará los datos económicos y fiscales de las participaciones reembolsadas. Si existe algún error, dispone de otro día hábil para rechazar el traspaso, comunicando el motivo del mismo.

El inversor podrá mover su dinero, sin impedimentos fiscales, según las expectativas del mercado, optimizando sus inversiones y tributando solamente en el momento en que se produzca el reembolso definitivo. Esta medida supone un novísimo escenario en materia de fondos y configura el marco idóneo para que se produzcan cambios sustanciales en este mercado que redundarán en una mejora de la calidad y de la oferta a disposición del inversor.

¹³ «*Usufructus est ius alienis rebus utendi et fruendi salva rerum substantia*», es la definición del Derecho romano, atribuida a Paulo y contenida en el Digesto (D. 7,1,1).

Artículo 467. El usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia a no ser que el título de constitución o la ley autoricen otra cosa.

Artículo 468. El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción.

Artículo 469. Podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, y en todo caso desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible.

Artículo 470. Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.

Estamos por lo tanto ante una regulación de carácter no imperativo que entrará en juego en defecto o insuficiencia de dicho título.

No existe en nuestro CC normativa alguna que descienda a regular todas las especificidades que puede presentar un usufructo de fondos de inversión. Si extrapolamos el régimen general del Código a los fondos de inversión acumulativos, el usufructo de sus participaciones será una situación en la que la plena propiedad se desdobra, por un lado, en nuda propiedad, la cual supone el control sobre el destino de la inversión y, por otro, en usufructo, dando éste último derecho a los beneficios obtenidos por el fondo durante el tiempo que dure aquél.

Se da en consecuencia un entramado de derechos, facultades y obligaciones de carácter básicamente económico que vincula a los dos protagonistas de la relación de usufructo y que recae sobre el montante acumulado en la participación del fondo en el momento de su constitución.

Lo que es inherente y consustancial al usufructo es la posibilidad real del disfrute del bien ajeno. Sin embargo, el problema básico que se puede plantear si se constituye un usufructo sobre fondos acumulativos es que ese *disfrute* —entendido como *fruto/intereses acumulativos* del capital invertido— que por propia definición va implícito en los derechos de cualquier usufructuario, puede quedar absolutamente vacío de contenido si no existe reembolso del fondo en un momento anterior a la extinción del usufructo, no sólo porque hasta la desinversión, al tratarse de intereses acumulativos carentes de vencimiento alguno, no se podrán hacer efectivos, sino que porque además únicamente puede ser solicitado en virtud de la normativa civil por el nudo propietario.

2. EL INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 16/5/96 Y LA LEY CATALANA 13/2000 DE 20 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LOS DERECHOS DE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

Este peculiar usufructo ha carecido de regulación sustantiva específica distinta al Código civil hasta el 2000, cuando se aprueba la ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación.

Hasta ese momento, debe destacarse en relación a este tema una resolución de la Dirección General de Tributos de 16 de mayo de 1996¹⁴, que recoge como base jurídica de la solución fiscal que adopta en relación a la consideración de las plusvalías obtenidas por un usufructuario de fondos de inversión acumulativos, un revelador informe emitido por la Dirección General de Registros y del Notariado a instancia de aquel Centro directivo en el cual, partiendo de la inexistencia de regulación, trataba de ajustar el usufructo de fondos a la normativa del Código civil.

¹⁴ *Crónica Tributaria* nº 81, Madrid, 1997. En igual sentido, ver resoluciones de la DGT de 28 de mayo y 8 de octubre de 1998, cuya argumentación jurídica toma igualmente como base el citado informe de la DGRN.

Pues bien, tanto en dicho informe como en la ley catalana se llega a la misma conclusión respecto a la facultad del reembolso: el único que puede solicitarlo es el nudo propietario en tanto que sólo él ostenta la condición de partícipe. Y ni uno ni otra dan una solución a la posibilidad de que el usufructuario pueda permanecer a lo largo de toda la duración del usufructo sin percibir cantidad alguna por su derecho sobre las participaciones en fondos.

La DGT entiende que el usufructo de participaciones en fondos acumulativos no atribuye a su titular derechos económicos inmediatos sino que solamente surgirán al reembolsarlas, ni constante el usufructo ni siquiera con la extinción del mismo. Si el nudo propietario difiere a su conveniencia el reembolso hasta después de la extinción del usufructo, vitalicio o temporal, habrá podido eludir e incluso eliminar todos los derechos económicos del usufructuario¹⁵.

La ley catalana intenta superar este problema de graves consecuencias al que las resoluciones administrativas mencionadas no dan solución, siendo la primera en España que intenta reconocer y regular los derechos del usufructuario olvidados tanto por la DGT como por la DGRN. Se trata de una regulación exhaustiva y muy detallada que da una doble opción al usufructuario: o esperar bien a la extinción del usufructo o al reembolso si éste fuera anterior a aquélla, para cobrarse esas eventuales plusvalías que pueda producir el fondo¹⁶, con lo cual se sigue dejando abierta la posibilidad de que el usufructuario no disfrute de su derecho, u optar por lo que la ley denomina «rendimiento presunto» que se calcula sobre el valor que tuviesen las participaciones en la fecha de constitución del usufructo aplicándosele el interés legal del dinero incrementado en dos puntos¹⁷, y sin derecho, en ese caso, a las plusvalías.

Con este régimen especial del «rendimiento presunto» se concede una importante protección al usufructuario puesto que, si opta por él, resultará irrelevante que el nudo propietario solicite o no el reembolso para asegurarse por este cauce un rendimiento al menos mínimo. Sin embargo, este sistema tiene como

¹⁵ AGUSTÍN TORRES, C., «Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y de fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal», *RJC*, 2000, n.º 2 pp. 367. Ver igualmente del mismo autor «Usufructo de participaciones en fondos de inversión...», *op. cit.*, p. 16.

¹⁶ Artículo 30.1. *En el usufructo de participaciones de fondos de inversión de carácter acumulativo, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos positivos que produzcan aquéllas, entendidos como la diferencia positiva de valor entre las participaciones en la fecha en que se constituye el usufructo y el valor de las mismas participaciones en la fecha de extinción del usufructo o la fecha de reembolso si éste se produce antes de la extinción del usufructo. 2. El usufructuario debe percibir los rendimientos a que tiene derecho, en pleno dominio y como frutos civiles, el día del reembolso. El mero hecho de extinguirse el usufructo no determina el derecho a reclamar el pago de los rendimientos.*

¹⁷ Artículo 30.5. *Salvo disposición contraria del testador, el usufructuario puede optar por percibir los rendimientos del usufructo de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 o por renunciar a dichos rendimientos a cambio de obtener del nudo propietario un rendimiento presunto equivalente al interés legal del dinero incrementado en dos puntos sobre el valor de las participaciones en la fecha de constitución del usufructo.*

grave inconveniente el que puede volverse en contra del nudo propietario si por circunstancias económicas descendiera el valor de las participaciones, pues tendría que seguir satisfaciendo al usufructuario esos rendimientos establecidos con anterioridad calculados en base a un valor superior del fondo¹⁸.

3. PANORAMA JURÍDICO ANTERIOR A LA REGULACIÓN ARAGONESA

Tanto en el ámbito de las resoluciones administrativas como en la ley catalana no se daba una solución global al problema de la posible ineficacia de un usufructo de fondos de inversión acumulativos. Quedaba por tanto, hasta la fecha de promulgación de la ley aragonesa, la puerta abierta al estudio y elaboración de una norma legal en la que quedaran efectivamente amparados de una manera equilibrada los derechos de usufructuario y los intereses del nudo propietario. Hasta ese momento, dicha posibilidad solamente era completamente factible a través de una regulación «*ad hoc*» en el título constitutivo del usufructo o pacto posterior entre las partes, pues no debe olvidarse que, en cualquier caso, primará siempre la voluntad de éstas en virtud del orden de prelación establecido tanto en el CC (art. 470) como en la ley catalana (art. 29) dado el carácter dispositivo de la regulación del usufructo contenida en ambas normas.

IV. FUENTES E INTERPRETACIÓN DEL USUFRUCTO DE FONDOS EN ARAGÓN

1. LA LEY 2/2003 DE 12 DE FEBRERO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD. SU CARÁCTER CIVIL

El progresivo incremento del patrimonio gestionado por los fondos de inversión en las dos últimas décadas había motivado un aumento paralelo en la normativa relacionada con esta materia, si bien abordaba casi exclusivamente aspectos administrativos y, sobre todo, fiscales, a los que se daba una importancia predominante y casi exclusiva.

Lo cierto es que una ley especial como es la LICC no debe entrar a regular las especificidades del usufructo de fondos¹⁹, pues se trata de una cuestión

¹⁸ AGUSTÍN TORRES opina que esta posibilidad del rendimiento presunto es una importante ventaja a favor del usufructuario que simplifica problemas pero que tal vez resulte excesiva al poder convertir el usufructuario, con su sola decisión, la participación usufrutuada en un valor de renta fija cuando la esencia de las participaciones de los fondos de inversión acumulativos parece centrada en la renta variable. Por ello se decanta por eliminar esta facultad para el usufructuario o bien modalizarla o limitarla concretándola al interés legal del dinero «Usufructo sobre participaciones...», *op. cit.*, pp. 23 y 33.

¹⁹ Únicamente se limita a afirmar su posibilidad en una mención genérica en el artículo 41.4 del RIIC:

estrictamente civil que, por lo tanto, solamente pueden entrar a regular el CC o las leyes forales en su caso²⁰.

La ley 2/2003 de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad es una ley sobre derecho privado aragonés dictada por las Cortes de Aragón en ejercicio de las competencias reconocidas en el 149.1.8º de la Constitución y el artículo 35.1.4º del Estatuto de Autonomía. En consecuencia, y por lo que respecta a nuestro estudio, se trata de una regulación que aborda exclusivamente cuestiones civiles y estrictamente relacionadas con las *relaciones internas* entre nudo propietario y usufructuario. Todo lo relativo a las Sociedades Gestora y Depositaria y a las *relaciones externas* entre partícipes y estas últimas se regirá por la normativa legal de los fondos de inversión y por los reglamentos específicos de éstos. Por último, en lo relativo a tributación se aplicará la normativa fiscal.

Deberá tenerse presente, por tanto, que nos movemos en diferentes esferas normativas cuya aplicación no vendrá determinada por criterios de jerarquía sino por razón de la materia y cuyos criterios no serán siempre coincidentes.

2. ORDEN CIVIL DE PRELACIÓN DE FUENTES

Cuando estemos ante un usufructo de fondos de inversión en Aragón, el orden de prelación de fuentes aplicable como consecuencia de la interacción de los artículos 3.1 y 90 de la ley 2/2003 será el siguiente²¹:

La transmisión de las participaciones, la constitución de derechos limitados u otra clase de gravámenes y el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas se regirá por lo dispuesto con carácter general para los valores negociables.

²⁰ Así lo entiende AGUSTÍN TORRES, «Usufructo sobre participaciones...», *op. cit.*, pp. 13 y MARTÍNEZ DE BEDOYA, C., «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos», *ADC*, vol. LV, nº II, 2002, pp. 660 y 661. Esta última autora defiende como solución intermedia ante la ausencia de normativa foral o de una reforma del CC que recogiera expresamente este usufructo, la aplicación por analogía de alguno de los usufructos especiales del CC, en concreto el usufructo de montes del 485, posibilidad que examinaremos en páginas posteriores.

²¹ En el artículo 75.1 de la C.A., hoy derogado por la ley 2/2003, el orden de fuentes e interpretación se establecía de un modo taxativo en sede de viudedad: *1. El derecho de viudedad se rige, en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, las disposiciones de este título y las del Código civil.*

En la ley 2/2003 dicho orden no aparece reflejado en artículo concreto, y deberá deducirse de los artículos siguientes:

Artículo 3. Principio de libertad de regulación: 1. Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio standum est chartae. 2. Las normas de los artículos 1, 2, 4 a 8 y 12 son imperativas.

Artículo 90. Pactos 1. Los cónyuges pueden pactar en escritura pública o disponer de mancomún en su testamento la exclusión o limitación del derecho de viudedad, para los dos o para uno sólo de ellos, o regularlo como libremente convengan. Antes del matrimonio, los pactos entre contrayentes habrán de constar en capitulaciones matrimoniales. 2. Pueden asimismo pactar en escritura pública la exclusión del derecho expectante de viudedad, conservado para su caso el de usufructo viudal. 3. Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en el sentido más favorable a la misma.

A) Regulación establecida por pacto ya sea en escritura pública, testamento o capitulaciones matrimoniales según los casos.

B) Ley 2/2003. Artículo 118 relativo al usufructo de fondos junto con el 117 del usufructo de dinero por remisión específica del apartado 3º del 118, así como toda la normativa general de la viudedad del título V.

C) Por último, el Código civil en tanto que Derecho supletorio del Estado²².

Estamos, en consecuencia, ante una regulación de carácter dispositivo, pues las partes podrán pactar otra cosa con los únicos límites del *standum est chartae* (art. 3 de la Compilación y 3.1 de la ley 2/2003), es decir, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho Aragonés²³.

Debe destacarse pues en materia de fuentes el papel preponderante de la voluntad de las partes y la extraordinaria importancia de que sea lo más exhaustiva y detallada posible en el caso de que existiera título constitutivo. Y no deberá de olvidarse, por último, en relación a la interpretación de las cláusulas relativas a la viudedad, el principio aragonés del *favor viduitatis*, en virtud del cual se entenderán siempre en sentido favorable a la misma, dando preferencia al derecho del viudo²⁴.

²² Tal y como se refleja en la Exposición de Motivos, la voluntad del legislador de la ley 2/2003 ha sido construir normas propias junto con un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los del Código, de tal modo que sólo se tenga que recurrir a él en el sentido del artículo 1.1 de la CA, es decir, en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

Como apunta BAYOD LÓPEZ al analizar esta cuestión, el CC se deberá aplicar cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico aragonés y su regulación presente deficiencias. Será preciso previamente constatar la existencia de una laguna en nuestro ordenamiento, 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 solución al caso, *Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés*, Actas de los octavos encuentros del foro de Derecho Aragonés, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 78; e, igualmente, «El artículo. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil Aragonés)», *RDCA*, V, n.º 2 (Zaragoza), 1999, p. 124.

De cualquier modo, la aplicación en esta materia del Código civil será escasa, ante la ausencia de normas concretas que contemplen las peculiaridades del usufructo que nos ocupa.

²³ Podría darse el caso de algún fondo en cuyo reglamento aparezca algún tipo de regulación acerca del usufructo de sus participaciones y creara dudas acerca del orden expuesto. Si se trata de *relaciones internas* usufructuario-nudo propietario, deberá estarse en primer lugar a lo establecido en el título constitutivo, aunque fuera contrario a lo estipulado en el reglamento en virtud del orden de prelación antedicho; en segundo lugar y en defecto de dicho título, se aplicaría el artículo 118 de la ley 2/2003 y solamente en lo no contemplado por él tendría aplicación un eventual reglamento del fondo que abordara este tema, quedando el Código civil con un uso muy residual dada la singularidad de este usufructo. Pero para las *relaciones externas* entre partícipes y Sociedad Gestora y Depositaria se estará siempre a lo dispuesto en el Reglamento del fondo aunque existiera título constitutivo divergente, pues se trata de una materia absolutamente ajena a la esfera civil.

²⁴ Artículo 90.3 de la ley 2/2003 y, con igual redacción, en el derogado 75.2 de la C.A.

V. EXAMEN DEL ARTÍCULO 118

El artículo 118 de la ley 2/2003 dispone:

1. En los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos, corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo.

2. La facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario. No obstante, el usufructuario podrá disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme el apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad obtenida.

3. Obtenido el reembolso por el nudo propietario y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte del importe obtenido que no corresponda al viudo.

Vamos a analizar el contenido de cada párrafo:

1. IDENTIFICACIÓN Y OBJETO

En los productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía obtenida al tiempo del reembolso, como los fondos de inversión acumulativos.....

Dicho principio venía ya recogido en el Apéndice, cuyo artículo 64 señalaba que la viudedad legal podría hacerse universal mediante pacto y establecía una serie de presunciones a su favor que suponía llevar implícito ese *favor viduitatis*, con lo que toda interpretación venía orientada a conseguir una extensión del usufructo a aquellos bienes que dudosamente se les podía aplicar. Al recoger la Compilación el principio de viudedad universal como derecho positivo, no tiene sentido realizar una interpretación sobre algo que se ha conseguido, y así, la interpretación irá en relación con el hecho de que mediante pacto se pueda restringir o incluso hacer desaparecer esta viudedad universal, cobrando de este modo más importancia de la que tenía anteriormente y siendo en la interpretación de la voluntad de las partes en la que intervendrá el principio expuesto, al objeto de reducir en todo lo posible las restricciones y limitaciones que se le impongan. Los tribunales, al interpretar la voluntad de las partes, aplicarán el *favor viduitatis* al objeto de mantenerla en los cauces convenidos, pero siempre dando preferencia al derecho del viudo.

De todo ello se deduce que las cláusulas restrictivas a la viudedad son de interpretación estricta y se entenderán a favor de la mayor extensión de la viudedad o, en su caso, de la subsistencia de la misma, invalidando aquellas condiciones o cláusulas que, por ilegales o por ir en contra de las normas de derecho imperativo, pongan cortapisas a la institución de la viudedad aragonesa, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, comentario a artículos 72 a 86 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigido por Manuel Albadalejo, tomo XXXIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 316 y 317.

Ver igualmente la interesante sentencia del TSJA de 11 de julio de 1994 respecto al contenido y alcance que en la viudedad tiene este principio.

Teniendo en cuenta esta proposición quizás podemos afirmar que existe una discordancia entre el título del artículo 118 que reza «usufructo de fondos de inversión» y su apartado primero que hace referencia a «productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía obtenida al tiempo de reembolso como los fondos de inversión acumulativos». Dentro del amplio abanico de productos financieros, si nos centramos en los que su rentabilidad sea como la mencionada, mayoritariamente deberemos referirnos a fondos de inversión acumulativos. Pero no habrá que perder de vista que existen otros productos que en todo o en parte su rentabilidad es igualmente una plusvalía al tiempo del reembolso²⁵ y que

²⁵ Existe una gran diversidad de productos financieros que podrían encajar de algún modo en el enunciado del artículo 118: Unit linked, fondos de fondos, fondos multigestionados, depósitos referenciados, fondos garantizados etc. Vamos a relacionarlos con el tema objeto de nuestro estudio (conceptos tomados de las páginas web <http://www.inverco.es>; <http://www.ahorro.com>).

1) *Unit Linked*: esta figura, que podríamos traducir como «seguro de inversiones vinculadas» se soporta jurídicamente en un seguro de vida y permite a sus tomadores elegir y cambiar el soporte de la inversión sin tributar por cada modificación efectuada y sin que exista obligación por parte de la Compañía de seguros de garantizar un rendimiento mínimo. El riesgo de vida (entera o mixta) lo asume la Sociedad aseguradora y el de la inversión el tomador de la póliza, que podrá ordenar cambios en su composición siempre y cuando queden posibilitados en las condiciones generales de la misma.

Son productos con larga historia en países de nuestro entorno geográfico cercano pero que han motivado 1999 lo clarificó y aceptó. La ley 30/1995 de ordenación del Seguro Privado la regula y los califica fiscalmente de seguro a todos los efectos.

En cualquier caso, sería dudoso afirmar con propiedad que cabe constituir un usufructo sobre los fondos de un Unit Linked, no sólo porque aquí lo que se contrata es, exclusivamente, un seguro de vida sino porque además el partícipe no es el tomador sino que lo es la Compañía de seguros. Sí sería factible establecer varios beneficiarios y constituir algo similar en sus efectos al usufructo, fijando que una persona sea beneficiaria de un porcentaje concreto de los rendimientos obtenidos y pudiendo, en consecuencia, ordenar movimientos entre los distintos fondos de la cartera. Así lo entiende MARTÍNEZ DE BEDOYA, *op. cit.*, pp. 707 a 709, que asimila por analogía este beneficiario parcial a un usufructuario.

Ante la nueva situación del mercado de fondos propiciada por la posibilidad de trasladar la inversión de un fondo a otro sin coste fiscal inmediato, todas las entidades financieras han realizado grandes esfuerzos por potenciar y optimizar su oferta de fondos con el objetivo no solamente de fidelizar a sus partícipes sino de, si es posible, aumentar su cuota de mercado. Entre la gama de productos ofertados como consecuencia de ello resaltan los fondos de fondos y, más recientemente, los fondos multigestionados.

2) *Fondos de fondos*: distribuyen a su vez el dinero en otros fondos con diversos perfiles gestionados, habitualmente, por una sola gestora y, por tanto, con una diversificación limitada. Se trata de combinaciones que se realizan mezclando fondos de diferente tipología, buscando un rendimiento a medio plazo y en el intermedio compensaciones de los riesgos.

3) *Fondos multigestionados*: aquí el inversor sí contrata con gestores distintos especializados cada uno de ellos en diversos tipos de activos, áreas geográficas o sectores específicos, estableciendo unos límites de inversión entre las diferentes categorías de aquellos. Se permite de este modo un importante salto cualitativo, pues el gestor distribuirá la inversión entre los fondos que crea más convenientes en cada momento, dependiendo de las expectativas de los diferentes mercados. El producto, aunque similar a los Unit Linked en su concepción, incorpora algunas ventajas como el asesoramiento al partícipe durante toda la vida de la inversión y la ausencia de comisiones por los cambios que se realicen respecto a la misma.

Tanto los fondos de fondos como los multigestionados no ofrecerían problemas en relación a un eventual usufructo. Pero existen otros productos financieros en los que se devengan intereses

además nos encontramos en un campo con una fortísima competencia y por ello en constante evolución²⁶.

... corresponde al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo»

Cuantifica la parte de revalorización del fondo que corresponde al usufructuario durante su período de permanencia en el fondo y e indica el modo

acumulativos que, a diferencia del resto de fondos, tienen un vencimiento fijo. Son los depósitos referenciados y los fondos garantizados.

4) *Depósitos referenciados*: suelen estar compuestos de una parte a tipo fijo y otra vinculada a la rentabilidad de un índice bursátil, a la media de la rentabilidad de determinados valores cotizables en bolsa o de uno o varios fondos. Esta parte referenciada suele tener un vencimiento fijo y no es disponible hasta ese momento, pero va devengando intereses o plusvalías en su caso que, si las hubiere, se van acumulando al capital inicial. Se trata de un producto novedoso, que ha tenido gran aceptación en el sector bancario y sobre el que van surgiendo distintas versiones.

5) *Fondos garantizados*: es una estructura financiera por la que o bien un tercero o bien el mismo fondo aseguran al partícipe la recuperación de la totalidad o de un porcentaje suscrito más una cuantía mínima de beneficio en un plazo concreto. Su estructura tradicional consiste en destinar la mayor parte del capital (90% o más) a bonos con cuyos intereses se recupera al vencimiento el 100% de la inversión. Con el resto se adquieren productos derivados que son los que ofrecen ese plus de rentabilidad. Los acusados descensos y la inestabilidad de los mercados bursátiles en los últimos años han contribuido a que los fondos garantizados hayan sido elegidos por todos aquellos inversores que, huyendo del riesgo, buscaban obtener una mayor rentabilidad que la obtenida por la renta fija. Lo cierto es que esta categoría de fondos ha sabido adaptarse a estas situaciones cambiantes del mercado y acapara cerca de la cuarta parte del dinero invertido en nuestro país. Como contrapartida, suelen tener generalmente altas comisiones si se reembolsan antes de la finalización de la garantía.

En los depósitos sería perfectamente posible la constitución de un usufructo sobre la parte referenciada, en tanto que los intereses que vaya dando se van acumulando al capital inicial, pero presenta el problema de no ser posible efectuar reembolso alguno (ni parciales ni totales). Cabría preguntarse aquí si dado que esa parte está garantizada, y por lo tanto no pueden producirse ninguna minusvalía, en el caso de existir ganancias podríamos aplicar el régimen de usufructo de fondos del 118. Obviamente su rentabilidad es una plusvalía obtenida, en este caso, al vencimiento; pero podría cuestionarse si no quedaría en este supuesto un tanto desdibujada esa protección al cónyuge viudo que parece inspirar dicho artículo. Quizá no sería recomendable, en mi opinión, constituir usufructos en los que luego no fueran posibles los reembolsos parciales.

Caso algo distinto sería el de los fondos garantizados, puesto que, por lo menos, sí es posible, aunque con fuertes penalizaciones, los reembolsos antes de la finalización de la garantía; y, aunque desde luego no sería recomendable que el usufructuario se fuera cobrando las plusvalías que le corresponden anualmente dadas las elevadas comisiones, tendría una mayor protección sobre los depósitos referenciados, no sólo porque podría solicitar al nudo propietario el reembolso total antes de la garantía si estimase que la cobertura de ésta se ha quedado fuera de mercado sino porque también, en el caso de pérdidas, el efectivo que se reciba como compensación por no haberse llegado a la rentabilidad garantizada es un rendimiento de capital mobiliario susceptible de ser recibido por él en proporción a su derecho.

²⁶ Deberá tenerse presente el principio aragonés arriba mencionado del «*favor viduitatis*» del artículo 90.3 de la ley 2/2003 y entender las cláusulas testamentarias sobre la viudedad en un sentido favorable a la misma de cara a nuevos productos financieros que, a buen seguro, irán surgiendo en un futuro no muy lejano. Creo bastaría con que una parte de los mismos produjera rendimientos y se fueran reinvertiendo sucesivamente, acumulándose a los anteriores, y que fuera posible algún tipo de reembolso para que pudieran aplicarse sin problemas las reglas del 118.

de efectuar su cálculo. Se mencionan sólo *diferencias positivas*, quedando descartados por tanto eventuales valores negativos que se pudieran producir²⁷.

Partiendo en cualquier caso del valor inicial actualizado, la plusvalía resultado de restar aquél *al inicio del usufructo y el que tenga al producirse el reembolso o la extinción del usufructo* será para el viudo usufructuario²⁸.

2. FACULTAD DE REEMBOLSO

«La facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario. No obstante, el usufructuario podrá disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme al apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida.»

Indica el párrafo 2º al comienzo que *la facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario*.

La titularidad de las participaciones corresponde, en la esfera civil, al nudo propietario; en consecuencia, y siempre salvo pacto en contrario pues no debe olvidarse el carácter dispositivo de la norma, solamente él podrá exigir el reembolso²⁹, ya sea total o parcial. Por tanto, mientras no ejercite este derecho, el

²⁷ Ver en igual sentido la ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre reguladora de los derechos de usufructo uso y habitación en su artículo 27 1. *En el usufructo de participaciones en fondos de inversión, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos positivos que produzcan estas participaciones desde que se constituye el usufructo hasta su extinción* 2. *El valor negativo eventual de los rendimientos no genera obligaciones del usufructuario hacia el nudo propietario.*

La ley catalana recoge expresamente, a diferencia de la aragonesa, en su artículo 27.2 *la exclusión de los valores negativos* de la esfera del usufructuario.

²⁸ Deberá tenerse presente que la constitución del usufructo podrá realizarse a la vez que la suscripción del fondo o en un momento posterior. En cualquier caso, la cuestión de minusvalías o plusvalías dependerá exclusivamente del momento concreto en que se efectúe la valoración del patrimonio del fondo.

²⁹ Igual criterio se desprende de la normativa fiscal, puesto que el artículo 77 de la ley 18/1991 de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas imputa en la parte general o especial de la base imponible *de los partícipes* de las Instituciones de Inversión Colectiva las ganancias o pérdidas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la transmisión de participaciones o de reembolso de estas últimas, entendiéndose como partícipe *exclusivamente al nudo propietario* y pudiendo sólo él solicitar el reembolso; y, en igual sentido, ver entre otras, las resoluciones de la Dirección General de Tributos 16 de mayo de 1996, 28 de mayo y 8 de octubre de 1998, 30 de noviembre de 2000 y 24 de septiembre de 2001.

Sin embargo, en el ámbito de la normativa de instituciones de inversión colectiva, el criterio no es del todo coincidente. El artículo 5 LICC recoge que: *1. La condición de partícipe se adquiere mediante la realización de la aportación al patrimonio común (...) 3. La condición de partícipe confiere derechos reconocidos en esta ley, en su normativa de desarrollo y en el reglamento de gestión del fondo, y serán, como mínimo, los siguientes: a) Solicitar y obtener el reembolso del valor de sus participaciones.*

Quien suscribe inicialmente es el premuerto y él es el que adquiere la condición de partícipe. Tras su fallecimiento, nudo propietario y usufructuario se subrogan en la posición que aquel ostentaba, adquiriendo vía *mortis causa* nuda propiedad y disfrute respectivamente. A efectos de las Gestoras, tanto usufructuario como nudo propietario son partícipes puesto que ambos podrían, en principio, *solicitar y obtener* el reembolso, si bien sería una cuestión muy distinta *el modo* de hacer-

usufructuario no percibe rendimientos, los cuales podría ver definitivamente frustrados si se diera la extinción del usufructo con anterioridad al reembolso.

Para evitarlo, el 118 da la posibilidad al viudo de *disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme al apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida*.

Es decir, se le da la facultad al usufructuario de cobrarse las plusvalías que le corresponden en participaciones del fondo. De la redacción del artículo se desprende que se trata de algo potestativo para el viudo pero obligatorio para el nudo propietario si aquél se lo demandara. De este modo se elimina la posibilidad más arriba citada de que el usufructuario no pudiera hacer efectivo su derecho, pues si el único cauce era esperar a la desinversión, se dejaba abierta la posibilidad de una eventual inoperancia del usufructo si se extinguía antes del reembolso, lo cual resultaba a todas luces incompatible con la propia naturaleza del derecho en tanto que uso y disfrute de bienes ajenos y dejaba al viudo en una clara situación de indefensión.

Esta es la situación que se daba en Aragón con anterioridad a la promulgación de esta ley y a la que el artículo 118 intenta dar una solución que evite dejar al usufructuario totalmente a merced de la decisión del nudo propietario de efectuar el reembolso o no.

3. DESACUERDO EN LA REINVERSIÓN.

REMISIÓN AL USUFRUCTO DEL DINERO DEL ARTÍCULO 117

«Obtenido el reembolso por el nudo propietario y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte del importe obtenido que no corresponda al viudo.»

El tercer párrafo del artículo 118 parte de la premisa de un reembolso por parte del nudo propietario y un posterior desacuerdo en la reinversión del montante obtenido con el usufructuario, estableciendo una remisión específica a la regulación del usufructo de dinero del artículo 117³⁰ a la parte del importe obtenido que no corresponda al viudo.

lo. Normalmente, las Gestoras suelen exigir con carácter general firma conjunta porque es lo más seguro de cara a evitar conflictos. No obstante, puede ser esta cuestión objeto de regulación en el título constitutivo del usufructo; y en caso de que fuera discrepante con lo establecido por la Gestora en el reglamento del fondo, prevalecería lo recogido en este último solamente en lo relativo al ejercicio formal y externo del reembolso pero nunca respecto al reparto posterior del montante obtenido, que pertenecería ya a la esfera civil del usufructo.

³⁰ Artículo 117. *El viudo tendrá derecho a los intereses que produzca el dinero. También podrá disponer de todo o parte del mismo. En este caso, el viudo o sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto.*

Apunta la Exposición de Motivos de la ley 2/2003 que este usufructo de dinero se configura como un cuasiusufructo, por lo que el viudo podrá disponer, si quiere, del capital, con obligación de restituir su valor actualizado. Es un artículo muy favorable al cónyuge viudo aragonés, siendo

El reembolso del fondo no supondrá en ningún caso la extinción del usufructo y podrá ser total o parcial. En ambos casos se podría optar por la continuidad o no del usufructo sobre la parte reembolsada. Sin embargo, aquí el sentido del artículo no es tendente hacia la continuidad, sino todo lo contrario, puesto que parte de una ausencia de concordancia de voluntades usufructuario-nudo propietario en el destino siguiente de la inversión. Por tanto, el viudo se quedará con las plusvalías que le correspondieran desde la constitución del usufructo hasta dicho reembolso y, respecto a la parte del nudo propietario, podría disponer de ella con tal de que, al tiempo de extinguirse el usufructo, repusiera él o sus herederos el valor actualizado del dinero utilizado, en aplicación de las reglas del usufructo de dinero del artículo 117³¹.

novedoso que se pueda gastar el dinero sin necesidad de consentimiento del nudo propietario y sin decir en qué. Por intereses deberá entenderse los rendimientos del dinero; y, por dinero, el depositado en libretas y cuentas de ahorro a la vista junto con las imposiciones a plazo, quedando fuera de su ámbito de aplicación los valores cotizables en bolsa y los fondos de inversión, si bien, como apunta LACRUZ, «también deberían asimilarse los títulos valores (que no sean acciones de sociedades), como por ejemplo un cheque, un pagaré o una letra de cambio, habida cuenta de su analogía económica y funcional con el dinero» LACRUZ, José Luis, *Elementos del Derecho Civil*, III, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 78.

El régimen jurídico aplicable al usufructo de una suma de dinero comúnmente admitido es el del cuasiusufructo, ya que se da al dinero la consideración de cosa consumible. Sin embargo, la aplicación de dicho régimen, tal y como pone de relieve MONSERRAT VALERO, A. («El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil*, 1992 (3) pp. 423 a 429) puede plantear dos serios inconvenientes para el nudo propietario: la desprotección de éste y los efectos perjudiciales de una posible inflación. Respecto al primero, y según la construcción tradicional, este usufructuario deviene en propietario y el nudo propietario en acreedor de aquel de la suma actualizada del dinero existente al inicio. El usufructuario puede destinar el dinero a lo que quiera y se habrá convertido en un mero deudor del nudo propietario de dicha suma pero no de los bienes que haya podido adquirir. Por tanto, la condición del nudo propietario, como mero acreedor, es menos firme que si le concediésemos la nuda propiedad del bien adquirido. Si se trata de un usufructo con fianza, esta posición no sería tan perjudicial; pero en la ley aragonesa nada se dice respecto a la misma, con lo cual la posición del nudo propietario es aún más delicada, siendo que además, en un porcentaje muy elevado de casos, será el hijo/s del viudo.

El otro problema que plantea el autor es el de la inflación que en el 117 quedaría solucionado, al menos en principio, pues se habla de un *valor actualizado* al inicio del usufructo. Quedaría la cuestión de la elección de un índice concreto de actualización puesto que la ley no lo determina.

³¹ Esta es la solución adoptada también por la ley catalana en su artículo 27.4º ante la falta de acuerdo nudo propietario-usufructuario:

Artículo 27.4. Si el nudo propietario exige el reembolso total o parcial de las participaciones antes de extinguirse el usufructo, la reinversión del capital obtenido una vez liquidados los derechos del usufructuario y, si procede, los del nudo propietario, se deben hacer de acuerdo con lo que establece el título constitutivo o con lo que, por acuerdo mutuo, pacten el nudo propietario y el usufructuario. De otro modo se convierte en usufructo de dinero, sin perjuicio, en el caso de reembolso parcial, de que se mantenga el usufructo sobre las participaciones no reembolsadas.

Pero la diferencia con la norma aragonesa es que en el usufructo de dinero catalán la elección del destino del dinero va a estar marcado por la constitución o no de fianza por parte del usufructuario:

Artículo 26 1. En el usufructo de dinero, el usufructuario tiene derecho a los rendimientos que produce un capital en dinero. 2. Si el usufructuario ha constituido fianza, puede dar al capital la destinación que considere conveniente y tiene la obligación de devolver la cantidad de dinero equivalente a este capital al extinguirse el usufructo. 3. Si el usufructuario está eximido de constituir fianza o no la puede constituir, debe poner

VI. REFLEXIONES PRÁCTICAS

La introducción de esta regulación en la legislación aragonesa supone una innovación de gran importancia al abordarse por vez primera una cuestión que venía planteando problemas desde hacía tiempo. El afán de búsqueda de seguridad jurídica y la protección del cónyuge viudo están, sin ninguna duda, presentes en la regulación del artículo 118.

Sin embargo, quedan aspectos relevantes más prácticos que teóricos en los que el artículo o bien no queda definido con total precisión o bien directamente omite regular y que podrían crear problemas en su posterior aplicación.

1. EL ÍNDICE DE ACTUALIZACIÓN

El artículo 118.1 atribuye al viudo la diferencia positiva entre el importe actualizado del valor al comienzo del usufructo y el del momento del reembolso o extinción del usufructo. Debemos partir del importe actualizado de su valor pero nada menciona el artículo acerca del modo de realizar dicha actualización³². En el ámbito fiscal se toma normalmente como índice de referencia en estos casos el deflactor del I.P.C. mientras que en el jurídico se usa cotidianamente el tipo del interés legal del dinero. Problema añadido supone además que el segundo es siempre superior al primero con lo que de la aplicación de uno u otro los resultados obtenidos podrían variar significativamente dando lugar a una cierta inseguridad jurídica. Podríamos encontrar una solución realizando una aplicación extensiva del artículo 102.3^o referido al usufructo de explotaciones económicas, única mención que se hace en toda la ley 2/2003 a alguna clase de actualización y aplicar el I.P.C.³³.

2. COMISIONES

Nada se señala en la ley acerca de quien se hace cargo de las comisiones del fondo³⁴. Pueden ser de suscripción, reembolso, gestión y depósito y debe-

el capital a interés con el acuerdo del nudo propietario o, si falta el acuerdo, con autorización judicial, y en cualquier caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital objeto del usufructo.

³² De igual modo el legislador de la ley 2/2003, al regular el consorcio conyugal y enumerar los bienes comunes, en el art. 28.2.h) utiliza similares términos, pero tampoco hace mención alguna al modo de realizar la actualización: « *La diferencia positiva entre el importe actualizado del valor al ingresar en el patrimonio privativo y el que tengan al producirse el reembolso o disolverse el consorcio conyugal de los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos* »

³³ Artículo 102.3. « *La renta se actualizará anualmente en función de las variaciones del índice general de precios al consumo y se extinguirá por las mismas causas que el usufructo viudal* ».

³⁴ Estamos ante una cuestión de vital importancia para el partícipe pues constituye un criterio fundamental para optar por un fondo u otro. Conocerlas le permite no sólo saber lo que le

rán figurar en el reglamento de los fondos. Las de suscripción y reembolso se cobran directamente al partícipe de forma individual cuando compra o vende sus participaciones, y las de gestión y depósito son las que cobran las entidades gestora y depositaria respectivamente por sus labores de custodia y control, calculándose diariamente según los porcentajes que consten en el folleto explicativo y con cargo al propio fondo, disminuyendo su rentabilidad³⁵.

La ley 2/2003 habla con carácter general en el artículo 112 de *gastos y mejoras* en el usufructo viudal, indicando que deberán ser con cargo al usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias. Extrapolando dicho artículo al usufructo de fondos, y ante la ausencia de regulación más específica, considero deberá entenderse por tanto que el viudo soportaría las comisiones de gestión y depósito, es decir, los relativos a la obtención de plusvalías, pero no los de suscripción y reembolso definitivo, necesarios para la puesta en marcha o la finalización de la inversión, pues ambas dependerán exclusivamente, como hemos visto anteriormente, del partícipe, y tanto a efectos civiles como fiscales, lo es exclusivamente el nudo propietario³⁶.

cuesta entrar en un fondo sino también constatar las características del mismo, ya que los gastos se adecuan al tipo de producto. Por ejemplo, los FIAMM no cobran comisión de reembolso ya que uno de sus principales atractivos es la posibilidad de entrar y salir fácilmente sin ninguna penalización. Por el contrario, los FIM, especialmente los fondos de rentabilidad garantizada y los de renta variable, tienden a aumentar los gastos por la retirada del capital invertido. La presencia de este tipo de comisiones es determinante y sirven para desincentivar las operaciones especulativas a corto plazo con estos productos.

De cualquier modo, ahora, con el nuevo marco fiscal que permite el cambio de fondo sin tributar, los gastos pesan más que nunca a la hora de elegir. Pero una baja comisión solamente será ventajosa si se traduce en una mayor rentabilidad del fondo. Si no es así, a un partícipe le puede interesar pagar más si el gestor logra batir al mercado.

Por otro lado, a diferencia de otros productos financieros en los que el pequeño inversor sale peor parado que el grande, las comisiones que cobran las gestoras de los fondos nacionales no dependen del volumen de la inversión sino que son iguales para todos los partícipes; sí son distintas dependiendo de la gestora y del tipo de producto, aunque existe un tope máximo por la administración del capital de sus clientes.

No obstante, algunas gestoras aplican menores comisiones a los fondos que tienen una superior inversión mínima requerida. Así, benefician a sus clientes de mayor patrimonio con un menor cobro de aquéllas.

³⁵ Todos los fondos tienen obligación de publicar periódicamente sus comisiones de gestión y depositaria, cuyo importe se periodifica y ya va deducido del valor liquidativo diario del fondo. Sin embargo, existen otros costes como los gastos de auditoría, comisiones por operaciones bancarias, tasas, etc. que también deben ser pagados por el fondo con cargo a su patrimonio, repercutiendo, en consecuencia, sobre su rentabilidad final y que habitualmente pasan desapercibidos para el inversor.

A partir de la entrada en vigor de la actual LIIC en el 2003, para aportar a los partícipes una mejor información sobre los costes de cada fondo y facilitar una comparación en términos reales entre ellos, todas las entidades deberán informar trimestralmente del coste que representan los gastos totales pagados por el fondo expresados de igual modo que el resto de las comisiones, es decir, en tanto por ciento sobre el patrimonio. Este porcentaje se conoce por TER (en inglés, *total expense ratio* o ratio de gastos totales), ya habitual en otros países europeos, y muestra notables diferencias entre fondos.

³⁶ En la misma línea la ley catalana recoge en su artículo 32 que las comisiones de suscripción y reembolso por extinción del fondo o por reembolso anticipado son a cargo del nudo pro-

No debemos olvidar, sin embargo, que el viudo puede optar por la vía del artículo 118.2 y solicitar reembolsos parciales para cobrarse las plusvalías que le corresponden. Las comisiones derivadas de los mismos son producto de decisiones que benefician al usufructuario exclusivamente con lo que, si bien en un principio las soportaría el nudo propietario puesto que sólo él puede rembolsar salvo pacto en contrario, deberán ser objeto de compensación entre ellos en el momento de la liquidación del usufructo.

En la práctica las comisiones soportadas por el fondo (gestión y depósito) afectarán a los sujetos del usufructo tan sólo en el momento del reembolso, minorando las cantidades que reciban; la de suscripción afectará al nudo propietario pues la Gestora se la descontará de la cantidad solicitada³⁷, ocurriendo lo mismo con la de reembolso, si bien ambas incidirán, indirectamente, de modo evidente en la cantidad definitiva que perciba el viudo en el momento de la liquidación.

En relación a la misma, deberá tenerse presente la regla del 111 de la ley, común también con la liquidación de frutos, en virtud de la cual la liquidación de los gastos de producción —aquí comisiones de gestión y depósito— se harán en proporción a la duración en el respectivo derecho.

Cabría plantearse qué pasaría si, al tiempo de la liquidación del usufructo, el viudo no está conforme con el montante percibido y entiende que ha soportado comisiones que no le corresponden. Pues bien, el apartado 2 del 112 faculta al usufructuario para solicitar que se le abonen «*los gastos necesarios y útiles que no sean de su cargo*», pudiendo optar el nudo propietario por «*satisfacer el importe de los gastos o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa*».

El problema de la aplicación de dicho artículo al usufructo de fondos es que da al usufructuario como medida cautelar la posibilidad de «*retener la cosa hasta que se satisfagan*», puesto que en materia de fondos de inversión acumulativos, el *ius possidendi* propio del usufructo está desdibujado, primero porque no existe la *traditio* o entrega de la cosa usufructuada y segundo porque la idea clásica de posesión como tal no se da tampoco³⁸, ya que las facultades inhe-

pietario y las de gestión o reembolsos parciales para hacer efectivos rendimientos presuntos, a cargo del usufructuario.

De igual modo, en el informe emitido por la DGRN acerca del régimen jurídico del usufructo de participaciones de fondos de inversión con motivo de la consulta de la DGT de 8 de octubre de 1998, comentado en el apartado dedicado a la situación previa a nuestra ley aragonesa, se afirma que con base en los artículos 356, 452, 472, 510 y 512 CC corresponde al usufructuario el abono de los gastos, quebrantos o comisiones que sean necesarios o simplemente útiles para la percepción de beneficios pero no los iniciales en el momento de la constitución del usufructo.

³⁷ La excepción vendría en aquellos supuestos en los que la suscripción del fondo y la constitución del usufructo son simultáneas, pues en este caso nudo propietario y usufructuario soportarían de inmediato la comisión de suscripción en proporción a su derecho.

³⁸ No existe propiamente un *uso* de las participaciones porque no es algo material susceptible de una utilización que reporte algún servicio, ni tampoco son susceptibles de la *posesión* en sentido clásico por su titular, RICO ARÉVALO, B. «Procedimiento de suscripción y reembolso de las par-

rentes a nuda propiedad y usufructo no recaen sobre la participación del fondo entendida como algo material y susceptible de *uso* sino que recaen sobre su valor acumulado y son de contenido meramente económico.

Por este motivo, y porque la administración y gestión corresponden a las entidades Gestora y Depositaria, podría pensarse aquí que estarían facultadas para intervenir de algún modo. Pero no debe olvidarse que ellas velan exclusivamente por el ejercicio formal y externo de los reembolsos y que estamos, sin embargo, ante una cuestión estrictamente civil, perteneciente a esa esfera interna usufructuario-nudo propietario comentada en el sistema de fuentes de la que aquéllas son totalmente ajenas³⁹. Creo que lo más prudente sería, puesto que estamos ante una materia dispositiva, una regulación detallada por parte de los interesados que zanjara de antemano eventuales problemas futuros que bien podrían plantearse al tiempo de la liquidación⁴⁰.

3. CÓMPUTO DEL TIEMPO

Otra omisión de la ley es la referida al tema del cómputo del tiempo por lo que respecta tanto a los reembolsos parciales del 118.2 para el cobro de las plusvalías como para la exigencia del pago por parte del usufructuario una vez realizado el reembolso final.

A) *Reembolsos parciales*

El 118.2 faculta al usufructuario a disponer *con periodicidad anual* de aquellas participaciones del fondo que fueran equivalentes a las plusvalías que le corresponden pero nada dice acerca de cómo debe realizarse el cálculo del año, si de fecha a fecha o bien año natural.

Sin embargo, el 111 al hablar de liquidación de frutos naturales, industriales y civiles del usufructo vidual durante el correspondiente periodo productivo,

ticipaciones (II): La cotitularidad en las participaciones de fondos de inversión», *Actualidad financiera*, 1995, p. 1450.

³⁹ Su papel sería el de garante y protector de los derechos del usufructuario ante los titulares legítimos o propietarios (partícipes) pero no solventar las divergencias que entre ellos pudieran surgir que habrán de ser resueltas por los órganos jurisdiccionales en su caso. Lo más apropiado por parte de Gestora y Depositaria será efectuar el bloqueo de las participaciones en tanto que se resuelva el asunto, y una vez que se dispongan los correspondientes documentos acreditativos, reembolsar las participaciones a quien figure como titular, RICO ARÉVALO, *op. cit.*, pp. 1445 y 1456.

⁴⁰ AGUSTÍN TORRES propone como opciones pactar que el fondo soporte absolutamente todas las comisiones, o bien que las de gestión y depósito las soporte el fondo y las de suscripción y reembolso el nudo propietario o, por último, hacerlo como se estime conveniente pero haciendo constar que las liquidaciones entre propietario y usufructuario serán calculadas, compensadas y abonadas en efectivo al tiempo del reembolso «Usufructo sobre participaciones....», *op. cit.*, p. 33.

Me inclino hacia esta última posibilidad como más equitativa y fácil de aplicar en Aragón sobre todo de cara a los reembolsos parciales y a una mayor protección del viudo en los supuestos más arriba mencionados de discrepancia en la liquidación.

señala que se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. Deberá entenderse por tanto que estaríamos ante frutos civiles, dado su contenido económico, percibidos día a día⁴¹ y que el viudo cobraría cada año comenzando el cómputo el día de la constitución del usufructo y finalizando 365 días después. Este derecho al cobro de los frutos civiles supone para el viudo la obtención, por medio de anualidades vencidas, de las plusvalías que le correspondan en pleno dominio —«*haciendo suya la cantidad así obtenida*» reza el 118.2— hasta el momento del reembolso definitivo o de la extinción del usufructo.

B) Cobro tras reembolso total

Entiendo que en este punto estaríamos, siempre en defecto de pacto, ante uno de los escasos ejemplos de aplicación supletoria del CC en esta materia, en concreto del plazo de prescripción de 5 años que el 1966.3º establece para el ejercicio de las acciones para el cumplimiento de las obligaciones que deban hacerse por años o por plazos más breves⁴².

4. PROCEDIMIENTO DE COBRO Y ATRIBUCIÓN DE PLUSVALÍAS

Tampoco menciona nada la norma acerca de la manera de hacer efectivas las citadas anualidades. El ejercicio formal y externo del reembolso quedaría fuera de la esfera civil; pero no el reparto y liquidación entre el nudo propietario y el usufructuario. Sin embargo, aun perteneciendo a esferas distintas, la interrelación entre ambas resultará determinante para el funcionamiento del usufructo.

⁴¹ La Dirección General de Registros del Notariado en el informe mencionado acerca del régimen jurídico del usufructo de fondos entiende que el derecho de usufructo sobre la participación se extiende a todo rendimiento —fruto civil— que produzca el objeto usufructuado, desde el día en que nace el derecho de usufructo hasta el momento de su extinción con base en los artículos 471, 472, 475, 354 a 357 del CC y, por analogía, artículo 67 L.S.A. y 36 L.S.L.

El artículo 28 de la ley catalana los considera de igual modo frutos civiles y percibidos día a día.

El artículo 355 del Código civil establece una clasificación tripartita de los frutos: naturales, industriales o civiles. Estaríamos, por exclusión, ante estos últimos y es el Código civil en su artículo 474 el que señala que se entienden percibidos día a día, en proporción al tiempo que dure el usufructo, a efectos de su distribución. Por este motivo, tal y como apunta la DGRN en el informe arriba mencionado, no parece aplicable la regla civil del fruto pendiente del 472.3 CC que conduciría a la atribución al nudo propietario de la totalidad del rendimiento al fin del usufructo, en cuanto implica un enriquecimiento no justificado. Aquí el principio de accesión al disfrute se sustituye por un derecho de crédito contra el efectivo perceptor.

⁴² Obsérvese que dicho plazo es coincidente no solamente con el fijado por la ley catalana en su artículo 30.3º sino con el criterio mantenido por la DGRN en el informe mencionado.

Estaríamos ante una acción para exigir el cumplimiento de una obligación de pago (art. 1.966 CC) cuyo plazo de prescripción empezará a correr desde el día en que pueda ejercitarse (art. 1.969 CC) o sea desde el día del reembolso.

En una misma cuenta de un fondo podrán invertir tantos titulares como se desee y, salvo que medie documento en contra, se entenderá que la titularidad es compartida igualitariamente, lo cual es de vital importancia a efectos fiscales, ya que las ventas y su correspondiente imputación de cara al I.R.P.F. afectará por igual a todos los titulares.

Esta cuestión es absolutamente independiente del sistema de reembolsos. Tanto la ley 2/2003 como la normativa fiscal atribuyen la facultad de reembolso al partícipe, identificándolo con el nudo propietario. En la operatoria bancaria habitual, cuando existe un usufructo de fondos, se procede a abrir una nueva cuenta en la que se hace constar la titularidad compartida entre nudo/s propietario/s y usufructuario, exigiéndose, normalmente, firma conjunta para efectuar reembolsos⁴³.

Lo normal es que las Gestoras determinen la necesidad de esta firma conjunta pues es lo más cómodo para protegerse y evitar divergencias. Pero cabrían otras alternativas, puesto que estamos ante un régimen legal dispositivo y las partes podrían pactar reglas del juego distintas que prevalecerían. Lo más adecuado a la finalidad y esencia del usufructo de fondos regulado por la ley aragonesa 2/2003 sería, probablemente, pactar la necesidad de esta firma conjunta para el cambio de inversión pero no para que el usufructuario pudiera reembolsarse anualmente las plusvalías que le correspondieran⁴⁴.

Ahora bien, si así fuera, exigiría un considerable esfuerzo conjunto de las Entidades Gestoras y Depositarias orientado hacia la vigilancia y control de la periodicidad y cuantía correcta de dichos reembolsos que implica, por un

⁴³ Como apunta MARTÍNEZ NADAL, la firma conjunta supondrá la necesidad de la firma de todos y cada uno de los titulares para cualquier acto de disposición, suponiendo un funcionamiento menos ágil pero más controlado. Por su parte, la modalidad indistinta es mucho más operativa pero también supone mucho mayor riesgo pues las órdenes de cualquier cotitular, dentro de los límites del contrato, deben ser cumplimentadas por el Banco y son plenamente vinculantes para los restantes cotitulares. Por eso, la apertura de estas últimas supone tener como base una mutua y recíproca confianza entre todos los titulares «Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal», *RDBB*, n.º 59, Madrid, 1995, p. 722.

Cuando esa confianza desaparece, o existen divergencias entre los titulares de una cuenta o entre los herederos de un titular muerto y el/los titulares supérstites, la autora entiende que cae también la justificación de la gestión solidaria de la cuenta y que es posible el paso a la gestión mancomunada con una simple comunicación al Banco de cualquiera de las partes pp. 746-747.

⁴⁴ Y ello porque el reembolso parcial es una posibilidad ofrecida al usufructuario cuya realización o no es decisión exclusiva suya. Cuestión distinta es un cambio en la inversión. Aquí lo recomendable sería la firma conjunta, no sólo porque la doctrina civilista exige para todo acto de disposición de un objeto sobre el que se haya constituido un usufructo la concurrencia de usufructuario y nudo propietario sino también porque se trata de una decisión de mayor envergadura que afecta a las dos partes. No obstante, creo serían también otras cuestiones a considerar el montante de la inversión y la calidad de las relaciones entre las partes, y si fueran cifras importantes o, aunque no fuera éste el caso, las relaciones no fueran fluidas o estuvieran deterioradas, considero que la firma conjunta sería inexcusable siempre.

En todo caso, si vale con la firma de uno solo, sería cuando menos aconsejable un trámite previo de notificación por cualquier cauce seguro al otro.

lado, que ambas tengan constancia de quien puede reembolsar y en qué condiciones⁴⁵, manteniendo un control directo mientras la inversión sea un depósito vivo y, por otro, la posibilidad de que el usufructuario tenga acceso a información directa acerca del fondo y su evolución⁴⁶.

No debe olvidarse además que, una vez efectuado el reembolso, el líquido resultante se funde con el efectivo preexistente y quedaría sometido al régimen de titularidad de la cuenta vinculada⁴⁷. Lo coherente es que exista una identidad entre ésta y la cuenta de la inversión y no solamente por lo que respecta a los titulares sino también en el sistema de disposición. Y es que, si existieran discrepancias posteriores al reembolso, deberá partirse de la premisa de

⁴⁵ La vigente Orden Ministerial de 30/7/92 sobre precisión de las funciones y obligaciones de los depositarios, estados de posición y participaciones significativas en las Instituciones de Inversión Colectiva es muy clara al respecto. Y así, su apartado 3º dispone: *El reembolso deberá realizarse mediante cheque nominativo, transferencia a una cuenta del titular de las participaciones o entrega de efectivo directamente al partícipe. Y para reembolsar un tercero distinto del titular de la participación, la Sociedad Gestora deberá tener en su poder documento que acredite suficientemente que el partícipe faculta al tercero para actuar en su nombre y recibir el reembolso.*

Si existe dicho documento de autorización, el autorizado actuara en nombre y representación del partícipe en relación exclusivamente a la cuenta del fondo indicada, pudiendo reembolsar en una o varias veces las participaciones de los fondos de referencia y asumiendo los gastos que se deriven de dichos reembolsos, siempre y cuando el líquido resultante se abone en la cuenta de ahorro vinculada.

⁴⁶ El artículo 10.2 del RIIC obliga a la IIC en cumplimiento de sus obligaciones generales de información facilitar a cada partícipe, antes de la suscripción de sus participaciones, de un ejemplar del folleto explicativo con el reglamento del fondo, junto con la última memoria anual y el último informe trimestral publicados. Asimismo, deberán remitir al domicilio indicado por el partícipe los sucesivos informes trimestrales y memorias anuales que se publiquen con respecto al fondo, con carácter gratuito para el partícipe y hasta que éste pierda la condición de tal. Estos documentos se pueden solicitar a la Gestora y a la Entidad Depositaria y pueden ser consultados en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores donde se encuentran inscritos. Vemos pues que en principio la Gestora solamente tiene obligación de facilitar información acerca del fondo al partícipe.

La ley catalana prevé expresamente que si se da el caso de que no se le enviara directamente, el usufructuario pueda solicitarla al nudo propietario por lo que respecta a sus participaciones: *Art. 30 4. El usufructuario, si la entidad gestora del fondo no se la facilita directamente, tiene derecho a recibir del nudo propietario toda la información que la Entidad Gestora le facilite relativa al fondo y a las participaciones usufructuadas.*

Además de esta información inicial, la Gestora o el Depositario deben remitir al partícipe, con una periodicidad no superior a los tres meses en los FIM y a un mes en los FIAMM, un estado de posición del fondo. Éstos se suelen enviar a la dirección de correo asociada a la cuenta de la inversión, que es siempre la del que figure en primer lugar en el orden de titularidad de aquélla.

⁴⁷ Debe tenerse presente que toda la operatoria de un fondo va asociada de manera ineludible a una cuenta corriente o libreta de la entidad comercializadora, donde se anotarán o adeudarán los reembolsos o suscripciones que se realicen. Como afirma RICO ARÉVALO, su titularidad, para evitar problemas, deberá coincidir con la de la cuenta del fondo, variando exclusivamente cuando se produzcan transmisiones en relación a la posición dominical de las participaciones para evitar desviaciones que quedasen al margen del derecho sucesorio o supusieran una donación encubierta con las implicaciones fiscales que conlleva, RICO ARÉVALO, B. «Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): La titularidad en las participaciones», *Actualidad financiera*, 1995-I, pp. F-310, 316 y 317.

que una titularidad indistinta en una cuenta bancaria significa que cualquiera de los titulares puede disponer de la cuenta por sí y ante sí, esto es, con su sola firma y sin contar con los demás⁴⁸ con lo cual el nudo propietario también podría disponer de las plusvalías del viudo una vez figurasen en dicha cuenta⁴⁹. Sin embargo, debe diferenciarse «titularidad» de «propiedad» de tal modo que, aunque cualquier titular pueda disponer de la totalidad del saldo, su eficacia se despliega en el orden jurídico-obligacional sin consecuencias aparentes en lo que atañe a la esfera jurídico-real⁵⁰. Por tanto, quedaría a salvo la responsabilidad del depositario al practicar el reintegro del dinero una vez esté en la cuenta vinculada indistinta con la sola firma de un único titular, independientemente de a quien pertenezca la propiedad del efectivo procedente del reembolso⁵¹. En consecuencia, los eventuales mecanismos de control deberán actuar *antes* de aquél, de cara a evitar situaciones desfavorables para el usufructuario⁵².

⁴⁸ MUÑOZ PLANAS, José M.^a, «Cuentas bancarias con varios titulares», Madrid, 1993, p. 29.

⁴⁹ Y es que el «no propietario» puede disponer también de la cuenta. Pero esto no debe llevarnos al equívoco de pensar que, por tener esa facultad, si la ejercita se convierta en «propietario» de los fondos extraídos. Esa facultad afecta sólo a las relaciones con el banco pero no a las relaciones internas de los titulares, a las que habrá que atenerse para determinar a quien pertenecen los fondos de los que se haya dispuesto, MUÑOZ PLANAS, José M.^a, «Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas», *RDBB*, n.º 45, Madrid, 1992, pp. 22 y 23.

Por otro lado, no plantea dudas en la doctrina tradicional el deber de la entidad bancaria en el caso de las cuentas indistintas de proporcionar a todos y cada uno de los titulares toda la información que requieran sobre el estado de la cuenta y los movimientos que en ella se hayan producido MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, p. 171 y, en igual sentido, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 317 y 318.

Ahora bien, también es cierto que, conforme a las cláusulas tradicionales de los contratos de cuenta corriente y a la jurisprudencia mayoritaria, se entiende que la recepción de dichos datos sin mostrar disconformidad en el plazo pactado equivale a su aceptación.

⁵⁰ EMBID IRUJO, José Miguel, «La cuenta corriente bancaria», *RDBB*, n.º 65, Madrid, 1997, p. 129.

⁵¹ Así se establece específicamente en el artículo 27 del vigente Estatuto de Cajas de Ahorro de 14 de marzo de 1933: *En las libretas o cuentas indistintas, dejando a salvo las disposiciones de carácter fiscal, seguirá entendiéndose que cada uno de los titulares indistintos es propietario de la integridad del saldo que arroje la libreta o cuenta, no pudiendo los derechohabientes del premuerto impugnar el derecho del sobreviviente que, por su parte, quedará obligado a cumplir las disposiciones fiscales.*

En cualquier caso se trata de una norma cuyo tenor literal presenta una desafortunada redacción que puede dar lugar a equívocos. Como ha puesto de relieve en numerosos pronunciamientos el Tribunal Supremo, en ningún caso puede entenderse que va más allá de una simple «cláusula de irresponsabilidad» para la Entidad Depositaria, que quedará libre cuando entregue el saldo total a uno cualquiera de los titulares; pero no puede en absoluto adentrarse en cuestiones relativas a la propiedad de los fondos depositados en la cuenta ni impedir que los herederos del fallecido puedan ejercitar las acciones que le correspondan para reclamar su parte. Y ello porque un artículo estatutario no podrá modificar nunca por razones de jerarquía normativa (9.3 CE) las disposiciones del CC sobre propiedad.

⁵² En supuestos de conflicto, la Entidad Depositaria no se ve involucrada pues nada tiene que decir acerca de una propiedad que, por ajena, no se cuestiona. Su único interés en esos casos será saber a quién debe restituir los fondos acreditados por ser el acreedor legítimo, evitando eventuales responsabilidades por una posible devolución indebida. La posición del Banco es aquí de pura expectativa a la espera de un arreglo amistoso o de una resolución judicial que defina los derechos de cada cual. Todo ello sin perjuicio de su derecho a consignar los activos discutidos si lo considera conveniente y de su deber de exigir, si el receptor es un heredero, que acredite el

5. LA FIANZA

Otra cuestión importante se plantea en torno al tema de la fianza ¿Es necesaria en el usufructo aragonés de fondos de inversión? si así fuera ¿en qué supuestos y bajo qué condiciones?

El artículo 103 de la ley 2/2003 lo exige solamente si lo hubiera solicitado así el premuerto o los nudo propietarios, salvo disposición contraria de aquél o bien por decisión judicial si existieran dudas acerca de la conservación del patrimonio hereditario⁵³.

Con carácter general, la finalidad en un usufructo de una fianza es garantizar el cumplimiento de las obligaciones del usufructuario que son básicamente la de conservar la cosa y disfrutarla con la diligencia de un buen padre de familia. Asegura, pues, el resarcimiento de los daños y perjuicios de que podría aquél ser responsable frente al nudo propietario por un eventual deterioro o destrucción de los bienes.

Pero aquí debe partirse de la base de que, en primer lugar, respecto a lo que es la conservación, es la Sociedad Gestora la que tiene las facultades de administración y representación del fondo ya que, con los únicos límites del reglamento del fondo y la normativa de la inversión colectiva y guiándose siempre por intentar sacar el máximo rendimiento para el partícipe, modifica las inversiones según criterios económicos de oportunidad que, en ningún caso, le vinculan con aquéllos⁵⁴; y, en segundo lugar, en lo relativo al *ius fruendi*, no existe ningún contacto del usufructuario con el patrimonio gestionado por el fondo ni en la suscripción ni en el reembolso, concretándose su derecho, exclusivamente, en un crédito contra el nudo propietario por el importe de las plusvalías acumuladas en el momento del reembolso o la extinción del usufructo.

Por tanto, si el viudo no responde *ab initio* de la conservación y administración de la cosa y su disfrute irá exclusivamente vinculado al nudo propietario, la exigencia de la fianza queda, con carácter general, vacía de contenido⁵⁵.

pago del impuesto sucesorio MUÑOZ PLANAS, «Fallecimiento de titular indistinto de una imposición a plazo y derecho al reintegro de los fondos», *RDBB*, nº 52, Madrid, 1993, pp. 1147-1148.

⁵³ Artículo 103. Inventario y fianza: *El cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza: a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público. b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia de Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.*

Estos eran los supuestos que recogía igualmente el derogado artículo 80 de la Compilación aragonesa.

⁵⁴ Artículo 58 RICC. 1. *Las Sociedades Gestoras y los Depositarios actuarán en interés de los partícipes en las inversiones y patrimonios que administren y custodien.*

⁵⁵ Salvo pacto en contrario y siempre entendiendo la dispensa de la fianza como algo dinámico. Y así, considera LACRUZ que podrá exigirse a quien no la prestó en su momento ante un abuso de derecho o, como apunta DE MARTINO, cuando la vida del usufructuario sea notoriamente desordenada, LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho civil III*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 26.

Debe tenerse en cuenta además que así como la ley 2/2003 sí establece en su artículo 104 plazos concretos de formalización de inventario para los casos en que éste sea obligatorio, no lo hay

El interés del viudo en Aragón se centrará en que, cada año, el fondo produzca rentabilidades positivas que el nudo propietario pueda satisfacerle.

La ley 2/2003 faculta a los nudo propietarios a acudir al Juez si estiman que se está realizando una mala administración de los bienes por parte del usufructuario⁵⁶. ¿Que ocurriría si es éste el que considera que la inversión no es adecuada y que, en consecuencia, no va a haber posibilidad de reembolso parcial ante la ausencia de plusvalías?⁵⁷ ¿Podría el usufructuario solicitar el cambio de la inversión? Y si así fuera ¿en qué condiciones para evitar la alteración de la forma y sustancia propias de todo usufructo?

La doctrina tradicional⁵⁸ opina que la solicitud de un cambio del destino de la inversión corresponde en el ámbito del derecho común, exclusivamente, al usufructuario *con fianza* con apoyo en el artículo 507 del Código civil⁵⁹.

Pero aquí el viudo no tiene que responder de nada: el tipo de fondo lo eligió, en su momento, el premuerto; la Gestora es la que modifica las inversiones del capital y quien, en puridad, lo administra; no existe posesión ni uso en el sentido clásico del Código civil con lo cual ni existe posibilidad de deterioro ni de, en consecuencia, posibles responsabilidades por éste.

Si un fondo está perdiendo valor será por una desacertada elección inicial, por la coyuntura económica de ese momento o por que la Gestora haya errado en su criterio de inversión pero, evidentemente, son éstas cuestiones sobre las que nada se puede reprochar, con carácter general, al usufructuario⁶⁰. Si a

para la fianza con lo cual quedaría la puerta abierta para la solicitud de la misma constante el usufructo si las circunstancias así lo aconsejaran como, por ejemplo, pruebas fundadas de gasto desordenado o deterioro de la salud física o mental del viudo.

⁵⁶ Artículo 110. *Intervención de los nudo propietarios: Cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan graves perjuicios para ellos, podrán acudir al juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo.*

⁵⁷ Supongamos, por ejemplo, un fondo de inversión con un contenido predominante en su cartera de renta variable y, en consecuencia, una alta volatilidad, cuyo horizonte temporal para la obtención de plusvalías recomendado por la Gestora fuera de 5 años. Si nos encontramos en los primeros años de la inversión existiendo rentabilidades negativas, al nudo propietario que no precisa liquidez y que se deja aconsejar en la inversión le puede interesar permanecer al menos el tiempo recomendado sin reembolsar ya que confía en que el fondo se recupere y no quiere desinvertir con pérdidas. Pero, evidentemente, esta postura perjudica al viudo que, de este modo, se encuentra una vez más a expensas del nudo propietario.

⁵⁸ LACRUZ, *Elementos...*, op. cit., p. 55, «una vez cobrado el crédito, si es de cosa fungible, no se transforma en un cuasiusufructo sino precisamente en un usufructo ordinario, si bien la elección de su objeto corresponde al **usufructuario con fianza**»; y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Madrid, 1981, p. 456, «**el usufructuario con fianza**, según el párrafo segundo del artículo 507, puede dar al capital que realice el destino que estime conveniente...».

⁵⁹ Artículo 507 CC. *El usufructuario podrá reclamar el crédito vencido su tuviese dada o diere la fianza correspondiente, con independencia del destino del importe cobrado. Si estuviere dispensado de prestar fianza o no hubiese podido constituirla, o la constituida no fuere suficiente, necesitará autorización del propietario o del juez en su defecto para cobrar dichos créditos.*

⁶⁰ Excepción clara en Aragón sería en materia de fiducia sucesoria en aquellos supuestos en los que existiera coincidencia entre el fiduciario y el cónyuge viudo.

esto le unimos que la finalidad última del artículo es la de favorecerle y protegerle, no tiene fundamento alguno exigirle una fianza para garantizar una inversión cuyo destino no eligió ni por lo tanto para unos reembolsos parciales que, como ya hemos visto, puede ser en ocasiones el único modo para evitar que el viudo se quede con un usufructo vacío de contenido⁶¹.

En Aragón, la ordenación de la sucesión y el nombramiento de sucesores puede ser encomendado a uno o varios fiduciarios en virtud del artículo 124 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, siendo lo habitual actualmente nombrar como fiduciario único al cónyuge viudo. En este caso, tiene de plazo toda la vida (art. 129.2 *in fine*) para ejecutar el encargo y, hasta que no lo haga, no existe delación de la herencia ni, por lo tanto, herederos de los bienes que compongan la fiducia. Se entenderá que está en situación de herencia yacente y el viudo fiduciario tendrá las facultades de administración y disposición sobre ellos que la ley le atribuye en el artículo 138 de la Ley de Sucesiones:

Facultades de disposición 1. El fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes y derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiere autorizado a ello, para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo 136 (de las que responde el caudal relicto) y cuando lo juzgue conveniente para sustituirlo por otros. 2. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

La regulación se refiere exclusivamente a la disposición a título oneroso, ya que si fuera a título gratuito en realidad sería ejercicio mismo de la fiducia y por tanto debería reunir los requisitos para ello. Hay que tener en cuenta que el acto de disposición no pone fin a la fiducia ya que la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados.

Pues bien, sería factible, por tanto, que un viudo fiduciario aragonés pudiera desinvertir de un fondo no muy rentable o que diera pérdidas «*porque lo juzgara conveniente*» y destinar el capital obtenido a otro que considerase más beneficioso, siendo esto lo que, a buen seguro, haría el causante si de ello dependiera una mejor salvaguarda de su patrimonio hereditario. Y es que, como apunta Merino, se produce una suerte de «subrogación subjetiva» o «subrogación personal» en virtud de la cual el fiduciario se coloca o subroga en la posición jurídica del causante (...), MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, «Colección El Justicia de Aragón», Zaragoza, 1994, p. 90.

Entiende la Comisión aragonesa de Derecho Civil que se trataría de un supuesto de gran amplitud que haría difícil una impugnación basada en la mera discrepancia de criterio con el fiduciario que es a quien la ley encomienda este juicio, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves*, Comisión aragonesa de Derecho Civil, Librería General, Zaragoza, 1999, p. 117. Igualmente, redactado en lo que respecta a la fiducia sucesoria por CALATAYUD SIERRA, A., en *RDCA*, nº 1, 1999, pp. 93 y 94.

Sin embargo, si existen legitimarios, y en relación a determinados bienes, esta libertad del viudo se verá mermada en cierto modo, pues será preciso el consentimiento de uno de ellos en virtud de la nueva redacción que al artículo 139 de la ley de Sucesiones le ha dado la disposición final primera en su apartado 1º de la ley 2/2003:

Disposición habiendo legitimarios 1. Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.

Por tanto, si estamos ante una herencia con un viudo fiduciario y usufructuario a su vez de un fondo y existen uno o más legitimarios, entiendo que el cambio de fondo pasaría por el consentimiento de uno de ellos de manera ineludible, con lo cual las responsabilidades por una elección más o menos acertada estarían, cuando menos, repartidas.

⁶¹ Ver MARTÍNEZ DE BEDOYA, *op. cit.*, pp. 672 y 673, que condiciona a la existencia de una fianza, sustentándose en el artículo 507 del Código civil, tanto la posibilidad de reembolsos parciales para el cobro de plusvalías como el poder solicitar el cambio de fondo.

1) En cuanto a los *reembolsos parciales*, apoyándose en este carácter civil de los frutos, la autora propone aplicar análogamente el art 485 regulador del usufructo de montes, realizando una equiparación entre el incremento leñoso y las plusvalías del fondo:

El límite vendría dado no precisamente por la fianza sino, únicamente, por la obligación de conservar la forma y sustancia del artículo 467 del Código civil. Y creo que se cumpliría con el mismo siempre y cuando estuviéramos *ante*

Artículo 485. 1. El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza. 2. Siendo el monte tallar o de maderas de construcción podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño y, en su defecto, las hará acomodándose en modo, porción y épocas a la costumbre del lugar. 3. En todo caso, hará las talas o las cortas de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca.

En la explotación maderera, los árboles son a la vez, fruto; y siguiendo a SANCHO REBULLIDA (*Usufructo de Montes*, Barcelona, 1960 pp. 114 y 115) y LACRUZ, (*op. cit.*, p. 66), éste debe encuadrarse en la categoría de fruto civil puesto que, si lo consideramos fruto natural, como a primera vista podría pensarse ya que se trata de un monte, debería seguirse la regla del fruto pendiente del 472 y serían del nudo propietario, con lo cual podría darse el caso de que el usufructo se extinguiera antes que el monte fuera apto para la tala y que, en consecuencia, la totalidad de la madera quedara a favor del nudo propietario.

El considerarlo como fruto civil da al usufructuario la posibilidad de efectuar talas con las que pueda satisfacerse de los incrementos leñosos que le correspondan (según la naturaleza del monte y respetando su sustancia conforme el párrafo 3º), aunque los árboles sigan perteneciendo al nudo propietario. Y así, la liquidación del usufructo de un bosque conforme al régimen de los frutos civiles exigirá —en opinión de LACRUZ— establecer una proporción entre el tiempo del usufructo y el tiempo total de desarrollo del árbol hasta su corta, atribuyendo al usufructuario una participación en la madera conforme a dicho coeficiente, participación que se hará efectiva en el momento de la corta.

Este modelo es el que la autora aplica por analogía al usufructo de fondos para permitir los reembolsos parciales al usufructuario: cuando el árbol crece, sigue siendo propiedad del nudo propietario, pero el incremento leñoso, aun siendo parte de la cosa misma, se considera fruto que pertenece al usufructuario, lo mismo que el valor de las participaciones de los fondos puede ir creciendo, al acumularse los rendimientos, continuando las participaciones en propiedad del nudo propietario pero correspondiendo el incremento de valor al usufructuario.

2) Respecto a la solicitud de un *cambio de fondo*, es cierto que los rendimientos generados por los fondos se encuadran, como ya hemos visto, dentro de los frutos civiles; y que éstos pueden asimilarse desde su vencimiento (entendiendo que éste se produce desde el momento de la incorporación de las plusvalías a la participación y no en el momento del reembolso, siguiendo con la autora por analogía el modelo del usufructo de montes) a un derecho de crédito del usufructuario frente al nudo propietario cuyo *ius exigendi* concede el 507.1º al usufructuario con fianza.

Sin embargo, el artículo 507 del Código civil también señala que *si se estuviere dispensado de prestar fianza* (.....), *necesitará autorización del propietario o del Juez en su defecto para cobrar dichos créditos*.

El artículo 492 del Código civil dispensa precisamente de la necesidad de fianza al cónyuge sobreviviente respecto a la cuota legal usufructuaria a no ser que contrajera ulterior matrimonio.

Por tanto, extrapolándolo a nuestra materia, entiendo que en relación a un eventual cambio —total o parcial— de la inversión sería preciso un acuerdo con el nudo propietario o, a falta de aquél, recurrir a la decisión judicial, pero no sería condición *sine qua non* la prestación de fianza. Éste es el criterio que sigue igualmente el Código civil respecto al destino posterior de la prestación, pues el artículo 507.2 señala que *el usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado*.

«A interés» creo debería asimilarse a inversiones sin riesgo, si bien existen fondos de inversión, como los FIAMM por ejemplo, cuya cartera solamente se invierte en valores seguros de renta fija que producen el mismo efecto que un plazo fijo; y las «garantías suficientes», serán las que decidan ambos en común o también, en su defecto, por el Juez.

Para estos supuestos de dispensa legal de fianza, como sería el nuestro, recomienda sin embargo la constitución de la misma como único modo de permitir reembolsos parciales y solicitud de

*productos financieros cuya rentabilidad consiste en una plusvalía al tiempo del reembolso, como dice el artículo 118*⁶².

Por tanto, ante un fondo que vaya acumulando pérdidas consecutivas y que no permitiera efectuar reembolsos parciales, entiendo que el usufructuario debería estar facultado para solicitar el cambio de la inversión al nudo propietario sin necesidad de haber prestado previamente fianza alguna⁶³; y, si éste se negara injustificadamente, podrían acudir al Juez invocando el principio del *favor viduitatis* pues considero que no es posible considerar favorable a la viudedad permitir que se prolongue en el tiempo un usufructo sobre un fondo que en nada beneficia al viudo.

6. FONDOS GARANTIZADOS

En la ley 2/2003 se habla de fondos de inversión sin descender a las diversas peculiaridades que pueden presentar éstos. Una categoría que creo merece especial atención si la examinamos en relación con un usufructo viudal aragonés son precisamente los fondos garantizados.

Si los analizamos desde un punto de vista jurídico la constitución de estos fondos ha supuesto en nuestro ordenamiento un negocio nuevo de otorgamiento de una garantía de contenido económico y de carácter compensatorio por el que el partícipe puede gozar de un derecho de crédito frente al garante adicional a los derechos que le asisten como tal. Y desde el punto de vista

cambio en el destino de la inversión. De cualquier modo, no es éste el criterio de la ley aragonesa ni de la catalana, pues nada mencionan ambas respecto a la obligatoriedad de una fianza. Por otro lado, la fianza trae como consecuencia directa para dicha autora que el usufructuario debería asumir eventuales rentabilidades negativas si se produjeran (en tanto que devolver la sustancia supone restituir el *quantum* inicial) lo cual se descarta igualmente en ambas leyes forales, artículo 118.1 de la ley aragonesa y 27.1 y 2 de la catalana.

⁶² AGUSTÍN TORRES se cuestiona como la posibilidad del *rendimiento presunto* que ofrece la ley catalana podría suponer en algunos casos una alteración de la sustancia de este usufructo puesto que, con la sola decisión del usufructuario, se convierte la participación usufructuada en un valor de renta fija, cuando la esencia de la participación en los fondos de inversión acumulativos parece centrada en la renta variable «Usufructo sobre participaciones...», *op. cit.*, p. 23.

Ahora bien, estando de acuerdo con esta premisa de que el cambio de la inversión debería ser de un fondo a otro, cabría preguntarse si la composición de la cartera de los mismos debería ser o no similar para considerar inalterada la sustancia. La elección originaria del premuerto nos dará la pista del perfil inversor al que podría responder o, cuando menos, al que quiere que se ajuste el usufructo en cuestión, si es conservador o arriesgado en sus decisiones. Creo que un respeto a la sustancia del usufructo pasaría por un cambio entre fondos de renta fija, si estuviéramos ante una elección conservadora, a la progresiva introducción de porcentajes de renta variable, que se irían incrementando en función de una mayor o menor aversión al riesgo (desde los fondos mixtos renta fija-variable de múltiples combinaciones a los fondos puros de Bolsa).

⁶³ Se ha quedado en una mera cláusula de estilo en los testamentos realizados ante notario la relevación de inventario y fianza en los supuestos de usufructo universal aragonés, con formulaciones semejantes a la siguiente:

«Ambos cónyuges se reconocen, mutua y recíprocamente, usufructo universal de viudedad foral, con *relevación de inventario y fianza*».

del beneficiario dicha garantía se define como cualquier medida para asegurar a una fecha futura el reembolso de las participaciones con un valor patrimonial determinado que puede ser el valor íntegro de la suscripción, un porcentaje sobre dicho valor o, lo más habitual, el valor patrimonial suscrito incrementado en una rentabilidad fija o variable.

Lo que supone todo esto en la práctica es que, el partícipe que pretenda reembolsar sus participaciones obteniendo la revalorización prometida, deberá permanecer en el fondo hasta la fecha de finalización de la garantía; en caso contrario, se le abonarán sus participaciones al valor liquidativo del reembolso con el agravante además de elevadas comisiones sobre el nominal de la inversión por cancelación anticipada.

Lo habitual es que en la gestión de estos fondos se recurra a técnicas más o menos sofisticadas para evitar la efectividad de esta garantía (el horizonte temporal de estas garantías suele ser a medio/largo plazo); pero, en cualquier caso, debe tenerse presente dos puntos fundamentales en relación a nuestra materia, a saber, la subsistencia de la garantía en el supuesto de un reembolso parcial sobre las participaciones no reembolsadas y la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos inherentes a la condición de beneficiario⁶⁴.

¿Qué supondría, entonces, la constitución de un usufructo sobre uno de ellos?

No debe perderse de vista que estamos ante una inversión rígida que aunque tiene como plus añadido el gozar de una rentabilidad mínima garantizada que aleja tajantemente posibles pérdidas, está sin embargo muy encorsetada a la hora de los reembolsos puesto que, si bien no deja de ser cierto que son posibles, las comisiones son tan fuertes y desincentivadoras que desde luego habría que pensarse mucho el hacerlos año tras año.

Así que tenemos por un lado que la filosofía de estos fondos es la de una vocación de permanencia hasta el final de la garantía; pero, por otro, la del 118 no es otra que la de que el usufructuario tenga siempre la puerta abierta y sin trabas a la posibilidad de pedir anualmente el cobro en participaciones de las plusvalías que le corresponden.

Quizá la solución más equilibrada ante la ausencia de regulación en la ley sería el que si se constituyen usufructos sobre este tipo de fondos, se optara por elegir uno con un plazo de garantía no muy elevado, para alejar de este modo el fantasma de la posible inoperancia del usufructo si se produjera alguna causa de extinción del mismo anterior a la finalización del plazo de aquélla. Pero creo que se trataría de una cuestión muy personal que iría muy unida al perfil

⁶⁴ RICO ARÉVALO, B., «Los fondos de inversión garantizados: Elementos jurídicos de configuración», *RDBB*, nº 67, Madrid, 1997, pp. 697, 701 y 715. Se decanta la autora hacia una interpretación favorable a dicha transmisibilidad, particularmente a los herederos, si estuviéramos ante una omisión sobre esta materia en la carta de garantía por analogía para lo dispuesto para el régimen general de los derechos derivados del contrato en el 1257.1 del Código civil.

inversor del causante ya que, si se trata de una persona muy conservadora y con aversión al riesgo, como suele ser el caso de los demandantes de este tipo de productos, se inclinará por este tipo de fondos no solamente pensando en su propio beneficio sino también, a buen seguro, en el del usufructuario, puesto que para él será prioritario alejarlo de las pérdidas antes que la posibilidad de los reembolsos parciales⁶⁵.

VII. REPERCUSIONES FISCALES

1. REGULACIÓN FISCAL

Todas las rentas derivadas de la condición de usufructuario tendrán la consideración de rendimientos de capital. En el caso de los fondos de inversión, serán de carácter mobiliario; y, tal y como hemos estado examinando, al igual que tiene un régimen civil especial, también lo tiene de carácter fiscal.

Siguiendo los numerosos pronunciamientos administrativos acerca del tratamiento tributario de los fondos⁶⁶, el marco normativo de referencia viene dado por el artículo 77 de la ley 40/1998 de I.R.P.F. y, en igual sentido el artículo 80.2 del reglamento 1393/90 de desarrollo de la ley de Instituciones de Inversión Colectiva, en virtud de los cuales deben imputarse a la parte general o especial del partícipe la *ganancia o pérdida patrimonial* obtenida como consecuencia del reembolso de participaciones. Debemos recordar que el hecho imponible solamente se produce este momento del reembolso, originándose la pérdida o ganancia patrimonial por la diferencia entre el valor de reembolso y el de suscripción de las participaciones⁶⁷; por este motivo, los traspasos de

⁶⁵ La ley catalana sí se adentra a la regulación de estos fondos en el artículo 27.5. *El nudo propietario de las participaciones de fondos de inversión garantizados no puede exigir el reembolso de las mismas antes de que haya transcurrido el plazo de garantía, excepto pacto o acuerdo con el usufructuario, o autorización expresa establecida en el título constitutivo.*

Debe partirse de la premisa de que la ley catalana no posibilita reembolsos parciales, y ofrece como opciones o el denominado «rendimiento presunto» que mencionábamos en el apartado dedicado a la situación anterior a la ley aragonesa y que el 30.5 fija como el interés legal del dinero incrementado en dos puntos sobre el valor de las participaciones *en la fecha de constitución del usufructo* o el esperar al reembolso o al final del usufructo. Es para este último supuesto para el que puede tener sentido el obligar al nudo propietario a permanecer en el fondo hasta el final de la garantía, salvo pacto en contrario, puesto que así se protegen los derechos adquiridos del usufructuario.

No obstante, el inmovilizar una inversión puede tener sus riesgos y AGUSTÍN TORRES aconseja analizar su conveniencia caso por caso, modalizándola a través de pacto si las circunstancias así lo aconsejaran «Usufructo sobre participaciones...», *op. cit.*, pp. 20 y 33.

⁶⁶ Resoluciones de la DGT de 28/5/98, 8/10/98 y la más reciente de 24/5/2001.

⁶⁷ El cálculo se realiza aplicando el método FIFO, que establece que las participaciones que se reembolsan son las más antiguas en poder del partícipe en ese momento, aunque estén depo-

fondos no generan por sí mismos ninguna imputación fiscal, sino un simple traslado de las ganancias o pérdidas acumuladas del fondo origen al fondo destino hasta el momento concluyente del reembolso definitivo.

Por su parte, el usufructuario tendrá derecho a la totalidad del rendimiento que se produzca desde el momento de la constitución del usufructo hasta su extinción y tendrá la consideración, para él, de *rendimiento de capital mobiliario* que está, con carácter general, sujeto a retención a cuenta del I.R.P.F.; y, paralelamente, el nudo propietario se computará una pérdida patrimonial por las cantidades que satisfaga al usufructuario en el concepto antedicho.

Por tanto, en la práctica, partiendo de la premisa que solamente el nudo propietario tiene la condición de partícipe, él tendrá con carácter exclusivo la facultad de solicitar el reembolso; una vez solicitado, tributará en el I.R.P.F. por la ganancia obtenida en la transmisión, si bien deberá pagar al usufructuario el rendimiento producido desde la constitución del usufructo (esto es, desde la fecha del fallecimiento del partícipe originario) hasta el reembolso de la participación, teniendo para el usufructuario carácter de renta de capital mobiliario. En consecuencia, la ganancia del nudo propietario se verá así reducida a la revalorización desde la compra por el titular inicial hasta su óbito.

En el supuesto de que el usufructuario falleciera antes del reembolso, dado que en ese momento se produce la extinción del usufructo en virtud de lo dispuesto en el artículo 119.1.a) de la ley aragonesa de régimen económico matrimonial, será cuando deba de cuantificarse el rendimiento correspondiente al usufructuario, a los efectos del I.R.P.F. correspondiente al fallecido respecto a la renta obtenida en el período a gravar. La renta se obtendrá, en lo relativo a las participaciones en instituciones de inversión colectiva, por la diferencia de los valores liquidativos de las participaciones en fondos de inversión en el momento de la constitución y de la extinción.

sitadas en distintas entidades. Si se adquirieron con anterioridad al 31.12.1994, la ganancia patrimonial puede reducirse en el porcentaje resultado de multiplicar 14,28 % por el número de años de antigüedad a esa fecha, redondeando por exceso.

El tipo de I.R.P.F. aplicable a las ganancias procedentes de reembolsos de fondos dependerá del tiempo que hayan permanecido las participaciones en el patrimonio del sujeto pasivo; y así, si es igual o inferior a un año, se integrarán en la base imponible general, aplicándosele el tipo marginal mientras que si es superior a un año, se incluirá en la parte especial de la base con un tipo del 15%. Conviene recordar que en el momento de efectuar el reembolso, la Gestora ya practicó una retención a cuenta del I.R.P.F. del 15% sobre la ganancia obtenida.

Por otra parte, existe la posibilidad de compensación de pérdidas y ganancias patrimoniales, siempre que se incluyan en la misma parte, especial o general, de la base imponible. Las pérdidas pendientes de compensar en la base general podrán compensarse con el resto de rendimientos del ejercicio, hasta un 10% de los mismos, y el resto, en su caso, en los siguientes cuatro ejercicios. Las pérdidas pendientes de compensar de la base especial sólo podrán compensarse en los siguientes cuatro ejercicios.

2. EJEMPLO PRÁCTICO APLICADO AL ARTÍCULO 118 DE LA LEY ARAGONESA⁶⁸

A) Sistema de liquidación fiscal del usufructo de fondos (DGT 24/5/2001)

¿Qué tributación corresponde por unas participaciones en un fondo de inversión con un valor de adquisición de 100 que se reembolsan por 110 y sobre las que existe un derecho de usufructo vital?

a) Importe que civilmente corresponde a usufructuario y nudo propietario

Conforme al 118 de la ley aragonesa 2/2003, la diferencia positiva entre el importe actualizado de su valor al comienzo del usufructo y el que tengan al producirse el reembolso o extinguirse el usufructo.

Si suponemos en nuestro ejemplo un incremento del IPC del 6% durante el período de permanencia de las participaciones en poder del partícipe, el valor que corresponda civilmente al usufructuario será

- valor de reembolso 110
- valor de adquisición actualizado $100 \times 1,06 = 106$
- ganancia para el usufructuario 4
- ganancia para el nudo propietario 6

b) Tributación que corresponde a nudo propietario y usufructuario

El nudo propietario declarará conforme a la norma fiscal la ganancia patrimonial de 10 (110-100), pero sobre la plusvalía fiscal de 10 sufrirá la retención a cuenta correspondiente que la ley fija del 15 %. La manera de conciliar la rigidez del 77 de la ley del IRPF con el hecho de que el beneficiario último es el usufructuario y no el nudo propietario, se soluciona fiscalmente mediante la simultánea declaración por parte de éste de una pérdida por la parte del reembolso que deba dar al usufructuario. Esa pérdida patrimonial se imputará en la misma parte de base imponible donde se impute la ganancia y será de -4 (6-10).

Si unimos y resumimos las distintas operaciones que el nudo propietario tiene que hacer en su declaración, resultará, suponiendo que la tenencia de las participaciones ha superado el año y que por tanto corresponde declararlo en la base liquidable especial y tributar al tipo único del 15% lo siguiente

- base liquidable especial $10 - 6 = 4$
- cuota que corresponde a la base liquidable especial 4 al 15% = 0,6
- retención que puede deducirse 1,5
- a devolver por Hacienda 0,9

⁶⁸ POZUELO ANTONI, Francisco de Asís, Inspector de Hacienda del Estado y Director General de Tributos de la Diputación General de Aragón. Caso expuesto en los cursos «Análisis fiscal de la nueva ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad», Zaragoza, octubre 2003 y «Derecho fiscal aragonés», Zaragoza, octubre 2004.

Con todo ello se evidencia que existe un anticipo de impuestos por la parte de la plusvalía que fiscalmente corresponde al nudo propietario y civilmente al usufructuario 15% de 6 = 0,9.

Por su parte, el usufructuario deberá declarar la cantidad de 4 como rendimiento de capital mobiliario.

B) Disposición por el viudo de participaciones de fondos de inversión

Sobre 10 participaciones con precio de adquisición de 10 y revalorizadas por ejemplo en un 5% anual (descontado el IPC que fijamos en un 0,5%) existe un usufructo vitalicio. El usufructuario, acogiéndose al 118 de la ley 2/2003 (*el usufructuario podrá disponer anualmente de las participaciones equivalentes al importe que le corresponde conforme el apartado anterior*) pide que se reembolse la cantidad que conforme a ese precepto le corresponde.

a) Cálculo del valor que civilmente corresponde al usufructuario

Como la revalorización es de $0,05 \times 10 \times 10 = 5$, ese es el valor que le corresponde. Realmente la revalorización total ha sido de un 5,5%, pero el 0,5% imputable al IPC se atribuye al nudo propietario y no al usufructuario.

b) Reembolso de participaciones que deberá hacer el nudo propietario

El nudo propietario debe vender sobre un valor total de 10 participaciones x 10,55 (10 de valor de adquisición x 1,05 de revalorización) = 105,5, un porcentaje de participación que represente el valor de 5 que debe entregar al usufructuario.

Por ello, si una participación vale 10,55, al usufructuario se le debe atribuir un porcentaje de 47,39% de la participación ($5/10,55$)

Reembolsará participaciones con un valor de reembolso de 5, que corresponde a un valor de adquisición de 4,739.

c) Tributación del nudo propietario

Tendrá una ganancia patrimonial de $5 - 4,739 = 0,26$. Esta ganancia, sujeta a retención, deriva de que solamente el partícipe (que es el nudo propietario en caso de dominio desmembrado) puede imputarse el resultado; y, paralelamente, una disminución patrimonial de 5 por ser la cantidad debida al usufructuario.

d) Tributación del usufructuario

Declarará como rendimiento de capital mobiliario un valor de 5 que es lo realmente percibido.

Observamos pues como la tributación viene marcada por la atribución en exclusiva de la normativa fiscal al nudo propietario de la facultad de reembolso. Esto traerá como consecuencia no sólo cálculos más complejos al efectuar las respectivas declaraciones del I.R.P.F. sino también el anticipo en el pago de impuestos de plusvalías que fiscalmente corresponden al nudo propietario pero civilmente al usufructuario, con el problema de que la Gestora practica en el momento del reembolso la retención del 15% sobre el montante total de aquéllas.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

De todo lo expuesto más arriba se deduce que son numerosos los problemas y carencias que la regulación del 118 puede presentar en la práctica, con el agravante añadido de que nos encontramos con una materia absolutamente nueva y sin precedentes en el Derecho Aragonés.

Pero esto no debe de hacernos olvidar que se trata de normas con un carácter no imperativo que entraran en juego solamente en los casos de defecto o insuficiencia de acuerdo entre las partes⁶⁹. Será de vital importancia por tanto la confección minuciosa de uno de ellos, o de pactos modificativos en su caso, que puedan evitar o paliar, en la medida de lo posible, imprecisiones o conflictos futuros.

Su contenido deberá centrarse en una especificación detallada de las condiciones básicas del usufructo, junto con la delimitación y ejercicio de los derechos de nudo propietario y usufructuario y de sus relaciones con las entidades Gestora y Depositaria y adentrarse, como mínimo, en las siguientes cuestiones:

1) Establecimiento de un índice de actualización aplicable a ambas partes. Dicho índice deberá tomarse como referencia tanto en el supuesto de reembolso total como parcial así como al usufructo de dinero del 117 en su caso. Sería conveniente mantener el mismo durante toda la vida del usufructo para evitar desvirtuar las liquidaciones salvo en el caso de que las circunstancias económicas aconsejaran modificarlo por perjudicar a una de las partes.

⁶⁹ Señala SEGURA ORTEGA que no existen lagunas en los casos en que hay un conjunto normativo que regula una determinada situación pero se formula de manera que otorga una gran facultad discrecional al juez o a los particulares, *El problema de las lagunas en el Derecho*, A.F.D., t. VI, Madrid, 1989, p. 303.

Como pone de manifiesto BAYOD LÓPEZ, estaríamos aquí ante decisiones legítimas del legislador autonómico que, voluntariamente, ha querido liberar de regulación una determinada cuestión. Y sólo podrá afirmarse con rotundidad que nos encontramos ante una laguna del ordenamiento cuando el hueco legal se deba a una falta de previsión involuntaria por parte de aquél, *Aplicación del Código civil como Derecho supletorio...*, *op. cit.*, pp. 74 a 76; igualmente en «El artículo 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal», *op. cit.*, pp. 119 a 121.

2) Determinación de la asunción de las comisiones. Lo más lógico será que el nudo propietario se haga cargo de las relativas al inicio y fin de la inversión (suscripción y reembolso total); el usufructuario la de los reembolsos parciales que vaya efectuando y el resto (gestión y depósito) afectaran a los dos en proporción a su derecho puesto que son las que soporta el fondo disminuyendo su rentabilidad. De cualquier modo, las combinaciones en relación a este tema pueden ser múltiples. Yo me inclinaría incluso por deferir la cuestión al final del usufructo o al reembolso total en su caso y hacer la liquidación, y las correspondientes compensaciones, en atención a las plusvalías finales que haya producido el fondo.

3) Fijación de reglas de cálculo temporal. No admite discusión que las plusvalías de los fondos deben encuadrarse dentro de la categoría de los frutos civiles y que, en consecuencia, su cómputo se hará día a día. Pero no estará de más fijar la fecha exacta de inicio para esa *periodicidad anual* con la que el artículo 118.2º condiciona los reembolsos parciales del usufructuario, teniendo presente que la suscripción del fondo y la constitución del usufructo pueden no coincidir en el tiempo o que, según la clase de fondo, sobre todo los que tienen en su cartera renta variable, la fecha valor de la operación de reembolso y su abono efectivo en cuenta no son iguales⁷⁰.

Asimismo será recomendable fijar un plazo para la reclamación de las plusvalías tras el reembolso final del fondo si se quiere obviar la aplicación supletoria del artículo 1.966 del Código civil y su plazo de prescripción de cinco años.

4) Concretar la obligación del nudo propietario de facilitar información del fondo al usufructuario si la Gestora no lo hiciera, puesto que su acceso a los datos y evolución de la inversión será inexcusable para un correcto desenvolvimiento del usufructo. Y ello porque, en principio, la normativa de fondos solo establece dicha obligación para los partícipes.

5) Identidad de titulares y de sistema de disposición entre la cuenta del fondo y la vinculada a éste. Toda inversión realizada en una Entidad financiera supone la apertura de una cuenta específica vinculada a otra ordinaria donde se efectúan la operaciones y liquidaciones relativas a la misma. Para evitar problemas, sobre todo fiscales, lo más correcto será poner al viudo y al nudo propietario como titulares únicos y exclusivos; y por lo que respecta al sistema de disposición, lo más acorde con la finalidad del artículo 118 sería pactar firma única del usufructuario para los reembolsos anuales de las plusvalías que le correspondieran y conjunta para el resto de reembolsos, a no ser que las circunstancias particulares del usufructo recomienden otras variantes.

⁷⁰ En todos los fondos de renta fija existe, con carácter general y dada su liquidez inmediata, coincidencia entre la fecha de la operación y la del abono en cuenta. Sin embargo, en los que tienen en su cartera renta variable o son de carácter mixto, el valor liquidativo no se conoce hasta el cierre de las bolsas, abonándose siempre por lo menos un día después de la operación. Por último, cuando se trata de productos más complejos por su estructura, como los fondos de fondos, o bien con inversiones en países con diferencia horaria con España, el abono en cuenta puede demorarse hasta dos días.

En cualquier caso resulta aconsejable también prever reglas precisas de actuación para supuestos de divergencias entre cotitulares, estableciendo en esos supuestos la posibilidad de solicitud unilateral de cambio en el sistema de disposición de las cuentas y su ejercicio concreto en su caso.

6) Delimitar con precisión las condiciones de cambio de la inversión. Sería aconsejable establecer unas reglas en virtud de las cuales el usufructuario pudiera demandar un cambio en la inversión si con la inicial saliera perjudicado ante la ausencia de plusvalías, por ejemplo con un máximo de anualidades con pérdidas o con la fijación en ese caso de unas compensaciones mínimas. Se podrían determinar también, para el caso de cambio, unas composiciones determinadas de la cartera del fondo nuevo, dada la inmensa oferta que existe en el mercado financiero, así como unos parámetros fijos de volatilidad y riesgo para evitar de ese modo que, por proteger al viudo, el nudo propietario fuera desfavorecido, ya que lo normal es que mientras para éste prime la seguridad de la inversión, para aquél lo determinante sea la rentabilidad. Si estas normas se fijan con detalle, los cambios en las inversiones pueden ser ágiles y dinámicos, teniendo además presente la ventaja añadida de la reciente supresión del peaje fiscal hasta el reembolso definitivo⁷¹. De cualquier

⁷¹ Una decisión de cambio de fondo debe obedecer a un análisis previo que debe tener muy en cuenta una serie de factores para poder valorarse correctamente:

1) *Rentabilidad potencial*: rentabilidades pasadas nunca garantizan rentabilidades futuras pero es muy útil comparar las rentabilidades históricas del fondo que se pretende entrar, al menos tres años en fondos de renta fija y cinco en los de renta variable, para evaluar la calidad de la gestión, puesto que en plazos inferiores las rentabilidades pueden verse afectadas por hechos concretos que alteren el análisis.

2) *Riesgo*: Debe tenerse en cuenta que la rentabilidad de un fondo siempre debe ser analizada en función del riesgo y que, con carácter general, suele cumplirse que los fondos más rentables en épocas alcistas, sean también los que peores rendimientos obtienen en momentos difíciles ya que son los que más riesgos asumen y, en consecuencia, los más volátiles; y por riesgo debe englobarse no solamente la potencial posibilidad de perder parte de nuestro capital como consecuencia de una inversión sino también el poder obtener una renta inferior a la que hubiésemos alcanzado con un activo sin riesgo, con vencimiento determinado y rendimiento fijo. La mayor o menor tolerancia al riesgo vendrá determinada, en última instancia, por la situación personal, los objetivos marcados y por el horizonte temporal recomendado.

3) *Volatilidad* es la medida de riesgo tradicionalmente más empleada para los fondos e indica el grado de regularidad del comportamiento del fondo, de manera que a mayor volatilidad más variable es el fondo y más riesgo conlleva.

4) *Horizonte temporal* mínimo recomendado para una inversión: cualquier decisión de inversión debe mantenerse durante el objetivo temporal que previamente se haya recomendado por la Gestora, no perdiendo de vista que la inversión de fondos está pensada, con carácter general, para el medio y largo plazo.

A la vista de todos estos factores, lo más adecuado sería, a mi juicio, dedicar un apartado específico en el que los protagonistas del usufructo abordaran estos cuatro puntos: i) determinación de un perfil de riesgo con base en el fondo originario elegido por el premuerto, ii) establecimiento de unos objetivos económicos adecuados a la cartera del mismo y al horizonte temporal mínimo recomendado, iii) seguimiento continuado de la evolución del fondo y, por último, ii) fijación de unos criterios para el cambio de la inversión en función tanto de los resultados obtenidos como de los cambios que se produzcan en los mercados.

modo, si se produce una negativa injustificada ante el cambio o una falta de acuerdo, establecer expedita la vía jurisdiccional tanto para el viudo como para el nudo propietario.

7) Respecto a los fondos garantizados o resto de productos financieros con intereses acumulativos que sean excesivamente rígidos en el tema de los reembolsos, elegirlos solamente cuando se trate de perfiles muy conservadores o bien en circunstancias económicas que lo aconsejen⁷²; y en estos casos, seleccionarlos con plazos de garantía no muy elevados y flexibilizándolos en la medida de lo posible, estableciendo un reparto equitativo de comisiones entre ambas partes, sin que resulte especialmente gravoso para ninguna.

8) Atemperar en atención a las circunstancias personales del viudo y al montante objeto de la herencia, el usufructo de dinero que pueda surgir para los supuestos de reembolso anterior al final del usufructo y posterior falta de acuerdo en la reinversión del artículo 118.3. Y ello porque aquí el viudo sí elige libremente la colocación del dinero pues tiene facultad de disposición sin más límite que la devolución del valor actualizado. Si las circunstancias del viudo, su estilo de vida o su conducta lo aconsejaran, aquí sí estaría justificada la exigencia de una fianza⁷³ pues podría darse el caso de que los propios herederos del viudo tuvieran que hacer frente a la restitución de los fondos en el supuesto de un mal uso de los mismos si éste falleciera con anterioridad a la extinción del usufructo.

9) Fijar reglas concretas para la liquidación y reparto posterior el caso de que se produzca la finalización del usufructo con anterioridad al reembolso.

Será la ponderación de estas variables la que puede orientar hacia un cambio de fondo adecuado no solo a la voluntad del causante y al respeto de la sustancia del usufructo, sino también al mercado, que puede haberse modificado desde el momento de constitución de aquél.

⁷² Desde marzo de 2004, y como consecuencia de los atentados de Madrid del 11-M, se han reactivado de un modo considerable las inversiones a fondos monetarios, de bonos, y muy especialmente, a los garantizados, que se han convertido en los productos estrella.

Evidentemente, su inversor objetivo es aquel de perfil conservador que, ante todo, quiere conservar su capital aún en los peores momentos de los mercados. Pero, como contrapartida, la rentabilidad adicional que ofrecen es muy moderada, pues por su propia configuración financiera y la situación actual de los mercados de renta fija y variable, el porcentaje de revalorización variable tiene que ser muy reducido. Por ello, al finalizar la garantía, si resulta que los mercados han evolucionado de manera positiva, el inversor constata que el rendimiento de su fondo ha quedado muy por debajo, con lo cual la elección no resultará tan buena si se podía haber conseguido una rentabilidad superior a la obtenida y además con un producto abierto. Por tanto, decantarse por un fondo garantizado es sinónimo de seguridad, pero no siempre de rentabilidad.

⁷³ Ver en este sentido HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «El usufructo de dinero (comentario al artículo 117 de la ley de régimen económico matrimonial y viudedad 2/2003)», *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, pp. 229 y 230, que señala a la fianza como única posibilidad de aseguramiento de la restitución de las cantidades dispuestas por el viudo usufructuario siempre y cuando no exista disposición contraria del premuerto.

Los reglamentos de los fondos establecen que conste en los registros de la Sociedad Gestora la constitución de cualquier derecho real sobre las participaciones⁷⁴. Y al mismo deberán ajustarse tanto las partes como las entidades Gestora y Depositaria en todo lo referido al ámbito civil. Aunque no requiere forma especial, sería conveniente la elevación a escritura pública con carácter *ad probationem* para caso de conflicto o en capitulaciones matrimoniales si se realiza antes del matrimonio (art. 90.1 ley 2/2003).

La casuística que se puede presentar en relación a estos productos en vertiginosa evolución por las necesidades del mercado será muy variada⁷⁵ y, dada la amplitud con que el legislador ha establecido los parámetros de la norma, será la práctica la que profile y delimite su aplicación y la que haga surgir interrogantes o necesidades nuevas. Por todo ello será fundamental la labor de los profesionales del Derecho, básicamente Notarios y Abogados, con una labor de asesoramiento que respete la auténtica voluntad del causante y que evite problemas en las futuras herencias aragonesas que contengan usufructos de este tipo.

⁷⁴ Dado el afán de las Gestoras de elaborar reglamentos lo más genéricos posibles para garantizar su permanencia sin tener que hacer modificaciones, no suele existir con carácter general más que una mención acerca del régimen de titularidad de las participaciones que no suele pasar más allá de una indicación acerca del domicilio para efectuar las comunicaciones RICO ARÉVALO, «Procedimiento...», *op. cit.*, pp. 1446 y 1447.

Lo que sí establecen los reglamentos es un registro de los certificados emitidos donde constan los nombres y domicilios de sus titulares así como el número de participaciones de que cada uno es titular. Igualmente en este libro registro (...) se tomará razón no sólo de las transmisiones de dominio sino también de la *constitución de los derechos reales sobre las participaciones o de cualquier otra limitación que se imponga sobre las mismas* DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria», *Coloquios sobre fondos de inversión*, Bilbao, 1974, p. 338. Y, en igual sentido, AGUSTÍN TORRES, «Transmisiones mortis causa...», *op. cit.*, pp. 375 y 376, apunta como de dicho título constitutivo debe tomarse razón en los Registros de la Sociedad Gestora y que básicamente habrían de establecer quién tiene derecho a exigir el reembolso mientras subsista el usufructo, el reparto eventual y destino del mismo y cual será la consecuencia económica en el caso de que se extinga el usufructo antes del reembolso.

⁷⁵ Según datos facilitados en el estudio anual de Inverco correspondiente al año 2003, si en 1985 los fondos de inversión suponían en nuestro país solamente un 0,3% sobre el total del ahorro familiar, a finales de 2003 suponen un 12,4%. Existe un proceso generalizado de desintermediación bancaria a favor de instrumentos financieros que canalizan los ahorros de las familias directamente en los mercados; y estas tendencias, según el citado informe, se manifestarán todavía con mayor fuerza en los próximos años, destacando como uno de los elementos clave el mayor grado de sofisticación de estos productos debido no sólo a una creciente formación financiera sino también a una mayor capacidad para asumir riesgos, Inverco, <http://www.inverco.es>.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN TORRES, Carmelo, «Transmisiones mortis causa del derecho de usufructo sobre acciones y participaciones sociales y fondos de inversión mobiliaria de carácter acumulativo. Su alcance sustantivo y fiscal», *RJC*, 2000, pp. 33-53.
- «Usufructo sobre participaciones en de fondos de inversión. Ley catalana 13/2000 de 20 de noviembre», *RJC*, 2002, nº 1, pp 10-33.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés*, Actas de los octavos encuentros del foro de Derecho Aragonés, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 74-78.
- «El artículo 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil Aragonés)», *RDCA*, V, nº 2, 1999, pp. 119-124.
- CALATAUD SIERRA, Adolfo, «Ley de Sucesiones. Comentarios breves», *RDCA*, V, nº 1, 1999, pp. 87-97.
- COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves*. Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 116-117.
- DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1981, p. 456.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria», *Coloquios sobre fondos de inversión*, Bilbao, 1974, p. 338.
- EMBED IRUJO, José Miguel, «La cuenta corriente bancaria», *RDBB*, nº 65, Madrid, 1997, pp. 123-145.
- FERNÁNDEZ ARMESTO/DE CARLOS BELTRÁN, *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «El usufructo de dinero (comentario al artículo 117 de la ley de régimen económico matrimonial y viudedad 2/2003)», *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, pp. 229-230.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, comentarios a los artículos 72 a 86 de la Compilación aragonesa de Derecho Civil en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales* dirigido por Manuel Albadalejo, tomo XXXIII, volumen 2, Edersa, Madrid, 1990, pp. 316-317.
- LACRUZ, José Luis, *Elementos del Derecho civil* III 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, pp. 26, 55, 66 y 78.
- LÓPEZ PASCUAL, J., *Los fondos de inversión: cien preguntas clave y sus respuestas*, Dykinson, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA, Covadonga, «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos», *ADC*, vol. LV, nº II, 2002, pp. 659-710.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, «Cuentas bancarias indistintas de titularidad conyugal», *RDBB*, nº 59, Madrid, 1995, pp. 721-747.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pp. 85-90.

- MONSERRAT VALERO, Antonio, «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil*, 1992, pp. 420-441.
- MORENO LUQUE ABOGADOS Y KPMG, *La protección de los partícipes de los Fondos de inversión* Madrid, 1997, pp. 26-28.
- MUÑOZ PLANAS, José María, «Titularidad y propiedad en las cuentas bancarias indistintas», *RDBB*, n° 45, Madrid, 1992, pp. 7-34.
- «Fallecimiento de titular indistinto de una imposición a plazo y derecho al reintegro de los fondos», *RDBB*, n° 52, Madrid, 1993, pp. 1141-1161.
- «Cuentas bancarias indistintas con varios titulares», Madrid, 1993.
- PALA LAGUNA, Reyes, «Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de las Sociedades Gestoras», *RDBB*, n° 65, Madrid, 1997, pp. 75-123.
- RICO ARÉVALO, Belén, «Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): la titularidad de las participaciones», pp. F-307 a F-317 y (II): la cotitularidad en las participaciones en los fondos de inversión, *Actualidad financiera*, 1995, F-1443 a F-1457.
- «Los fondos de inversión garantizados: elementos jurídicos de configuración», *RDBB*, n° 67, Madrid, 1997, pp. 695-710.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Voz «Institución de Inversión Colectiva» en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, vol. III, Madrid, 1995, p. 3623.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, 19, ed. Edersa, Madrid, 1996, p. 667.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Usufructo de Montes*, Barcelona, 1960, pp. 114-115.
- SEGURA ORTEGA, M., *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, t. VI, Madrid, 1989, pp. 302-303.

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.

CRÓNICA JURÍDICA SOBRE LA HERENCIA DE D. ELÍAS ALFREDO MARTÍNEZ SANTIAGO

Javier DE PEDRO BONET
Letrado del Gobierno de Aragón

1. EL PROTAGONISTA Y SU FORTUNA

Con fecha 31 de marzo de 1998, Elías Alfredo Martínez Santiago, a la edad de 66 años, soltero, ingeniero técnico en Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A., jubilado, falleció en la ciudad de Zaragoza, lugar de su nacimiento y donde residió durante toda su vida, bajo vecindad civil aragonesa, sin otorgar testamento y sin parientes dentro del cuarto grado.

Al momento de su muerte vivía en unas condiciones ajenas a la realidad de su tiempo, pues no disponía, por ejemplo, de nevera ni televisión; el estado general del piso en el que residía, en la calle San Miguel, ofrecía una situación de total abandono, como si hace muchos años en aquella vivienda todo se hubiese parado: paredes ajadas, muebles antiguos descuidados, alfombras enrolladas por los pasillos desde hacía mucho tiempo... Sin embargo, era un hombre rico, ya que disponía de un patrimonio que rondaba los cuatro mil millones de pesetas, equivalentes a unos veinticuatro millones de euros.

Su fortuna, al parecer, tenía un origen familiar, ya que su abuelo materno, E. S. V., forjó una importante fortuna en Argentina, heredada por su única hija, J. S. U., que según la documentación encontrada fue una gran administradora, incrementando la fortuna sustancialmente. Lo mismo puede decirse del hijo de ésta, Elías Alfredo Martínez Santiago, protagonista de la presente crónica, pues a pesar de descuidar su vida personal lo cierto es que era perfectamente consciente de lo que tenía, y continuamente realizaba inversiones para incrementar su patrimonio.

El patrimonio hereditario estaba constituido casi exclusivamente por acciones que cotizaban en Bolsa y por cantidades de dinero en cuentas corrientes procedentes de los dividendos que generaba la cartera de valores, que se reinvertían periódicamente en la compra de nuevas acciones. Únicamente tenía

un bien inmueble de su propiedad que era la vivienda donde residía, adquirida al final de su vida ya que siempre vivió de alquiler.

El patrimonio hereditario estaba repartido aproximadamente a partes iguales entre el Reino de España y la República de Chile, y aunque hay documentos que acreditan que tiempo atrás existieron también bienes en Argentina, Ecuador y EEUU (Nueva York), lo cierto es que en el momento de la muerte del causante, y tras la correspondiente investigación, no se encontró nada, salvo en Argentina, donde las acciones ya no tenían valor alguno.

Por lo que respecta a los parientes del causante, al momento de su muerte, tal y como hemos hecho referencia, no existía ninguno dentro del cuarto grado, pero sí parientes de sexto grado, de distintas líneas colaterales, aunque sólo una de ellas era de la procedencia de los bienes del abuelo del causante, que al parecer fue el que inició la fortuna familiar. Se adjunta como Anexo el árbol genealógico de Elías Alfredo Martínez Santiago.

Con estos antecedentes, se pretende en esta crónica contar la disputa jurídica que se ha dado, tanto en España como en Chile, en relación con la herencia de Elías Alfredo Martínez Santiago.

2. LA HERENCIA EN ESPAÑA

La disputa de la herencia de Elías Alfredo Martínez en España se planteó en un procedimiento abintestato de declaración de herederos, regulado en los artículos 997 y ss. de la LEC de 1881, hoy todavía vigentes ya que no han sido derogados por la LEC de 2000, a la espera de una futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. Los trámites de este procedimiento a los efectos de la sucesión troncal del Derecho aragonés han resultado ser insuficientes e inadecuados para garantizar un procedimiento judicial contradictorio y con garantías para la defensa de las partes en el ejercicio de sus distintas pretensiones.

La prevención del abintestato se inició a instancia del Ministerio Fiscal como consecuencia de una denuncia realizada ante la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 3 de abril de 1998 por un pariente lejano del causante que, más tarde, por este hecho reclamaría a la Comunidad Autónoma de Aragón el derecho a un premio del diez por ciento de la herencia, con fundamento en el artículo 21 del Decreto estatal 2091/1971, de 13 de agosto, sobre Abintestatos en favor del Estado: régimen administrativo. La solicitud de premio fue denegada mediante Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón. Por Sentencia de 18 de marzo de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se confirmó la denegación del premio por considerar que la denuncia presentada «no se dirige a la Hacienda de la Comunidad Autónoma» y carece de los requisitos que exige el artículo 3 del Decreto 2091/1971, pues «para reco-

nocer el derecho a premio previsto en el artículo 21 se requiere una especial diligencia del interesado, no sólo en la puesta de manifiesto del fallecimiento, sino de facilitar y acreditar datos esenciales en orden a conocer la vocación hereditaria de la Administración por la inexistencia de herederos legítimos; el propio fallecimiento; los bienes de los que disponía. Todas estas circunstancias deben ser facilitadas y en el presente caso no lo han sido, el actor se ha limitado a hacer unas manifestaciones sin nada acreditar».

Una vez practicadas las diligencias judiciales de conocimiento del asunto se nombra depositaria y administradora de los bienes del causante a una sobrina de la persona que se había encargado de atender y cuidar a Elías Alfredo Martínez Santiago, que también reclamará a la Comunidad Autónoma de Aragón el derecho a un premio del diez por ciento de la herencia con fundamento en el artículo 21 del Decreto estatal 2091/1971, en base a una denuncia, esta vez, presentada ante la Hacienda de la Comunidad Autónoma. La solicitud de premio fue denegada mediante Orden del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón. Por Sentencia de 18 de noviembre de 2003 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se confirmó la denegación del premio considerando que «como quiera que la recurrente ostentaba el cargo de administradora y depositaria de los bienes del fallecido tras ser nombrada como tal en Auto de 29 de mayo de 1998 del Juzgado de Primera Instancia número diez de los de Zaragoza, en autos de Prevención Ab Intestato, habiéndolo aceptado en la misma fecha, cuando formuló la denuncia de dicho fallecimiento el día 1 de junio, ello formaba parte de sus obligaciones como tal siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 del referido Decreto y en modo alguno el artículo 3 en relación con el 21 del mismo texto legal, de manera que la comunicación a la DGA de la muerte del causante no le suponía derecho a premio alguno sino que, por el contrario, no era sino una carga u obligación aneja al cargo de administradora que voluntariamente aceptó y con ello las responsabilidades inherentes e inseparables a dicha situación».

Es preciso destacar que el Decreto estatal 2091/1971, de 13 de agosto, sobre Abintestatos en favor del Estado: régimen administrativo, de aplicación supletoria a la Comunidad Autónoma de Aragón en el caso que nos ocupa, de acuerdo con la regla de supletoriedad del Derecho del Estado según el artículo 149.3 CE, ha sido desplazado en su aplicación por el Decreto 191/2000, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre Regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas, que suprime el derecho a premio previsto en la normativa del Estado, salvo en el caso de entidades de asistencia o acción social inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y establecimientos de Acción Social de la Diputación General de Aragón.

Dentro de las primeras diligencias judiciales, y ante la falta tanto de testamento como de parientes dentro del cuarto grado, a instancia del Ministerio Fiscal fue llamada al procedimiento la Diputación General de Aragón como posi-

ble heredera de los bienes del causante en aplicación del entonces vigente artículo 136.1 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, según el cual, «en defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad aragonesa, sucederá la Comunidad Autónoma de Aragón».

La Diputación General de Aragón, en representación de la Comunidad Autónoma de Aragón, se personó en el procedimiento y solicitó que se dictara Auto por el se declarara a la Comunidad Autónoma de Aragón heredera universal de los bienes de Elías Alfredo Martínez Santiago, en aplicación del referido artículo de la Compilación aragonesa.

Sin embargo, la petición de declaración de heredera de la Comunidad Autónoma de Aragón no fue la única, ya que comparecieron en el procedimiento, parientes de sexto grado del causante, concretamente los hermanos S. I. y P.G.M., que también solicitaron que se les declarase herederos no troncales en base a una interpretación amplia del discutido y complejo artículo 141.1 de la Compilación, relativo a la sustitución legal, según el cual, «Salvo previsión en contrario del causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes». En concreto, solicitaban se les aplicara la sustitución legal en la línea ascendente de forma sucesiva hasta que en sustitución del bisabuelo del causante se llamaba a la herencia a los parientes de sexto grado del causante, en su condición de descendientes del bisabuelo, heredero premuerto. Podría haberse sostenido también, y de hecho así se lo planteó la Audiencia Provincial de Zaragoza, que la sustitución legal se pretendiese aplicar a la línea colateral de manera que la sustitución operaba en relación con los parientes de cuarto grado herederos premuertos llamados a la herencia a los que les sustituirían sus descendientes, es decir, los parientes de sexto grado comparecidos en el procedimiento.

También en el mismo escrito se solicitaba que según la línea de procedencia de los bienes se declarase herederos troncales de abolorio a los mismos parientes de sexto grado y en la proporción que les correspondiese, pero sin señalar bienes determinados, ello con fundamento en los artículos 132.3 y 133 de la Compilación, según los cuales:

Artículo 133, «Tratándose de bienes troncales de abolorio, adquiridos por el causante a título lucrativo y que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, sucederán, por su mismo orden los llamados en el artículo anterior, aunque sin limitación de grado».

Artículo 132.3, «A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, entre los que desciendan de un ascendente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quién los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del causante, los primeros serán excluidos por los segundos».

En relación con las anteriores pretensiones, la Diputación General de Aragón se opuso a las mismas con argumentos tanto de naturaleza procesal como materiales.

Las razones de naturaleza procesal se centraban en que la regulación «De los abintestatos» contenida en la LEC de 1881, no contempla trámites contradictorios y probatorios adecuados para demostrar la existencia de bienes troncales y en consecuencia declarar herederos troncales.

Las razones de oposición materiales se fundaban en la inaplicación de la sustitución legal en la sucesión intestada, en particular en la línea ascendente, y en todo caso no más allá del cuarto grado, por imperativo del artículo 954 del Código civil, al que se remitía el artículo 135 de la Compilación aragonesa. Se rechazaba asimismo la aplicación sucesiva de la sustitución legal.

Por otro lado, no se consideraba admisible la declaración de herederos troncales sin determinación de bienes de origen troncal. Tampoco existían pruebas que acreditaran la existencia de bienes troncales, rechazando que el dinero y las acciones, que constituían casi exclusivamente el patrimonio hereditario, pudieran considerarse bienes troncales, salvo en determinadas excepciones, que no se daban en el caso, y mucho menos que pudiera admitirse la subrogación real, al tratarse de cosas esencialmente fungibles.

Mediante Auto de 5 de febrero de 1999, del Juzgado de Primera Instancia nº Diez de Zaragoza, «se declara único y universal heredero de D. Elías Alfredo Martínez Santiago a la Comunidad Autónoma de Aragón encarnada en su órgano de Gobierno la Diputación General de Aragón a los efectos del artículo 136.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón» con fundamento en el artículo 136.1 de la Compilación aragonesa, según el cual «en defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa sucederá la comunidad Autónoma de Aragón». Se rechaza la aplicación del artículo 141 de la Compilación por considerar que no cabe conectar representaciones sucesivas de herederos premuertos.

El anterior Auto fue objeto de recurso de apelación, desestimado mediante Auto de 16 de junio 1999 de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Por lo que respecta a las cuestiones procesales, la Audiencia Provincial declara inadecuado el procedimiento de declaración de herederos abintestato para la declaración de herederos troncales y remite a los reclamantes a un procedimiento contencioso, aunque en realidad debe entenderse a un procedimiento declarativo plenario, pues el procedimiento de declaración de herederos abintestato sí que puede ser contencioso, como lo demuestra el presente caso, aunque no tenga efectos de cosa juzgada material.

El Auto se expresa en los siguientes términos:

«El procedimiento de declaración de herederos ab intestato, en el que se ha dictado el Auto que es objeto de recurso, es un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el juzgado competente ha de determinar los parientes que tienen derecho a heredar al causante, caso de que éste no haya dispuesto mortis causa de sus bienes, en testamento o en contrato sucesorio admitido por la legislación civil.

En el trámite establecido al efecto por los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, especialmente, en los artículos 980, 981 y 984 de dicha Ley, se contempla la prueba para acreditar el fallecimiento de la persona de cuya

sucesión se trate, el parentesco de los solicitantes y el hecho de haber fallecido aquélla sin disposición de última voluntad, para lo que habrá de practicarse prueba documental y testifical; pero no es objeto de este procedimiento la determinación de los bienes y derechos que integran la herencia, ni su naturaleza o procedencia familiar. Por ello, la solicitud de los recurrentes de que, para mejor proveer, se aporte al expediente la documentación contable de un antepasado del fallecido para, a través de ella, acreditar que los bienes de la herencia son troncales de abolorio, no es admisible, pues ni tiene cabida en los estrechos límites del expediente, ni de esta documentación contable, que fina en el año 1923, podría llegarse a decidir la cuestión planteada.

De este modo la declaración de herederos ab intestato habría de hacerse conforme al artículo 135 de la Compilación, sin perjuicio de lo procedente respecto a bienes troncales y troncales de abolorio, a decidir en el procedimiento contencioso que, en su caso, se plantee por parte legitimada».

En cuanto a la aplicación de la sustitución legal, se rechaza su aplicación por no poder extenderse más allá del cuarto grado en aplicación del artículo 954 del Código civil.

El Auto se expresa en los siguientes términos:

«La aplicación al caso de lo previsto en el artículo 141 de la Compilación no conduce a la estimación del recurso. Es cierto que dicho precepto no limita la sustitución en la línea descendiente, ni a la colateral en la forma que sí aparece en el artículo 925 del Código civil, y como ya lo hace el artículo 20 de la actual Ley de sucesiones por causa de muerte en Aragón, Ley 1/1999, de 24 de febrero, pero al no hacer exclusión el texto legal de 1985, deberá entenderse que los criterios de sustitución que estableció en el artículo 141 son de aplicación a la línea colateral, como ya fuera reconocido por esta Sección en Auto de 30 de julio de 1998.

Pero esa sustitución no puede actuar ilimitadamente, pues de ese modo quedaría sin efecto la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma, establecida en el artículo 136.1 de la propia Compilación, ya que en defecto de parientes llamados a la herencia se podría hallar otros que por sustitución adquirirían el derecho, salvo casos de extinción total de parentela. Y, sobre todo, no puede extenderse la sustitución más allá de los parientes colaterales del cuarto grado, pues este límite viene establecido taxativamente en el artículo 954 del Código civil.

El ordenamiento jurídico constituye una unidad, que no puede romperse mediante una interpretación incorrecta de uno de sus preceptos, de modo que quede sin eficacia otra norma imperativa. Pues bien, esto acaecería si diéramos al artículo 141 de la Compilación la interpretación que propugnan los recurrentes, con merma de lo establecido en los artículos 954 del Código civil y 136 de la Compilación, como ya ha tenido ocasión de reconocer el Auto de 20 de marzo de 1997 de la Audiencia Provincial de Huesca».

Contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Zaragoza se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo fue inadmitido mediante Auto de 20 de septiembre de 2001 del Tribunal Constitucional, en el que se declara que «la demanda de amparo carece manifiestamente de contenido como revela la simple lectura de las resoluciones judiciales. En ellas se ha dado respuesta a las pretensiones ejercitadas por los

recurrentes, por lo que no existe vulneración de derecho fundamental alguno de los reconocidos en el artículo 24 CE. Estas decisiones parten de una aplicación de la legalidad ordinaria que corresponde en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), por lo que no puede ser revisada por este Tribunal al no ser el recurso de amparo una nueva instancia judicial, máxime cuando se trata de unas resoluciones no arbitrarias, ni manifiestamente irrazonables, suficientemente motivadas y que satisfacen plenamente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva».

La Comunidad Autónoma de Aragón aceptó la herencia intestada de D. Elías Alfredo Martínez Santiago en virtud de Decreto 86/1999, de 30 de junio, del Gobierno de Aragón (BOA de 16-7-1999). La aceptación se realiza a beneficio de inventario e incluye cualesquiera bienes y derechos del causante, esto es, los que le pertenecían en España, en la República de Chile y en cualquier otro país del mundo.

Los bienes de la herencia, por mandato del artículo 136.2 de la Compilación aragonesa -hoy artículo 220 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte-, deberán destinarse a establecimientos de acción social de la Comunidad, con preferencia a los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio. El órgano encargado de decidir sobre el destino de los bienes de la herencia es la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón creada por el Decreto 191/2000 antes citado.

Para la liquidación de los bienes de la herencia, dada su elevada cuantía, fue necesaria la Ley de Cortes de Aragón 1/2000, de 17 de marzo, de Autorización de venta de valores mobiliarios de la Comunidad Autónoma de Aragón procedentes de la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago.

3. LA HERENCIA EN LA REPÚBLICA DE CHILE

En relación con el importante patrimonio del causante existente en la República de Chile, compuesto exclusivamente por acciones y depósitos de dinero, la Comunidad Autónoma de Aragón obtuvo sus primeras noticias a través del procedimiento abintestato abierto en España, donde había comparecido E. W. S., administrador del causante en la República de Chile, quien ofreció su colaboración, así como de la administradora judicial española, que informó que había concedido poderes a un abogado chileno, M.A.K., para que defendiera los bienes de la herencia en aquel país, ya que al tratar de obtener la herencia a favor de unos parientes en sexto grado del causante se habían encontrado con un testamento falso.

Ante esta situación, se realizó un viaje a la República de Chile en el que gracias a la indispensable ayuda del Consulado español en Santiago de Chile se

pudo contactar con una serie de bufetes de abogados que ofrecieron sus servicios para defender los intereses de la Comunidad Autónoma en aquel país. También se obtuvo información sobre la existencia del patrimonio del causante a través del Banco donde se encontraban depositados los valores, el Banco de Santiago, y del ex-administrador chileno, valorándose el patrimonio del causante en aquel momento en casi dos mil millones de pesetas, equivalente a unos doce millones de euros.

Dadas expectativas jurídicas de que la Comunidad Autónoma de Aragón pudiera ser declarada heredera de los bienes del causante en Chile, se procedió a contratar los servicios de un bufete de abogados en Chile que defendiera los intereses de la Comunidad Autónoma de Aragón, y tras el correspondiente expediente de contratación, previo Acuerdo del Gobierno de Aragón, se otorgaron poderes al abogado chileno R. A. M. con fecha 22 de octubre de 1998.

A los bienes del causante en la República de Chile le son de aplicación, en primer término, las leyes de dicho país. En este sentido el artículo 16 del Código civil de la República de Chile dispone que «los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile». A su vez, el propio Código civil chileno dispone en su artículo 955 que «la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la Ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales».

Los anteriores preceptos del Código civil chileno realizan un envío a la legislación del último domicilio del causante como la ley aplicable a su sucesión. En el presente caso, dado que D. Elías Alfredo Martínez Santiago falleció teniendo su último domicilio en la ciudad de Zaragoza y ostentando la vecindad civil aragonesa, la ley que regirá su sucesión respecto de los bienes situados en la República de Chile será la Compilación de Derecho Civil de Aragón vigente al momento de su muerte.

No obstante lo anterior, los referidos artículos del Código civil chileno remiten a su vez a unas excepciones legales que deben tenerse presentes. En cuanto a la legislación sucesoria aplicable, el propio Código civil chileno establece una limitación en su aplicación, según la cual, en todo caso, deberán respetarse los derechos que corresponderían a los chilenos según las leyes chilenas. El artículo 998 del Código civil chileno dispone que «en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno». Este artículo podría abrir la sucesión en favor del fisco chileno si fuese considerado heredero chileno susceptible de protección por el citado artículo. No obstante el fisco chileno tendría el problema de que su derecho a la herencia, en una sucesión intestada, nace a falta de parientes colaterales hasta el sexto grado (art. 992 del Código civil chileno), y en el presente caso sí que existían, aunque de nacionalidad

española. No ocurre lo mismo en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, según la cual la Comunidad Autónoma de Aragón hereda después de los parientes colaterales en cuarto grado.

Respecto al procedimiento a seguir, el artículo 27 de la Ley de la República de Chile n° 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, dispone que «cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta Ley».

El procedimiento para la posesión efectiva de los bienes de una herencia se tramita ante los Tribunales chilenos y se regula en los artículos 877 y ss. del Código de Procedimiento Civil de Chile. Los trámites de este procedimiento se inician con una solicitud para todos los herederos, con indicación del nombre, apellido, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante, si la herencia es o no testamentaria, aportando el testamento en su caso. Es necesario también realizar un inventario de los bienes. La resolución otorgando la posesión efectiva se publicará en extracto por tres veces en un diario de la Comunidad, o de la capital de la provincia o de la capital de la región cuando allí no haya. Posteriormente, la resolución de posesión efectiva, previo informe de la Dirección General de Impuestos Internos, será objeto de inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente. Una vez liquidado y satisfecho el impuesto de herencias se procederá a la toma de posesión de los bienes.

Sobre la base del anterior régimen legal aplicable a la sucesión de Elías Alfredo Martínez Santiago en la República de Chile, la Comunidad Autónoma de Aragón, al momento de personarse en Chile, se encontró con que existían ya otorgadas diversas posesiones efectivas no inscritas de los bienes de Elías Alfredo Martínez Santiago:

Con fecha 21 de julio de 1998, A.M. obtuvo posesión efectiva mediante resolución del decimoséptimo Juzgado Civil de Santiago de Chile (Rol número 3523-1998) con fundamento en un testamento falso supuestamente otorgado por el causante a su favor el 22 de mayo de 1974, ante el notario de Santiago, Arturo Carvajal. La falsificación del testamento fue una operación muy organizada, ya que se robó una escritura del protocolo del notario o archivo judicial, procediéndose a su borrado mediante procedimientos químicos, y en su lugar se redactó el testamento a favor de A.M. Posteriormente se introdujo de nuevo en el protocolo o archivo judicial del notario y se solicitó una copia notarial, que fue expedida con todas las garantías legales por el mismo notario acompañándose con la solicitud la posesión efectiva. Sin embargo, la falsificación del testamento era incuestionable, ya que en el mismo se hacía referencia al número del Documento Nacional de Identidad español del causante con indicación de la letra de comprobación W, cuando en el año 1974, momento en el que supuestamente se otorgó el testamento, no existía todavía tal indicación. Además los informes periciales practicados también demuestran su falsificación.

A la anterior posesión efectiva a favor de A. M. se opuso el abogado M.A.K., en representación de los parientes de sexto grado del causante, hermanos S. I., así como en representación de la administradora judicial de los bienes del causante en España, convirtiéndose el procedimiento voluntario de posesión efectiva en contencioso, solicitando la nulidad civil del testamento y de la posesión efectiva concedida.

— Con fecha 28 de julio de 1998, los parientes de sexto grado del causante, P. G. M. y hermanos S. I., mediante resolución del vigésimo quinto Juzgado Civil de Santiago de Chile (Rol número 245-1998) obtuvieron una posesión efectiva de la herencia de Elías Alfredo Martínez Santiago a su favor con fundamento en la troncalidad del Derecho Aragonés.

— Con fecha 1 de octubre de 1998, los parientes de sexto grado del causante, P. G. M., hermanos S. I., L. C. U., hermanos U. O. y la Sociedad A.T.L. (como cesionaria del cincuenta por ciento de los eventuales derechos de los hermanos U. O.), mediante resolución del Primer Juzgado de Letras de Curicó (Rol número 2872-1998), obtuvieron una nueva posesión efectiva de la herencia de Elías Alfredo Martínez Santiago a su favor con fundamento en la troncalidad y en la sustitución legal del Derecho Aragonés.

Además de los anteriores procesos civiles, existía un proceso criminal del que todavía conoce el séptimo Juzgado del Crimen de Santiago de Chile (Rol número 154.245-5) contra A. M. y otros por la falsificación del testamento, en el que son partes querellantes los parientes de sexto grado del causante P. G. M., y los hermanos S. I.

Ante esta situación, la Comunidad Autónoma de Aragón, al mismo tiempo que se hacía parte en el proceso criminal mediante la correspondiente querrela criminal, presentó una demanda civil en juicio ordinario contra A. M., P. G. M., hermanos S. I., L. C.U., hermanos U. O. y la Sociedad A. T. L., cuyo conocimiento correspondió al noveno Juzgado Civil de Santiago (Rol número 5434-1998), y en la cual solicitaba la nulidad del testamento y de las posesiones efectivas a favor de los demandados y que se declarase que la Comunidad Autónoma de Aragón era la única y verdadera heredera de los bienes quedados al fallecimiento de Elías Alfredo Martínez Santiago, todo ello con imposición de las costas e indemnización de daños y perjuicios.

Los parientes demandados contestaron a la demanda y la práctica de la prueba fue favorable a los intereses de la Comunidad Autónoma de Aragón ya que se pudieron aportar las resoluciones judiciales favorables dictadas en España, y la subrogación real de la troncalidad que invocaban los parientes demandados fue rebatida con el Dictamen en Derecho elaborado por el profesor titular de Derecho Civil, José Antonio Serrano García, sobre *La posibilidad de aplicar la subrogación real en la sustitución de bienes troncales de abolorio*, en cuyas conclusiones se afirmaba que «el dinero y los títulos valores, como cualesquiera otros bienes que hayan pertenecido a la generación del abuelo, sólo pueden tener la consideración de bienes de abolorio si conservan su individualidad e identidad y no han salido de la familia. Los bienes que los

hayan sustituido no se subrogan en su condición de posibles bienes troncales de abolorio ni existe un derecho de los parientes por la línea de procedencia de los bienes al equivalente pecuniario de los que hayan sido objeto de sustitución».

También con el fin de combatir la troncalidad alegada de contrario se aportó el testamento y la liquidación de derechos reales de la herencia recibida por el causante de su madre, donde no figuraban los bienes de la herencia. Estos documentos se encontraron ocultos en la vivienda de Elías Alfredo Martínez Santiago en Zaragoza cuando la Comunidad Autónoma de Aragón tomó posesión de la misma y el hecho se documentó mediante Acta notarial de manifestaciones y presencia .

Por parte de los demandados la prueba consistió en diversas comisiones rogatorias dirigidas a los juzgados españoles sobre toda la documentación hallada en el domicilio del causante, confesión de la Comunidad Autónoma de Aragón y testifical de la Administradora judicial de los bienes del causante en España y de los cónyuges de los demandados; todas ellas se practicaron y se devolvieron al noveno Juzgado Civil de Santiago, sin que los demandados obtuvieran otro beneficio que no fuera el mero retraso del procedimiento.

En el seno del procedimiento ordinario civil, tras la larga tramitación llevada a cabo fundamentalmente por las continuas trabas procesales de los demandados, y cuando se encontraba únicamente pendiente de dictarse sentencia en primera instancia, se planteó la posibilidad entre las partes de llegar a un acuerdo. Debe significarse que el Juez se resistía a dictar sentencia, seguramente por la complejidad del caso, y había citado ya por dos veces a las partes para que llegaran a un acuerdo.

En paralelo al juicio ordinario civil se solicitó una posesión efectiva a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo conocimiento correspondió al vigésimo sexto Juzgado Civil de Santiago de Chile (Rol. 186-1999), que en una primera resolución fue denegada por entender que el heredero debía de ser el fisco chileno, y en reposición se obtuvo finalmente con fecha 14 de abril de 2000 la posesión efectiva a favor de la Comunidad autónoma de Aragón de la herencia intestada quedada al fallecimiento de Elías Alfredo Martínez Santiago. Para ello fue necesario presentar un informe en Derecho del Prof. Titular de Derecho Civil de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Claudio Illanes Ríos, sobre los derechos sucesorios del fisco chileno según el artículo 955 del código civil.

En el decisivo informe del Prof. Claudio Illanes Ríos, se concluía que «en la sucesión de que se trata y por aplicación correcta de los artículos 955 y 998 ambos del Código civil, relacionándolos con lo que dispone el artículo 157 del Código del Derecho Internacional Privado, el Fisco de Chile no tiene ningún derecho respecto de los bienes que el causante tiene en Chile, por cuanto toda su sucesión se regla por la legislación vigente correspondiente a su último domicilio, sin que pueda aplicarse en modo alguno la excepción del artículo 998 del Código civil, como quiera que el Fisco no es cónyuge ni pariente, que

son los únicos comprendidos en la referida norma legal y que existen parientes del causante en sexto grado en línea colateral que de todos modos excluyen al Fisco».

Esta resolución judicial de posesión efectiva a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón era una pieza básica en la transacción, ya que con ella se podrían obtener los bienes de la herencia en el caso de renuncia de los demás beneficiarios de sus posesiones efectivas.

También era imprescindible para una posible transacción la declaración de nulidad del testamento falso y de la posesión efectiva a favor de A. M., pues la negociación con los falsificadores estaba descartada por la Comunidad Autónoma desde el primer momento, dados los principios de actuación de buena fe que la informan. La nulidad del testamento falso y de la posesión efectiva se declaró en primera instancia por el decimoséptimo Juzgado Civil de Santiago de Chile mediante Sentencia de fecha 29 de octubre de 1999, que se confirmó en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago mediante Sentencia de 11 de marzo de 2002. Finalmente la Corte Suprema rechazó el recurso de casación con fecha 25 de julio de 2002. Este proceso contencioso de nulidad ya citado (Rol número 3523-1998) fue promovido por los parientes del causante y la administradora judicial española y avanzado el mismo se constituyó como parte la Comunidad Autónoma de Aragón, una vez declarada heredera del causante en España.

Es a partir de este momento, una vez declarado nulo el testamento, cuando se abre la posibilidad real de una transacción, en la que la Comunidad Autónoma se limita a ofrecer el diez por ciento de la herencia, que equivaldría al importe del derecho a premio que fija el Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, que regula el régimen administrativo de abintestato a favor del Estado, que en cierto modo viene a premiar la actuación de los parientes del causante en Chile que en un primer momento impidió que los falsificadores tomaran la posesión de los bienes de la herencia y alcanzar de este modo el fin de sus ilícitas pretensiones.

Tras la correspondiente negociación, se llega a un principio de acuerdo por el que a cambio del reconocimiento de la condición de heredera a la Comunidad Autónoma de Aragón de los bienes de D. Elías Alfredo Martínez Santiago en Chile se cede un diez por ciento bruto de los bienes de la herencia en Chile, poniendo fin de este modo a toda la contienda judicial, y permitiendo que la Comunidad Autónoma de Aragón tome posesión definitiva de los bienes de la herencia en la República de Chile.

El texto del contrato de transacción cumplía con todas las garantías para que la Comunidad Autónoma de Aragón pudiera tomar posesión de los bienes de la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago en Chile, una vez liquidado el impuesto de herencia, limitando su responsabilidad frente a las demás partes a los bienes allí recibidos en herencia. La nulidad firme del testamento y la renuncia de todos los beneficiarios de posesiones efectivas sobre los bienes de la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago, dejan vía libre a la

posesión efectiva otorgada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. El pago del elevado impuesto de herencia (aproximadamente un 40 %) se podrá realizar con los bienes recibidos de la herencia.

En caso de que la Comunidad Autónoma de Aragón se hubiese negado a transaccionar, no podía descartarse un error judicial en su contra en alguna instancia judicial, dada la complejidad de la legislación aplicable (Compilación de Derecho Civil de Aragón) y el desconocimiento de los jueces chilenos en su interpretación. Además, la posible aparición del fisco chileno reclamando la herencia podía complicar las expectativas jurídicas de la Comunidad Autónoma.

En el momento en que se plantea la transacción, el patrimonio del causante en Chile (constituido exclusivamente en acciones, más los dividendos que éstas hayan podido generar) tiene un valor de cotización superior al del momento de la muerte del causante, por lo que el momento para transaccionar también resultaba adecuado desde este punto de vista.

Las condiciones económicas del acuerdo son bastante favorables desde el punto de vista económico, resultando un saldo favorable aproximado para la Comunidad Autónoma de Aragón de más de seis millones de euros (mil millones de pesetas), ingresos que procediendo de una herencia y de bienes situados en un país extranjero puede considerarse como una oportunidad única para la Comunidad Autónoma de Aragón. Otro problema de índole económico por el que urgía resolver la controversia es la falta de una Administración judicial del patrimonio hereditario por falta de acuerdo entre las partes, que impedía que se reclamaran todos los dividendos adeudados, que tras cinco años prescribían, yendo a parar al Cuerpo de Bomberos.

Desde el punto de vista tributario también el acuerdo transaccional es beneficioso, pues dadas las múltiples posesiones efectivas otorgadas nadie ha podido llegar a tomar posesión real de los bienes ni se ha llegado a pagar el impuesto de herencias, con lo que transcurridos dos años desde el fallecimiento del causante (ya habían transcurrido cuatro), se inicia el devengo de recargos e intereses de demora según la legislación fiscal chilena.

La transacción judicial era sin duda la solución más rápida. La culminación de los procesos judiciales con resolución favorable a la Comunidad Autónoma de Aragón, siempre incierta, supondría, en todo caso, un largo período de tiempo, superando con toda probabilidad otros cuatro años de disputa judicial.

La transacción judicial, previo informe favorable de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, se autoriza por el Gobierno de Aragón mediante Decreto de 22 de octubre de 2002, por el que se autoriza la transacción extrajudicial sobre los bienes de la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago en la República de Chile (BOA de 3-3-2003).

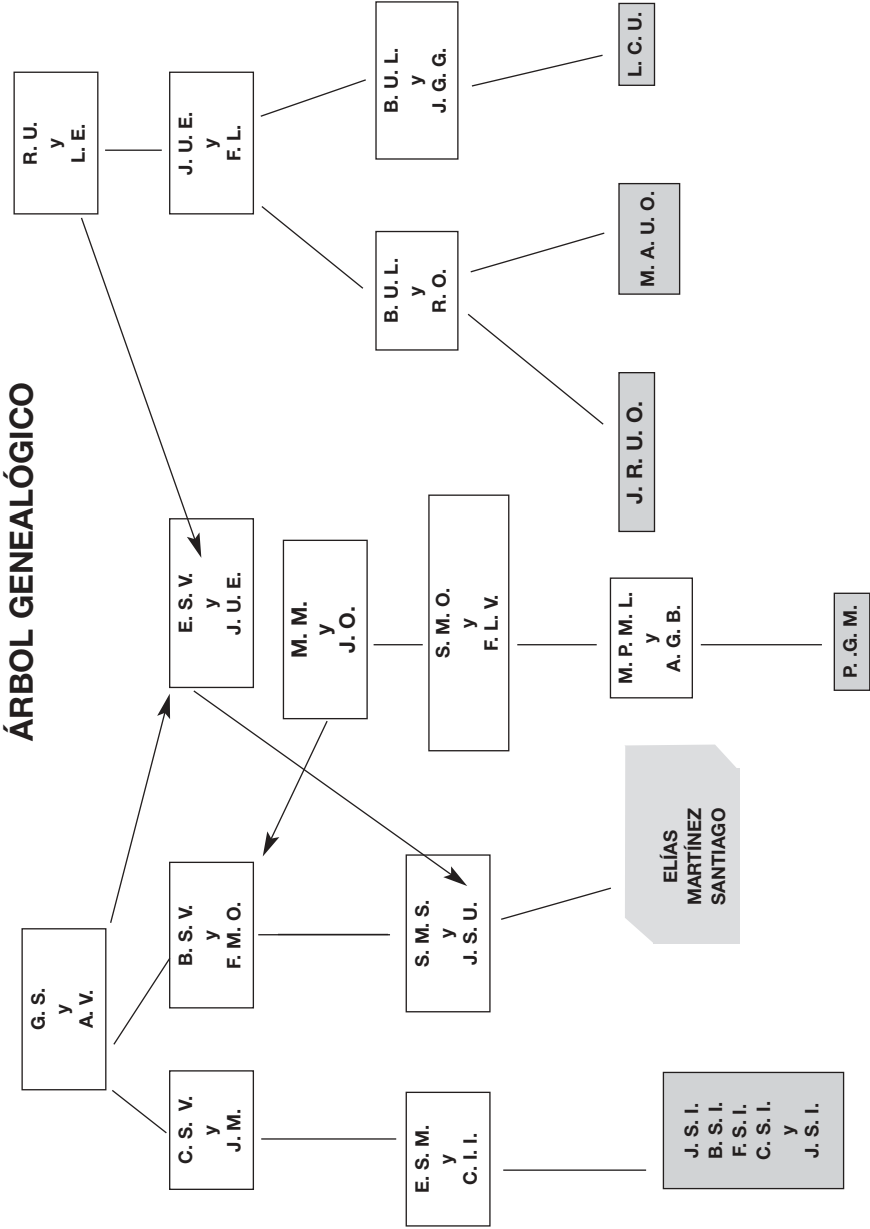
Finalmente, la transacción se firma el 19 de noviembre de 2002, en Santiago de Chile, ante la notario público Elba Sanhueza Muñoz. Por este acto

P. G. M., hermanos S. I.; L. C. U., hermanos U. O. y la Sociedad A. T. L. vienen, en razón de la transacción, a reconocer a la Comunidad Autónoma de Aragón como única heredera universal de los bienes dejados en Chile, en España o en cualquier otro país por el causante, Elías Alfredo Martínez Santiago. Asimismo, renuncian también a cualquier acción, presente o futura, en contra de la Comunidad Autónoma de Aragón, tanto en Chile como en España o en cualquier otro país, por todo o cualquier derecho que pudiera corresponderles de conformidad al Derecho Civil chileno o al Derecho Civil de Aragón por concepto de bienes troncales o troncales de abolorio o por cualquier otro tipo. También ceden y transfieren todos los derechos y acciones que por cualquier causa o motivo les correspondiera o pudiera haberles correspondido en el patrimonio de Chile del causante, incluidos todos sus derechos litigiosos, de crédito o de otra índole emanados de las causas civiles seguidas en Chile.

En contraprestación del reconocimiento, desistimiento y renunciaciones anteriores, como asimismo en reembolso de los gastos incurridos con ocasión de su decisiva y oportuna intervención en las gestiones destinadas a proteger la herencia de las maniobras ilícitas para apoderarse de ella, la Comunidad Autónoma de Aragón se compromete a pagar a las demás partes una cantidad única y total equivalente al diez por ciento del total bruto de los bienes de la herencia en la República de Chile, es decir, sin merma ni descuento de ninguna especie, de los bienes situados en Chile del causante de Elías Alfredo Martínez Santiago.

Una vez firmada la transacción, se hizo valer la misma ante los distintos Juzgados en los que existían resoluciones de posesión efectiva de la herencia de Elías Alfredo Martínez Santiago, inscribiendo en el Registro de Bienes Raíces la dictada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Liquidado el impuesto de herencia, se dispuso del patrimonio hereditario para llevar a cabo el reparto acordado y con el resto proceder a repatriar el dinero a España, que al igual que los bienes heredados en España habrá de destinarse a establecimientos de acción social de la Comunidad, con preferencia a los radicados en el municipio aragonés en donde, el causante hubiere tenido su último domicilio, en cumplimiento del mandato del artículo 136.2 de la Compilación Aragonesa, hoy artículo 220 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte.



APUNTES BREVES SOBRE EL CONSORCIO FORAL ARAGONÉS, LA FIDUCIA Y EL PACTO SUCESORIO EN SU RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Estela MARCUELLO LAPORTA

Abogada y doctorando en Derecho Privado

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece una previsión general sobre los derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad y el artículo 3 del mismo texto señala que para que puedan practicarse tales inscripciones es necesario presentar como título escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Pues bien, en lo que respecta al desarrollo inicial y general de este precepto lo encontramos en los artículos 7 y siguientes del Reglamento Hipotecario de suerte que el artículo 8 dispone:

«Los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior estarán también sujetos a inscripción.

Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria.»

Es decir, se permite el acceso al Registro de aquellos pactos o contratos contemplados en las legislaciones forales que, de acuerdo con el artículo 7 del mismo Reglamento Hipotecario, declaren, constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan el dominio o los derechos reales que se mencionan en el artículo 2 de la Ley, y también cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

Finalmente los artículos 75 a 88 del Reglamento, en su redacción dada por el Real Decreto 3215/1982 de 12 de noviembre, vienen dedicados a la

Inscripción de capitulaciones matrimoniales, de herencia y de contrato sucesorio, de modo que de ellos podremos entresacar los que permitan el acceso al registro de algunas figuras sucesorias, existentes en el Derecho Aragonés, si ello es posible.

En primer lugar y respecto del Consorcio Foral, que regirá salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, de suerte que, durante su vigencia sólo serán válidos los actos de disposición realizados por un consorte sobre su cuota a favor de un descendiente, se plantea la siguiente cuestión: hasta el momento, el Consorcio Foral tiene efectos registrales, como prohibición legal de disponer, de forma automática y sin necesidad de practicar inscripción de conformidad con el artículo 26.1 de la Ley Hipotecaria; sin embargo, a partir de la nueva regulación dada por la Ley de Sucesiones en la que esta figura se considera facultativa tanto para el causante como para los herederos, considero que resultaría conveniente su acceso al Registro de acuerdo con el apartado 3º del mismo precepto, de modo que, desde el punto de vista de su eficacia, el asiento correspondiente no sólo permitirá publicar su titularidad sino también provocar el efecto de cierre registral para enajenaciones diversas a las autorizadas legalmente.

Un problema que se ha planteado en la práctica registral y que ha sido ya adecuadamente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en relación con el Consorcio Foral es el de su ámbito territorial de aplicación, es decir, si puede o no afectar a inmuebles situados fuera de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Así en resolución de 13 de mayo de 2002 la DGRN resolvió esta cuestión que en realidad implica plantearse la territorialidad de la norma o la personalidad de la misma, en este caso sin restricción territorial alguna por ser la norma que rige la sucesión de acuerdo con la vecindad civil del causante.

La DGRN se remitió a las normas de conflicto del Título Preliminar del Código civil por considerar que realmente el problema era de Derecho interregional y también al artículo 9 del Estatuto de Autonomía Aragonés que establece la eficacia personal de las normas civiles aragonesas, salvo que legalmente se les atribuya eficacia territorial y, por lo tanto, consideró que el Consorcio Foral aragonés supone una institución sucesoria, derivada de una norma personal y sin ninguna restricción territorial lo que permite la afección, con efectos registrales, de inmuebles situados fuera de la Comunidad Autónoma Aragonesa.

En cuanto a la Fiducia Sucesoria para poder determinar si cabe o no el acceso al registro de esta figura aragonesa es preciso definirla y diferenciarla de otras, procedentes de otros derechos forales o del derecho común que, por su similitud o por una cuestión puramente de denominación, pueden llegar a confundirse. En este sentido, Adolfo Calatayud Sierra la define como «aquella institución por la cual una persona con vecindad civil aragonesa, a la que se denomina comitente, puede nombrar a una o a varias personas, denominados

fiduciarios, para que se encarguen de ordenar su sucesión *mortis causa*» («Ley de Sucesiones, comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de derecho civil», coord. Jesús Delgado Echeverría, Zaragoza, 1999, p. 109).

Procede de este modo diferenciar claramente la fiducia sucesoria aragonesa de lo que es la sustitución fideicomisaria en la que el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero, total o parcialmente, la herencia; también es preciso diferenciarla del fideicomiso puro, en el que el causante, mediante instrucciones reservadas, impone a su sucesor una aplicación o inversión específica de lo que adquiera y que se encuentra prohibido por el artículo 785.4 del Código civil, así como de la Herencia de confianza catalana de contenido semejante.

Es especialmente relevante llevar a cabo esta distinción en el estudio de las posibilidades de acceso al registro de estas figuras sucesorias ya que, precisamente dentro del Reglamento Hipotecario, encontramos un precepto que podría llevar a una conclusión errónea, el artículo 82 que dice:

«En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Quando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.»

Pues bien, este precepto permite la inscripción de la sustitución fideicomisaria pero no de la figura estrictamente aragonesa de la fiducia ya que en aquella se parte de la base de que existe un primer instituido cuya titularidad puede acceder al registro y, por tanto, nada impide que se haga constar igualmente la existencia de la citada sustitución fideicomisaria, en cualquiera de las modalidades admitidas en derecho común, que llegará a hacerse efectiva.

Cuestión bien distinta como vemos es la que se plantea en la fiducia aragonesa en la que inicialmente el causante no designa sucesor, sino una o varias personas que habrán de disponer de sus bienes relictos en el modo que estimen conveniente y, en su caso, con las indicaciones que haya podido prever el causante. Es lógico pensar que, en tanto en cuanto no exista sucesor y la situación de la herencia sea la de la herencia yacente, carente temporalmente de titularidad, nada puede acceder al registro, ni siquiera como anotación preventiva de derecho hereditario.

Una vez ejecutada la fiducia en los términos dispuestos por el causante, la adquisición del patrimonio por los designados herederos accederá al Registro mediante la presentación de la escritura pública de aceptación de la herencia, derivada de la ejecución de la fiducia en los términos de los artículos 141 y ss de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte aragonesa de 1999. En este sentido contamos con la vieja Resolución de 16 de junio de 1965 de la DGRN en la que la fiducia aragonesa se había establecido en capitulaciones matrimoniales y durante la vigencia del Apéndice de 1925, de modo que, ante la ejecución de la misma, y ante la insuficiente regulación de esta figura en el Apéndice, se

aplicaron las disposiciones transitorias del Código civil que conllevaban la efectividad de los poderes para testar otorgados antes de su entrada en vigor.

Una situación interesante se plantea cuando el fiduciario hace uso de sus facultades de disposición establecidas en el artículo 138 de la Ley de Sucesiones ya que la enajenación se realiza por quien no es titular y, por lo tanto, no aparece como tal en el Registro de la Propiedad. Hasta la aprobación de esta Ley de sucesiones se exigía una ejecución de la fiducia, aunque fuera parcial, asignando el bien o los bienes a hijos o descendientes de modo que a continuación se llevaba a cabo el acto de disposición en los términos queridos por el fiduciario.

Actualmente la Ley de Sucesiones únicamente impone, para el caso de el fiduciario quiera disponer de bienes de la herencia que puedan calificarse de inmuebles por naturaleza o de muebles como sitios, si existen legitimarios, que se cuente con la preceptiva autorización de cualquiera de ellos que tenga plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.

El problema en mi opinión se plantea fundamentalmente para cumplir con el principio del tracto sucesivo en lo que al registro se refiere, pero necesariamente habrá de salvarse ya que el cambio de titularidad habrá de poder acceder al mismo. El modo de salvar el problema pasa, en mi opinión, por entender aplicable la excepción a la necesidad de cumplimiento del tracto sucesivo registral que plantea el artículo 20 de la Ley Hipotecaria cuando en su cuarto párrafo establece:

«No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las Leyes.»

Otro problema que puede plantear el supuesto de disposición por el fiduciario es que pueda existir una negativa por parte del Registrador a inscribir si no se acredita la concurrencia de alguno de los supuestos en los que, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley de Sucesiones, esté autorizado para ello. Considero que en este caso el criterio a seguir es el que puso de manifiesto la DGRN en su Resolución de 11 de julio de 2003, en la que, para un supuesto de fideicomiso de residuo en el que el fiduciario había dispuesto amparado por una situación de necesidad, ordena la inscripción, pues primero no entiende que exista ninguna limitación en la cláusula, pero además, aunque la hubiera, es constante la jurisprudencia en el sentido de entender que la necesidad debe ser apreciada por el heredero (salvo dolo o abuso de derecho) y en todo caso escapa a la calificación del registrador. Sí será en cambio necesario acreditar la autorización de los legitimarios de conformidad con el artículo 139 de la Ley de Sucesiones.

En lo que respecta a los pactos sucesorios tanto la Ley como el Reglamento Hipotecario permiten su acceso al Registro de la Propiedad de forma expresa

y contemplan tanto la posibilidad de que los bienes de que el otorgante disponga a través del mismo se transmitan de presente o tras la muerte de éste.

Así, en primer lugar, el artículo 14 de la LH establece:

«El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad...»

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 77 dispone:

«En la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en el futuro en virtud de contrato sucesorio se consignarán, además de la denominación que en su caso tenga la institución en la respectiva legislación que la regula o admita, las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, la fecha del matrimonio, si se tratase de capitulaciones matrimoniales, y, en su caso, la fecha del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión, el contenido de la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación, y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación del heredero.»

El mismo precepto contempla la posibilidad de que el pacto sucesorio se haya otorgado como consecuencia de un futuro matrimonio de modo que, mientras todavía no se ha contraído, «se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél» previendo que, si fuera aplicable la previsión del artículo 1334 del Código civil, es decir, que deba quedar sin efecto lo estipulado por haberlo hecho en capitulaciones matrimoniales y no haberse celebrado el matrimonio en el plazo de un año, respecto a la cancelación de la anotación será aplicable el artículo 75.2 del Reglamento:

«... se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurridos un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha.»

Por último, el artículo 77 del Reglamento Hipotecario, prevé que «cuando por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, la transmisión de presente de bienes inmuebles, se hubiera practicado la inscripción de éstos antes del fallecimiento del causante o instituyente, se hará constar en su día tal fallecimiento por medio de nota al margen de la inscripción practicada, si bien habrá de extenderse el correspondiente asiento principal para la cancelación de las facultades o derechos reservados por el fallecido, en su caso». Especialmente interesante resulta pues el último inciso de este precepto ya que hace referencia y permite la constancia registral de los derechos o facultades reservados por el otorgante para sí, como en Aragón puede ser, entre otras, la reserva del «Señorío Mayor» en el heredamiento de la casa aragonesa del artículo 73 de la Ley de Sucesiones cuyo contenido ha quedado finalmente identificado por el legislador autonómico con el usufructo y administración de los bienes, aunque imponiendo el deber de aplicar su producto al sostenimiento y mejora de aquélla. Podrá dejarse constancia registral igualmente de cualesquiera otros derechos que el otorgante se haya reservado

sobre el bien, de las limitaciones a las facultades de disposición del instituido que se hayan podido establecer y, como dice el propio precepto, de las «estipulaciones pertinentes» y «particularidades de la escritura» correspondiente.

Un problema interesante desde el punto de vista registral se plantea en el supuesto de revocación unilateral del pacto por alguno de los motivos señalados en el artículo 86.1 de la Ley de Sucesiones pues, como indica su apartado tercero, «si la institución contractual se hubiera hecho constar 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» tiempo suficiente para que el instituido, en caso de transmisión de bienes de presente, pueda disponer de ellos. En este caso, como apunta José Luis Batalla Carilla, Registrador de la Propiedad, se da tiempo para que pueda anotarse con anterioridad a la inscripción de revocación una posible demanda de quien pudiera sentirse afectado en sus derechos por la revocación unilateral. El problema se plantea concretamente, como se ha dicho, ante la posibilidad de que el instituido en pacto sucesorio, si ha habido transmisión de bienes de presente, disponga durante esos tres meses del bien —si no se ha impuesto límite alguno que lo impida— evitando la efectividad de la revocación por la aplicación, en su caso, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En mi opinión una manera de salvar el problema es considerar que el tenor literal del artículo 86.3 lo que impide es que el Registrador practique la inscripción pero no que se solicite la misma, de modo que, mediante tal solicitud, ya se practicaría el correspondiente asiento de presentación y se dejaría constancia de la pendencia de su inscripción, contando el solicitante con suficiente protección de su derecho.

Una última cuestión a plantearse respecto del acceso a Registro de los pactos sucesorios es si cabe o no que la inscripción se practique en la modalidad lingüística de Aragón que los otorgantes hayan elegido para otorgar el propio contrato de acuerdo con la posibilidad que les brinda el artículo 67 de la Ley de Sucesiones. A este respecto, José Luis Batalla Carilla considera que sería posible que su constancia registral fuera tanto en castellano y en la lengua elegida, si se ha redactado el pacto en doble columna en ambas lenguas como parece lo adecuado, pero también únicamente en la última de ellas, de modo que, si el Registrador no la conoce y tampoco quien en su momento solicitase la información registral, sería necesaria la intervención de un intérprete designado de común acuerdo por ambos, y no necesariamente oficial.

**COMENTARIOS
DE
JURISPRUDENCIA**

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
DE 28 DE MARZO DE 2003**

**(Casación foral. Capítulos matrimoniales, separación de bienes
o de hecho y *standum est chartae*)**

José Luis PUEYO MOY
Abogado

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

Don Pedro Felipe Gascón y doña Josefina Lázaro Lázaro contrajeron matrimonio el día 10 de diciembre de 1977. En dicho matrimonio no hay hijos comunes. Tras ocho años de vida conyugal, el día 2 de mayo de 1985 otorgan escritura pública en la que, entre otros, pactaron la mutabilidad del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes y ganancias de la Compilación (hoy denominado consorcio conyugal) por el régimen de separación absoluta de bienes con liquidación del mismo, confiriéndose mutuamente total libertad para establecer sus domicilios donde lo consideren oportuno, sin limitación ninguna y sin necesidad de expresa autorización por parte de los cónyuges, con renuncia recíproca y genérica al expectante de viudedad y consiguientemente al usufructo viudal de los bienes presentes y futuros de sus cónyuges.

Desde la firma de la escritura y durante 15 años don Pedro Felipe Gascón vivió en la calle Poeta Blas Otero, mientras que doña Josefina Lázaro tuvo su domicilio en la calle Pintor Manuel Viola, ambos en la ciudad de Zaragoza.

El 26 de octubre de 2000 falleció, sin testar, don Pedro Felipe Gascón.

Doña Josefina Lázaro Lázaro, con fecha 27 de diciembre de 2000 solicitó ante Notario ser declarada única heredera abintestato de don Pedro Felipe Gascón, otorgando escritura de manifestación y aceptación de herencia el 19 de enero de 2001, que inscribió posteriormente en el Registro de la Propiedad respecto a los bienes inmuebles.

Por su parte, don Antonio Felipe Gascón, hermano del fallecido, y las sobrinas de éste, doña M.^a Lucía, M.^a del Carmen y M.^a Teresa Navarro Felipe, ins-

taron expediente judicial con el fin de ser declarados herederos abintestato de su hermano y tío don Pedro Felipe Gascón, oponiéndose doña Josefina Lázaro Lázaro, motivo por el cual se declaró contencioso y se hubo de acudir al procedimiento ordinario en el que se solicitó se declarasen herederos abintestato el hermano y sobrinos del causante; la nulidad del acta notarial de herederos abintestato y escritura de manifestación y aceptación de herencia, a favor de la demandada Josefina Lázaro Lázaro, así como la nulidad de las inscripciones que traigan causa en ésta, a salvo los derechos de terceros hipotecarios de buena fe; solicitando la condena a la entrega por la viuda de cuantos saldos de cualquier clase tuviere el causante en la Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón o cualquier entidad financiera.

En primera instancia, es desestimada la demanda, e interpuesto el recurso de apelación es estimado éste parcialmente, acogiendo la totalidad de las peticiones, excepto la condena en costas.

La sentencia dictada por la Audiencia provincial de Zaragoza es recurrida en Casación, resolviendo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el recurso confirmatorio de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

2. DEL RECURSO DE CASACIÓN

A) DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Desde la Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, en el año 1996¹, en el que, al parecer por olvido, no se incluyó la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para entender y resolver las cuestiones casacionales que en materia de derecho foral se suscitaren, han pasado ya 9 años, y en mi opinión y contraria a la vertida en este mismo foro, y me refiero al distinguido jurista don Fernando LÓPEZ RAMÓN a quien respeto pero no comparto su criterio, en cuanto argumentaba que el artículo 73 de la L.O.P.J.² recoge dos

¹ Decía el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto: 1. *De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden:*

a) *En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluso los recursos de casación y de revisión en materias de Derecho civil foral aragonés.*

El artículo 2 de la Ley Orgánica 30 de diciembre de 1996, nº 5/1996, estableció: *Quedan suprimidos los siguientes preceptos: ... Artículo 29. ...*

² Establece el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

1. *La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil:*

a) *Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho*

supuestos alternativos y no dos requisitos cumulativos (en la coma existente antes de la «y» avala su tesis), que la mención a los Estatutos de Autonomía no es una exigencia sino una garantía de la competencia casacional, y que no puede subordinarse el Estatuto de Autonomía a la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues aquél aunque está en un mismo plano es superior en el orden jerárquico. Tales argumentos fueron en su día rebatidos por don Mauricio Murillo García-Atance³, cuando expuso que si el legislador hubiera deseado disipar las dudas interpretativas hubiera utilizado la disyuntiva «o», argumento que igualmente utiliza para oponerse a su segundo alegato; en cuanto al tercer razonamiento también lo rebate señalando que la Constitución no realiza tal distinción únicamente exige unos requisitos para la Ley Orgánica que aprueba los Estatutos por la especialidad que incorpora el Estatuto, añadiendo una última consideración que fundamenta en el artículo 152.1.segundo párrafo de la Constitución⁴ que remite a lo regulado en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La primera cuestión es la que denominaría de «parcheo». Actualmente la situación es la siguiente: *de facto* el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entiende del recurso casacional en materia foral; *de iure* este Tribunal, en mi opinión, carece de competencia funcional para su resolución.

Desconozco si en la actualidad por el motivo apuntado se sustancia algún recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues intuyo que con la solución adoptada se está vulnerando el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley⁵, ya que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial⁶ como la

Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.

...»

³ Mauricio MURILLO GARCÍA-ÁTANCE, «Actas del Foro de Derecho Aragonés», *Séptimos Encuentros* 1997.

⁴ Artículo 152.1 segundo párrafo: *Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo culminará la organización en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. ... Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial...*

⁵ Artículo 24.2 de la Constitución.

⁶ Artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *La Sala de lo civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) Del recurso de Casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de autonomía haya previsto esta atribución.*

⁷ Artículo 478.1 de la L.E.C. 1/2000 de 7 de enero: *El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.*

No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

Ley de enjuiciamiento Civil⁷, reconducen el conocimiento del recurso de casación en materia foral a lo que dispongan los Estatutos de Autonomía, y por desgracia actualmente el vacío legal que contiene el Estatuto no permite su resolución al T.S.J. de Aragón.

Cuestión distinta es que, en mi opinión en todo caso deba entender el Tribunal Superior de Justicia de Aragón a quien considero el Tribunal natural, por razones de inmediación, especialización, y conocimiento del derecho inmediatamente aplicable en nuestra Comunidad Autónoma, pero siempre y cuando el conocimiento y resolución del recurso esté atribuido por las normas de competencia funcional al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

B) LOS MOTIVOS DE CASACIÓN EN LA SENTENCIA

La sentencia entiende que los dos motivos de casación, la infracción del artículo 216 de la Ley de Sucesiones de Aragón, y del artículo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en puridad son tan sólo uno.

En mi opinión, no son un único motivo como parece señalar el Alto Tribunal Aragonés sino que uno es consecuencia del otro.

En definitiva se trata de dilucidar si la escritura de capítulos matrimoniales de fecha 2 de octubre de 1985 en cuya virtud ambos cónyuges mutaron el régimen económico matrimonial, establecieron total libertad para establecer sus domicilios, y renunciaron mutua y recíprocamente al expectante de viudedad y usufructo viudal, constituye una auténtica separación de hecho de los cónyuges o no.

Una cuestión me llama la atención: que en los motivos casacionales no se haya hecho referencia al artículo 25 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón⁸.

Si en el recurso se intenta que prevalezca el argumento de no tratarse de una separación de hecho sino tan sólo de una separación de bienes, se debió, al amparo del artículo 25.1 de la Compilación haber instado la nulidad de la cláusula que precisamente es el eje sobre el que gira el recurso: la total libertad para el establecimiento de domicilios distintos, pues no cabe duda que por la misma argumentación de la Sala, dicha cláusula vulneraría la obligación de convivencia del matrimonio (art. 68 del Código civil) como uno de los fines del mismo, y por lo tanto es una cláusula que no debió pactarse en la escritura de 2 de mayo de 1985 puesto que si bien afecta al régimen familiar y económico, es atentatoria contra los fines propios del matrimonio. De ahí que las partes no aleguen la infracción de aquel precepto.

⁸ Dice el artículo 25. *Capítulos, contenido y forma. 1. Los Capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, siempre que no sean contrarias a los fines propios del matrimonio.*

2. Los capítulos y pactos habrán de constar en escritura pública.

3. PRINCIPIO *STANDUM EST CHARTAE*

Entrando ya en la cuestión de la interpretación de lo pactado, analizaremos si se vulnera o no el principio *standum est chartae* o no.

Partiendo de la base de que la Carta, en este caso la escritura pública de 2 de mayo de 1985, establece la posibilidad de fijar domicilios distintos, surgen las cuestiones siguientes:

a) La posibilidad de fijar dos domicilios familiares distintos. El establecimiento de distintos domicilios contraviene los fines del matrimonio, y siendo atentatoria a los mismos tal pacto devendrá nulo, por ir contra norma imperativa aplicable en Aragón. No puede establecerse más de un domicilio familiar; el domicilio familiar ha de ser único, con independencia de que los cónyuges se vean obligados a vivir separados por motivos laborales, durante un determinado periodo, más o menos largo, lo que no excluye el deber de convivencia del matrimonio, como fin de éste.

b) No es lo mismo poder establecer libremente cada cónyuge el domicilio donde consideren necesario que establecer el domicilio familiar.

c) Y por último, como quiera que por el principio *standum est chartae* se estará en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes, deberemos examinar:

- Si lo pactado es de imposible cumplimiento, a lo que habremos de concluir que no por los razonamientos que indicaré a continuación.
- Si el pacto contraría la Constitución, debiendo llegar a igual conclusión, puesto que su artículo 32⁹ establece que la Ley regulará los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos. Al hilo de ello, también deberemos concluir que el pacto no es contrario a la Constitución ni a norma aplicable en Aragón, puesto que la Norma Suprema remite a la Ley la regulación de las causas de separación y entre ellas está la libremente consentida (art. 81 y 82,5^a y 7^a causas del C.C. y art. 86.1), separación que sin duda ninguna permite el libre establecimiento de domicilios para no caer en abandono injustificado del hogar o en incumplimiento de los deberes conyugales, por lo que a pesar de existir la presunción de convivencia del artículo 69 del Código civil, ésta ha sido destruida en el procedimiento, lo que deduzco del Fundamento de Derecho quinto que establece que «...vivieron en domicilios distintos, ...»
- Tampoco es contrario a norma imperativa aplicable en Aragón, lectura ésta vigente antes de la reforma de 21 de mayo de 1985.

⁹ El artículo 32 de la Constitución establece: 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Por lo tanto, hubiera sido contrario a los fines del matrimonio el pacto de establecer domicilios distintos, y por el contrario este pacto no lo es, y en consecuencia será válido, pues lo que realmente la Carta quiere recoger es la separación de hecho de los cónyuges.

d) ¿Se debe interpretar la Carta en forma extensiva? Si consideramos la carta como Ley, como fuero, veremos como históricamente y hasta el siglo XIX existía cierta confusión entre la Observancia 1^a *De equo vulnerato* que impedía la interpretación extensiva, ya que esta era prohibida por los Fueros y por Fuero estamos a la Carta, confundiéndose a menudo con la Observancia 16 *De fide instrumentorum*, en virtud de la cual en juicio y fuera de él se estará a la voluntad de los otorgantes, con los límites ya citados de imposible cumplimiento (que se mantiene en la actualidad), como al Derecho Natural, que en la Compilación de 1967 dejó de tener tal referencia para expresar que la Carta no podía ser contraria a Norma imperativa aplicable en Aragón, y con la aprobación de la Ley de Sucesiones el límite está en la Constitución y en las normas imperativas del Derecho Aragonés.

La Carta, no deja de ser un acuerdo de voluntades, y admite interpretación, con total respeto a la voluntad de los otorgantes, ahora bien cuando no esté clara su interpretación deberá serlo con arreglo a los criterios interpretativos que lo permitan, entre los que sin descartar la interpretación del sentido propio de las palabras, se deberán examinar los actos coetáneos y posteriores al otorgamiento.

Ello nos lleva igualmente a la conclusión ya avanzada, y, a pesar de que literalmente no lo diga la Carta, no cabe duda que la voluntad de los particulares ha sido terminar con su vida en común, permitiendo mutuamente una nueva situación, la separación de hecho.

Como consecuencia de la desestimación del motivo denunciado por infracción al art. 3 de la Compilación, principio *standum est chartae* de manera irremediable conducirá a la desestimación del motivo alegado por infracción del art. 216 de la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, pues como la dicción literal del citado precepto establece la sucesión a favor del cónyuge viudo no tendrá lugar si se estuviere separado de mutuo acuerdo y conste fehacientemente.

La frase «que conste fehacientemente» no indica, en mi opinión, que la separación de hecho deba constar en documento público; la Carta en la que los cónyuges expresarán su voluntad, libremente consentida, deberá estar revestida de las formalidades «*ad probationem*» no «*ad solemnitatem*».

Si la voluntad esta viciada el contrato es nulo o cuando menos anulable, y no habrá vicio en la voluntad cuando por actos posteriores en el tiempo se realicen actos que supongan la convalidación o ratificación tácita de lo expresado en el documento. La acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento al tener un plazo de caducidad de cuatro años, convalidará el acto cuando no se haya ejercitado en plazo.

Es igualmente significativo señalar que el artículo 216¹⁰ de la Ley de Sucesiones, al igual que lo hace el artículo 945¹¹ del Código civil, la constancia fehaciente lo ha de ser, no tanto de la separación, como de que ésta, además, lo sea de mutuo acuerdo. Esto es, pretende impedir el legislador situaciones que podríamos tachar de injustas, como serían las del abandono injustificado del domicilio familiar por parte de uno de los cónyuges, sin contar con la voluntad del otro, o bien porque quien abandone el domicilio pueda sufrir malos tratos que no esté dispuesto a ni tenga el deber de soportar.

En el primer supuesto el abandono injustificado del hogar podrá ser por capricho del cónyuge que renuncia a la vida en común; el otro cónyuge puede realizar dos conductas: la primera, que sería la normal, interponer la correspondiente demanda de separación o divorcio según los casos, evitando con ello que herede su cónyuge sobreviviente y dándose los supuestos normados, esto es inexistencia de ascendientes y de descendientes; la segunda aceptar tácitamente la separación sin interponer demanda ninguna, con lo cual está indirectamente, y quizás sin saberlo, beneficiando al cónyuge desertor de la vida en común.

En el segundo supuesto, es evidente que el cónyuge maltratado —física o psicológicamente— es quien abandona la vida en común, y es a quien no le interesa en absoluto solicitar la separación, pues, ante un hipotético fallecimiento de su consorte podrá adquirir por vía hereditaria los bienes del cónyuge premuerto.

Por lo tanto, es importante, no tanto la situación de separación de hecho como el que ésta se produzca de mutuo acuerdo, pues de no producirse así, el derecho premia al cónyuge sobreviviente con el haber hereditario o caudal relicto del premuerto en perjuicio de los colaterales.

No cabe tampoco la aplicación analógica del artículo 4.1 del Código civil como argumento de que no existiendo regulada la separación de facto sin mutuo acuerdo, debe reconducirse en sus efectos a la separación de mutuo acuerdo, pues tanto el artículo 945 del Código civil como el artículo 216 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, recogen supuestos claros y taxativos¹² en los que no tiene lugar el llamamiento del cónyuge sobreviviente

¹⁰ Establece el artículo 216.1 de la Ley de Sucesiones: *Sucesión a favor del cónyuge viudo. 1. El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento de causante estuviera decretada judicialmente la separación, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

¹¹ El artículo 945 del Código civil señala: *No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior (en defecto de ascendientes y descendientes y antes que los colaterales sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente) si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.*

¹² Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 28 de septiembre de 2000 (Jurisprudencia Aragonesa, Referencia 200001151), que aborda la analogía en relación con el artículo 945 del Código civil.

a la sucesión intestada del difunto, y estos supuestos trata la Ley aragonesa, si cabe con mayor generosidad y amplitud, al establecer como uno más de ellos el encontrarse en trámite el procedimiento dirigido no sólo a lograr sentencia firme de separación, sino también los de nulidad, y divorcio, sin ser necesaria la firmeza de la sentencia como exige el Código civil, y ni tan siquiera que ésta se haya dictado.

La Carta, contiene una declaración presunta que se deduce por actos posteriores realizados por los otorgantes como lo es el establecimiento de domicilios distintos y por lo tanto tales actos la dotan de eficacia, ya que presuponen no sólo una situación de separación sino también que ésta ha sido mutuamente acordada por la propia voluntad de los cónyuges expresada en la escritura pública otorgada.

4. LA FORMA DEL DOCUMENTO PARA DOTAR DE FUERZA AL PRINCIPIO *STANDUM EST CHARTAE*

En términos generales, ¿cabe preguntarse si la carta, o instrumento, debe estar dotado de las formalidades exigidas para el documento público, esto es, deberá ser siempre otorgada ante fedatario público? La respuesta no puede ser otra: se estará a lo que disponga la norma aragonesa.

1. La libertad de forma. Es valido el instrumento, y por lo tanto el juez estará al contenido de la voluntad de las partes, privado como público. Así lo ha reconocido diversa jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón como la denominada jurisprudencia menor¹³. Se admitirá documento privado cuando la norma no exija documento público. El contenido del instrumento cumple el requisito *ad probationem*.

2. Exigencia de documento auténtico y fehaciente. Por el contrario cuando norma imperativa requiera de la exigencia de formalidad, requisito *ad solemnitatem*, será necesaria escritura pública. Se requiere esta formalidad en la donación de bienes inmuebles, e hipoteca inmobiliaria¹⁴. También requiere de este requisito de solemnidad el establecimiento o modificación del

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª de 29 de julio de 1999 (Jurisprudencia Aragonesa Referencia 199901296). *El mentado acuerdo o pacto sobre pago de la herencia alcanzado entre padre e hija, en el cual ésta se daba por satisfecha y pagada en cuanto a sus derechos en la herencia de su padre y también de su madre, ya fallecida, tiene plena eficacia jurídica, enmarcándose en el ámbito del principio «standum est chartae» que rige el derecho aragonés, sin que quede condicionado en cuanto a su plena validez y eficacia, tanto en juicio como fuera de él, al cumplimiento de forma alguna... al no ser pacto contrario a norma imperativa aplicable en Aragón...».*

¹⁴ Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 9 de octubre de 1993 (Jurisprudencia Aragonesa Referencia 199901813) y 9 de junio de 1994 (Jurisprudencia Aragonesa Referencia 1994011380).

régimen económico del matrimonio ordenado por capítulos otorgados por los cónyuges¹⁵.

No obstante lo anterior, tras haber capitulado una separación de bienes, y convenir con posterioridad la separación de hecho, estableciendo el pacto a fijar el domicilio atendiendo a la voluntad de ambos cónyuges, plasmada en documento privado, en mi opinión sería perfectamente válida, y pese a la dicción literal «fehacientemente» del artículo 216, excesivamente formalista, junto a otros medios probatorios, distintos domicilios en padrón y correspondencia privada (por ejemplo de tipo bancario) no impediría llegar a la solución de la sentencia.

5. BREVE REFERENCIA DE ESTE MISMO SUPUESTO EN RELACIÓN A LA LEY 2/2003 DE 12 DE FEBRERO DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD

La Ley a que hago referencia, tuvo su entrada en vigor días antes de dictarse la Sentencia objeto de la ponencia.

Es significativo hacer una breve y rápida referencia a la misma para llegar a conclusión similar a la que se ha llegado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El principio *standum est chartae* tiene un límite hoy muy claro y desde su redacción dada por la Ley de sucesiones: La norma imperativa de Derecho Aragonés.

El artículo primero tras definir el matrimonio como una comunidad de vida entre marido y mujer, en igualdad de derechos, establece el deber de vivir juntos y actuar en interés de la familia.

Tal precepto, es tildado de norma imperativa por el art. 3, que tras proclamar la total libertad de pacto entre los cónyuges, principio de libertad de regulación, que sólo tiene sus límites en el principio *standum est chartae* y por remisión de éste, termina en su apartado 2 diciendo que las normas contenidas en los artículos 1 (comunidad de vida), 2 (domicilio familiar), 4 (dirección de la vida familiar), 5 (satisfacción de las necesidades familiares) 6 (recíproco deber de información), 7 (responsabilidad frente a tercero), 8 (Vivienda familiar) y artículo 12 (protección de los derechos de terceros) son imperativas.

¹⁵ Artículo 25.2 de la Compilación: Los capítulos y pactos habrán de constar en escritura pública.

El artículo 13.2 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, establece que *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren para su validez, el otorgamiento de escritura pública.*

Consecuentemente con ello, los cónyuges podrán establecer libremente su domicilio familiar, presumiendo que éste se encuentra donde los esposos convivan habitualmente, o bien lo haga uno de ellos y la mayor parte de la familia. El pacto que permitiera a cualquiera de los cónyuges establecer su domicilio con total libertad, sin señalar que éste sea el domicilio familiar, no es sino un pacto de separación, no sólo de bienes sino también de cuerpos, esto es el total consentimiento para que ese deber de convivencia devenga ineficaz precisamente por el derecho que ambos cónyuges tienen a que su comunidad de vida termine.

Al igual que el establecimiento del domicilio familiar no se realiza en documento público, y como antes he dicho, tampoco veo la necesidad de establecer, terminada la comunidad de vida, un domicilio en documento revestido de requisitos «*ad solemnitatem*» sino que dotado de fuerza probatoria se estableciese en documento privado, consignando incluso la separación de hecho de los cónyuges.

La voluntad así reflejada, aun en documento privado, en mi opinión no impediría los efectos jurídicos del art. 216.1 in fine, pues la certificación expedida por fedatario municipal daría fuerza probatoria a la voluntad de los cónyuges sin ser necesario revestir la carta o instrumento de las formalidades requeridas en la escritura pública.

MATERIALES*

* En esta sección se pretende publicar y, por tanto, difundir, textos legales, borradores, textos en tramitación, sentencias del Tribunal Constitucional y otros documentos que sean de interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés.

A) DICTAMEN DE LA COMISIÓN NO LEGISLATIVA SOBRE DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO

(Boletín Oficial de Asturias núm. 569, de 26 de marzo de 2003)

A propuesta del Presidente de la Comisión, ésta, por asentimiento, aprueba el dictamen elaborado.

En consecuencia, la Comisión acuerda elevar al Pleno el siguiente

A) DICTAMEN

I. ANTECEDENTES

La Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano fue creada por Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 27 de julio de 1999 a partir de una solicitud de los Grupos Parlamentarios Renovador Asturiano, Izquierda Unida, Popular y Socialista, presentada el 23 de julio de 1999.

La Comisión se creó en el marco del artículo 75 del Reglamento de la Junta General como Comisión Especial No Permanente.

La Comisión no nacía *ex novo*. Contaba con el antecedente de la Comisión del mismo nombre surgi-

da en la IV Legislatura a partir de la proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto el 22 de octubre de 1998, que fue aprobada por Resolución de la Junta General 324/4, de 22 de octubre de 1998, que desembocó en el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 26 de octubre de 1998.

La Comisión de la IV Legislatura desplegó una intensa labor de comparecencias ante la misma de personas vinculadas al Derecho consuetudinario asturiano y culminó su andadura con un dictamen que contenía unas conclusiones que, con las salvedades oportunas, mantienen hoy su plena vigencia.

II. TRABAJOS DESARROLLADOS POR LA COMISIÓN

Precisamente a partir de las conclusiones adoptadas por la Comisión de la IV Legislatura, que consideraba como trabajos a desarrollar por la Comisión tanto los de investigación

de la historia del Derecho asturiano desde sus orígenes al momento actual como los trabajos de campo y estudio del tráfico jurídico, de los protocolos notariales y de las resoluciones jurisdiccionales adoptadas sobre figuras susceptibles de integrar el Derecho consuetudinario asturiano, la Comisión procedió a designar un equipo de investigación que, bajo la dirección del profesor Santos M. Coronas González, diversificó sus trabajos en una doble dirección.

De un lado, la investigación histórica orientada a clarificar las fuentes de conocimiento del Derecho consuetudinario asturiano para asentar sobre base firme el mandato estatutario de conservación y compilación del mismo.

De otro, la investigación del Derecho consuetudinario actual a través del examen de las resoluciones judiciales, de los protocolos notariales y de los trabajos de campo.

La supervisión de ambas líneas de investigación corrió a cargo del profesor Santos M. Coronas González, que asumió, además, la dirección de la investigación histórica. La investigación del Derecho consuetudinario actual se desarrolló bajo la dirección del Letrado de la Comisión, Ignacio Arias Díaz.

Para coadyuvar en estas tareas se seleccionó un equipo de cinco becarios, ocupándose inicialmente dos de ellos de la tarea investigadora histórica en Valladolid, en el Archivo de Simancas y en el de la Real Chancillería, y los otros tres, de esa misma tarea en los archivos y bibliotecas asturianas.

En la última etapa de la Legislatura la tarea de los cinco becarios se desarrolló exclusivamente en Asturias, y en particular, en la Audiencia Provincial.

Se celebraron convenios de colaboración con la Biblioteca Nacional, Archivo del Palacio Real, Archivo de Simancas, Real Chancillería de Valladolid, y con los más importantes archivos y centros documentales de Asturias.

Igualmente se contó con la colaboración incondicional del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, del Decano del Colegio de Notarios de Asturias y de los Presidentes de las Parroquias Rurales de la Comunidad Autónoma.

Las actividades desarrolladas por el equipo de investigación están pormenorizadas en el informe que se asume por la Comisión.

Periódicamente la Comisión fue dando cuenta pública de los trabajos de investigación histórica a través de las publicaciones que sucesivamente se fueron presentando en el Aula Parlamentaria de la Junta General del Principado de Asturias y que culminarán, al final de la V Legislatura, con la presentación de los libros «Alegaciones jurídicas. Porcones. Concejo de Allande», «Fueros y Ordenanzas de Oviedo» y «Discursos de Regentes y Estadística Criminal».

De los trabajos de investigación del Derecho consuetudinario actual da cuenta la Comisión con la aprobación de su dictamen y la presentación de los resultados obtenidos reflejados en el informe que se asume por la Comisión.

La Comisión durante la V Legislatura que ahora finaliza ha celebrado las siguientes sesiones:

Año Legislativo	Mesas	Comisiones	Total
1999-2000	4	5	9
2000-2001	5	5	10
2001-2002	5	5	10
2002-2003	4	4	8
Total Legislatura	18	19	37

III. CONCLUSIONES

En vista de lo actuado, la Comisión, asumiendo el informe emitido por el equipo de investigación en los términos en que aparece reproducido, eleva al Pleno para su aprobación las siguientes

CONCLUSIONES

1. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias impone la obligación de impulsar la conservación y compilación del Derecho consuetudinario asturiano.

2. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, además de un sentido competencial, tiene un sentido de garantía institucional en dos vertientes: conservar es garantizar la continuidad; compilar es garantizar la certeza.

3. Las 26 figuras jurídicas detectadas hasta ahora en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias constituyen la prueba evidente de que el Derecho consuetudinario asturiano existe.

4. El Derecho consuetudinario asturiano se proyecta, fundamentalmente, sobre el ámbito de las relaciones jurídico-civiles y, con menor

intensidad, sobre la esfera administrativa local.

5. Es preciso continuar con la tarea de investigación y estudio del Derecho consuetudinario asturiano, tanto en los protocolos notariales como en los juzgados de origen de las sentencias apeladas a la Audiencia Provincial de Asturias, completándola con un muestreo de trabajos de campo en los concejos y pueblos de la Comunidad Autónoma. Sin olvidar la investigación histórica que afiance y legitime los resultados obtenidos.

6. Ultimados los trabajos, es preciso conservar y compilar el Derecho consuetudinario asturiano.

7. A partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, la competencia que el Principado titula le permite el ejercicio de la potestad legislativa sobre el Derecho consuetudinario asturiano, que hasta ahora necesita ser probado para su validez en juicio, es decir, la compilación no tiene por qué ser un mero catálogo de costumbres jurídicas, sino una auténtica compilación legal.

8. De ser formalizadas legislativamente, las costumbres jurídicas asturianas quedarían exentas de la necesidad de prueba procesal, y ése debería ser el objetivo último a conseguir, ya que ello representaría elevar a su más alto nivel los mandatos estatutarios de conservación y compilación, afianzando y preservando definitivamente el uso de la costumbre en el tráfico jurídico.

9. Efectuada, en su día, la compilación legal que pueda formalizarse, y cuya ejecución se recomienda, será

preciso introducir las modificaciones legales oportunas.

10. Debe prestarse una atención especial al material documental en poder de las parroquias rurales, de tantísimo valor para el estudio y comprensión de esta forma de asentamiento tradicional de la población asturiana, catalogándolo y ubicándolo en lugares adecuados que garanticen su preservación para el futuro, así como su posibilidad de consulta.

Presidente

FRANCISCO JAVIER GARCÍA VALLEDOR

Vicepresidente

FAUSTINO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Secretaria

ANA BARRIENTOS GONZÁLEZ

Vocal

SERGIO MARQUÉS FERNÁNDEZ

B) INFORME DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

PRESENTACIÓN

El Informe se ha elaborado por el equipo de investigación de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano y representa una suerte de rendición de cuentas del trabajo y de los resultados obtenidos por dicho equipo al final de la V Legislatura, con el objeto de que la Comisión tome conocimiento del mismo y lo eleve al Pleno de la Cámara, juntamente con las conclusiones que dicha Comisión acuerde.

Consta de tres partes perfectamente diferenciadas.

La parte I, elaborada por el Letrado de la Comisión y Coordinador del equipo de investigación,

Ignacio Arias Díaz, se dedica al estudio del artículo 16 del EAPA, analizando su contenido y descifrando el alcance de los términos «conservación» y «compilación», así como lo que debe entenderse por Derecho consuetudinario asturiano.

Se estudia, igualmente, la STC 121/1992, precisando el alcance de la competencia legislativa que titula el Principado sobre el Derecho consuetudinario a partir de la doctrina sentada en dicha sentencia, así como las modificaciones que habría que introducir en la legislación autonómica, señaladamente en el EAPA, en el supuesto de que el Principado de Asturias optara por una compilación legal.

Se incluye como Anexo de este apartado un estudio sobre la parroquia rural por las íntimas conexiones que tiene esta forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana con el Derecho consuetudinario.

La parte II ha corrido a cargo del director científico del equipo de investigación, profesor Santos M. Coronas González.

En ella se analizan, en primer lugar, las líneas de trabajo fijadas para la Comisión, centradas en una vertiente histórica y en una investigación actual. En un primer momento tuvo mayor peso específico la investigación histórica para acabar centrándose en la última etapa de la Legislatura en la investigación del Derecho consuetudinario asturiano actual, aunque sin romper, en ningún momento, los lazos históricos.

El estudio se ocupa posteriormente de trazar lo que debe ser el

camino a seguir por la Comisión, definiendo las tareas pendientes que deben ser previas a cualquier tarea compiladora.

Concluye el estudio con un apéndice documental en el que, retomando las líneas editoriales ya expuestas con motivo de la presentación del Libro de los Juramentos, Pleito-Homenajes y Proclamaciones del Principado de Asturias, se exponen las series y líneas de investigación previstas para su ulterior publicación.

La parte III.1, titulada «Las costumbres jurídicas vigentes en las resoluciones judiciales», se debe a Cristina Cantero Fernández, becaria de investigación.

En esta parte se contienen el concepto jurídico y las características de cada una de las 26 figuras jurídicas de Derecho consuetudinario asturiano cuya presencia se ha detectado en las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias estudiadas.

Todas las características predicadas de cada una de las figuras traen causa en las sentencias que afectan a cada una de ellas, dando fe detrás de cada párrafo con la cita de dicha sentencia.

Únicamente se hacen adiciones no contempladas en las sentencias, e identificadas con «(*)», cuando se consideran imprescindibles para establecer el perfil de la figura, y siempre extraídas de trabajos de campo y de la copiosa doctrina manejada. Los «(*)» son a los trabajos de campo y a la doctrina lo que «(S.A.P.A.)» es a las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias.

La parte III.2 ha corrido a cargo, con la distribución que se señala en la misma, de dos Magistrados: José Ignacio Álvarez Sánchez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias, y Rafael Fonseca González, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ambos, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Los Magistrados analizan las concordancias de las 26 figuras susceptibles de integrar el Derecho consuetudinario asturiano con figuras homónimas del Derecho civil o común.

En los supuestos en que se ha detectado dicha concordancia, se cita la norma equivalente u homónima. Las figuras que no aparecen incluidas carecen de concordancia en el Derecho civil o común.

Ignacio ARIAS DÍAZ

Letrado de la Comisión y Coordinador

I. INTRODUCCIÓN

1. *EL ARTÍCULO 16 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: «EL PRINCIPADO DE ASTURIAS IMPULSARÁ LA CONSERVACIÓN Y COMPILACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO»*

1.1. Antecedentes

El Proyecto de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias fue adoptado a partir de un borrador de anteproyecto elaborado por la denominada «Comisión de los 8» y de un anteproyecto de estatuto de autonomía elaborado por la denominada «Comisión de los 24».

En el borrador de anteproyecto no figuraba referencia alguna a la

competencia del Principado de Asturias sobre derecho consuetudinario asturiano.

Por el contrario, en el anteproyecto elaborado por la «Comisión de los 24», concretamente en el artículo 7.19, se configuraba como competencia exclusiva del Principado de Asturias la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia». Fórmula que venía a ampararse en la del artículo 149.1.8ª CE, que establece que:

«1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

8º. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

(...)».

Sometido el anteproyecto a un período de información pública, para alegaciones, las más significativas en orden al tema que nos ocupa fueron las siguientes.

En primer lugar la presentada por el «Conceyu Bable», que daba una nueva redacción al artículo 7.19 en los siguientes términos:

«Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

(...) 19. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral escrito y consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia (...)».

En segundo lugar las alegaciones suscritas por don Marcelino Arbesú

Vallina y don Antonio Masip Hidalgo, ambos abogados, que en cuanto al número 19 del artículo 7 formulan las siguientes observaciones:

«La referencia a las Instituciones Jurídicas Consuetudinarias es decisiva para el estatuto. El dictamen ha querido reproducir las facultades que se permiten en el 149.1.8.ª de la Constitución, a pesar de la opción del 143. Dejando aparte, de momento, la vía constitucional que se sigue, es preciso debatir a fondo si la plasmación de la foralidad que hace el dictamen es la que Asturias necesita.

Hay que aclarar previamente si procede la denominación de Derecho Foral Consuetudinario Asturiano a nuestras peculiares instituciones jurídicas dispersas. Nosotros, en principio, compartimos, con algunas precisiones, la terminología del dictamen, frente a trabajos tan cualificados como los de Turo Bertrand («Instituciones y Contratos Tradicionales en Asturias» e «Instituciones Tradicionales en Asturias»), que se basa en Canella y De la Concha, pero en cuya opinión parece latir un cierto prejuicio centralista, por encima de su erudición y reconocida capacidad científica.

Ahora bien, una vez admitida la existencia de un Derecho Foral Consuetudinario, ¿cómo proceder desde el «Principado» a su «modificación y desarrollo», que pretenden los redactores del dictamen? Esto se cae por su propio peso. De ahí la exigencia de una nueva redacción.

El problema de Asturias no es el de «conservar, modificar y desarrollar» su Derecho consuetudinario sino el de proceder a su recopilación.

ción. En esa línea, el abogado Modesto Blanco García ya había llamado la atención del Consejo Regional con un detallado escrito el pasado 20 de junio de 1979 (inédito). Y es ésta una necesidad que está sesteando en Asturias desde generaciones, a pesar de los esfuerzos de muchos profesionales y hasta de la misma Audiencia Territorial, que ha aplicado, tras una compleja prueba, las normas consuetudinarias de la «sociedad familiar asturiana» en algunas resoluciones. La falta, sin embargo, de esa recopilación conduce a una verdadera indefensión procesal.

Rogamos la atención de la Ponencia sobre los trabajos de Modesto Blanco, Rafael Fernández Martínez, Prieto Bances, Tuero, J. L. Pérez de Castro y demás autores citados. Reconocemos que no somos especialistas en tan trascendente cuestión, pero advertimos que sería temerario el desenfoque de la misma en el anteproyecto.

Tampoco resulta comprensible la inclusión de la palabra «temporal» para referirse a «costumbres vigentes».

Pensamos que una redacción más ajustada del punto 19 del artículo 7 sería: «La recopilación del Derecho foral consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial». Y como alternativa subsidia-ria: «La recopilación de las normas jurídicas consuetudinarias vigentes y la fijación de su ámbito de aplicación». Dada la fuerza del término de recopilación pudiera no ser necesario precisar la fijación del ámbito territorial. Lo dejamos al más docto criterio de los especialistas».

Por su parte, «Conceyu Nacionalista Astur» presentó una enmienda al apartado 19 del artículo 7, pretendiendo que dicho apartado quedara redactado en los siguientes términos:

«Conservación y desarrollo del Derecho foral escrito y consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia».

En la fase de enmiendas al anteproyecto de ley de estatuto de autonomía, la Unión de Centro Democrático presentó una enmienda a través de la cual se pretendía que la competencia exclusiva sobre el Derecho foral pasara a ser competencia de desarrollo legislativo y de ejecución sobre «conservación y desarrollo de las especialidades de Derecho civil de origen consuetudinario asturiano y, en su caso, su compilación y modificación con fijación del ámbito territorial y temporal de vigencia».

Por su parte el Partido Popular abogaba por la supresión de esta competencia.

En un texto de aproximación de enmienda presentada por el Partido Socialista y el Partido Comunista de Asturias, se abogaba por mantener la competencia sobre «conservación, desarrollo y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y personal de vigencia».

Lo cierto es que en el texto definitivamente aprobado, en el artículo 16, se estableció que «El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano».

Esta redacción se mantiene hasta la última modificación del Estatuto, operada en 1999, en la que se sustituyó la redacción transcrita por la siguiente: «El Principado de Asturias impulsará la conservación y compilación del Derecho consuetudinario asturiano».

La diferencia entre ambos textos radica únicamente en la supresión de la expresión «en su caso».

Esta supresión, que puede parecer baladí, encierra una importancia extraordinaria y termina con la situación de duda que generaba la redacción anterior a 1999 sobre la existencia de un Derecho consuetudinario asturiano susceptible de compilación, alejando cualquier duda sobre el particular y creando la certeza de que el Derecho consuetudinario asturiano existe, y debe ser compilado.

1.2. Precisiones preliminares

El contenido del artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (en adelante EAPA) pivota en torno a cuatro ideas o expresiones, cuya unión conforma su mandato.

En primer lugar el **Principado de Asturias**, sobre quien la norma estatutaria hace recaer, imperativamente, la obligación de impulsar la conservación y compilación del Derecho Consuetudinario Asturiano.

Lo que deba entenderse por **Principado de Asturias** es cuestión que merecería un estudio monográfico. Baste decir en el contexto de este Informe que el artículo 1.2 EAPA reserva esta denominación para la Comunidad Autónoma, y que el artículo 22 del mismo texto

legal especifica como órganos institucionales del Principado de Asturias la Junta General, el Consejo de Gobierno y el Presidente.

Estos dos últimos son, además, junto a los Consejeros, órganos superiores de la Administración del Principado de Asturias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley del Principado 8/1991, de 30 de julio, de Organización de la Administración del Principado de Asturias.

Consecuentemente, cualquiera de estos órganos por separado o todos ellos conjuntamente pueden, en principio, llevar a cabo esta tarea de impulsar la conservación y compilación del Derecho Consuetudinario Asturiano.

Es lo cierto que fue la Junta General del Principado de Asturias la que ha liderado la actuación en esta materia mediante la creación de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano.

La Comisión surgió a finales de la IV Legislatura en virtud de una proposición no de ley presentada por el Grupo Mixto, y dentro de él, por el Partido Asturianista, con el objeto de explorar las posibilidades del artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

En esa etapa, la Comisión limitó su actuación a celebrar compareencias con personas relacionadas con el campo del Derecho consuetudinario asturiano.

Continuó su andadura a lo largo de la V Legislatura, en la que ha culminado una parte importante del proceso de investigación mediante

los trabajos de campo llevados a cabo y mediante la identificación y estudio de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias.

A través de esta investigación, como se verá en el apartado correspondiente, se pudo constatar la vigencia de costumbres jurídicas asturianas sobre las que, como también se verá, el Parlamento puede llegar a actuar convirtiéndolas de fuentes secundarias del ordenamiento jurídico, cuya vigencia es necesario probar, en fuentes primarias.

En segundo lugar, **conservación y compilación**.

¿Qué es conservar?

Según el Diccionario de Uso del Español, de María Moliner, conservar es «guardar, mantener, hacer que dure una cosa, que dure en su sitio o que dure en buen estado».

Jurídicamente el término «conservar» tiene el significado de garantizar la continuidad. Conservar es garantizar.

¿Qué es compilar?

Si utilizamos como referente el Diccionario del Español Actual, de Manuel Seco, compilar es «reunir en una sola obra otras o partes de otras, o una serie de informaciones, relativas a una misma materia».

Compilar ha llegado a tener un significado jurídico, que hay que referir a los intentos de unificación legislativa que surgen bajo los Reyes Católicos ante el hecho de la diversidad legislativa de nuestro país.

En un sentido jurídico más preciso, compilar significa dar certeza, dar seguridad jurídica.

Los intentos codificadores, que vivieron su más intenso período en el siglo XVIII, culminaron en último término en las compilaciones de cada Derecho Foral llevadas a cabo en los años 1959 (Vizcaya y Álava), 1960 (Cataluña), 1961 (Baleares), 1963 (Galicia), 1967 (Aragón) y 1973 (Navarra). Lo que caracterizó esta tarea compiladora es que se materializó en **leyes compiladoras**, con lo cual la idea de compilar se asocia al ejercicio de la potestad legislativa, pero no tiene por qué ser necesariamente así. Se puede compilar en el sentido que le atribuye el Diccionario de Manuel Seco anteriormente referido sin perjuicio de que el material de tal compilación se puede aprobar por ley, dando lugar a la Ley de Compilación del Derecho de que se trate.

Por último, **Derecho Consuetudinario Asturiano**.

¿Qué es el Derecho Consuetudinario Asturiano?

A expensas de que este aspecto se aborde a lo largo de este Informe con mayor precisión y amplitud, podemos decir que, aunque en Asturias no ha existido nunca el pase foral, sí se pueden apreciar instituciones o en su caso formas peculiares de vida con proyección jurídica o de contenido jurídico, susceptibles de integrar un Derecho Consuetudinario Asturiano.

El Derecho Consuetudinario Asturiano sería pues el conjunto de costumbres jurídicas peculiares y singulares de Asturias, con sustantividad propia o interpretativas de figuras jurídicas de Derecho Común.

Consecuentemente, el artículo 16 del EAPA no constituye una regu-

lación baladí, vacía, sin contenido, sino que, como quedará evidenciado a lo largo de este Informe, responde a una realidad social y jurídica propia mantenida en el territorio asturiano como consecuencia de una difícil orografía y de una nunca olvidada conciencia de su propia peculiaridad histórica, que ha permitido mantener una realidad jurídica diferenciada.

Esta realidad jurídica diferenciada hace inadecuado para el Principado de Asturias hablar de un Derecho foral, pero indudablemente podrá inscribirse en el artículo 149.1.8^a de la CE, como mínimo, como un Derecho especial, sobre todo, y como se verá, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 121/92.

Por ello, debe tenerse en cuenta que estamos hablando —y así lo comprobaremos en el último tramo de este Informe— de un posible hecho diferencial, que, conjuntamente con el bable, una vez que la voluntad política opte, en su caso, por su oficialización —lo que, en su caso, exigirá una modificación estatutaria—, constituirán dos ejes que podrán permitir que Asturias se sitúe al más alto nivel de las Comunidades Autónomas.

No debe olvidarse que los dos pivotes sobre los que se han construido las asimetrías autonómicas en España han sido el Derecho Foral y la lengua propia.

Estamos pues en presencia de una tarea importantísima tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista político, que atañe directamente al Principado de Asturias, y que ha abanderado la

Junta General del Principado de Asturias como Institución representante del pueblo asturiano.

1.3. La costumbre: delimitación conceptual

La costumbre aparece enumerada, tras la Ley, como una fuente del Derecho.

La costumbre puede ser definida, inicialmente, como una conducta observada reiteradamente en una comunidad, que, de acuerdo con esa misma comunidad, se desea que sea observada en el futuro.

De ahí que en la costumbre se distingan un elemento material, consistente en la reiteración de un comportamiento, y un elemento espiritual, consistente en la elevación de ese comportamiento a modelo de conducta (*opinio iuris seu necessitatis*).

Estos dos elementos son los que permiten distinguir la costumbre jurídica del mero uso social. Al uso social le faltaría, precisamente, esa conciencia social en que se traduce la *opinio iuris seu necessitatis*.

Podemos afirmar que al momento actual la costumbre está afectada de una cierta decadencia motivada, en primer lugar, por el legicentrismo, esto es, por el principio de legalidad, y, en segundo lugar, por la aceleración y la movilidad social, así como por la espontaneidad de los medios de comunicación, que hacen difícil la pervivencia de los modos tradicionales de vida.

La costumbre se nos aparece en el contexto de la pirámide de ordenación jurídica como una fuente del Derecho de carácter subsidiario,

manifestándose esta subsidiaridad en dos vertientes: en primer lugar en el hecho de que la costumbre sólo tiene vigencia cuando no haya ley aplicable al caso; en segundo lugar en el hecho de que la costumbre es fuente del Derecho porque la ley así lo determina, y por ello es la propia ley la que fija y señala los límites y condiciones que la costumbre debe reunir para generar normas jurídicas.

Por último, y dentro de estas ideas generales, hay que decir que, a diferencia de lo que ocurre con la ley y los principios generales del Derecho, en la costumbre queda excluida la regla *iura novit curia*, en base a la cual quien pretende que se le aplique una costumbre en juicio debe probar su existencia y vigencia.

Se ha escrito mucho sobre la costumbre, y se ha buscado diferenciarla de otras formas y fuentes de producción del Derecho.

No es éste el lugar adecuado para exponer una suerte de teoría general sobre la costumbre.

Sólo queremos evidenciar dos rasgos que, a nuestro juicio, permiten calificar a la costumbre como la gran dama del ordenamiento jurídico, normalmente ajena a modas, cuya apariencia permanece prácticamente invariable a lo largo del tiempo, sólo permeable a las ligeras modificaciones que pueden devenir de la evolución de la sociedad en la que ha nacido, se desarrolla, y esperamos que no muera definitivamente sino que, como mal menor, se transforme.

En primer lugar, el hecho de que la costumbre puede surgir, inicial-

mente, del acto consciente de un solo individuo que, posteriormente, es imitado por los demás, quizá porque todos los individuos tenemos una psicología similar y ante situaciones idénticas reaccionamos de una misma manera.

Ello explica que en colectividades minoritarias, de muy pocos individuos, en pueblos asturianos de muy pocos vecinos, hayan surgido espontáneamente costumbres similares a las que han surgido, también espontáneamente, en núcleos de población distintos, igualmente reducidos. La puesta en común de estos núcleos ha permitido constatar la existencia de costumbres idénticas.

En segundo lugar, el hecho de que la costumbre pueda ser considerada hoy como el último vestigio de la democracia directa, por contraposición a la ley, que sería el producto de la democracia representativa.

En todo caso debe tenerse en cuenta que solamente deben interesar en el marco de este Informe las costumbres jurídicas. Por ello habrá que aclarar cuándo una costumbre se transforma en jurídica.

Siguiendo a la mejor doctrina, un hábito, una costumbre, se convierte en jurídica cuando recae sobre un objeto que por su naturaleza es capaz y susceptible de una disciplina jurídica.

Desde esta perspectiva, el problema no es propio o exclusivo de la costumbre, sino común y general al concepto mismo de norma jurídica.

Esto explica que, al no recaer sobre materias de carácter jurídico, los usos sociales de conducta o etiqueta no se pueden considerar costumbres jurídicas.

Por ello, en nuestro Derecho, la admisibilidad de la costumbre como fuente de Derecho, esto es, como costumbre jurídica, puede darse en dos supuestos: a) si se trata de materias reguladas por una ley que reenvía a la costumbre, será el propio reenvío el que fundamentará su obligatoriedad; b) si se trata de supuestos que no han sido objeto de regulación legislativa, la costumbre se configurará de manera autónoma, en cuanto recaiga sobre materias que, en apreciación de los órganos judiciales, aparezcan como lícitas y jurídicamente relevantes.

1.4. El derecho consuetudinario: naturaleza

Todos los intentos de caracterizar el Derecho Consuetudinario tratan de establecer fronteras nítidas de éste frente a la ley.

Son innumerables los criterios de diferenciación que se han barajado.

Para Bobbio, el Derecho Consuetudinario se caracteriza por ser un Derecho «espontáneo», «inmediato» y «no voluntario». A estos tres caracteres se añadirían las notas de «no escrito», «natural», «no asentado», «incierto», «experimental», «viviente», «popular», etc.

El Derecho Consuetudinario sería así la forma espontánea de constitución del Derecho, a diferencia de la ley, que se caracteriza por su forma reflexiva y no tácita. Sería aquella actividad espontánea, inmediatamente establecida por la sociedad y que se concreta en las costumbres, gozando por ello de la energía vivificante de lo que ha nacido natural y libremente.

Se trata de un Derecho vivo, que normalmente se acata por todos de manera espontánea y natural, hasta el extremo que resulta difícil que se susciten contiendas en materias reguladas por el Derecho Consuetudinario, por la sencilla razón de que todos lo respetan sin protesta.

El Derecho Consuetudinario representa así el Derecho que nace directamente de los conflictos sociales existentes en una determinada sociedad; la Ley, por el contrario, el Derecho que nace de la sociedad a través de la intermediación de un poder organizado.

Se le denomina asimismo Derecho no escrito, *ius non scripto*, característica que aparece como la nota que tradicionalmente fue considerada como la principal diferencia del Derecho Consuetudinario frente a la Ley, y tal como aparece reflejado en el antiguo adagio, según el cual: *Quid consuetudo?, lex non scripta. Quid lex?, consuetudo scripta*.

También se dirá que mientras las costumbres permanecieron orales, los trabajos que les fueron consagrados apenas si fueron recogidos, mientras que a partir de su redacción oficial provocarán la publicación de innumerables comentarios de Abogados y Magistrados. Por ello, el Derecho Consuetudinario puede ser sistematizado y codificado con respecto a algunos principios filosóficos o políticos, pero, sin embargo, continuará siendo Derecho Consuetudinario. Los Códigos de Manu y de Justiniano serían buena prueba de ello.

Hay autores que sostienen que debe aceptarse consecuentemente la diferenciación entre costumbres

escritas y no escritas. Las primeras, se dirá, son aquellas reglas de conducta recogidas en compilaciones oficiales o en libros religiosos locales oficialmente reconocidos. La costumbre no escrita, por el contrario, es aquélla que derivará exclusivamente de las tradiciones.

Por ello no es rigurosamente cierta la afirmación de que el Derecho Consuetudinario es un Derecho no escrito. Existen numerosísimas normas espontáneas escritas, como, por ejemplo, aquellas disposiciones ligadas de manera directa e inmediata a fenómenos y actos revolucionarios, o a actos inválidos de actos del Gobierno, pero igualmente eficaces.

Ya dijo Savigny que los propios romanos renunciaban a atribuir a la diferenciación entre Derecho escrito o legal y Derecho consuetudinario o no escrito una destacada relevancia. Incluso hoy sería inexacto integrar el bloque del Derecho Consuetudinario como contrapuesto a la ley escrita.

Consecuentemente, y como ya se ha adelantado en el epígrafe primero de este Informe, compilar la costumbre no significa desnaturalizarla ni transformarla, salvo que la compilación se apruebe por ley, supuesto en el que la costumbre dejaría de ser fuente secundaria para convertirse en fuente primaria.

Resumiendo las construcciones doctrinales que se han elaborado sobre este tema, podemos decir que en la definición del Derecho Consuetudinario, cualquiera que sea el elemento que se quiera presentar como más destacado, los autores han optado bien por dar

una definición positiva o por el contrario negativa, del fenómeno consuetudinario.

Los primeros se caracterizan por describir los requisitos que se consideran definitorios de las disposiciones jurídicas consuetudinarias. Desde esta perspectiva es clásica la definición que presenta la costumbre como «la observancia constante y uniforme de una regla de conducta por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica» (Ruggiero).

Los segundos, por el contrario, rehúsan definir las costumbres jurídicas, limitándose a contraponerlas con el Derecho legislado. El Derecho Consuetudinario, se dirá, es aquel Derecho que, sin haber sido establecido por el Estado, es observado de modo ejecutivo (Windscheid).

Para quien suscribe, un concepto válido del Derecho consuetudinario podría ser aquél que lo definiera como el Derecho que, sin emanar del poder legislativo, es observado de modo efectivo por una colectividad.

1.5. El derecho consuetudinario asturiano en la doctrina

Normalmente, cuando en el campo del Derecho se aborda el estudio de una Institución, de una figura, desde la óptica que ofrece la doctrina, suele ser habitual que haya dos posturas normalmente encontradas: la de los que defienden y la de los que niegan la vigencia, o los caracteres o la naturaleza jurídica de la Institución o figura que se esté analizando.

En el marco del Derecho Consuetudinario Asturiano se da esta misma tendencia. Los hay que niegan la existencia de un Derecho Consuetudinario propio que pudiera dar lugar a un Derecho Foral. Por otro lado, hay otra tendencia que no muestra una oposición tajante al fenómeno de la foralidad, y que está representada por autores que se han ocupado de esta problemática no desde una óptica global, sino a partir del estudio de figuras consuetudinarias concretas.

Hay que puntualizar, también, que este sector doctrinal que niega está integrado en su totalidad por expertos en Derecho Civil.

Así, se afirma que, a pesar de que Asturias no se puede decir que estuviera huérfana de instituciones jurídicas peculiares (naturaleza jurídica de los hórreos, antojanas, casería), no acogió en su seno un Derecho Foral similar al que las compilaciones vieron renacer.

Más aún, se daba en Asturias el anecdótico caso de que por obra de un curioso y sorprendente sistema jurídico de ampliación del campo propio del Derecho Foral Gallego cierto territorio asturiano gozara, o padeciera, según se mire, de una suerte de colonización jurídica.

Así, el artículo 2 de la compilación gallega, considera que «Las disposiciones del Derecho Civil de Galicia se aplican en el territorio de la Comunidad Autónoma gallega sin perjuicio de la vigencia que puedan tener en otros ámbitos territoriales, al amparo de la correspondiente normativa autonómica o estatal».

Anécdotas aparte, para este sector doctrinal, la dificultad más importante a la hora de institucionalizar un Derecho Civil Asturiano como un verdadero sistema foral hace referencia a la naturaleza que pueda darse al fenómeno consuetudinario en un marco geográfico y urbano que desconocía la existencia de precedentes jurídico-positivos propios.

¿Qué alcance cabe atribuir a tales costumbres respecto del Derecho Común en un ámbito desprovisto de peculiaridades forales propias?

Para estos autores, una norma consuetudinaria será foral en un ámbito de Derecho Foral por ser una fuente reconocida en dicho ámbito, mas en un ámbito de Derecho Común, la costumbre genera Derecho Común en aplicación del artículo 1.3 del Código Civil.

En todo caso, para este sector doctrinal, sería posible reconocer la existencia de un Derecho Civil asturiano aunque en un reducidísimo margen, y siempre que las materias no se refieran al estatuto personal, sino real.

Una corriente dentro de este sector mantiene que no se puede constatar en nuestra región una foralidad o conjunto de instituciones similares a las que en otros territorios españoles excepcionaban o excluían al Derecho Común, aunque se puedan apreciar formas peculiares de vida, incluso costumbres propias de contenido jurídico.

Y esta impresión se obtiene a través de un sucinto recuento de dichas instituciones. Así, cuando se

contempla la *andecha*, como colaboración vecinal en trabajos agrícolas perentorios, o la *esfoyaza*, reunión para el enristre del maíz, se observa que más que un componente jurídico se está en presencia de una relación social o un interés folclórico. En otras ocasiones, como cuando se habla de la *palmada* o de los *finxos*, tales instituciones pueden ser un símbolo externo de un hecho, quizá jurídico, pero la peculiaridad no reside en el hecho, sino en el símbolo, que encierra un cierto valor probatorio de aquél.

Estas instituciones constituyen simplemente concreciones singulares de otras categorías jurídicas generalmente admitidas y más universalmente formuladas.

Para esta corriente, puede restringirse el ámbito jurídico peculiar de nuestra región asturiana a dos instituciones esenciales: la *casería* y la *parroquia*, aunque ninguna de las dos, ni cualitativa ni cuantitativamente, tiene entidad suficiente para extraer a partir de ellas una idea de foralidad.

Acaso las peculiaridades asturianas pudieran permitir hablar de un Derecho Consuetudinario que, como tal, tampoco es admitido por otros sectores doctrinales que hablan de «unas formas tradicionales de interpretar algunas figuras jurídicas».

Este sector doctrinal califica de exceso verbal la admisión de un Derecho Consuetudinario Asturiano.

Frente a esta doctrina que niega la existencia de un Derecho consuetudinario asturiano cabe oponer un dato que, con independencia de la

elaboración doctrinal de que sea objeto, es incuestionable: los trabajos de campo y de investigación llevados a cabo a través de los cuales se evidencia la vigencia de costumbres jurídicas asturianas, que, a pesar de su progresiva decadencia, aún mantienen reductos de existencia.

En efecto, tanto las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias como los trabajos de campo llevados a cabo en determinadas zonas geográficas, así como en las parroquias rurales existentes, una de cuyas funciones es la conservación de las costumbres jurídicas asturianas, evidencian la pervivencia de instituciones tradicionales de Asturias, que son abordadas en el apartado III de este Informe.

Los trabajos que se están desarrollando en los protocolos notariales de Asturias sin duda servirán para reforzar la vigencia de estas costumbres, y quizá permitan descubrir la existencia de otras nuevas.

Es pues innegable que existe un Derecho consuetudinario asturiano, y también lo es que este Derecho consuetudinario asturiano en nada desmerece del Derecho foral gallego, que hasta la fecha de su compilación, en 1963, era un Derecho esencialmente consuetudinario, y así se reconoce en la propia exposición de motivos de la compilación al afirmar que «Si se exceptúan el Fuero Juzgo y el Fuero de León, apenas queda otra fuente de Derecho gallego que las normas consuetudinarias».

Nada se opone a que en Asturias se sigan los mismos pasos que en Galicia en orden a la compilación.

1.6. Marco jurídico de desarrollo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias

Los estudios y trabajos de campo desarrollados ponen de manifiesto la existencia de costumbres jurídicas asturianas en el ámbito del Derecho Civil, por una parte, y en el Derecho Administrativo (local), por otra.

La competencia autonómica sobre el Derecho Consuetudinario Asturiano Civil ha de examinarse a la luz del artículo 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

El Tribunal Constitucional, en STC 121/92, ha dicho que «el amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles, forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no solo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución».

En este marco constitucional la cláusula estatutaria «conservación y, en su caso, compilación» admite el ejercicio de la potestad legislativa.

Así cabe sostenerlo a partir de la Sentencia citada que, en relación con el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (que atribuye a dicha Comunidad «la conservación, modificación y

desarrollo del Derecho Civil valenciano»), señaló que «no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8ª de la Constitución».

Hemos de entender, en consecuencia, y así lo ha dicho el Tribunal, que la «conservación» permite «la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial».

Dicho de otra manera: el Principado puede conservar las costumbres jurídicas asturianas y agruparlas en una compilación de rango legal.

Es indudable que la eventual transformación del Derecho consuetudinario en Derecho escrito supondrá una alteración en la posición de las normas consuetudinarias en la jerarquía de fuentes: pasarán de ser fuente secundaria a ser fuente primaria y de aplicación preferente a la legislación civil del Estado en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Pero es ésta una posibilidad admitida por la STC 121/92.

El que la Constitución permita el ejercicio de la potestad legislativa para dar rango de ley a la costumbre jurídica no significa que el ejercicio de esta potestad devenga obligado. El artículo 16 EA utiliza una fórmula prescriptiva («el Principado de Asturias impulsará...»), pero no es la compilación legal el único medio para ejecutar el mandato estatutario.

El que la costumbre siga donde está o pase a ser fuente primaria dependerá de una opción de política normativa.

Ahora bien, ya se opte por la compilación legislativa, ya se prefiera una catalogación de otra índole, será condición indispensable para el ejercicio de la competencia autonómica la preexistencia real de costumbres jurídicas asturianas, y tal preexistencia es incuestionable a partir de los trabajos que se han llevado a cabo.

No a otra conclusión se puede llegar del último inciso de la primera parte del artículo 149.1.8ª CE, que confía a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, especiales o forales «allí donde existan», esto es, donde existan al momento de promulgarse la Constitución.

Debe tenerse en cuenta que, «en todo caso», la formalización legislativa de costumbres jurídicas preexistentes tendrá el límite infranqueable de las competencias que en materia de legislación civil corresponden al Estado según el artículo 149.1.8ª CE, esto es: «Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho».

Éstas son materias reservadas al legislador estatal frente a Derechos civiles especiales tanto legislados como consuetudinarios.

El sentido de esta reserva competencial no es otro, según tiene dicho el TC, «que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno» (STC 156/93).

En lo que atañe al Derecho consuetudinario asturiano administrativo, también se ha detectado, aunque con menor intensidad, la existencia de costumbres jurídicas, señaladamente, en el ámbito local.

Todo cuanto se ha dicho sobre el Derecho asturiano civil vale para el Derecho administrativo asturiano, con la salvedad de que los límites competenciales que corresponden al Estado son también infranqueables, y aparecen enumerados en el artículo 149.1.18ª CE, así como en otros preceptos dispersos que no es posible traer aquí a colación en su globalidad.

En consecuencia cabe sentar las siguientes consideraciones sobre este tema:

1. El ejercicio de la competencia del Principado sobre Derecho consuetudinario requiere la constatación de su efectiva existencia, existencia que queda acreditada en el apartado III de este Informe.

2. El Derecho consuetudinario asturiano se proyecta, fundamentalmente, sobre el ámbito de las relaciones jurídico-civiles, y con menor intensidad, sobre la esfera administrativa local.

3. Tanto en uno como en otro caso la competencia que el Principado titula le permite el ejercicio de la potestad legislativa.

4. De ser formalizadas legislativamente, las costumbres jurídicas asturianas quedarían exentas de la necesidad de prueba procesal, y éste es el objetivo último fundamental que se debe perseguir porque supondría implantarlas en el tráfico jurídico.

5. En los ámbitos civiles y administrativos de las costumbres jurídicas asturianas nunca podría entrarse en aquellas materias en las que corresponde al Estado la competencia exclusiva.

1.7. Modificaciones legislativas necesarias, en su caso

Constatada la existencia de costumbres jurídicas asturianas, y en el supuesto de que se elevara su rango conteniéndolas en una ley, los problemas que se pueden plantear son de distinto alcance en función de la intensidad de la regulación.

La compilación legal que se lleve a efectuar obliga a enfrentarse al problema de la conexión o coligamiento del Derecho consuetudinario compilado, y esta conexión o coligamiento sólo puede tener una dimensión personal o una dimensión territorial.

A la dimensión personal se refiere el artículo 14 del Código civil, que proclama que la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.

A la dimensión territorial nos enfrenta el artículo 15 del Estatuto de Autonomía, que refiere las competencias del Principado de Asturias en el ámbito no civil al territorio autonómico.

Vemos pues que la vecindad civil se constituye en el centro de impu-

tación del carácter común o foral del Derecho Privado aplicable a un individuo una vez que el sistema jurídico español admite la coexistencia de distintos ordenamientos.

El territorio se constituye en el marco de aplicación de las relaciones no civiles.

La trascendencia de este tema es vital, pues de su determinación dependería la misma validez de múltiples actos de la vida jurídica civil, sobre todo en terrenos tan relevantes como el régimen económico del matrimonio o la sucesión *mortis causa*.

El reconocimiento, pues, de un Derecho especial asturiano, o de un Derecho especial asturiano con proyección en el ámbito de las relaciones privadas debería ir seguido del reconocimiento de una vecindad civil asturiana.

Existen otras posibilidades de menor intensidad.

Si la compilación legal que lleve a aprobarse se construye a partir del principio de autonomía de la voluntad, de tal manera que las figuras que se incorporen a dicha compilación de vigencia en el territorio de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias no se instituyan con carácter obligatorio, sino que sería la voluntad de las partes la que determinara el acogimiento o no a las mismas, no hay problema alguno de conexión personal.

Se opte por una u otra alternativa, quedaría pendiente, eso sí, de modo insoslayable, el tema relativo al sistema de recursos.

En cuanto atañe al sistema de recursos, habría que modificar el

Estatuto de Autonomía para dar cabida al denominado recurso de casación autonómica que se podría interponer por infracción de normas del Derecho civil de la Comunidad Autónoma, puesto que el artículo 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución (...)».

Son, sin embargo, todas ellas cuestiones que habría que analizar una vez que tuviéramos sobre la mesa el estudio completo sobre las figuras susceptibles de integrar el Derecho Consuetudinario Asturiano, concluidos todos los trabajos de investigación.

1.8. Conclusiones

La declaración contenida en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que en una primera lectura parece que se agota con la tarea de recopilación y compilación, tiene un alcance mucho mayor a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, como hemos visto, posibilita en aquellas Comunidades Autónomas en las que se constate la pervivencia de costumbres jurídicas preexistentes a la Constitución una actuación sobre la costumbre elevándola de rango y convirtiéndola en ley o, lo que es lo

mismo, transformándola de fuente secundaria del ordenamiento jurídico, para cuya aplicación es precisa su alegación y probanza en juicio, en fuente primaria, que solamente precisa ser alegada.

Pero también tiene un alcance político puesto que las costumbres jurídicas asturianas, preexistentes a la Constitución, revelan, junto con nuestra lengua, una sólida identidad histórica de Asturias como Comunidad política.

Asturias tiene, en su Derecho Consuetudinario y en su lengua, en su historia y su cultura tradicional, hechos identitarios que deben ser adecuadamente resaltados, y es precisamente en esa estela en la que deben inscribirse los trabajos que está llevando a cabo la Junta General del Principado de Asturias, y que en último término tienen como objetivo devolver a la sociedad asturiana la relevancia de sus perfiles colectivos, dándoles el marco jurídico adecuado.

Es cierto que Asturias no mantuvo reservas forales frente al Derecho Común cuando éste fue codificado a finales del siglo pasado. Pero no lo es menos que, tanto por su difícil orografía como, en no menor medida quizás, por una nunca olvidada conciencia de su propia subjetividad histórica, el pueblo de Asturias mantuvo una realidad jurídica diferenciada que no ha sido valorada en la medida necesaria. Es en este escenario en el que se debe desplegar la tarea de conservación y compilación.

La actual redacción del artículo 16 EAPA, que primero sitúa el término «conservación» y después el término «compilación», no es una

redacción casual, sino una redacción que responde al sentido jurídico de cada uno de estos términos, que deben ser simultáneos y complementarios.

El artículo 16 EAPA no tiene un sentido meramente competencial. No se trata de atribuir al Principado de Asturias una competencia sobre un hipotético Derecho consuetudinario asturiano, sino que representa y tiene como último objeto una garantía institucional en dos vertientes: en primer lugar, conservar, esto es, dar continuidad, con el sentido garantista que ello conlleva; en segundo lugar, compilar, dar certeza.

Ambas tareas, que, como hemos dicho, deben acometerse simultáneamente por la complementariedad que existe entre ellas, debieran quedar satisfactoriamente resueltas, puesto que constituyen la filosofía a partir de la cual se ha construido el contenido del artículo 16 EAPA.

El Parlamento Asturiano deberá decidir sobre lo que hay que conservar, y con la intensidad con la que hay que trabajar sobre ello, en el entendimiento de que la jurisprudencia constitucional permite actuar sobre las costumbres jurídicas preexistentes a la Constitución, para transformarlas en ley.

2. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO

Además de los trabajos de contenido histórico abordados en la parte II de este Informe, a cargo del Director Científico de la Comisión de Investigación, a iniciativa de este Letrado, y bajo su dirección, se han llevado a cabo trabajos de campo

con la finalidad de determinar qué costumbres jurídicas asturianas están vigentes, y son, en consecuencia, susceptibles de ser compiladas, si así se acuerda.

Los trabajos llevados a cabo se han diversificado en tres frentes distintos pero complementarios entre sí: trabajos de campo en las parroquias rurales; estudio de las resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Asturias; e investigación de los protocolos notariales.

En primer lugar, se han visitado las 40 parroquias rurales existentes en Asturias, y se han mantenido entrevistas con los miembros de la Junta de Parroquia.

El hecho de que se hayan elegido las parroquias rurales para realizar los primeros trabajos de campo responde a dos circunstancias:

En primer lugar, al hecho de que las parroquias rurales constituyen la forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana.

En segundo lugar, porque constituye el principal centro de imputación y conservación de costumbres tradicionales. No en balde corresponde al presidente de la parroquia la conservación y compilación del Derecho tradicional estatuido en ordenanza o por escrito, así como velar por la costumbre del lugar.

Al margen de estas precisiones, la parroquia rural es una institución que ya acoge en su seno figuras tradicionales asturianas, al incluirse dentro de sus competencias la prestación de servicios y ejecución de obras de exclusivo interés de la

parroquia en las que predomine como forma de gestión y de realización la aportación personal de los vecinos afectados [art. 12.1.c) Ley 11/1986], es decir, la sextaferia.

Ciertamente, se ha tenido ocasión de comprobar que la obligación de conservar el Derecho consuetudinario asturiano no se cumple, y este incumplimiento no es achacable a la falta de voluntad de los responsables, sino a la ausencia de recursos tanto materiales como personales para archivar adecuadamente, y ordenar con criterios al uso la, en ocasiones, gran cantidad de documentos que se van pasando de unas Juntas a otras, y cuyo grado de conservación es bastante lamentable.

Quizá una de las conclusiones que debe adoptar la Comisión de Derecho Consuetudinario es la de solicitar del Consejo de Gobierno una atención prioritaria a los archivos documentales de las parroquias rurales, bien sea para ordenarlos en sus actuales depósitos, bien para trasladarlos al Archivo Histórico Provincial, previa su catalogación y ordenación.

Se incluye un Anexo con un estudio general sobre la parroquia rural en Asturias y los problemas que la aquejan, en el que se vuelcan las experiencias obtenidas en las visitas efectuadas, y que se considera de interés, al menos en lo que afecta a la conexión de la parroquia rural con el Derecho consuetudinario asturiano.

En base a la segunda vertiente, se ha establecido un convenio de colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Asturias —a través, obviamente, de su Presidente—, que

ha permitido que los becarios de la Comisión hayan podido examinar las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, tarea que, a su vez, ha propiciado una catalogación jurídica de las figuras consuetudinarias vigentes —la vigencia se sobreentiende a partir del momento en que siguen siendo objeto de litigio en los tribunales—.

Este trabajo de estudio de las resoluciones judiciales aún está incompleto puesto que a la Audiencia Provincial de Asturias solamente llegan los litigios en apelación de los tribunales inferiores, por lo que para completar el estudio es necesario realizar la misma tarea en los juzgados de origen del litigio.

Esta tarea se ha iniciado en el mes de febrero y se desarrollará a lo largo del mes de marzo, lo que según la planificación establecida permitirá el estudio de las resoluciones judiciales de los Juzgados de Llanes, Avilés, Gijón, Cangas de Onís y Cangas del Narcea.

La última vertiente consiste en la investigación de los protocolos notariales, tarea que es preciso abordar en dos fases secuencialmente distintas.

Como es sabido, los protocolos notariales permanecen en poder de los notarios actuantes desde su formalización hasta los veinticinco años. A partir de los veinticinco años y hasta los cien, se depositan en los archivos de los distritos notariales, de los que existen ocho en Asturias, para pasar posteriormente al Archivo Histórico Provincial.

En el momento actual se están desarrollando estas investigaciones

en los distritos notariales de Cangas del Narcea y Llanes, que presumiblemente concluirán a 31 de mayo.

Será preciso en una segunda fase investigar los seis archivos de distrito notarial restantes, así como los protocolos de los notarios con residencia en Asturias, tareas que deberían ser asumidas en la próxima Legislatura.

No ha sido posible en esta Legislatura estudiar el Derecho administrativo consuetudinario, que exigiría desarrollar trabajos de campo en los 78 concejos que integran la Comunidad Autónoma, así como muestreos geográficos en zonas de calificado interés previamente determinadas.

El Derecho consuetudinario administrativo existe, y prueba evidente de ello son las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que han sido examinadas y que nos ponen en la pista de este Derecho administrativo consuetudinario.

Es una tarea que también queda pendiente y que debería ser abordada en la próxima Legislatura.

Concluidas estas tareas de investigación, tendremos a disposición del Parlamento, con el grado de certeza necesario, un conjunto de costumbres jurídicas asturianas vigentes que podrán ser solamente compiladas o incorporadas a una compilación legal que tendrá, sin duda, una importancia jurídica extraordinaria en el marco jurídico asturiano, sobre todo si se opta por la compilación legal, que evitará en cada litigio probar la existencia de la costumbre.

3. ACTUACIONES PENDIENTES

En cuanto se refiere al marco estricto del artículo 16 EAPA —se dejan a un lado las de tipo histórico, que, como ya se dijo, son abordadas por el profesor Santos Coronas—, las actuaciones pendientes han quedado esbozadas en el apartado anterior.

Resumidamente son:

— Ultimar los trabajos de localización y estudio de las resoluciones judiciales de los pleitos que han sido el origen de las apelaciones ante la Audiencia Provincial de Asturias, lo que permitirá no sólo conocer la sentencia de origen, sino las alegaciones de las partes y las pruebas documentales aportadas.

— Ultimar los trabajos de investigación de los Archivos de los seis distritos notariales que restarán —téngase en cuenta que a finales de mayo quedarán concluidos únicamente Cangas del Narcea y Llanes, así como los de los notarios.

— Continuar con los trabajos de campo en un muestreo geográfico a determinar, así como en los 78 concejos existentes en Asturias, o al menos en una parte importante de los mismos, para verificar la existencia de unas variantes jurídicas locales susceptibles de integrar un Derecho público consuetudinario, de ámbito preferentemente local, algunos de cuyos rasgos ya han quedado patentes en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Sin duda todo este trabajo pendiente permitirá que afloren costumbres asturianas con alcance jurídico, no presentes en las resoluciones judi-

ciales estudiadas, pero sí vigentes en la vida ordinaria de muchos pueblos.

4. ADENDA: LA PARROQUIA RURAL

1. Origen

Para unos (Fariña Jamardo, J.), la palabra «parroquia» procede del griego, significando originariamente habitación o reunión de habitantes, y fue usada en principio por la Iglesia para designar lo que ahora conocemos con el nombre de diócesis.

Para Oliveira, la etimología de «parroquia» —«paroikia», en griego; «paroecia» o «parrochia», en latín— se corresponde con el primitivo significado de habitación temporal: que un cristiano o una iglesia cristiana se encuentra en peregrinación por la tierra camino de la patria celestial. Este mismo autor señala que para la palabra «párroco» se apuntan tres etimologías: del griego «párokos», colono o cultivador; del latín «parochi», funcionario encargado de suministrar lo necesario a los embajadores extranjeros, a su paso por las provincias; o del griego «paroikeo», que significa morar en la vecindad.

Para otros (Corripio Rivero, M.), el término «parroquia» deriva del griego «para», cerca, y «oikos», casa, que nos aproxima a una idea de vecindad, de delimitación o demarcación de un territorio en función de las casas y familias que comprende, y en este sentido puede ser una aldea, un concejo o una ciudad. Es en este concepto en el que se incorporó, según el autor citado, al Derecho Eclesiástico.

Sea cual fuere el origen del nombre, lo cierto es que la parroquia,

como institución, como organización, surge al calor del cristianismo, y su evolución adquiere caracteres diferentes en función del territorio en el que se desenvuelve, presentando perfiles propios según estemos hablando del norte de la Península Ibérica, de los países europeos o de Hispanoamérica, ámbitos espaciales en los que en menor o mayor medida es posible encontrar vestigios de la misma.

Centrándonos en el norte español, la creación de las parroquias asturianas tiene como punto de referencia la cristianización de la *gens*, hasta el punto de que muchos de los templos parroquiales se fueron levantando en los espacios sacralizados al efecto por los antiguos pobladores, sirviendo de ejemplo la Capilla de la Santa Cruz de Cangas de Onís (Prieto Bances, R.).

Históricamente la parroquia se nos aparece como una estrategia de cristianización de los lugares apartados de los núcleos urbanos en los que se ubicaba la única pila bautismal de la diócesis. De ahí que en sus orígenes más remotos se confundieran o se utilizaran como términos sinónimos «parroquia» y «diócesis».

Es cuando se van creando nuevas pilas bautismales en núcleos rurales y alrededor de ellas templos, cuando se va conformando la realidad de la parroquia rural, que a partir de ese momento adquiere un doble carácter: religioso y administrativo.

Religioso porque en torno a ella se va reuniendo un núcleo de familias que toman como referencia esa pila bautismal, ese templo, para crear unos lazos de convivencia y satisfacción de necesidades comunes —de

ahí que se diga que la parroquia es la primera entidad natural que nace al mundo del Derecho—, y administrativo, porque ese núcleo vecinal utiliza el atrio de la iglesia para reunirse y decidir sus destinos colectivos.

Esta última vertiente se percibe claramente en muchas de las parroquias eclesiásticas existentes en Asturias, que tienen en el atrio de la iglesia un árbol de mucho porte y en torno a él una suerte de plaza circular en la que los vecinos desarrollaban sus asambleas con proyección administrativa.

Estas reuniones de vecinos son precisamente las que constituyen el origen remoto del régimen de concejo abierto, aún vigente en las parroquias rurales de menos de cien habitantes.

2. La parroquia rural en la legislación

En la legislación eclesiástica, el Código de Derecho Canónico vino considerando a la parroquia como persona de Derecho eclesiástico con plena capacidad jurídica para adquirir y administrar bienes.

En la legislación administrativa, el punto de arranque viene siendo precisado por la doctrina (Tolivar Alas, L.) en la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, que fija un mínimo numérico de habitantes para constituir Ayuntamientos al establecer que «se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dexas de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas y también se les señalará término correspondiente».

Tras una serie de regulaciones posteriores (Leyes Municipales de 20 de agosto de 1870 y de 2 de octubre de 1877, Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, de 8 de marzo de 1924), el artículo 45 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, prevé que las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local puedan regular las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, para la administración descentralizada de núcleos de población separados, bajo su denominación tradicional de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos.

Por su parte, el Real Decreto 1.690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, reproduce en su artículo 40 un contenido similar al del artículo 45 de la Ley 7/1985, y en su artículo 47 precisa que «cuando se trate de una parroquia rural constituida en entidad de ámbito territorial inferior al municipio, los límites serán los mismos que tenga la parroquia que haya servido de base a su reconocimiento legal, según la demarcación eclesiástica vigente».

3. La parroquia rural en el EA

El iter legislativo descrito desemboca, en lo que a Asturias se refiere, en el EA, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero de 1982), que en sus artículos 6 y 10.2 (no se vieron afectados desde su redacción originaria por las sucesivas reformas de que fue objeto el Estatuto) establece lo siguiente:

«Artículo 6.

1. El Principado de Asturias se organiza territorialmente en municipios, que recibirán la denominación tradicional de concejos, y en comarcas.

2. Se reconocerá la personalidad jurídica a la parroquia rural como forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana.

3. Podrán crearse Áreas Metropolitanas».

«Artículo 10.

1. El Principado de Asturias tiene la competencia exclusiva en las materias que a continuación se señalan (...).

2. Alteración de los términos y alteraciones de los concejos comprendidos en su territorio, así como la creación de organizaciones de ámbito inferior y superior a los mismos, en los términos establecidos en el artículo 6 de este Estatuto. (...)».

4. Criterios políticos de desarrollo estatutario de la parroquia rural

Están contenidos en la Comunicación sobre política de organización territorial de Asturias remitida por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias a la Junta General el 21 de mayo de 1984, cuyo debate fue el punto de partida de lo que habría de ser la Ley del Principado 11/1986, de Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de la Parroquia Rural.

El documento, de una indudable buena factura técnica, es extenso, pero puede resumirse, en cuanto atañe a la parroquia rural, en dos

ideas fundamentales: en primer lugar, el Consejo de Gobierno limitaba el reconocimiento de personalidad jurídica como parroquia rural a los núcleos o ámbitos de población de parroquia tradicional; en segundo lugar, y en relación con las entidades locales menores existentes, preveía su conversión en parroquia rural siempre que tuvieran base patrimonial o idoneidad funcional, y en su defecto, su absorción por los Ayuntamientos respectivos.

Durante su discusión en el Parlamento, la Comunicación fue objeto de propuestas de resolución, algunas de ellas incorporadas al texto final del documento, que desvirtuaron la pretensión inicial del Consejo de Gobierno al hacer imperativa la sustitución de las entidades locales menores por parroquias rurales, sin matiz alguno.

5. La Ley 11/1986, de 20 de noviembre, por la que se reconoce la personalidad jurídica de la parroquia rural

La Ley contiene una regulación completa de la parroquia rural: requisitos para el reconocimiento de personalidad jurídica; sujetos legitimados para tramitar la iniciativa; competencias; y órganos de gobierno de la parroquia rural.

Vamos a centrarnos únicamente en las competencias y en los órganos de gobierno, por ser los aspectos de mayor interés.

En cuanto hace referencia a las competencias, éstas se circunscriben a la administración y conservación de su patrimonio, a la conservación, mantenimiento y vigilancia de los caminos rurales del término parro-

quial, y a la prestación de servicios y ejecución de obras de exclusivo interés de la parroquia.

A partir de los trabajos de campo que hemos efectuado, podemos afirmar que el eje sobre el que pivota la existencia de las parroquias rurales es, precisamente, el de la administración y conservación de su patrimonio, del que proviene, normalmente, y a salvo de las escasas subvenciones otorgadas por la Administración del Principado de Asturias, su única fuente de financiación.

Podemos, pues, afirmar que la parroquia rural existe con el único objeto de administrar los montes, pastos, cotos, leña y rozos, que les puedan pertenecer.

Hay, no obstante, ejemplos que evidencian la necesidad de reflexionar sobre la actual regulación de la parroquia rural y, quizá, de recuperar sus notas características, como el que nos proporciona la parroquia rural de Villamayor, cuyo presupuesto de ingresos proviene en su mayor parte de la tarifa por consumo de agua abonada por la empresa Chupa Chups, ubicada en el término de dicha parroquia.

En cuanto se refiere a la organización, ésta se estructura en torno a un órgano unipersonal denominado Presidente, y un órgano colegiado denominado Junta de Parroquia, que está integrado por el Presidente y un número de miembros que no puede ser inferior a dos ni superior al tercio de concejales que integren el respectivo Ayuntamiento, lo que en ningún caso nos sitúa por encima de los cuatro miembros.

Las funciones de uno y otro son las propias de los órganos unipersonales y colegiados en la organización administrativa.

La Junta de Parroquia puede funcionar en régimen de concejo abierto cuando la parroquia tenga menos de cien habitantes, y así lo solicite expresamente, aspecto que nos hace viajar en el tiempo a los orígenes de la parroquia rural tradicional.

6. La parroquia rural y el Derecho consuetudinario asturiano

Además de ser la parroquia rural la forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana, desempeña y puede desempeñar un papel de primerísimo orden en relación con el Derecho Consuetudinario Asturiano.

En primer lugar, porque constituye el principal centro de imputación y conservación de costumbres tradicionales, hasta el punto de que el artículo 7 de la Ley 11/1986 prevé que en la solicitud de reconocimiento de un núcleo de población como parroquia rural puedan hacerse constar las instituciones y costumbres tradicionales con implantación en la parroquia rural que se desean conservar o habilitar. En esta misma línea la misma Ley 11/1986 incluye dentro de las competencias de la parroquia rural [art. 12.1.c)] la prestación de servicios y ejecución de obras que sean de exclusivo interés de la parroquia y en las que predomine como forma de gestión y de realización la aportación personal de los vecinos afectados, esto es, la sextaferia, que tanto arraigo tiene en numerosos núcleos de población asturianos.

En segundo lugar, también conviene destacar que, además, corresponde al Presidente la recopilación y conservación del Derecho tradicional estatuido en ordenanza o por escrito y velar por la costumbre del lugar, siempre que uno y otro no se opongan a la ley o a normas de rango superior.

Y ésta no es una declaración *flatus vocis*, por cuanto que hay parroquias rurales que se han preocupado de aprobar ordenanzas que incorporan figuras tradicionales del Derecho consuetudinario asturiano, tales como la sextaferia, la prestación de transporte y la regulación de pastos. La parroquia rural de Salencia constituye un buen ejemplo de ello.

Se ha podido constatar en los trabajos de campo llevados a cabo que las parroquias rurales cuentan con un importantísimo material documental depositado en ocasiones en lugares anexos a la vivienda del Presidente de la Parroquia —a veces en cuadras—, otras en arcas de importantísimo valor histórico, y en otras en habitaciones del lugar de residencia del Presidente de la Parroquia.

Estos documentos se remontan a veces a actuaciones de los siglos XV y XVI, tienen un valor extraordinario para el estudio de la historia de este tipo de organización y consecuentemente de la historia de Asturias, y sería conveniente ponerlos en valor, primero, mediante su catalogación y clasificación, y segundo, dotando a las parroquias de unos medios adecuados para su mantenimiento, y en caso de que no fuera

posible, depositando los originales en el Archivo Histórico Provincial.

7. Problemas de la parroquia rural

Los problemas que afectan a la parroquia rural son de tres órdenes:

a) Organizativos. La realidad viene demostrando que la actual organización de la parroquia rural y el sistema de elección de sus órganos de gobierno no son los más adecuados.

En cuanto se refiere al primer aspecto, la inexistencia de un Vicepresidente ha provocado en la práctica un auténtico colapso de la parroquia rural en supuestos de dimisión o fallecimiento del Presidente.

El sistema de elección del Presidente, y la posibilidad de que el término de la parroquia se superponga o esté inmerso a su vez en el término de un barrio, aldea u organización similar del concejo en el que está integrada la parroquia rural, ha determinado en la práctica que el alcalde del concejo haya designado a su vez un alcalde de barrio o aldea cuya jurisdicción está superpuesta a la del Presidente de la parroquia, pero con más prevalencia al ser el alcalde de barrio el detentador de los poderes del concejo, o dicho en términos vulgares, el poseedor del sello municipal que acredita convivencias u otros aspectos administrativos necesarios para obtener determinadas prestaciones públicas.

Ello ha determinado que en parroquias rurales, como por ejemplo la de Santianes del Rey Silo, el Decreto por el que la entidad local menor (origen administrativo de la parroquia rural) se transforma en

Relación de Parroquias Rurales reconocidas

Concejo	Parroquias Rurales
Allande	San Martín de Valledor
Cabrales	Santa María de Llas
Cabranes	Pandenes
Caso	Bueres, Nieves y Gobezañes; Caleao; y Orlé
Cudillero	Ballota; Corollos, La Fenosa, Villeirín y Orderías; Faedo; Lamuño, Salami y Artedo; La Tabla; Mumayor y Beiciella; San Cosme; y San Juan de Piñera
Degaña	Cerredo
Illano	Gio
Piloña	Villamayor
Ponga	Sobrefoz
Pravia	Agones; Bances; Los Cabos; Escorredo; Folgueras; Loro; Sandamías; Santianes del Rey Silo; Somado; La Castañal; y Peñaullán (en trámite)
Somiedo	Arbellales; Endriga; y Saliencia
Teverga	Fresnedo; Páramo; Taja; y La Focella
Tineo	Navelgas (en trámite)
Valdés	Barcia y Leiján; y Trevías
Villayón	Busmente, Herías y La Muria

Ignacio Arias Díaz

parroquia rural aglutine en un solo órgano la figura de Presidente de la parroquia rural y alcalde pedáneo, de tal manera que cuando se elige Presidente de la parroquia rural, también se elige alcalde pedáneo, con lo que el alcalde del concejo queda privado de la posibilidad de designar delegado.

b) Presupuestarios. La parroquia rural vive del producto obtenido por la venta de madera, pastos y licencias de cotos de caza. Como la tala de madera, fuente principal de financiación, no se produce anualmente, el presupuesto de la parroquia nunca se puede confeccionar con antelación. Es preciso, pues, arbitrar un sistema de financiación de la parroquia

rural acorde con la anualidad del presupuesto y con una certeza en la previsión de ingresos.

También sería conveniente, cuando no obligado, atender las necesidades de mantenimiento ordinario de la parroquia rural que permitieran poner en valor la importante documentación que tienen depositada y que sin duda sería de gran interés para ahondar en el conocimiento de esta institución y de la propia historia de Asturias.

c) De naturaleza. Se ha desvirtuado la naturaleza de la parroquia rural. En sus orígenes coincidía la parroquia rural con la parroquia eclesiástica. Al obligar a las entidades locales menores a transformarse en

parroquias rurales, nos encontramos con que la parroquia rural ha perdido sus vestigios históricos. Sería preciso, si queremos que la parroquia rural siga siendo la «forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana», volver a los orígenes, y reservar la denominación de «parroquia rural» para las parroquias rurales históricas, y pasar a denominar las entidades locales menores «entidades locales rurales» o «entidades menores rurales», denominación que se adecua más a sus características.

II. TRABAJOS HISTÓRICOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO CONSUE-TUDINARIO ASTURIANO

1. INTRODUCCIÓN

Recogiendo el espíritu autonómico de las últimas Constituciones españolas (1869, 1876, 1931) y aun el neoforal de la codificación civil que cierra el ciclo codificador del siglo XIX (1888), la Constitución vigente de 1978 reconoció y garantizó el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (art. 2), así como, en su disposición adicional primera, el amparo y respeto de los Derechos históricos de los territorios forales y la actualización general de su régimen foral en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. De este modo, la exclusiva competencia del Estado sobre la legislación civil se declaró «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8ª). Asturias, que a lo largo del siglo XIX

había perdido su particularismo foral reconocido explícitamente por la doctrina antigua (Jovellanos, Martínez Marina, Capmany), afirmó en 1981 su autonomía, constituyéndose en Comunidad Autónoma bajo la denominación tradicional de Principado de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, modificada por Leyes Orgánicas recibidas últimamente en la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero). Bajo el régimen de la Constitución y del Estatuto, su norma institucional básica, se dispuso en el artículo 16 de este último: «El Principado de Asturias impulsará la conservación y compilación del Derecho consuetudinario asturiano».

[Si el Anteproyecto de Estatuto de Autonomía de Asturias disponía en su artículo 7, nº 19 la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia», con un sentido dinámico próximo al enunciado constitucional, después, tras las alegaciones presentadas en su trámite de información pública, se desvirtuó su sentido originario sancionando una norma simplemente conservadora y, en su caso, compiladora. Así, el artículo 16 de la primera redacción oficial de 1981 dispuso: «El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación del Derecho consuetudinario asturiano», básicamente mantenido en la reforma ulterior vigente. Contra esta reducción de las competencias autonómicas del Principado, que, por su planteamiento de futuro, más parece una

declaración de intenciones que una formulación de principios, reaccionó un sector importante de la doctrina jurídica asturiana que, con ocasión del I Congreso Jurídico de Asturias (*Libro del I Congreso...*, Oviedo, 1987), pidió una reforma del Estatuto que recogiera la primitiva formulación u otra nueva que permitiera ir, más allá de la simple conservación y compilación de un Derecho fosilizado, a la modificación y desarrollo de un Derecho civil especial asturiano en el marco de los Derechos forales constituidos. En este sentido, recogiendo el sentir mayoritario congresual, se aprobó en la primera de las conclusiones del I Congreso Jurídico de Asturias (Anexo 2) la siguiente propuesta: «Se propugna la reforma del artículo 16 del Estatuto, adecuándolo a las competencias que en materia civil prevé el artículo 149 de la Constitución española, incluyendo lo referente a «modificación y desarrollo» del Derecho consuetudinario asturiano, sin perjuicio de que *interim* se proceda a la reforma estatutaria se dé cumplimiento al art. 16 interpretándolo en sentido dinámico, tal cual venía recogido en el art. 7.1.9 del Anteproyecto»].

Este precepto estatutario, próximo en su redacción primera al principio constitucional de conservación y desarrollo del Derecho civil foral o especial, dio origen a la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario de la Junta General del Principado de Asturias, creada por Resolución de la Junta General 324/4, de 22 de octubre de 1998.

[Habiendo reconocido la jurisprudencia constitucional a la Co-

munidad Valenciana «competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial», sentó un principio que por traer causa del artículo 149.1.8.º de la Constitución se aplicó igualmente a las restantes Comunidades Autónomas, en este caso a la histórica denominada Principado de Asturias (Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, art. 1.2). STC 121/92, FJ 1: «El amplio enunciado de esta última salvedad («sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución»].

2. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO

Los trabajos de la Comisión, en los años efectivos de labor investigadora (1 de marzo 2000 - marzo de 2003), se orientaron ante todo a clarificar las fuentes de conocimiento del *Derecho consuetudinario asturiano* para sentar sobre base firme el mandato estatutario de conservación y compilación del mismo.

Estas fuentes son de carácter histórico y actual, separadas entre sí por el fenómeno contemporáneo del constitucionalismo y la codificación. En un principio se atribuyó su investigación respectiva a dos seccio-

nes diferentes de la Comisión, aunque por diferentes motivos acabaron por converger en un mismo equipo de trabajo bajo la dirección científica del profesor doctor Santos M. Coronas. Si en un primer momento se prestó atención preferente a la tarea histórica, sin descuidar por ello la historiográfica [A. Llana, Fuentes de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario. Archivo de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario] y antropológica [Trabajos de campo y visita a todas las parroquias rurales de Asturias del Secretario de la Comisión especial, letrado I. Arias, de la becaria de investigación C. Cantero y de los secretarios administrativos A. Parrondo y F. Castro], después se centró exclusivamente en la investigación del *Derecho consuetudinario asturiano* actual, sin romper del todo, como corresponde a la naturaleza de toda *longa consuetudo*, sus lazos históricos.

Una vez acotado un período de tiempo suficientemente amplio como para constatar la raigambre tradicional de las costumbres y su persistencia o continuidad fundamental, se acometió la tarea previa, nunca realizada con carácter sistemático, de acumular los materiales básicos de información [Fueros y Ordenanzas; Papeles en Derecho; Pleitos y Sentencias, Documentos notariales, registros generales, memoriales y representaciones, amén de los relativos a historiografía regional, símbolos y Principado de Asturias], imprescindibles para elaborar una correcta encuesta histórica de Derecho consuetudinario. A esta labor heurística [de investigación, reunión y sistematización] acompañó la edición de

textos, habiendo sido publicados hasta el presente, acompañados de sus respectivos estudios preliminares o glosarios, *El libro de los juramentos del Principado de Asturias (1707-1834)* (Oviedo, 2001) y el *Título de Conde de Campomanes (1780)* (Oviedo, 2002), como homenaje de la Comisión en el bicentenario del fallecimiento del hombre que protegió, desde su alto destino como fiscal del Consejo de Castilla, la continuidad de ciertos pactos consuetudinarios asturianos tenidos por ilegales a la luz de la legislación de la época. Posteriormente, en junio de 2002, se entregaron para su impresión el primer tomo de la serie de *Papeles en Derecho/Porcones*, correspondientes al concejo de Allande (siglos XVI-XIX); asimismo, los tomos de la serie de *Fueros y Ordenanzas*, relativos a Oviedo (siglos XI-XX) y el primero de *Pleitos y Sentencias* referentes a los Discursos de los Regentes de la Audiencia de Oviedo (siglos XVIII-XIX) con los datos estadísticos de la litigiosidad asturiana en dicho período. Otros trabajos sobre los Porcones del occidente de Asturias (Cangas del Narcea y Tineo), con sus Índices de instituciones, lugares y personas; sobre Memoriales y Representaciones del Principado de Asturias (siglos XVI-XIX); los referidos a protocolos notariales (muestreo tomado de archivos públicos y privados de los siglos XVI-XIX) y a nuevos Fueros y Ordenanzas (concejo de Llanes) están ya ultimados o en curso de realización. Si se tiene en cuenta la notoria carencia de edición de fuentes jurídicas asturianas de la Edad Moderna, excepción hecha de las Ordenanzas Generales (lo que explica su abusiva utilización por la doctrina al margen

de su carácter oficial o de simple proyecto que expresa más bien la voluntad reformista de sus autores), se podrá comprender la trascendencia que tiene esta línea de investigación no sólo para el *Derecho consuetudinario asturiano* histórico, base o precedente del actual, sino para la misma historia de Asturias al proporcionar nuevos elementos de información histórica, antropológica y jurídica [Vid. en el Apéndice documental una más precisa relación de estos trabajos realizada con motivo de la presentación del *Libro de los Juramentos* en el *Aula Parlamentaria* de la Junta General].

Por su parte, los trabajos sobre el *Derecho consuetudinario asturiano* actual, con el precedente de la labor de campo desarrollada en las parroquias rurales de Asturias, se centraron en el análisis de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa de la Audiencia de Asturias (1936-2001), permitiendo constatar, como anticiparan los trabajos de algunos estudiosos (Prieto Bances, García Arango, Fernández Martínez, Inclán, Blanco, Fonseca, Álvarez de Linera, Tuero, Cárcaba...) y los informes y trabajos de algunas instituciones académicas y profesionales (Real Instituto de Estudios Asturianos; Colegio de Abogados de Oviedo; Academia de Ciencias Morales y Políticas; Ateneo de Madrid; Academia Asturiana de Jurisprudencia), la vigencia de ciertas costumbres que hablan de una forma de vida tradicional, profundamente enraizada en la historia patria y que por ello tiende a considerarse constitutiva de Asturias.

Esta investigación tiene un término *a quo* que fija la entrada en

vigor del Código Civil (1889) y cierra la realidad jurídica presente que alienta la conservación (modificación y desarrollo) de los Derechos civiles especiales o forales y consuetudinarios en virtud de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Sin embargo, en este siglo largo de historia jurídica se ha desvanecido buena parte de la antigua naturaleza consuetudinaria de Asturias, la recordada por Jovellanos desde su niñez, la encuestada por Martínez Marina en su capital *Colección de Asturias*, la recopilada por Bances Valdés en su parroquia praviense y aun antes, formando parte tal vez de su herencia espiritual asturiana, familiar y campesina, la adoptada como modelo por Campomanes en la repoblación de Sierra Morena y lugares de Extremadura con su programa de indivisión hereditaria de la casería.

En el trance de la pérdida de la costumbre tradicional al calor del cambio económico-social, cultural y jurídico que simbolizan la industrialización, la nueva filosofía racionalista y la codificación, los trabajos pioneros de algunos prohombres del llamado *grupo de Oviedo* (Canella, Jove, Aramburu y, sobre todo, Altamira, que incorporaron a Asturias el movimiento consuetudinario y folclórico divulgado por Costa y Machado respectivamente a fines del siglo XIX) no lograron registrar debidamente, por falta de continuidad y método, la costumbre jurídica asturiana.

[Altamira] Antes de acceder a su cátedra de Historia del Derecho de la Universidad de Oviedo, en 1897, ya había sintonizado con este movi-

miento consuetudinario tan caro al *institucionismo* redactando, bajo el magisterio de G. Azcárate, su tesis doctoral sobre la *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890, fijó su postura metodológica favorable a este Derecho en su primer manual de *Historia del Derecho español. Cuestiones preliminares*, Madrid, 1903, base de los trabajos realizados por él y sus discípulos en su fecunda etapa ovetense. Fue entonces cuando redactó su *Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Alicante*, Madrid, 1905 y los *Interrogatorios de economía y costumbres jurídicas de Asturias*, Oviedo, 1908, base de algunos trabajos publicados e inéditos de sus discípulos, recogidos en el primer caso en los famosos *Anales de la Universidad de Oviedo* (5 tomos 1901, 1902-1910) y publicados asimismo como publicación independiente [*Trabajos de investigación en la Cátedra y el Seminario de Historia General del Derecho 1903-1905*, Oviedo, 1905; 1907]. Entre estos cobró justa celebridad el trabajo del alumno C. Valledor sobre *Las costumbres jurídicas de Allande*. Una buena parte de este material estudiantil, de difícil ponderación práctica por su carácter heterogéneo e incipiente proceso de formación (notas, lecturas varias, apuntes), se encuentra en los archivos de Altamira en Oviedo y Alicante, utilizado en parte para la redacción de nuestros estudios sobre Altamira.

[Costa] Suele señalarse 1879 como la fecha que marca el inicio de la campaña en favor del Derecho consuetudinario promovida por Joaquín Costa. En esta fecha publica en Madrid su *Derecho consuetudinario del*

Alto Aragón, que sucedía en el tiempo, pese a su publicación anterior, a la formulación de su doctrina (*Teoría del hecho jurídico, individual y social*, Madrid, 1880), pronto divulgada (*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Madrid, 1883) y aun ratificada con nuevos trabajos documentales (*Costumbres jurídico-económicas del Alto Aragón*, Madrid, 1884), extendidos pronto a nuevos campos del Derecho consuetudinario, especialmente al Derecho municipal (*Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario* [en colaboración con el asturiano Manuel Pedregal y Cañedo, Serrano y Miralles], Madrid, 1885). Al final del camino recorrido junto a otros juristas atraídos por sus mismas ideas, muy especialmente compartidas por convicción personal y científica por el maestro de toda una generación de grandes intelectuales, Gumersindo Azcárate, desde su cátedra de *Legislación comparada*, pudo formular un *Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario*, Madrid, 1889, y recoger los frutos de su dedicación en sendas obras clásicas: *Colectivismo agrario en España* (Madrid, 1898) y *Derecho consuetudinario y Economía popular de España* (Barcelona, 1902), en colaboración esta última con Méndez, Unamuno, Pedregal, Pieras Hurtado, Soriano, Altamira, López de la Osa, Serrano, Santamaría, López Morán y González de Linares. Este movimiento por el Derecho consuetudinario había permitido constatar tres hechos fundamentales: 1. Que el Derecho consuetudinario entonces vigente no atañía solamente al Derecho privado sino también al Derecho público (sobre todo al derecho municipal). 2. Que no era

un fenómeno vivo solamente en las regiones de Derecho especial o foral sino también en muchas otras regiones de Derecho común (Castilla, León, Asturias, La Mancha, Valencia, Extremadura, Galicia, Murcia), como probaba la literatura científica y la actividad notarial. 3. Que se extendía no solo a las formas toleradas de la costumbre (según la ley y en defecto de ley) sino también bajo la forma de costumbre contra ley, demostrando una vivacidad especialmente sensible en las áreas familiares, fundiarias, sucesorias y contractuales, así como en el Derecho administrativo municipal.

[Machado] Con fecha en Oviedo, 1 de enero de 1884, Fermín Canella remitió su *Saber Popular (Folk-Lore asturiano) (Ciencias y Letras de la Quintana)* al «Sr. D. Antonio Machado y Álvarez, fundador del Folk-Lore español», incluyendo un *Proyecto de Interrogatorio o Programa* del saber cuyo estudio había emprendido dos años antes bajo el directo influjo de insignes publicistas europeos y españoles allí registrados. En la *Revista de Asturias*, que dirigía su colega y amigo Aramburu, Canella expuso (desde febrero de 1882) su proyecto de crear una sociedad para el estudio del *Folklore asturiano o la sociedad de ciencias y letras de la Quintana*, vinculada en su sentir a la Academia asturiana para el estudio de las ciencias y letras del Principado que impulsaran Jovellanos y González Posada a fines del siglo XVIII, y propuesta ya en sus días, limitándola sin embargo al aspecto lingüístico, por Gumersindo Laverde Ruiz desde la misma *Revista (Apuntes lexicográficos sobre una rama del dialecto asturiano)*, 25-VIII-1879 (propuesta acogida con «glacial

indiferencia», como recordara el mismo Laverde), y, con mayor amplitud de miras, como *Academia demológica*, por Juan Menéndez Pidal y Antonio Balbín de Unquera en el artículo sobre el *folklore* asturiano publicado en *La Ilustración Gallega y Asturiana* (III, nº 36). Por entonces, la creación de la Sociedad Demológica Asturiana por el Centro de Asturianos de Madrid en 1882, de la cual fueron socios corresponsales en Oviedo el mismo Canella, Aramburu, Sela Sampil, Álvarez Amandi..., y la imitación de las establecidas en Andalucía por Machado y Álvarez o en Galicia por Murguía, facilitó la aceptación del pensamiento de crear una *Academia, Folklore o Quintana de ciencias y letras provinciales* que si en un principio apenas si contó con el apoyo de los profesores de orientación krausista de la Universidad, a excepción de Sela, promotor del grupo *Folklore Asturiano* (1883), de muy corta vida, después pudo beneficiarse de los estudios de sociología comparada y antropología desarrollada por Posada en su seminario de la Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales de la Universidad de Oviedo, de Altamira, con sus *Interrogatorios y encuestas* de Derecho consuetudinario publicadas en la *Nueva Ciencia Jurídica* (1891-1892), en la *Revista de Derecho y Sociología* (1895) y en los *Anales de la Universidad de Oviedo* (1901-1910), así como de los trabajos asturianistas de Jove y Bravo.

Faltos de estudio científico, faltos asimismo de interés por unas instituciones que se consideraban obsoletas a la luz de una codificación que desde hacía más de un siglo concitaba la vocación jurídica de la Europa continental, los humildes usos y cos-

tumbres jurídicas asturianas, expresión otrora de un ser regional marcado por los valores colectivos y solidarios cuasifamiliares de una sociedad arcaizante y rural, prosiguieron su declive iniciado mucho tiempo atrás cuando el Derecho dejó de ser generalmente consuetudinario (siglos XIII-XV) para aceptar la primacía de una ley que habría de llegar a su apogeo reglamentista en el siglo XVIII. Vinculada la costumbre a la sociedad y dejando de ser ésta la que en el curso lento de los siglos formara su propio orden por reiteración de unos mismos actos voluntarios con *animus statuerendi*, se llegó a la situación presente donde, como si fuera un bien a preservar de nuestro patrimonio histórico-cultural, se intenta *conservar* y *compilar* los últimos restos de un *Derecho consuetudinario asturiano* que nos habla de familia y casería, del trabajo agrícola, ganadero y forestal, de la parroquia y del concejo y, como suma de todo ello, de la Junta General de una región que asumió, en salvaguarda del *ius regale* y de sus fueros y libertades, la advocación histórica del Principado.

3. UN CAMINO A SEGUIR

Dejando a un lado por ahora los problemas conceptuales que plantea la denominación estatutaria «Derecho consuetudinario asturiano», objeto de viva confrontación doctrinal como lo fuera en su día el gallego, y aun la mera expresión «costumbre jurídica» y palabras afines («uso», «estilo», «práctica», «observancia»...), que intentaran aclarar la legislación, la doctrina y la jurisprudencia desde el siglo XIII a partir de ciertos rasgos característi-

cos (repetición y continuidad de actos voluntarios y públicos, oralidad, espontaneidad, evolución constante, lenta elaboración, que se combinan con las notas menos favorables de incertidumbre, variabilidad e inestabilidad), conviene partir de una radical depuración de las fuentes de conocimiento y del ámbito de vigencia temporal y espacial de las mismas por entender que del mejor conocimiento de los usos y costumbres o, más orgánicamente, de las instituciones jurídicas consuetudinarias (populares, especiales o forales) de Asturias podrá deducirse un concepto más preciso de ese *Derecho*. A este fin, resulta esencial y prioritario definir el método correcto de investigación capaz de evitar la confusión actual de utilización abusiva e indiscriminada de materiales jurídicos y folclóricos, históricos y vigentes, generales y particulares en una amalgama de información que hace ineficaz cualquier intento serio de conocer ese *Derecho consuetudinario asturiano*. Ello no obsta para romper el cerco iuspositivista habitual de la doctrina jurídica, ampliando en lo posible sus bases de información con la entrada *ordenada por tiempos, lugares y materias* de las fuentes de conocimiento que la primera Escuela Histórica del Derecho alemana llamó genéricamente *folclore jurídico*. Este *folclore* emana, como pusieron de manifiesto magistralmente los hermanos Grimm o Hans Fehr, de los cuentos y romances, de los refranes y consejas, del arte, teatro y música populares..., reflejo, en ocasiones, de ese *Volkgeist* tan querido por el romanticismo histórico [«El Derecho que vive en la conciencia del pueblo no es un compuesto de reglas abstractas; es percibido en la

realidad de su conjunto y la regla bajo su forma lógica aparece cuando se hace sentir su necesidad; se separa entonces de este conjunto y se traduce en una forma artificial. Tales son las acciones simbólicas que dan al Derecho una apariencia sensible, cuyo origen popular se revela con más claridad e intensidad que en las leyes», Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*] y que, con el método adecuado, permite aprovechar el rico caudal costumbrista legado por nuestros primeros cultivadores: desde los hermanos Juan y Ramón Menéndez Pidal al programa de intenciones de la Sociedad Demológica Asturiana (1882), los trabajos del grupo de la *Quintana* (1882-1890) o las grandes aportaciones individuales de Vigón, Acevedo y Huelves, Torner, Aurelio del Llano y Cabal en los orígenes del estudio científico del costumbrismo asturiano, que no ha dejado de crecer hasta nuestro días. Está por hacer una adecuada selección de materiales con valor jurídico de la importante historiografía costumbrista asturiana a partir de los lejanos precedentes de algunos textos muy significativos del P. Carvallo en su *Antigüedades y cosas memorables del Principado de Asturias* (1695) hasta las recientes aportaciones de Gómez Tabanera, Aremayor, Gómez Pellón, González-Quevedo, Martín Ardines, Abella Mina, Fernández López, Suárez López, G. Valdés..., que han sucedido a nuestros folcloristas clásicos. Desgraciadamente, ya no será posible rescatar con la vivacidad de las *Deutsche Rechtsaltertümer* de Jacob Grimm (1828) el sentimiento jurídico popular que animó la formación de las costumbres tras siglos de fe racionalista y excluyente en la ley

codificada y uniformadora. En el caso de Asturias, esta labor colectora de antigüedades jurídicas que bien hubiera podido hacerla por su formación y sensibilidad José Caveda y Nava (1796-1882), heredero del historicismo jurídico de Campomanes, Jovellanos y Martínez Marina, quedó paralizada por la nueva doctrina constitucional de unificación jurídica por la vía de la codificación asumida por nuestros prohombres: [Constitución de 1812, art. 258: «El código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes», doctrina radicalizada en las Constituciones siguientes de 1837 («Unos mismos códigos regirán en toda la monarquía y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales», art. 4) y de 1845 («Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía», art. 4), antes de volver a la primera redacción gaditana por las Constituciones de 1869 (art. 91) y de 1876 (art. 75)].

El método jurídico plural característico de nuestro tiempo (inductivo, deductivo, fenomenológico, semiótico), el método histórico-crítico, el antropológico con su derivación etnológico-jurídica se deben poner conjuntamente al servicio de la ardua investigación consuetudinaria. Con estas premisas metodológicas, se adelantó el programa de investigaciones histórico-consuetudinarias de la Comisión al presentar el primer título de una de las series de publicaciones previstas, referidas en este caso al Principado como título

lo a la vez dinástico y territorial [Príncipes de Asturias. Juramentos. Libro de los Juramentos, Pleito-Homenajes y Proclamaciones del Principado de Asturias (1709-1834), Junta General del Principado de Asturias. Aula Parlamentaria. Oviedo, 2002]. Posteriormente, una vez emprendida la labor heurística del pasado, se inició la tarea de conocer las prácticas consuetudinarias del último medio siglo con un ensayo de registro sistemático de costumbres en la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa de la Audiencia de Oviedo (1936 [fecha que reinicia el acopio documental del archivo destruido por la revolución de 1934]-2001), como adelanto de la gran tarea por realizar en otros juzgados, singularmente en los de primera instancia de diferentes lugares del Principado, (costa, valle y montaña, oriente, centro y occidente), así como en el Tribunal Supremo de Justicia desde la promulgación del Código Civil a nuestros días.

Al tiempo que se clarifican las fuentes de conocimiento (normativas, jurisprudenciales, doctrinales, documentales, etno-jurídicas), importa muy especialmente fijar la geografía de la costumbre no sólo por el casuismo imperante en este tipo de ordenación sino para evitar la extensión abusiva de su ámbito de vigencia, haciendo comarcal o incluso regional lo que simplemente es, por su origen y aplicación, puramente local. En este sentido, cabe denunciar la utilización muy socorrida por la doctrina de las llamadas Ordenanzas generales del Principado, especialmente de las muy extensas Ordenanzas de 1781 que, con sus más de 600 artículos, pretendieron

erigirse en *código legal del Principado*. Estas Ordenanzas, que, como las restantes llamadas *generales*, salvo las confirmadas por el Consejo Real en tiempos de Felipe II (1594) y las anteriores municipales de Oviedo (1494), extendidas luego a otros lugares del Principado, carecieron de sanción oficial, son en ocasiones testimonio de un Derecho consuetudinario común o tal vez particular, sin que quepa distinguir siempre con claridad este aspecto de su contenido [en las Ordenanzas es relativamente frecuente la referencia a la «costumbre deste Principado», al «uso y costumbre antigua de este Principado», así como a la costumbre local (v. gr. la costumbre del voto consultivo de la ciudad de Oviedo en la Junta General frente al decisivo de los restantes concejos del Principado). En la edición crítica de estas Ordenanzas Generales que pretendemos realizar se aquilatará en cada caso el origen, sentido y alcance de todas sus referencias a la costumbre]; pero, en otras ocasiones, responden simplemente a los propósitos reformistas de sus redactores, próximos en letra y espíritu a los textos y principios que informan la nueva legislación reformista borbónica, en especial de la época de Carlos III. Utilizar sus preceptos de manera indiscriminada, como un centón de costumbres jurídicas *generales* por razón de su origen, no deja de ser una de las formas incorrectas de análisis de nuestro Derecho consuetudinario. Un buen ejemplo a seguir lo marcó el acuerdo de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo (providencia para mejor proveer de 6 de abril de 1954 en juicio de desahucio en precario procedente del juzgado de Lluarca

entre Doña Clara García González con Don Manuel Cotarelo Sánchez y otros) al inquirir información precisa de instituciones y profesionales sobre la sociedad familiar asturiana o *a estilo del país* antes de resolver en justicia (S. 28. VI, 1954), punto de partida de una notable aportación doctrinal y jurisprudencial a una de las instituciones básicas del ordenamiento consuetudinario asturiano. [Otros juzgados, v. gr. el municipal de Pola de Siero (6 de diciembre de 1954), pidieron certificación por entonces de la existencia de contratos de arrendamiento celebrados según usos y costumbres del país, con un período de tiempo circunscrito al año agrícola (de 12 de noviembre a 11 de noviembre siguiente). Ver Expediente personal de Rafael Fernández Martínez, abogado-fiscal de la Audiencia Territorial de Oviedo, en Archivo del Real Instituto de Estudios Asturianos, donde consta su respuesta].

La tendencia al sistema propia de la dogmática jurídica contemporánea no debe hacer olvidar la realidad del caso (*casus*), que se erige en punto de partida de cualquier investigación sobre Derecho consuetudinario. Ni cabe tampoco la generalización abusiva del mismo ni menos la construcción de un sistema particular al margen del Derecho común o general, pues hace siglos que Asturias, como parte de la monarquía castellano-leonesa primero y de la española después, carece de ordenamiento jurídico propio. Ahora bien, del caso a la norma y de ésta al principio en la secuencia ordinaria de evolución jurídica, la costumbre tiene un recorrido institucional que en su complejo de

hecho, valor y norma alumbra una parte sustancial de la sociedad y que por lo mismo merece ser estudiada y comprendida y aun, como dispone el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Asturias, conservada y compilada siquiera sea a los efectos de su aplicación forense.

Para ello es necesario superar la antigua dicotomía ley/costumbre que llevó a referir a la propia ley la doctrina consuetudinaria. Así, como un eco de la antigua doctrina del *ius commune* que pervive en el positivismo legal, se sigue afirmando que la costumbre se agota y resuelve en su relación con la ley. Sin embargo, más allá de la clasificación de costumbres *contra legem*, *praeter legem*, *secundum legem*, vulgarizada por la glosa medieval y la escolástica moderna y recibida en el Derecho contemporáneo, es preciso centrar la atención en la misma costumbre jurídica. A ella cabe plantear la cuestión del uso y de la costumbre en la famosa distinción clásica que ya las Partidas atribuían al tiempo [*nasce del tiempo uso e del uso costumbre*; Partida 1, 2, pr.], sin ignorar su estrecha relación institucional que hace de la costumbre un uso social coactivo o, si se prefiere, una norma jurídica colectiva que no olvida el elemento esencial del *tacitus consensus populi* ya destacado por la jurisprudencia romana [Ulpiano, *Liber singularis regularum* 1,4; *tacita civium conventio Digesto* 1, 3, 35 (Hermogenianus)], y, tras ella, por algunos autores, especialmente alemanes, que priman la voluntad jurídica general o la convicción jurídica popular sobre el simple uso. [Aceptando los principios de la Escuela Histórica alemana, Joaquín Costa no veía necesaria la pluralidad de actos

para probar la existencia de la costumbre (confusión de hábito y costumbre), pues al ser la costumbre una convicción popular podía manifestarse en muchos o pocos actos igualmente expresivos de la conciencia social. En todo caso, tras siglos de jurisprudencia culta romanocanónica, la costumbre ha tendido a ser contemplada erróneamente más como un *usus fori* o jurisprudencial que como un auténtico *consensus populi*. Por prescindir de las formas organizadas de crear Derecho tras la recepción y la aparición del Estado moderno (siglos XIII-XV en la Europa Occidental continental), la costumbre suele inquietar aquella mentalidad oficial excluyente enfrentada directamente con la génesis originaria de todo Derecho: la voluntad popular. Como decía el jurista Iulianus (*Digesto*, 1, 3, 32), «La costumbre inveterada se guarda como ley no sin razón, y éste es el derecho que se dice establecido por los *mores*. Porque así como las mismas leyes no nos obligan por otra cosa sino porque fueron admitidas por el juicio del pueblo, por la misma razón todos han de guardar lo que sin ningún escrito aprobó el pueblo; porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos o con las mismas cosas y hechos?». Ello no implica minusvalorar el efecto de la doctrina y de la jurisprudencia en la formación de la costumbre pero sin olvidar que, por lo general, ésta suele operar sobre un fondo popular como demuestra la historia jurídica].

Asimismo, cabe referir a la misma costumbre la naturaleza jurídica o social del uso, a manera de

reglas de cortesía o decoro, mostrando el paso de algunos usos jurídicos o costumbres a meros usos sociales (palmada, ramo, robla); la necesaria distinción entre costumbres vigentes [se apuntan como vigentes por la doctrina algunas costumbres jurídicas asturianas en el ámbito civil: antoxana-arrodeos, aparcería, pía o gandaya, pingo o bistechu, poznera, sextaferia, prenda de ganados, andecha, sociedad familiar asturiana, ciertas servidumbres (serventía, tornabuey), el usufructo viudal universal, comuña, facería, vecera, compañía pesquera...] y caídas en desuso [se consideran en desuso o en trance de extinción por la doctrina, formando parte de la arqueología jurídica asturiana: la presura y el escalio; los contratos de planturia, la padronera, la facería, los turnos de molino, la propiedad a monte y villa, el censo y el foro, la aparcería, antiguas costumbres de montería y caza, la cárcaba o gabia; ciertas costumbres de pesca...], bien por falta de base social o, más problemáticamente, por su contraposición histórica a esa forma de cultura jurídica que dimanó del *ius commune* romanocanónico enfrentándose a la tradición popular como *ratio scripta* adornada por la *aequitas* canónica, conformando una concepción jurídica y política dual (rey-reino; *princeps versus populus*) que, más o menos soterradamente, recorre la época bajomedieval y moderna, y se prolonga en cierta medida hasta el presente (a salvo el fundamental cambio constitucional democrático, que hizo desaparecer en principio esta dualidad), bajo la vestidura racionalista de la codificación.

Paralelamente, se plantea la distinción entre costumbre histórica y actual, sin perjuicio de las raíces históricas, más o menos profundas, de toda institución consuetudinaria (*longa consuetudo*), antigüedad que, desde hace siglos, tiende a equipararla por influencia canónica con la prescripción; también el desarrollo legislativo de principios e instituciones tradicionales con unos fines políticos, jurídicos y sociales próximos a los asignados más o menos claramente al Derecho consuetudinario en el marco estatutario del Principado de Asturias [sirvan de ejemplo algunas leyes del Principado especialmente sensibles en materias propias de la regulación tradicional: Ley 11/1986, de 20 de noviembre (BOPA, nº 282, de 4 de diciembre), por la que se reconoce la personalidad jurídica de la parroquia rural; Ley 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural (cuyos artículos 117 y 118 contemplan la prenda de ganado en los casos de incumplimiento de las Ordenanzas reguladoras de los pastos); Ley de caza, de 6 de junio de 1989, que cambia globalmente la antigua concepción venatoria; Ley de pesca en aguas interiores y aprovechamiento de recursos marinos, de 15 de noviembre de 1993 (en uno de cuyos artículos (34-d), sobre recogida de algas de arribazón por recolectores a pie, se sigue la llamada *ley da ribeira*); Ley de pesca fluvial, de 11 de febrero de 1998, que castiga, como lo hacían antiguas Ordenanzas del Principado, las *malas costumbres* de apostales, presas, traviesas, estacadas de río ...], así como los principios generales del Derecho consuetudinario, bien histórico (v. gr. de la época que se conoce habi-

tualmente con el nombre de Antiguo Régimen, siglos XIII-XIX) o actual (siglo XX), que por lo común hablan de antiformalismo jurídico y sencillez institucional, de espíritu colectivo y solidario como resto de la antigua concepción familiar y corporativa de la sociedad, de armonía e integración social con la naturaleza (del «sistema natural de explotación ecológica» de que habla en nuestros días Inclán Suárez o, muy anteriormente, Joaquín Costa con su «agricultura armónica»), y aun descendiendo al detalle de una institución concreta aunque central en el ordenamiento consuetudinario asturiano, como es la casería, el principio de conservación patrimonial por indivisión hereditaria como único medio de supervivencia rural en un ámbito espacial atomizado; principios que a veces se expresan en dichos y reglas de carácter popular: «El que primero naz, primero paz», «si yes mayorazu/¿pa qué quies les lletres/ni andar col angazu/ya la to yacuada está asegurada», «non trabayar y comer/aqueso non puede ser», «apelucái mios neños/si queréis mantenebos», «quien tien fabes y tocín/¿qué quier pleitos col vecín?», amén de esa armonía con la naturaleza que, como los aires de la quintana, parece traer la conseja siguiente: «Co los ñeros de rey-tán/nunca te metas, rapaz/pos ye páxaru galán/co los sembraos en paz/y ena tierra al trabayar/ye gustu oilu cantar». [Estos y otros decires populares fueron recogidos en 1797 por un amigo de Jovellanos que le auxiliaba en la formación de su Diccionario de la lengua asturiana. F. Canella los publicó en sus *Recuerdos de la lengua asturiana*. Más allá de su interés lingüístico, estos

dichos y consejos expresan en ocasiones convicciones jurídicas populares y aun tradiciones y mentalidades peculiares (pixuetas, vaqueiras) que merecen ser recopiladas con esta especialidad («el que manda lo que tiene antes que morra, merecen que le den con una porra», «si tías casa y horro/contigo me acomodo») al aproximarnos a la paremiología jurídica asturiana].

Pese al impacto uniformador del constitucionalismo y de la codificación, el Derecho consuetudinario, una vez depurado de las *malas costumbres*, ha encontrado un nuevo cauce de expresión en las compilaciones civiles especiales o forales de las regiones de mayor impronta histórico-política [Derecho Civil Foral del País Vasco (Ley del Parlamento vasco de 1 de julio de 1992), que deroga la anterior Compilación del Derecho Civil de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959; Compilación del Derecho Civil Foral de Cataluña, de 21 de julio de 1960, derogada de hecho por la amplia normativa posterior que apunta a la redacción de un código civil propio (Ley sobre fundaciones [3.III.1982]; Ley de censos [16.III.1990]; Ley de acción negatoria, inmisiones, servidumbres [9.VII.1990]; Ley de garantías posesorias sobre cosas muebles [29.XI.1991]; Código de Sucesiones [30.XII.1991]; Código de Familia [15.VII.1998]...); Compilación del Derecho Civil de Baleares, de 19 de abril de 1961, modificada por Ley de la Comunidad Autónoma de Baleares de 28 de junio de 1990, texto refundido aprobado por Decreto de 6 de septiembre de 1990; Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, de 8

de abril de 1967, modificada por las leyes de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985 y 25 de abril de 1988; Compilación Fuego Nuevo de Navarra, de 1 de marzo de 1973, modificada por Ley de la Comunidad Foral de 1 de abril de 1987; Derecho Civil de Galicia, aprobado por Ley del Parlamento gallego de 24 de mayo de 1995, deroga la anterior Compilación de 1963, modificada en 1987]. A su estilo, aquellas otras comunidades o regiones que un día tuvieron Derecho civil propio, como Valencia, abolido en 1707 como represalia a su actitud proaustracista en la Guerra de Sucesión por la herencia de los Austrias españoles, o que más sencillamente desarrollaron ciertas particularidades próximas al *ius forale* al calor de su apartamiento geográfico y de su peculiar constitución político-social y económica, caso de Galicia o Asturias y en general de las regiones cántabro-pirenaicas, unidas por la geografía y el clima en una común forma de vida como constatará hace ya dos mil años el geógrafo griego Strabón, han tenido instituciones públicas y privadas dignas de recuerdo y aun de conservación bien por su utilidad social, al garantizar ciertas formas de vida familiares o comunales, bien por representar algo íntimo de su personalidad histórica y actual. En el caso de Asturias, el impulso conservacionista y compilador que explícitamente se contiene en el artículo 16 de su Estatuto de Autonomía cuenta con una tradición historiográfica no ajena a un sano espíritu regionalista que entronca con facilidad con el hondo sentimiento astur de *patria*.

Los trabajos de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario, apenas representados todavía hoy por la serie de publicaciones que hemos dado en llamar *Fuentes e Instituciones Tradicionales del Principado de Asturias*, pueden aportar una auténtica renovación al fin propuesto de conocer primero para conservar y compilar después el orden consuetudinario peculiar de Asturias. Pese a la estricta limitación temporal que previene el *Dictamen de la Comisión Especial sobre Derecho Consuetudinario Asturiano*, de 9 de abril de 1999 (una legislatura), me permito recabar para este proyecto un planteamiento científico en la línea de investigaciones emprendidas por la propia Junta General y de otras iniciativas autonómicas similares de conocido prestigio [sirva de ejemplo la magna compilación de *Textos Jurídics Catalans*, con sus secciones *Lleis i Costums* (I. *Dret tradicional*; II. *Constitucions de Pau i Treva i de Corts*; III. *Actes regis*; IV. *Recopilacions*; V. *Costums*); *Sentències*; *Documents*; *Escriptors* (I. *Escriptors jurídics*; II. *Literatura polèmica*); *Concilis*, que desde hace veinte años viene publicando la Generalitat de Catalunya. De igual forma, el canto a la memoria histórica asturiana que impregna los Discursos conmemorativos del XX Aniversario del Estatuto de Autonomía puede tener su campo propio de realización en las publicaciones iniciadas al amparo de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario bajo el título genérico de *Fuentes e Instituciones Tradicionales del Principado de Asturias*, que, al margen de su valor científico, tienden a reforzar la conciencia de identidad patria].

Líneas de trabajo pendientes de realización:

Brevemente, a manera de recordatorio de lo aquí apuntado, se indican las tareas pendientes derivadas del mandato estatutario de conservación del *Derecho consuetudinario asturiano* y previas a cualquier labor compilatoria del mismo:

1. Constatación de la costumbre jurídica vigente a través de la jurisprudencia de juzgados y tribunales, documentación notarial y encuesta de campo.

2. Mapa histórico y actual de las costumbres jurídicas asturianas: su ámbito de vigencia local, comarcal o regional.

3. Fijación del exacto sentido de los nombres de las instituciones, con reconocimiento de variantes locales y comarcales. Fijación de perfiles institucionales y de principios jurídicos.

4. Depuración de la costumbre histórico-jurídica asturiana: su proceso de formación, fuentes de conocimiento y entronque con la vigente.

5. Continuación del proceso de edición de la colección Fuentes e Instituciones Tradicionales de Asturias. Edición crítica con notas explicativas del origen de los preceptos consuetudinarios de las Ordenanzas Generales del Principado de Asturias.

6. Análisis comparado de instituciones consuetudinarias, especialmente de aquellas regiones unidas por la geografía y el clima en una común forma de vida tradicional.

7. Persistencia y continuidad fundamental de ciertos principios consuetudinarios básicos tenidos por constitutivos del ser regional.

APÉNDICE DOCUMENTAL

Los trabajos y las series de la Comisión de Derecho Consuetudinario. Informe presentado por el Director científico de la Comisión con motivo de la presentación del Libro de los juramentos, pleito-homenajes y proclamaciones del Principado de Asturias. Junta General del Principado de Asturias. Aula Parlamentaria. Oviedo, 2002.

En una tierra que conserva por tradición el nombre, el himno y la bandera, símbolos de un sentimiento patrio que hunde sus raíces en la historia, se hacía necesario conocer mejor los usos y costumbres que encarnan las instituciones representativas del ser regional. Y esta tarea, por decisión de la Junta General del Principado de Asturias, la viene desarrollando desde hace un año la Comisión de Derecho Consuetudinario, con unos fines tan amplios como sus propias miras científicas. Considerándose parte de ese gran movimiento por la cultura regional que alumbraron nuestros ilustrados dieciochescos, continuado en los siglos siguientes por generaciones de prohombres unidos por el común apego a la tierra de origen o acogida, se trabaja con singular convicción en torno a ese mundo del Derecho consuetudinario, vago e impreciso como si lo hubieran desdibujado nuestras neblinas. Usos y costumbres, refugio permanente del espíritu popular en la expresión clásica del romanticismo que hiciera científico la Escuela histórica del Derecho alemana, cobran especial sentido en una tierra que evoca como pocas la tradición unida a la defensa gloriosa de las libertades patrias. A esas costumbres, que contienen un algo constitutivo de

Asturias, van dirigidos los trabajos de la Comisión en cumplimiento del mandato estatutario.

I. LOS TRABAJOS DE LA COMISIÓN
DE DERECHO CONSUECUDINARIO

Exceptuando algunos meritorios trabajos doctrinales de nuestra época que entroncan con las inquietudes populares del «grupo de Oviedo» y la «Quintana» decimonónicos, herederos a su vez del espíritu cultural ilustrado, la Comisión de Derecho Consuetudinario de la Junta General partía de una notoria carencia de datos histórico-jurídicos y vigentes que obligó a acometer una ambiciosa tarea heurística previa. Tomando como límites de nuestro trabajo los siglos XV-XX, iniciamos una labor sistemática de exploración de archivos y bibliotecas nacionales, regionales, locales y particulares que va poniendo a disposición de la Comisión un acervo heurístico de excepcional importancia. Ordenanzas, papeles en Derecho, memoriales, pleitos y sentencias, documentos... procedentes del Archivo Histórico Nacional, Archivo del Palacio Real, Archivo de Cortes, Archivo del Ministerio de Justicia, Academias de la Historia y de San Fernando, Biblioteca Nacional, Archivo General de Simancas, Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, General de Asturias, archivos municipales de Oviedo y de Gijón, archivos familiares de antiguas casas nobiliarias, bibliotecas públicas y privadas, hemerotecas... son registrados y, en su caso, microfilmados o fotocopiados y transcritos sus fondos de mayor interés, poniéndose a disposición de los trabajos de la Comi-

sión, que de este modo va creando una gran biblioteca y archivo histórico jurídico. Esta Comisión cuenta con una estructura compleja a la vez política, administrativa e investigadora, que, sin embargo, opera con gran armonía interna. Presidida por Francisco Javier García Valledor e integrada por la diputada Ana Barrientos Álvarez y los diputados Faustino Álvarez Álvarez y Sergio Marqués Fernández, a los que públicamente quiero agradecer la autonomía responsable y la confianza concedida a nuestra labor siempre puesta bajo su control y supervisión, se articula administrativamente por el Letrado Ignacio Arias, promotor de la creación formal de la Comisión que presidiera Xuan Xosé Sánchez Vicente a fines de la anterior legislatura, y por Ana Parrondo, Francisco Merino y Charo Castro, ejes de la interrelación con el equipo investigador, que me honro en dirigir colaborando, formado por los becarios Ana Llana, Cristina Cantero, Víctor Rodríguez, Henar Alonso e Inés Rodríguez, y la colaboración de Marta Frieria. Un equipo de trabajo que semanalmente, en reuniones de información, consulta y ánimo mutuo, ha ido cubriendo un vacío considerable de nuestra historia: la real e íntima de los pueblos que se esconde tras la denominación de Derecho Consuetudinario.

Sería muy largo y tal vez inoportuno describir el pormenor de nuestros trabajos, alegrías y decepciones en este primer año de dedicación, por lo que, a manera de síntesis, expondremos su *iter* siguiendo el orden de las series previstas de la Colección Fuentes e Instituciones Tradicionales del Principado de

Asturias, que condensa y orienta en principio nuestra labor investigadora. Pero al tiempo, dada la naturaleza expansiva de esta labor, la expondremos junto con las líneas de trabajo que marcan, a veces como contrapunto ideal, nuestro horizonte investigador. Estas son las series y líneas de investigación previstas:

I. Fueros y Ordenanzas

Partiendo de los viejos fueros confirmados en su caso durante los siglos modernos y revalorizados al fin como testimonios de un pasado de libertad y autonomía concejil, esta serie se centra en la ordenación de todos los impresos, manuscritos y documentos concernientes a la regulación autóctona, general, local y gremial, de Asturias. Para su mejor seguimiento se articula en:

Ordenanzas Generales de Asturias, con proyecto de edición crítica de las mismas;

Municipales, concejiles y parroquiales, que se iniciará con la próxima edición de los *Fueros y Ordenanzas de Oviedo* (1494-1936), y Gremiales (Corporaciones, Gremios y Cofradías), en curso de preparación.

II. Papeles en Derecho (Dictámenes, Alegaciones, Informes, Defensas, Porcones)

De esta serie, muy nutrida, preparamos en la actualidad la edición de los dictámenes en defensa jurídica del Principado, a la que seguirán los relativos a ciertas materias (montes, aguas, brañas y atempas, hórreos...) distribuidos por las áreas geográficas de Asturias.

III. Pleitos y Sentencias

Esta línea de trabajo se articula en tres secciones que recogen los datos correspondientes a la litigiosidad de Asturias en sus niveles principales:

1. Consejo de Castilla y Audiencia y Chancillería de Valladolid.

Actualmente, con fondos de diversos archivos, se trabaja en la reconstrucción del pleito de las *Cuatro sacadas*, que propiamente inicia la historia realenga de la Asturias moderna con la incorporación definitiva de las villas de Cangas, Tineo, Llanes y Ribadesella a la Corona. Asimismo, se avanza en el registro de las ejecutorias de sentencias de pleitos asturianos sustanciados en apelación ante el tribunal territorial de la Audiencia y Chancillería de Valladolid, en cuyo Archivo la becaria Henar Alonso ha localizado y descrito hasta el momento más dos mil ejecutorias en una base de datos Access.

2. Corregimiento y Audiencia de Asturias.

Pese a la dificultad inherente a la pérdida de los archivos históricos de ambas instituciones, se trabaja para cubrir por otros medios el vacío de información directa dejado con su destrucción. Fórmulas, Discursos, Estadísticas se utilizan igualmente para aproximarnos al conocimiento del antiguo estilo judicial.

3. Justicia vecinal y arbitral.

De alto interés a nuestro objeto, sufre los mismos problemas de pérdida o destrucción de otros archivos judiciales, por lo que su reconstrucción informativa es lenta.

IV. Documentos

La riqueza de esta línea de investigación ha llevado a fragmentarla en otras varias de entre las cuales destacamos como más importantes:

1. La de protocolos notariales, que se viene expurgando con singular aprovechamiento desde finales del siglo XVI en el archivo de Asturias y en el de la antigua casa de Ferreras por Cristina Cantero.

2. La de documentación asturiana del Registro General del Sello del Archivo de Simancas, igualmente revisado de manera reglada desde fines del siglo XVI por Inés Rodríguez.

3. La de memoriales y representaciones, bien generales del Principado, de comunidades o corporaciones y de particulares, que, al hacer efectivo el derecho de representación, conforman de por sí una fuente principal de información histórico-jurídica que ordena y clasifica, como todo nuestro archivo, Ana Llana.

V. Covadonga: Historiografía y Símbolos Tradicionales de Asturias

Esta línea de trabajo, subdividida en las dos que la titulan, pretende rescatar el sentimiento patriótico asturiano bien visible en la historiografía moderna y contemporánea y en los muchos símbolos que lo representan, entre los cuales destaca históricamente el que da nombre general a esta línea de investigación. De su misma idea nace la de formar un Panteón de Asturianos Ilustres, bien en el entorno de la catedral o en la propia Covadonga, que formule a título particular.

VI. Príncipes de Asturias

La identificación de Asturias con el Principado, título y dignidad de los herederos de la Corona de Castilla primero y de España después, nos ha llevado a crear esta serie cuya riqueza documental la encuadramos en dos subseries:

1. Juramentos. Con referencia a los libros y actos de juramentos de los Príncipes de Asturias conservados en los archivos del Principado de Asturias, General de Simancas, Ministerio de Justicia y Cortes, y que, en algún caso, dada la belleza de ciertos códices, irá acompañado de una edición facsimilar.

2. Historia. Iconografía. Literatura. Música. Un completo panorama histórico, cultural y artístico de la figura de los Príncipes de Asturias que tal vez pueda confluir en una primera exposición sobre *Asturias y sus Príncipes*, que destaque lo singular de esta relación histórica. Al tiempo y como signo de dicha relación avanzamos la idea personal de crear un *Jardín de los Príncipes de Asturias*, con la vera efigie de los que han ostentado esta dignidad, tal vez en los aledaños de la catedral como complemento histórico-artístico del Jardín de los Reyes Caudillos.

VII. Usos y costumbres de Asturias

Siendo el Derecho consuetudinario de Asturias el objetivo final de nuestros trabajos, se está en la idea de construir una base de datos propia a partir de la información deducida de las series y trabajos descritos, así como de otras fuentes etnohistóricas. Las excelentes relaciones con el Instituto de Derecho Histórico de Vasconia y con la Fundación Botín

de Cantabria, que canalizan parte de anteriores labores compilatorias (IRARGI; DOHISCAN), especialmente en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, nos permite aprovechar su experiencia en algunas líneas de registros informáticos (bibliográficos, diplomáticos, toponímicos...). En todo caso y a la luz de la antropología jurídica se viene trabajando en la doble dirección etnohistórica de los archivos de protocolos y los trabajos de campo con elaboración de un cuestionario que supera los antiguos interrogatorios dieciochescos v. gr. de los catastros del siglo de *las luces* o el preparatorio de la creación de la Audiencia de Extremadura de 1790, así como los usados un siglo después por maestros y escolares del grupo de Oviedo, siguiendo las indicaciones de Canella, Costa y Altamira. Un día a la semana Ignacio Arias, Cristina Cantero, Ana Parrondo y Francisco Merino han ido visitando una a una todas las parroquias rurales de Asturias, acercándose a su realidad como paso previo al despliegue de la encuesta elaborada por Cristina Cantero. A esta tarea de investigar las costumbres jurídicas vigentes se sumará, desde su misma experiencia judicial, el magistrado y reconocido especialista Rafael Fonseca, continuador de la línea doctrinal abierta en su día por Pérez de Castro, Tuero Bertrand y Fernando Inclán en el conocimiento del Derecho Consuetudinario. Con todo ello se pretende crear un registro de usos y costumbres de Asturias, generales y jurídicas, divididas a su vez por materias y áreas geográficas de implantación, base del doble mapa histórico y actual de nuestro Derecho consuetudinario.

SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ

III. RESULTADOS OBTENIDOS

1. LAS COSTUMBRES JURÍDICAS VIGENTES EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Figura jurídica: agua

I. Concepto

Las aguas de lluvia, de las fuentes, ríos, regueros, etc., son aprovechadas en comunidad por los propietarios o poseedores de diversas fincas y por los vecinos de un pueblo o Entidad Local Menor (*).

II. Uso y aprovechamiento

En Asturias, el agua se utiliza para el regadío de los prados (S.A.P.A., 1947: nº 17; 1949: nº 112), como fuerza motriz para diferentes instalaciones industriales (S.A.P.A., 1947: nº 17; 1949: nº 112) y para el abastecimiento de las necesidades de la casa (S.A.P.A., 1993: nº 385), utilidad esta última de carácter reciente.

III. Funcionamiento

1. La comunidad de aguas se aplica sobre las llamadas aguas corrientes, las estancadas y las sobrantes. Su administración se adecua a dos principios generales:

a) Calienda, atempa, vegada. Los porcioneros se reparten el agua por horas o días que se van turnando a lo largo de la semana. Este aprovechamiento reglado se efectúa en épocas de escasez de agua (S.A.P.A., 1947: nº 17).

b) A porfía. Cada porcionero utiliza el agua cuando le conviene, independientemente de que en ese momento otro porcionero se

encuentre aprovechándola. Este sistema se aplica cuando existe abundancia de agua (S.A.P.A., 1947: nº 17; 1949: nº 112).

2. Las fuentes que nacen en terrenos privados pierden su consideración de bien propio cuando llega la época de la cosecha. Así, los colindantes que se encuentren segando, recolectando o mayando tienen derecho a entrar en dicha propiedad y servirse del agua de la fuente, sin que su dueño se lo pueda impedir (S.A.P.A., 1945: nº 11).

3. La comunidad de aguas puede tener cierto carácter institucional, recayendo en un pueblo o Entidad Local Menor que gestiona sus aguas a través de una cooperativa o asociación vecinal:

a) Anualmente, se subasta el derecho a aprovechar las aguas de un cauce en particular entre los vecinos del pueblo, divididos en grupos, caso de Laneo (Salas) (*).

b) La traída de agua hasta las casas depende de la cooperativa o asociación vecinal, que regula su gestión a través de unas ordenanzas. En ellas se imponen tasas diferentes por el enganche y mantenimiento, de acuerdo al principio de vecindad (S.A.P.A., 1993: nº 385).

Figura jurídica: andecha

I. Terminología

1. Derivado de la palabra latina «indicere» (anunciar): andecha, andeicha, endecha, endeicha.

2. Dependiendo de las zonas, la andecha también recibe otros nombres, entre los que destacan:

a) Derivado de la palabra latina «feria» (día de fiesta) > día de trabajo: feria.

b) Derivado de la palabra latina «pes» (pie): peonada.

II. Concepto

La andecha es una prestación de trabajo personal de carácter voluntario y gratuito, enfocada a la realización de una tarea concreta, que es desempeñada en común, por los concurrentes a la andecha y por el beneficiario de la misma (*).

III. Uso y aprovechamiento

La mano de obra de la casería asturiana, formada por los miembros de la familia, no siempre resultaba suficiente para desempeñar las labores campesinas, pues algunas de ellas exigían un esfuerzo o una rapidez que extralimitaba las capacidades de la unidad doméstica (*). Ciertos trabajos como la cosecha de los cereales, la siega de la hierba, el almacenamiento del maíz, etc., necesitaban una ayuda extra, la cual se obtenía por el sistema de la andecha. Igualmente, la construcción o reparación de un edificio, etc., podía acogerse a esta figura, pues el elemento que la define es la urgencia del trabajo a realizar (*). Cuando alguno de los miembros de la comunidad no podía afrontar estos trabajos, debido a su edad u otras limitaciones, la andecha le permitía aprovechar los recursos de su casería, lo que significaba disponer de un sustento para él y su familia (*).

IV. Funcionamiento

1. La andecha es un trabajo personal, voluntario y gratuito que se

ajusta al esquema de la reciprocidad equilibrada: hoy por ti mañana por mí (*). Esto significa que la casa beneficiaria de una andecha tiene la obligación moral de acudir, en su momento y si está en condiciones para ello, a ayudar a las casas que anteriormente hicieron lo propio con ella (*). El incumplimiento de esta condición no conlleva una sanción estricta, pero significa romper una regla social no escrita, que implica la crítica y el castigo de la comunidad, lo que puede resultar aun más gravoso y cruel (*).

2. La mano de obra de la andecha es reclutada de acuerdo a lazos vecinales, familiares (S.A.P.A., 1950: n.º 119), filiales o de proximidad entre las fincas donde se realizarán los trabajos de andecha (*). Para ello, la casa beneficiaria da a conocer el trabajo que hay que desempeñar, estableciendo turnos de concurrencia, pues, generalmente, las tareas objeto de andecha no son específicas de una casa, sino que son comunes a todo el pueblo: siega, cosecha, etc. (*).

3. La andecha se aplica tanto en circunstancias normales, como son el hacer frente a los trabajos campesinos más acuciantes, como en circunstancias especiales, cuando una casa atraviesa dificultades que le impiden llevar a cabo las tareas cotidianas del campo, ya sea por viudedad (S.A.P.A., 1950: n.º 119), enfermedad, etc.

4. Los trabajos en andecha se realizan en común (S.A.P.A., 1950: n.º 119; 1975: n.º 81), entre todas las personas que han concurrido y el beneficiario de la misma, siempre y cuando esté en condiciones para ello.

5. La casa beneficiaria de la andecha suele ofrecer una comida a los concurrentes, que se ajusta a la dieta festiva, pues incluye platos especiales que no se consumen habitualmente. La casa objeto de ayuda expresa su agradecimiento con esta comida, que, en definitiva, es elemento que sirve para valorar si una andecha estuvo bien, si mereció la pena, si los beneficiarios son buenas personas, etc. (*).

6. Ninguno de los participantes en la andecha adquiere derecho alguno sobre los productos del trabajo en común (S.A.P.A., 1975: nº 81), ya sean los cereales cosechados, la hierba segada, un edificio que se haya levantado, etc. Generalmente, se entiende que sus servicios ya han sido recompensados con la comida. Cuando debido a la pobreza de la casa beneficiaria no se pudo ofrecer esta comida, los concurrentes a la andecha se ajustan al esquema de reciprocidad equilibrada, pues serán pagados con la devolución del favor en el futuro (*).

Figura jurídica: antoxana-arrodeo

I. Terminología

1. Derivados de los vocablos latinos «ante» (delante) y «ostium» > «uzo» (puerta): antoxana, antuxana, antoxanu, antoxenu, antoyaa, antoh.ana (S.A.P.A., 1979: nº 247; 1965: nº 12; 1967: nº 19).

2. Derivados del vocablo prerromano «corr-» (círculo): corrada, currada, corrá, corralada, corraliza, corral, curral (*).

3. Derivados del vocablo latino «quintanam» (quinta parte): quintana (S.A.P.A., 1948: nº 48).

4. Derivados del vocablo latino «rota» (rueda): arrodeo, rodeo, rodeada, rodiada (*).

II. Concepto

Terreno llano y abierto (S.A.P.A., 1982: nº 36; 1985: nº 548) que recorre perimetralmente la casa. Cuando se localiza frente a ésta recibe el nombre de antoxana, corrada, etc. (S.A.P.A., 1979: nº 247; 1998: nº 408). Cuando se extiende a los costados y trasera de la casa pasa a llamarse arrodeo, rodeo, etc. (S.A.P.A., 1979: nº 247, 1993: nº 250; 1997: nº 486; 1998: nº 408; 2001: nº 276). En ambos casos, la superficie de la antoxana-arrodeo se establece desde la caída del tejado de la casa, perpendicularmente al suelo, hacia fuera (*).

III. Uso y aprovechamiento

Se considera una extensión natural y funcional de la casa. En ella se llevan a cabo diferentes trabajos que no pueden realizarse en el interior de la casa y que resultan imprescindibles para el funcionamiento de la economía campesina: depósito de leña, abono, mullido, aperos de labranza, materiales de construcción, andamios, lugar donde guardar el carro, construir el hórreo o panera, levantar varas de hierba o narvaso, facinas de paja o palleiros, majar los cereales, realizar el Samartín, picar leña, etc. También la antoxana-arrodeo es un lugar de reunión donde los vecinos ponen en común y comparten sus experiencias (S.A.P.A., 1942: nº 68; 1947: nº 97; 1948: nº 48; 1948: nº 81; 1953: nº 86; 1977: nº 49; 1979: nº 247; 1982: nº 36; 1982: nº 379; 1996: nº 667).

IV. Sistema de propiedad

1. *Privada*: La casa, generalmente aislada (poblamiento diseminado), cuenta con su propia antoxana-arrodeo (S.A.P.A., 1998: n° 385; 2000: n° 284), que puede estar cercada (S.A.P.A., 1998: n° 224). A partir de esta situación, la casa y sus anexos (cuadra, hórreo, panera, pajar, etc.) pueden partirse y dividirse entre particulares, dando lugar a diversas soluciones que afectan a la antoxana-arrodeo:

a) El causante especifica de forma clara que tal división implica también la partición de la antoxana-arrodeo, originándose así diferentes antoxanas-arrodeos privadas (S.A.P.A., 1989: n° 31; 1992: n° 443; 1993: n° 129; 1994: n° 299; 1998: n° 58; 1999: n° 284; 2000: n° 186; 2000: n° 554; 1988: n° 389). Éstas se trazan en línea perpendicular a cada fachada resultante de la división de la casa y pueden cercarse (S.A.P.A., 1999: n° 671).

b) El causante especifica de forma clara tal división, pero el propio reparto de la casa original y sus anexos obliga a establecer servidumbres (sobre todo de paso y depósito) en favor de algunos beneficiarios para que puedan servirse de su propiedad, de modo que la antoxana-arrodeo no puede cerrarse privativamente (S.A.P.A., 1942: n° 35; 1948: n° 81; 1986: n° 44; 1988: n° 53; 1993: n° 501; 1994: n° 241; 1994: n° 318; 1996: n° 10; 1996: n° 283; 1996: n° 374; 2001: n° 285).

c) El causante no especifica tal división, por lo cual la antoxana-arrodeo pasa a ser un bien indiviso de común aprovechamiento que no puede cerrarse privativamente

(S.A.P.A., 1948: n° 81; 1978: n° 62; 1982: n° 36; 1986: n° 56; 1987: n° 102; 1992: n° 588; 1993: n° 129; 1995: n° 38; 1997: n° 259; 1997: n° 465; 1997: n° 576; 1997: n° 630; 1999: n° 605; 2000: n° 244; 2001: 551).

2. *Comunal, primitiva o germánica*: Varias casas (poblamiento concentrado) utilizan una misma antoxana-arrodeo, que es indivisible (S.A.P.A., 1997: n° 486; 2001: n° 51). Cada uno de sus condóminos tiene total libertad para servirse de la antoxana-arrodeo como le convenga, mientras con ello no se lesionen los derechos de los demás. Así, están facultados para abrir huecos, establecer servidumbres de luces, de alero, etc., siempre y cuando se atengan a ese principio y se cuente con la aprobación de los demás condueños (S.A.P.A., 1953: n° 86; 1977: n° 49; 1982: n° 36; 1992: n° 425; 1997: n° 576; 2001: n° 401).

V. Servidumbres y cargas

1. La antoxana-arrodeo, privada o comunal, puede estar cargada con diversas servidumbres de paso a pie, con animales o con vehículos, en favor de vecinos cuya casa no aprovecha dicha antoxana-arrodeo, pero que deben pasar a través de ella para acceder a sus fincas, propiedades (S.A.P.A., 1987: n° 88; 1988: n° 48; 1993, n° 328; 1993: n° 378; 1985: n° 548; 1986: n° 16) o a diversas infraestructuras, como son los molinos (*). También los particulares que tienen un hórreo, panera, cuadra, etc., suelta, sin relación con las casas que se abren a la antoxana-arrodeo, pueden disfrutar de una servidumbre sobre este espacio, como ya se ha señalado (S.A.P.A., 1978: n° 62; 1993: n° 505; 1994: n° 241; 1995: n°

38; 1996: n° 102; 1997: n° 465; 1999: n° 589; 2000: n° 89; 2000: n° 629; 2001: n° 203; 1998: n° 367). Dichas servidumbres desaparecen cuando se abre un camino público que cumple las mismas funciones (*). Igualmente, la antoxana-arrodeo puede estar cargada con servidumbre de luces, de alero, de aguas, etc., siempre y cuando ello no perjudique a los demás condóminos su uso y disfrute y haya contado con su aprobación (S.A.P.A., 1953: n° 86; 1977: n° 49; 1982: n° 36; 1997: n° 576; 2001: n° 401).

2. En la antoxana-arrodeo pueden levantarse hórreos o paneras particulares, de modo que, mientras el edificio permanezca en pie, el terreno situado bajo él funcionará como una propiedad privada, pero, tras la desaparición del granero, su suelo revertirá a la propiedad comunal o en mano común (S.A.P.A., 1992: n° 330; 1997: n° 576).

3. La «servidumbre de corrada». Ésta se establece por pacto entre particulares, que determinan la utilización de un terreno privado como si fuese una antoxana-arrodeo (S.A.P.A., 1947: n° 97).

Figura jurídica: aparcería

I. Terminología

Es una palabra que deriva de la expresión latina «ad pars» (a la parte): aparcería (*).

II. Concepto

Contrato oral, ahora asentado por escrito, donde el propietario o poseedor de un bien acuerda aprovecharlo conjuntamente con otra persona, repartiéndose entre ambos las

ganancias y las pérdidas que conlleve dicha explotación (*). Generalmente este reparto se realiza a la media parte, aunque también pueden establecerse otras participaciones (*).

III. Uso y aprovechamiento

Los contratos de aparcería deben interpretarse en el contexto de la ayuda retribuida y de la redistribución de recursos (*). Por una parte, es una fórmula que permite a los dueños o poseedores de unos bienes seguir explotándolos, cuando ya no pueden hacerlo directamente, sea cual sea el motivo (*). Por otra, con la aparcería, aquellos que no poseen bienes suficientes para sostener a su familia consiguen los alimentos necesarios (*). Evidentemente, ambos casos son compatibles y se benefician de la «liberalidad» de este contrato, que solo exige al aparcero cuidar y trabajar los bienes que constituyen la aparcería, entregando a su propietario una parte de los frutos (*). En lo que respecta a este último, su obligación consiste en asumir junto a la otra parte las pérdidas, cuando las haya, y beneficiarse de las ganancias (*). Las características de la aparcería se ajustan a los principios enunciados anteriormente: la propiedad o posesión de estos bienes no se traspasa en ningún momento, las relaciones contractuales se basan en la mutua confianza, ninguna de las partes debe asumir el pago de rentas y cargas, etc. (*). Simultáneamente, todas estas características tienden a paliar los escasos recursos económicos de muchos campesinos asturianos, ya fuese por la estrechez de sus caserías o porque no contaban con ninguna que pudiesen explotar (*).

IV. Funcionamiento

1. *Naturaleza*. La aparcería se define como un contrato oral *sui generis*, basado en la mutua confianza y lealtad (S.A.P.A., 1962: nº 71), que toma características propias del arrendamiento y de una sociedad a pérdidas y ganancias (*).

2. Partes contratantes

a) El aparcerero. Aporta su fuerza de trabajo para explotar y cuidar los bienes objeto de aparcería (S.A.P.A., 1947: nº 109; 1948: nº 110).

b) El socio capitalista. Es el propietario o poseedor de los bienes sobre los que se constituye la aparcería (S.A.P.A., 1947: nº 109; 1948: nº 110).

3. Bienes constitutivos

a) La aparcería puede formalizarse sobre una casería completa. En ocasiones el socio capitalista y el aparcerero comparten la vivienda (S.A.P.A., 1947: nº 109).

b) También se constituye sobre algunos de los bienes que conforman la casería: casa, edificios, tierras, prados, monte, ganados (S.A.P.A., 1953: nº 79; 1957: nº 81).

c) En muchas ocasiones, la aparcería incluye la cesión de ganado, para facilitar la explotación de los bienes así contratados (fuerza de tiro y abono). El reparto de los beneficios de los animales es diferente según los casos:

— Los animales se ajustan al contrato de aparcería y sus productos (abono, leche, etc.) se reparten entre los socios (S.A.P.A., 1947: nº 109; 1966: nº 116; 1967: nº 166; 1969: nº 22).

— El aprovechamiento de los animales se rige por el sistema de la comuña, generalmente del tipo «a principal cubierto», constituyendo un contrato diferente pero complementario (S.A.P.A., 1954: nº 11; 1966: nº 116).

— Pacto modificativo. En ocasiones, el socio capitalista puede exigir que se le entregue todo el abono que produzcan los animales dados en aparcería (S.A.P.A., 1948: nº 110).

4. Tipología

a) Aparcería agrícola. Cuando se trata de una casería, de tierras de cultivo o de prados. En Asturias, estos últimos tienen la consideración de explotación agrícola, porque, al igual que las tierras, se cuchan, siembran y su cosecha se recoge («dir a la yerba»). Esto no impide que, durante el otoño, parte de su producción (toñada u otoñada) se aproveche a diente o se siegue en verde (S.A.P.A., 1953: nº 79; 1954: nº 11; 1966: nº 116).

b) Aparcería forestal. Cuando se trata de una parcela dedicada a monte. En este caso, los beneficios a repartir son los ingresos obtenidos por la corta y venta de la madera (S.A.P.A., 1969: nº 87; 1978: nº 223).

c) Aparcería mixta. Incluye las características de las citadas anteriormente, ya sea porque integra bienes agrícolas y ganado o porque también incluye parcelas de monte (*).

5. Condiciones del contrato

a) El aparcerero: aparcería agrícola y pecuaria.

— Debe aportar la mitad de la simiente (S.A.P.A., 1948: nº 110).

— Se encarga de realizar los trabajos que requiere la explotación: siembra, abonado, recogida de cosecha, reparación de cierres, etc. (S.A.P.A., 1948: nº 110).

— Se compromete a cuidar y mantener en buen estado los bienes dados en aparcería: fincas y ganados (S.A.P.A., 1962: nº 71).

— No puede utilizar los bienes dados en aparcería para fines propios, como emplear los prados para alimentar sus ganados, etc. (S.A.P.A., 1962: nº 71).

— No puede ceder los bienes que aprovecha en aparcería a un tercero (S.A.P.A., 1962: nº 71).

— Al comienzo de la cosecha, debe avisar al socio capitalista para que estime y fije el reparto de los beneficios (S.A.P.A., 1956: nº 39; 1957: nº 81).

— Después de recoger la cosecha, debe entregar al socio capitalista su parte correspondiente de frutos (S.A.P.A., 1954: nº 92).

b) El aparcerero: aparcería forestal.

— Se obliga a cuidar y guardar las plantaciones de árboles (S.A.P.A., 1969: nº 87; 1978: nº 223).

— Tiene derecho a aprovechar el monte bajo o suelo de la finca: rozu, árgoma, etc. (S.A.P.A., 1969: nº 87; 1978: nº 223).

c) El socio capitalista: aparcería agrícola y pecuaria.

— Debe aportar la mitad de la simiente (S.A.P.A., 1948: nº 110).

— Cuando desee terminar con la aparcería, debe avisar a su socio con antelación suficiente: antes del 5 de

agosto para que el año siguiente se liquide el contrato (S.A.P.A., 1969: nº 22).

6. Reparto de beneficios

a) Una vez recogida la cosecha o vendida la madera, se procede a repartir los frutos o ingresos según las participaciones estipuladas al comienzo de la aparcería. Como ya se ha indicado, esta partición se realiza únicamente sobre las ganancias finales, pues las pérdidas son asumidas por ambos socios. Así, los beneficios se establecen tras descontar posibles pérdidas por daños en las cosechas o el arbolado (S.A.P.A., 1947: nº 109; 1948: nº 110; 1951: nº 40; 1953: nº 79; 1969: nº 87; 1978: nº 223).

b) Cuando la aparcería incluye ganados, la hierba y forrajes sobrantes que no han sido consumidos por los animales no se reparten, sino que se integran en el haber del socio capitalista (S.A.P.A., 1954: nº 11; 1967: nº 166).

7. Duración

a) La aparcería dura como mínimo un año agrícola: desde el 11 de noviembre de un año hasta el 11 de noviembre del año siguiente (aprox.), pues en esta fecha es cuando las tierras deben estar preparadas y sembradas para los cereales de invierno. Aunque este período toma parte de dos años diferentes, hay que tener en cuenta que no se trata de dos años reales, como viene aplicándose en otras Comunidades Autónomas, que utilizan un sistema de año y vez o barbecho en sus cultivos (S.A.P.A., 1947: nº 109; 1948: nº 110; 1951: nº 40; 1953: nº 79; 1954: nº 11; 1954: nº 92; 1969: nº 22). En Asturias, la introducción del maíz a finales del siglo

XVI hizo posible que las tierras se aprovecharan de forma intensiva, abandonando el barbecho (*).

b) En el caso de los prados, podría aplicarse una reglamentación diferente: desde el 31 de diciembre o 1 de enero hasta la misma fecha del año siguiente (S.A.P.A., 1953: n° 79).

8. Finalización

a) Terminada la aparcería, el aparcerero debe abandonar y dejar libres los bienes objeto del contrato (S.A.P.A., 1967: n° 166).

b) La aparcería puede finalizar por varios motivos, pero su liquidación debe esperar a que termine el año agrícola fijado para su duración (S.A.P.A., 1966: n° 116).

— La aparcería se disuelve de mutuo acuerdo entre los socios (S.A.P.A., 1967: n° 166).

— Cuando alguno de los socios ha incumplido las condiciones que rigen el contrato (S.A.P.A., 1947: n° 109).

— Cuando el socio capitalista decide terminar con la aparcería, debe avisar al aparcerero con antelación suficiente: antes del 5 de agosto para que el año siguiente se liquide el contrato (S.A.P.A., 1969: n° 22).

— El momento de finalizar o prorrogar la aparcería es después de la cosecha, cuando el reparto de frutos ya se ha realizado (S.A.P.A., 1957: n° 81).

9. Prorrogación

a) Acuerdo mutuo entre los socios. Esta prórroga tiene una duración de un año agrícola más (S.A.P.A., 1948: n° 110; 1966: n° 116).

b) Si después del 11 de noviembre la aparcería no se ha disuelto, deberá prorrogarse un año agrícola más obligatoriamente. Esta norma procura proteger al aparcerero, porque después de esa fecha ya se han preparado y sembrado las tierras, de modo que si el contrato finalizase entonces, el aparcerero perdería la inversión realizada en beneficio del socio capitalista. Esta reglamentación solo se aplica cuando el aparcerero no ha incumplido ninguna de las condiciones del contrato (S.A.P.A., 1954: n° 92).

Figura jurídica: arriendo

I. Terminología

Se trata de un derivado del término parasintético «renda» (renta), ¿que a su vez procede de la palabra latina «redere» (volver, regresar)? (*).

II. Concepto

El arrendamiento consiste en un contrato por el cual el propietario de unos bienes cede su posesión y aprovechamiento a otra persona, a cambio de lo cual esta última debe entregarle una renta anualmente (*).

III. Uso y aprovechamiento

El arrendamiento es un sistema por el cual se redistribuye la posesión y aprovechamiento de las tierras, lo que en una comunidad como Asturias, donde la propiedad estaba concentrada en unas pocas manos, permitía a la mayoría de los campesinos contar con un medio de subsistencia para sostener a la familia (*).

IV. Funcionamiento

1. Tipología

a) Arrendamiento de una casería (S.A.P.A., 1938: nº 53; 1942: nº 33; 1942: nº 74).

b) Arrendamiento de fincas rústicas (S.A.P.A., 1938: nº 38).

c) Arrendamiento de hierbas. El dueño de un prado vende su pación a un segundo que, para aprovecharla, mete sus ganados en la finca (S.A.P.A., 1967: nº 146). Cuando se vende la hierba y el comprador se encarga de segarla, estamos ante una compraventa, pero no ante un arriendo de hierbas (S.A.P.A., 1967: nº 146).

d) Arrendamiento forestal. El objeto de arriendo puede ser una parcela a monte o los casos anteriores combinados con esta posibilidad. En ambos, el arrendatario solo aprovecha el monte bajo y sus esquilmos, pues el arbolado pertenece y es gestionado por el arrendador, salvo pacto en contrario. Se entiende por arbolado los árboles que ya existían al momento de concertar el contrato y aquellos que nacen naturalmente. Ninguno de ellos puede ser cortado o talado por el arrendatario (S.A.P.A., 1942: nº 74).

2. Formalización de contrato

El arriendo puede concertarse por escrito o verbalmente entre las partes (S.A.P.A., 1942: nº 33).

3. Regulación

a) Obligaciones del arrendatario:

— Debe pagar la renta puntualmente, sin esperar prórroga ni rebaja alguna por causa de haber tenido una mala cosecha, motivada por el granizo, exceso de lluvias, etc. La

entrega de la renta se verifica en casa del arrendador, durante el otoño: Samartín, San Miguel de septiembre, Nuestra Señora de septiembre (*).

— Debe mantener y cuidar los bienes arrendados a «uso de buen labrador», lo que significa ponerlos en producción y hacerse cargo de las reparaciones derivadas del normal uso de los bienes que aprovecha (S.A.P.A., 1942: nº 23; 1942: nº 74).

— No podrá pedir compensación alguna ni rebaja de la renta por las mejoras citadas anteriormente (*).

— Podrá subarrendar todos o parte de los bienes llevados en arriendo previo permiso de su propietario (S.A.P.A., 1942: nº 23).

b) Obligaciones del arrendador:

— Una vez estipulado el arriendo, no podrá anularlo para contratarlo con otra persona, aunque ésta le ofrezca una renta mayor (*).

— Debe hacerse cargo de las reparaciones mayores que necesiten los bienes dados en arriendo (*).

4. Duración

a) El arriendo se anula cuando las partes no respetan las cláusulas ya citadas (*).

b) Los arriendos de fincas rústicas finalizan en torno al 10 de noviembre (S.A.P.A., 1938: nº 38).

c) El arrendatario debe dejar los bienes libres a partir del día siguiente a aquel en que finaliza el contrato y no antes (S.A.P.A., 1938: nº 38).

d) Tácita reconducción:

— De no mediar escritura ni orden para dejar los bienes, el

arriendo se entiende prorrogado indefinidamente, sea cual sea su duración (S.A.P.A., 1938: n° 53).

— Esta prórroga no necesita fijarse en ningún documento ni escritura (S.A.P.A., 1938: n° 53).

— La renta se mantiene estable, aunque puede variarse su composición: convertirse en dinero, cambiar su especie, etc. (S.A.P.A., 1938: n° 53).

— Estos arriendos indefinidos se transmiten a lo largo de las generaciones, a través del hijo casado para en casa (S.A.P.A., 1938: n° 53).

Figura jurídica: bistechu-pingu

I. Terminología

1. Derivados de los vocablos latinos «bis» (dos veces) y «tectum» (techo) > alero: bistechu, bistichu, bitichu, biztecho, bisteitu, etc. (*).

2. Derivados del vocablo latino «pendere» (colgar, gotear): pingu, pingos, pingueros, pendilada, etc. (*).

II. Concepto

El bistechu-pingu consiste en repetir la superficie del alero sobre el suelo, desde el cuerpo del edificio hasta el extremo final del tejado, de modo que el terreno así delimitado pasa a ser propiedad del dueño del edificio (S.A.P.A., 1944: n° 23; 1947: n° 59; 1993: n° 590).

III. Uso y aprovechamiento

De no existir el bistechu-pingu, las frecuentes lluvias que caracterizan el clima asturiano ocasionarían serios problemas, pues la servidumbre de alero sobre una propiedad ajena implica, en el caso asturiano,

una carga demasiado lesiva, debido a los daños que ocasiona el goteo constante de agua sobre las tierras, caminos, edificios, etc. (*). El bistechu-pingu evita los conflictos causados por esta servidumbre, relativos a la compensación de daños y perjuicios, pues el espacio que resulta más perjudicado por el constante goteo de agua pasa a ser propiedad privada del dueño del alero, es decir, el causante del daño, y, simultáneamente, el límite externo de dicha propiedad viene marcado por el propio goteo del agua (*). Junto a estas consideraciones, relativas a la defensa de la propiedad, hay que tener en cuenta que muchas de las labores campesinas son realizadas junto a la casa, bajo el alero, para protegerse de la lluvia: depósito de leña y de aperos, reparación y elaboración de herramientas, etc. (*). De esta forma, el bistechu-pingu concilia ambas utilidades, evitando cualquier tipo de problemas y fricciones entre vecinos próximos (*).

IV. Funcionamiento

1. Delimitación

El bistechu-pingu se establece desde la pared del edificio hasta la caída perpendicular del alero sobre el suelo (S.A.P.A., 1944: n° 23; 1947: n° 59; 1993: n° 590).

2. Sistema de propiedad

El espacio así delimitado se convierte en propiedad privada del dueño del edificio (S.A.P.A., 1944: n° 23; 1947: n° 59; 1993: n° 590).

3. Regulación

a) No todos los espacios sobre los que vuela un alero son susceptibles de integrarse en el bistechu-pingu:

— El bistechu-pingu no se aplica cuando el alero vuela sobre el tejado de un edificio ajeno, porque se atendería contra el derecho de propiedad de su dueño. En este caso, las aguas que vierte el alero deben ser recogidas en un canalón, canaleta, etc. (S.A.P.A., 1993: nº 590).

— El bistechu-pingu no puede ejercerse sobre terrenos ajenos cuya propiedad es claramente privada, como una huerta, un prado, una tierra de labor, etc. (S.A.P.A., 2000: nº 671).

b) El alero de un edificio no se puede ampliar indiscriminadamente (S.A.P.A., 1993: nº 590; 1966: nº 2). El ancho del alero debe ajustarse a unas medidas mínimas y máximas, que se supone vienen marcadas por las proporciones internas de la arquitectura popular (*).

Figura jurídica: casería

I. Terminología

Derivado de la palabra latina «casa» (cabaña, choza > granja modesta) (*): casería, caserío (S.A.P.A., 1978: nº 76).

II. Concepto

La casería es una explotación agropecuaria (S.A.P.A., 1978: nº 124; 1978: nº 204; 1979: nº 90; 1985: nº 227; 1985: nº 360; 1986: nº 681; 1987: nº 6; 1988: nº 1063) de carácter familiar (S.A.P.A., 1978: nº 76; 1977: nº 98; 1977: nº 156) que funciona como una unidad de producción y consumo (S.A.P.A., 1978: nº 76; 1981: nº 221; 1995: nº 615; 1977: nº 98; 1977: nº 156; 1985: nº 360; 1986: nº 681). La casería está compuesta por elementos disociados de

diferente naturaleza (S.A.P.A., 1978: nº 76; 1976: nº 46; 1978: nº 204; 1979: nº 90): vivienda, construcciones complementarias (granero, cuadra, pajar, bodega, cabaña, corripu, cortín, etc.), tierras y prados, ganados, castañedos, montes y derechos para aprovechar los bienes comunales (*). Todos ellos presentan una localización dispersa y su sistema de propiedad no siempre es el mismo, lo que no supone ningún menoscabo para la consideración de la casería asturiana como un todo indisociable (S.A.P.A.; 1985: nº 360; 1986: nº 681).

III. Uso y aprovechamiento

La casería es el instrumento utilizado por el campesino asturiano para explotar los recursos de su entorno, a partir de la cual también establece sus relaciones familiares y sociales (*). La casería funciona como una unidad de producción y consumo para la familia campesina, porque en ella se producen los bienes necesarios para su sostenimiento, a la vez que permite disponer de pequeños excedentes que, tras venderse en el mercado, se utilizan para comprar aquellas cosas que la casería no puede producir (*). La supervivencia de la familia depende de la casería, por lo que los sistemas de herencia vigentes procuran en todo momento mantener este medio de subsistencia campesino inalterable, surgiendo así la figura del troncalista (*).

IV. Perfil externo

1. Naturaleza

a) La casería es una unidad (S.A.P.A., 1978: nº 76; 1981: nº 221;

1995: nº 615; 1977: nº 98; 1977: nº 156; 1985: nº 360; 1986: nº 681). En consecuencia, la casería posee un nombre que la identifica (S.A.P.A., 1978: nº 204) y que alude a distintos aspectos: orográficos, constructivos, características de sus propietarios, infraestructuras, etc. (*). Este nombre suele mantenerse a lo largo de las generaciones (*).

b) La casería es un lugar acasariado (S.A.P.A., 1978: nº 76), aunque tan solo una parte de ella merezca esta consideración (casa, granero, cuadra, pajar, bodega). Sin embargo, el resto de los bienes que la integran se relaciona con este núcleo en términos de interdependencia, pues en él se manipulan y consumen sus frutos, se toman decisiones sobre la dedicación de las fincas, etc. (*).

c) La casería comparte características con los patrimonios indivisibles (S.A.P.A., 1978: nº 76).

— La familia, propietaria o poseedora de la casería, estipula los legados hereditarios de forma que la explotación permanezca íntegra e inalterable a lo largo del tiempo: la mejora y la dote (*).

— Por norma general, el sistema de posesión de la casería (foro o arriendo) tiene un carácter perpetuo (S.A.P.A., 1978: nº 76).

2. La casería es una unidad de explotación y en ella se realizan diferentes actividades económicas (S.A.P.A., 1978: nº 76; 1981: nº 221; 1995: nº 615; 1977: nº 98; 1985: nº 360; 1986: nº 681).

3. La casería es una explotación agropecuaria donde se cultivan cereales, legumbres, hortalizas, forrajes, etc., y donde se aprovechan

y atienden los ganados (S.A.P.A., 1978: nº 124; 1978: nº 204; 1979: nº 90; 1985: nº 227; 1985: nº 360; 1986: nº 681; 1987: nº 6; 1988: nº 1063).

4. La superficie de la casería asturiana es muy variable, lo que impide establecer unas medidas de superficie como referencia que sirva para calificar si una explotación puede o no considerarse estrictamente como una casería (S.A.P.A., 1977: nº 156; 1978: nº 124; 1978: nº 204; 1979: nº 90).

5. Aunque cuente con construcciones urbanas (casa, cuadra, granero, pajar, bodega), jurídicamente, la casería es un bien rural que debe regirse por las disposiciones relativas a ese tipo de bienes (S.A.P.A., 1976: nº 34; 1976: nº 46; 1978: nº 124).

a) Ninguna de sus fincas puede calificarse como solar, pues no tienen la consideración de urbanas (S.A.P.A., 1976: nº 46).

b) En consecuencia, está exenta de los arbitrios o impuestos municipales por incremento de valor de terrenos o plusvalía (S.A.P.A., 1976: nº 49; 1977: nº 98; 1977: nº 156; 1978: nº 204; 1985: nº 227; 1985: nº 360; 1986: nº 681; 1987: nº 6; 1988: nº 1063).

c) Igualmente, los impuestos por transmisiones deben ajustarse a este principio (S.A.P.A., 1979: nº 90).

d) No puede aplicarse ninguna disposición de los arrendamientos urbanos, aunque los edificios de la casería sean el objeto de arriendo (S.A.P.A., 1995: nº 615).

e) Las consideraciones anteriores deben cumplirse aunque parte de los elementos de la casería esté asentada en el registro de propiedad como bienes urbanos (S.A.P.A., 1995: nº 615).

V. Perfil interno

1. La casería está constituida por bienes de diferente naturaleza y localización dispersa (S.A.P.A., 1978: n.º 76; 1976: n.º 46; 1978: n.º 204; 1979: n.º 90; 1985: n.º 227).

a) Edificios y construcciones. La vivienda campesina (la casa, que puede incluir alguno de los apartados subsiguientes), edificios para los animales (cuadra, corripu), para almacenar las cosechas (horro, panera, payar), para guardar aperos de labranza (corripu, pendús), para elaborar sidra o vino (llagar y bodega), construcciones complementarias para producir miel (cortín), para tratar las castañas (corria, corripu, xoxa), para aprovechar los pastos de altura (corros, cabanas, bellares), para la elaboración de utensilios de hierro (fraguas), etc. (S.A.P.A., 1978: n.º 76; 1976: n.º 46; 1978: n.º 204; 1979: n.º 90) (*).

b) Animales. Las vacas, cerdos, ovejas, cabras, gallinas, conejos de la explotación se conceptúan como parte de ella (S.A.P.A., 1978: n.º 204; 1979: n.º 90; 1986: n.º 681). Por su propia condición, los ganados no se ajustan a un esquema tan rígido como los demás bienes inmuebles (*).

c) Fincas. Tierras, prados, sotos de castaños, parcelas de monte (S.A.P.A., 1978: n.º 76; 1976: n.º 46; 1978: n.º 204; 1979: n.º 90; 1985: n.º 227) (*).

d) Derechos para aprovechar bienes comunales como montes, pastos de altura, molinos veceros, agua, etc. (*).

2. Ninguno de los espacios anteriormente citados es estable, sino que su aprovechamiento varía de un

año agrícola a otro. Una tierra puede dejarse a prado, un prado puede dejarse a monte, un monte puede abrirse para su cultivo, etc., con el objeto de sacar un mayor rendimiento (*).

3. El sistema de propiedad de la casería es mixto, pues cada uno de los bienes mencionados puede tener su propio régimen de propiedad o posesión, con independencia del que rija en los demás: foro, arriendo, subarriendo, aparcería, empeño, etc. (S.A.P.A., 1985: n.º 360; 1986: n.º 681). De igual forma, la casería en su conjunto puede ajustarse a un único sistema de propiedad o posesión (*).

4. Ninguno de los espacios que integran la casería puede considerarse como algo independiente, a no ser que sus dueños así lo dispongan. Por tanto, en caso de que se venda la casería, no se puede alegar derecho de retracto sobre ninguno de sus componentes, porque jurídicamente forman un todo (S.A.P.A., 1981: n.º 221).

5. La casería es una explotación de carácter familiar, pues sus miembros son a la vez la mano de obra de la empresa y sus principales beneficiarios (S.A.P.A., 1978: n.º 76; 1977: n.º 98; 1977: n.º 156; 1985: n.º 360; 1986: n.º 681; 1987: n.º 6; 1988: n.º 1063). Esta característica no implica que la casería sea la única vía de ingresos de la familia, sino que puede compatibilizarse con otras ocupaciones:

a) Ocupaciones u oficios tradicionales: madreñero, goxero, ferreiro, cantero, tratante de ganado, molinero, carpintero, etc. (*).

b) Ocupaciones u oficios temporales: jornalero, caminero, leñador, etc. (*).

c) Empleos asalariados o ramas profesionales: obrero industrial, peluquero, tendero, etc. (S.A.P.A., 1995: n° 615; 1985: n° 360).

Figura jurídica: compañía pesquera

I. Concepto

Estrictamente, se llama compañía pesquera a la tripulación del barco: el patrón o capitán, que generalmente era el armador o dueño del barco enrolado, los marineros, el motorista o maquinista, el carbonero, etc. (*). Hoy en día este término también se utiliza para designar el reparto de las ganancias obtenidas con la pesca entre la tripulación y el patrón del barco («facer la compañía»), consistentes en una porción o quiñón sobre el pescado capturado, ya sea en especie o en dinero, tras venderse en la rula (*).

II. Uso y aprovechamiento

La economía de los pescadores está sujeta a una gran variación, pues no siempre se tiene la seguridad de llegar a puerto con la bodega llena de pescado (*). El mar, el mal tiempo y la suerte son algunos de los factores que determinan una buena faena, lo que da una idea de la precariedad de la economía de los pescadores (*). Por ello, resulta contraproducente que los dueños del barco entreguen un sueldo fijo a sus tripulantes, pues en muchas ocasiones el barco regresa a puerto sin haber capturado nada, de modo que las pérdidas serían insostenibles y nadie querría invertir en la pesca

(*). El sistema del quiñón se muestra más ajustado a la especificidad de la economía pesquera, pues las pérdidas y las ganancias se reparten entre los tripulantes del barco y el armador (*).

III. El reparto del quiñón

1. Distribución

El reparto de los beneficios de la pesca entre los miembros de la compañía no es igualitario, sino que se hace según las responsabilidades de cada uno (S.A.P.A., 1946: n° 104):

a) El armador. Lleva una porción mayor, porque como es el dueño de la embarcación debe mantenerla en buen estado, reparar las artes de pesca y pagar la gasolina (S.A.P.A., 1946: n° 104), además de obtener un beneficio extra por ser el empresario (*). Cuando se enrola como patrón se le añade otra porción más por este trabajo (*).

b) El patrón. Como capitán y máximo responsable de la embarcación se lleva más quiñones que los pescadores (S.A.P.A., 1946: n° 104).

c) El motorista, carbonero, maquinista. Llevan una participación menor que el patrón pero mayor que los pescadores (S.A.P.A., 1946: n° 104).

d) Los pescadores. Todos llevan la misma porción en la pesca (S.A.P.A., 1946: n° 104).

e) El «rapaz de tierra» (joven encargado de la limpieza del barco, de llamar a los marineros, etc.), el «estibador» (joven encargado de limpiar el barco cuando todo el pescado se ha bajado a tierra), etc., llevan el menor número de quiñones y en ocasiones solo se quedan con el pescado

que quedó desperdigado por el barco tras bajar las capturas a tierra (*).

2. Variación

Los quiñones que llevan los miembros de la compañía pesquera varían según la especie capturada (S.A.P.A., 1946: nº 104), el arqueo de los barcos y el número de tripulantes, por tanto no es una porción fija (*). Cada una de estas variaciones están fijadas en las cofradías de pescadores (*), pues cada puerto marino tiene su propio sistema (S.A.P.A., 1946: nº 104; 1948: nº 4).

3. Valoración del quiñón

Una vez que el pescado se ha vendido en la rula, del dinero obtenido, llamado «reunión» (S.A.P.A., 1946: nº 104), se descuentan diferentes conceptos, y sobre la cantidad resultante se hace la partición en quiñones. Cuando el pescado no se rulaba, los quiñones se entregaban en especie (*). Los conceptos a restar de los ingresos obtenidos por el pescado son:

a) La rula. Se queda con un porcentaje (S.A.P.A., 1946: nº 104; 1948: nº 4) al que a veces se suma la parte que se lleva la cofradía de pescadores en concepto de cuotas, seguros, mutualidades, etc. (S.A.P.A., 1946: nº 104).

b) El monte mayor. Una parte es el porcentaje que se lleva la cofradía de pescadores por hacerse cargo de los seguros, mutualidad, etc., de los marineros (*). Como se ha visto, esta cantidad, llamada «montepío», puede sumarse al porcentaje de la rula (S.A.P.A., 1946: nº 104). El monte mayor también incluye los gastos habidos durante la pesca: congeladores, aparejos de pesca, comida y

bebida de los tripulantes, etc. (S.A.P.A., 1946: nº 104). Según las zonas y variaciones señaladas, también se llama monte mayor a los ingresos que quedan tras restar el porcentaje que corresponde a la rula, y sobre el cual se establecerán los quiñones (S.A.P.A., 1946: nº 104).

c) La bebida de los marineros. Se resta del ingreso total (S.A.P.A., 1946: nº 104), aunque, dependiendo de las variaciones comentadas, en ocasiones este concepto corre a cargo del armador, que entrega a los marineros una cantidad de dinero para que compren vino (S.A.P.A., 1948: nº 4).

d) El cebo. Se resta del ingreso total (S.A.P.A., 1946: nº 104), aunque según las variaciones señaladas, también puede cargarse en la participación del dueño de la lancha (*).

Figura jurídica: compraventa de animales

I. Funcionamiento

1. Localización

a) Los animales se venden en los mercados y ferias (*).

b) Los tratantes de ganado visitan las caserías y en ellas se realiza la compraventa (*).

2. Protagonistas

a) El vendedor. Puede ser el dueño del animal (campesino o profesional: tratante de ganado), una persona que actúe en su nombre o un aparcero, cuando el animal está acoñunado y se cuenta con el permiso del socio capitalista (*).

b) El comprador. Concurren las personas ya citadas (*).

c) Los testigos. Personas que presencian y refrendan la compraventa del animal (S.A.P.A., 1947: n° 15) y que, en su momento, también participan en el desarrollo del negocio (*).

d) El veterinario. Figura de introducción reciente que certifica que el animal goza de salud (S.A.P.A., 1946: n° 71), para evitar posibles problemas de anulación del negocio por vicios ocultos de la cosa (*).

3. Ajuste de precio

a) Respectivamente, el vendedor y el comprador ofrecen un precio de salida (*).

b) Fase de regateo: las ofertas de ambos van aproximándose (*).

c) Se llega a un punto donde ninguno de los dos está dispuesto a variar su oferta (*).

— De mutuo acuerdo, la diferencia entre los precios propuestos se divide a la mitad y se suma al valor más bajo (*).

— Los testigos actúan de mediadores y procuran igualar a las partes, ofreciendo ellos mismos un precio final que contente al vendedor y al comprador (*).

4. Cierre del trato

a) Primera fase: la palmada. Una vez acordado el precio del animal, el comprador y el vendedor se estrechan la mano y la mueven tres veces consecutivas, lo que significa que la primera fase del trato se ha cerrado (*).

— Ganado caballar. La palmada implica el cierre del negocio, pues durante el regateo y antes de fijar el precio definitivo el comprador se ha cerciorado de la salud del animal (*).

— Ganado vacuno. La palmada no implica que el negocio se haya cerrado, porque aún resta comprobar la salud del animal (*).

b) Segunda fase: comprobación de vicios ocultos. El comprador examina el animal: revisa la dentadura, se cerciora de su salud, fuerza, etc. En algunas zonas esta operación se llama «tira ramal», pues el comprador tira del ronzal que sale de la cabezada del animal, observando así su reacción, la fortaleza de sus patas, etc. (S.A.P.A., 1944: n° 21). Más recientemente, es el veterinario quien se encarga de realizar estas comprobaciones (S.A.P.A., 1946: n° 71). Si tras esta operación se detecta algún defecto en el animal, su precio vuelve a negociarse (*).

— El realizar estas comprobaciones implica que el comprador renuncia a declarar el negocio nulo por vicio oculto de la cosa (S.A.P.A., 1944: n° 21).

— Cuando no se hacen estas comprobaciones, el comprador conserva su derecho de anular la compraventa por vicios ocultos de la cosa, de modo que dispone de un plazo de tiempo para poder ejercerlo. Éste varía según las zonas: en Bual, Cuaña y Navia es de nueve días desde la celebración del negocio (S.A.P.A., 1946: n° 71), en otras partes es de dos ferias consecutivas, etc. (*).

c) Tercera fase: marcaje y registro. El comprador estampa su marco o señal en la res y la registra como suya, acciones que implican el traspaso de la propiedad del animal (S.A.P.A., 1947: n° 128). Estas operaciones se hacen tanto si el comprador ha entregado al vendedor el montante total del precio como si solo le ha dado

una parte (S.A.P.A., 1947: n° 128). En ambos casos el comprador asume la propiedad sobre el animal (S.A.P.A., 1947: n° 128).

d) Cuarta fase: la robla. El negocio se cierra definitivamente y el comprador invita al vendedor a una ronda de vino o sidra (*). La palabra «robla» deriva del término «robora-re» (rubricar), en clara referencia a las firmas que las partes contratantes y los testigos hacen para cerrar cualquier negocio jurídico que se realiza por escrito (*).

Figura jurídica: comuña

I. Concepto

De forma general, el término asturiano «comuña» significa comunidad y puede aplicarse a diferentes realidades de carácter comunal: un trabajo o tarea que se realiza entre varias personas, cuando algunas de ellas se ponen de acuerdo o están conformes con algo, etc. (*). Más específicamente, la comuña se refiere a un sistema de propiedad compartida que afecta a bienes inmuebles y muebles (cada uno de los copropietarios recibe el nombre de comuñero), y que también se aplica a los animales (*).

II. Uso y aprovechamiento

Paradójicamente, el ganado bovino, caballar y ovino, que resultaba de tanta importancia para la economía campesina, casi siempre se aprovechaba en régimen de aparcería y su propiedad privada era una excepción (*). Los múltiples usos de estos animales hacían de ellos algo esencial para la casería asturiana, caracterizada por su autarquía (*). Se empleaban como fuerza de tiro,

para la producción de abono, lana y leche, con sus cueros y cuernos se fabricaban diferentes instrumentos agrícolas, etc. (*). Además, su carne constituía el llamado «fondo ritual», pues solo se comía en ocasiones muy especiales como bautizos, bodas, entierros, etc. (*).

III. Tipología

1. Comuñas compartidas

Ambos socios tienen la propiedad de una parte del animal, por lo que a esta comuña se le solía llamar «medio a medio» (*). Uno de los socios se encarga de cuidar y alimentar el ganado, aprovechándose a cambio de su leche, abono, fuerza, etc. (*). El otro simplemente participa en la mitad de las ganancias (valor añadido del animal) y de las crías (*).

a) «Comuña medio a medio» (*):

— Las pérdidas y ganancias se dividen a partes iguales entre los dos condóminos (*).

— Como ambos socios son dueños del animal, cada uno puede vender su porción a un tercero, aunque primero debe acudir al otro propietario por si quisiera comprar por el tanto su parte del animal (*).

2. Comuñas ermunes o propias

El término asturiano «ermún» significa propio, lo que alude al sistema de propiedad seguido en este tipo de comuñas (*). El animal pertenece al socio capitalista, quien tras pasa su posesión a un comuñero, encargado de su alimentación y cuidado, a cambio de lo cual se aprovecha de la fuerza, leche y abono del animal (*).

a) «Comuña a la ganancia» (S.A.P.A., 1944: nº 78; 1947: nº 105; 1961: nº 77), «comuña a la parte de ganancia» (*), «comuña a principal cubierto» (S.A.P.A., 1961: nº 77; 1964: nº 31), «comuña ermún» (*) o «comuña ad meliorandum» (S.A.P.A., 1964: nº 31).

— El animal se tasa antes de formalizar la comuña. A este precio se le llama «principal» (S.A.P.A., 1941: nº 49; 1961: nº 77; 1964: nº 31).

— Cuando se decide terminar la comuña, el socio capitalista recupera en primer lugar el precio de la tasación inicial. Después se dividen a partes iguales el sobreprecio del animal, las crías y en el caso de las ovejas, la lana. Cuando existen pérdidas por disminución del valor o muerte del animal, éstas son asumidas por el aparcero, de modo que el socio capitalista recupera su inversión con las crías y las ganancias. Si después de ello aún quedan beneficios, estos se reparten equitativamente entre ambos socios (S.A.P.A., 1941: nº 49; 1947: nº 105; 1961: nº 77; 1961: nº 127; 1964: nº 31).

— Pacto modificativo. En caso de pérdida grave del animal, el socio capitalista puede aumentar el principal como compensación (S.A.P.A., 1961: nº 77). En Peñamellera, la costumbre establecía que una vez el socio capitalista hubiese recobrado su inversión y participado de las ganancias y las crías, el comuñero podía hacerse con la propiedad del animal entregando al primero la mitad del valor en que se había tasado la res inicialmente. Cuando el socio capitalista no recuperaba la inversión al completo, la cantidad adeudada se dividía a la mitad entre ambos socios (S.A.P.A., 1944: nº 78).

— Para vender o permutar el animal, el comuñero debe contar con el permiso del socio capitalista, aunque lo normal es que sea el aparcero quien vaya al mercado (S.A.P.A., 1947: nº 110).

— La comuña de bueyes y caballos solía ser de este tipo, porque, como no había crías que repartir, los socios sólo participaban en el aumento del valor inicial del animal (*).

b) «Comuña a la ganancia de crías» (S.A.P.A., 1961: nº 77; 1964: nº 31) o «comuña a la media cría» (*):

— No es necesario tasar el animal antes de formalizar la comuña (S.A.P.A., 1961: nº 77).

— El comuñero no participa en el aumento del valor del animal, sino tan solo en la mitad de las crías, de ahí que no sea necesario realizar la tasación. El dueño del ganado corre con todas las pérdidas que pudiesen ocasionarse, pero a cambio es el único en participar del sobreprecio del animal cuando se venda (S.A.P.A., 1949: nº 105; 1961: nº 77; 1964: nº 31).

— Pactos modificativos. Si el animal muere, el socio capitalista toma una cría en compensación (S.A.P.A., 1961: nº 77).

— El comuñero no puede vender el animal sin permiso de su dueño, pues ni es suyo ni tiene ninguna participación en él. Sin embargo, sí puede vender las crías cuando le parezca, pues se supone que él es quien sabe cuál es el mejor momento para venderlas, y además, como tiene parte en ellas, buscará siempre el máximo beneficio (S.A.P.A., 1964: nº 31).

— La ganancia en las crías no siempre era de medio a medio, pues

en el Antiguo Régimen era común que el aparcerero disfrutase solo de 1/4 o 1/3 de las crías (*).

IV. Duración de la comuña

1. El socio capitalista no podrá liquidar la comuña hasta pasado San Miguel de septiembre, pues es en otoño cuando se celebran las principales ferias ganaderas (S.A.P.A., 1964: nº 31), aprovechando que el ganado baja de los pastos de altura y se encuentra en su mejor momento, tras alimentarse con las frescas hierbas de las brañas, mayaos, etc. (*). En definitiva, en estas fechas el valor del ganado aumenta y se puede vender a mayores precios (*).

2. Tácita reconducción. La comuña se entenderá prorrogada tácitamente a no ser que alguno de los socios determine lo contrario (S.A.P.A., 1965: nº 65).

3. En caso de que el aparcerero venda un animal acomuñado, con este dinero compre otro y no se haga la liquidación de la comuña, ésta se entenderá prorrogada sobre la res recién adquirida, de forma que el socio capitalista carga su inversión inicial en el nuevo animal (S.A.P.A., 1961: nº 127).

4. Quizá, algunas de las crías que los socios se repartían como parte de los beneficios de la comuña serían disfrutadas en régimen de comuña y utilizadas como renovación del contrato primitivo (*). También es posible que si el socio capitalista no recuperaba la inversión inicial, la cargaría sobre una parte de las crías, que serían dadas en comuña al aparcerero tras algunos reajustes, como, por ejemplo, aumentar la participación del dueño en las crías (*).

5. El registro. Consiste en la renovación anual de la comuña. Cada año, el ganado acomuñado se vuelve a tasar, según los precios alcanzados en las ferias de otoño, es decir, su valor se actualiza (S.A.P.A., 1961: nº 77). En el registro también se fijaba el precio de las crías destinadas a renovar la comuña de los animales viejos que se habían vendido en el mercado, y sobre las cuales continuaba el contrato (*).

Figura jurídica: empeño

I. Terminología

Es una palabra que deriva de la expresión latina «in pignus» (en fianza, en garantía): empeño, empeña (*).

II. Concepto

El empeño es una compraventa con pacto de retro y arrendamiento, por la que una persona que ha pedido un préstamo a una segunda ofrece a ésta como garantía determinados bienes propios o en posesión. Éstos pasarán a disposición del acreedor hasta que la cantidad prestada sea devuelta. Mientras tanto, su antiguo dueño o poseedor seguirá disfrutando de ellos como arrendatario, debiendo entregar al prestamista una renta (S.A.P.A., 1969: nº 48).

III. Uso y aprovechamiento

La capacidad de ahorro de los campesinos y pescadores asturianos era muy escasa, pues la mayoría de los frutos que se obtenían trabajando la casería o saliendo a faenar era para alimentar a la familia y mantener la casería o embarcación en buen estado (*). Por ello, cuando

surgía algún problema o circunstancia que exigía realizar un desembolso importante, había que pedir un préstamo (*). Los bienes que se podían ofrecer como fianza se relacionaban con el sustento propio, pues eran elementos que formaban parte o completaban la casería, la embarcación, etc. (*). Renunciar a estos bienes suponía poner en peligro el futuro de la familia, sobre todo cuando, precisamente, la precariedad económica que obligó a pedir el préstamo hacía suponer que su devolución sería lenta (*). Por ello se buscaron fórmulas alternativas que hiciesen menos gravosas el reembolso de la deuda, caso del empeño o empeña (*).

IV. Regulación

1. No es obligatorio que los bienes que se dan en garantía del préstamo sean de propiedad privada, sino que pueden ser bienes de los que solo se tiene la posesión (*).

2. Los bienes así empeñados son transmitidos al acreedor, que pasa a disfrutarlos mientras no se le devuelve el préstamo (S.A.P.A., 1969: n° 48).

3. Simultáneamente, el aprovechamiento de estos bienes revierte al deudor bajo la figura del arriendo. La renta que anualmente deberá pagarse al acreedor son los intereses del adelanto, cuyo porcentaje es variable (S.A.P.A., 1969: n° 48).

4. Esta situación continuará hasta que no se reembolse el montante del préstamo. Cuando se devuelva, la propiedad o posesión de los bienes hipotecados revertirá al deudor (S.A.P.A., 1969: n° 48).

5. No existe un plazo concreto para devolver la cantidad prestada,

sino que el término es ilimitado (S.A.P.A., 1969: n° 48).

Figura jurídica: facería

I. Terminología

Se trata de una palabra derivada del término latino «fascis» (haz, manojo): facera, facería (*). En asturiano existen otros vocablos que tienen la misma raíz, sentido y contenido: una faza es un pedazo de terreno, y la acción de dividir una finca en lotes se llama faciar (*).

II. Concepto

Zona limítrofe entre dos pueblos, parroquias o concejos que, perteneciendo a los comunales de uno de ellos, también es aprovechada por el otro bajo determinadas condiciones (S.A.P.A., 1947: n° 31). Por extensión, el derecho a utilizar este terreno recibe el nombre de facería (S.A.P.A., 1994: n° 57) y, según las circunstancias, el servicio que lo carga se llama servidumbre de pastos (S.A.P.A., 1938: n° 57).

III. Uso y aprovechamiento

En Asturias, los pastos y montes han sido espacios muy codiciados por los campesinos, pues en ellos obtenían alimento para sus animales, leña con la que calentarse y cocinar, rozo para hacer la cama del ganado y para abonar las tierras, diferentes frutos como la castaña, nuez, avellana, etc. (S.A.P.A., 1938: n° 57; 1947: n° 31; 1963: n° 171). En su mayoría, la propiedad, posesión y aprovechamiento de estos espacios era comunal, ya que esta fórmula potenciaba su rendimiento. Sin embargo, su extensión no siempre resultaba suficiente para atender

estas necesidades, de ahí que el ataque a los pastos y montes cercanos, pertenecientes a otras entidades de población, fuese frecuente (*). Ante ello, la facería se nos presenta como una solución de compromiso para hacer frente a los problemas ocasionados por esta circunstancia, donde las poblaciones más desafortunadas presionan a aquellas que tienen pastos y montes en abundancia (*).

IV. Funcionamiento

1. Protagonistas

Las partes que protagonizan el acuerdo de facería son las comunidades: pueblos, parroquias o concejos (S.A.P.A., 1938: nº 57; 1947: nº 31; 1963: nº 171; 1990: nº 99; 1994: nº 57), lo que en términos individuales implica que el cambio de residencia y vecindad específica significa la pérdida del derecho de facería (*). Las personas que disfrutan de él se llaman faceros (*).

2. Localización

En los comunales (pastos o montes) de un pueblo, parroquia o concejo se delimita una zona de terreno que será aprovechada conjuntamente por la entidad propietaria o poseedora y por la entidad intrusa. Este espacio limita con ambas poblaciones y estrictamente es la facería. Dicha franja de terreno debe por tanto una servidumbre a la entidad intrusa (S.A.P.A., 1938: nº 57; 1947: nº 31; 1963: nº 171).

3. Periodización del aprovechamiento

a) Corta o fragmentada. La entidad intrusa aprovecha el terreno de facería desde una fecha concreta hasta otra (S.A.P.A., 1938: nº 57; 1947: nº 31), período que puede ser

continuo o dividirse en tandas: son las llamadas «entradas» (*).

b) Continuada. La entidad intrusa disfruta el terreno de facería durante el período habitual para aprovechar estos recursos, sobre todo cuando se trata de pastos de altura, que alcanzan su mejor momento en el verano, en los meses de junio, julio y agosto (S.A.P.A., 1963: nº 171).

4. Regulación

En la zona de facería y según acuerdo entre las partes, la entidad intrusa puede disfrutar de varios derechos complementarios, pero sujetándose a diversas condiciones:

a) Aprovechamiento ganadero. La zona delimitada no puede cerrarse, sino que debe permanecer siempre en abertal (S.A.P.A., 1947: nº 31; 1963: 171). Dependiendo del acuerdo inicial, la entidad intrusa podrá o no realizar construcciones que faciliten y completen el aprovechamiento ganadero: corros y cabañas para que el pastor pueda alojarse, donde se guarden las crías animales y diferentes aperos, etc. (S.A.P.A., 1963: nº 171).

— Derecho de acabarar y amayadar (*). Cuando se permite realizar estas construcciones, pero siguiendo determinadas pautas que en todo momento buscan defender el carácter abertal del terreno regulado por la facería: estas edificaciones no podrán tener cerradura ni llave (S.A.P.A., 1963: nº 171).

— Pastaje a rexas vueltas (S.A.P.A., 1990: nº 99). Consiste en que los faceros pueden azuzar a sus ganados para que pasen a los términos de la otra entidad de población,

que no están regulados por facería, y puedan pastar en ellos (*). Tan solo pueden hacerlo cuando sus ganados de forma espontánea se han ido acercando al límite (en asturiano «rexa») entre ambos terrenos (*). Después el ganado deberá volver a la facería, pues en este caso no existe derecho de amayadar (*).

— Pastaje a palo en cuello (*). Consiste en que los faceros pueden conducir sus ganados hasta el límite de la facería, para que pasten allí (*). Si de forma natural los animales se pasan a los términos de la otra entidad de población, podrán continuar pastando, pero en ningún caso si sus dueños les han azuzado (*). En esta opción tampoco se contempla el derecho de amayadar (*).

— Derecho de abrevadero. Cuando no existen fuentes en la facería o las que hay resultan insuficientes, los faceros pueden llevar sus animales a las localizadas en los términos de la otra entidad de población (S.A.P.A., 1947: nº 31; 1990: nº 99). No existe derecho de amayadar (*).

— Cabaña ganadera. Consiste en estipular la clase de animales que pueden llevarse a la facería (S.A.P.A., 1963: nº 171). Habitualmente, durante el verano y en los pastos de altura, tan solo se permitía la entrada del ganado vacuno, caballar y porcino, pues el ovino (cabras y ovejas) apura las hierbas de forma más intensiva y deja a los demás animales sin pasto (*). Los ovinos solían subir cuando los demás ganados ya no estaban, pues sus excrementos resultaban beneficiosos para los pastos (*). Así, fuera de temporada, los pastos recuperaban sus nutrientes y

cuando, a finales de la primavera, volvía a subir el ganado mayor se encontraban en óptimas condiciones (*). Cuando la facería se establece en un monte, se permite que pasten los ganados menores (*).

— Malos usos. Los animales cuyos dueños incumplan las condiciones citadas y pasten en los términos que no están regulados por facería no pueden prindarse (S.A.P.A., 1963: 171). En todo caso deben buscarse soluciones alternativas para cubrir los daños ocasionados (S.A.P.A., 1963: 171).

b) Aprovechamiento agrícola. Se permite que los faceros siembren y cultiven en la facería, pudiendo levantar cierros para proteger los sembrados de los animales (S.A.P.A., 1963: nº 171). Sin embargo, una vez recogida la cosecha, los cierros deben eliminarse, pues el terreno debe revertir a su condición de abertal (S.A.P.A., 1963: 171). Con ello se evita la apropiación o privatización de los comunales (*). En ocasiones, el derecho de cultivo estaba cargado con el quiñón de la cosecha, que los faceros debían entregar a la otra entidad de población (*).

c) Aprovechamiento forestal. Los faceros pueden aprovechar las leñas, hojas, etc., pero deben abstenerse de talar árboles sin dejar forca y pendón (*).

Figura jurídica: foro

I. Terminología

La palabra «foro» deriva del término latino «forum» (negocio, plaza pública).

II. Concepto

El foro es un contrato jurídico por el que el propietario de unos bienes o aforante transmite a un segundo o foratario el dominio útil sobre los mismos, reservándose el dominio directo. A cambio, el dueño de los bienes dados en foro percibe una pensión o canon anual en reconocimiento de su dominio directo.

III. Uso y aprovechamiento

La Iglesia y la nobleza poseían una gran extensión de territorios incultos (S.A.P.A., 1955: nº 141), los cuales disfrutaban de ciertos privilegios y necesitaban ponerse en producción. Para potenciar este proceso, se adoptó un sistema de cesión de las tierras que resultase beneficioso a los campesinos, como estipular una pensión pequeña, al margen del valor real de las tierras y sus frutos, de modo que cuanto mayor fuese el trabajo para poner en cultivo estos terrenos, menor era la pensión que debía pagarse. Otra medida que se adoptó consistió en transmitir a los foreros los privilegios de que gozaban las fincas dadas en foro, así como su dominio útil, lo que en cierta medida les convertía en cuasi propietarios de los bienes que aprovechaban, condición que redundaba en beneficio de ambas partes. En palabras de Jove y Bravo (1990: 13), «el foro se trata de un arrendamiento a largo plazo o perpetuo donde el arrendatario no solo goza de los derechos del enfiteuta, sino también de los que afectaban a la tierra, por ser de señor directo que tenía fuero (privilegio)».

IV. Funcionamiento

1. Marco territorial

Los foros tuvieron vigencia en Asturias, Galicia y León (*).

2. Naturaleza

El foro es un contrato y también un derecho real (*).

3. Duración

La duración del foro es variable, la cual puede prolongarse por tácita reconducción (S.A.P.A., 1955: nº 141).

a) Temporal. Por tres vidas, por la vida de tres reyes y 29 años más (S.A.P.A., 1955: nº 141).

b) Perpetua.

4. El foro implica la división del dominio sobre los bienes entre el aforante y el foratario.

a) El propietario se reserva el dominio directo (S.A.P.A., 1955: nº 141; 1994: nº 637), que tiene carácter permanente (*).

b) El foratario adquiere el dominio útil (S.A.P.A., 1955: nº 141; 1994: nº 637), lo que supone tener un derecho real sobre la posesión, la libre disposición y el uso de los bienes, así como sobre el goce de sus frutos. Este dominio tiene carácter temporal (*).

5. El canon o pensión

a) Su entrega corresponde al foratario y se hace en reconocimiento del dominio directo, por lo que no debe confundirse con una renta (S.A.P.A., 1952: nº 93; 1955: nº 141). Generalmente estos pagos se realizan en especie (S.A.P.A., 1949: nº 72; 1952: nº 93; 1955: nº 141; 1994: nº 637).

b) Por norma general, tras realizar el pago de la pensión, se otorga un recibo y contra recibo (S.A.P.A., 1949: n° 72).

c) Cuando los bienes aforados tienen un carácter individual, estos pagos los realiza la persona afectada, pero cuando se trata de bienes que se aforaron en conjunto a una colectividad (*foro villano*), anualmente los vecinos eligen un representante, llamado cabezalero, que es el encargado de recoger las pensiones individuales y entregarlas al titular del dominio directo (S.A.P.A., 1949: n° 72; 1955: n° 141).

6. Características del foro

a) En su mayoría, comparte características con la enfiteusis, y hoy en día se considera que la única diferencia que existe entre ambos consiste en las variantes propias de cada localidad y región (*).

b) Una vez terminado el contrato, las mejoras realizadas pasarán íntegramente al titular del dominio directo, sin que el foratario tenga derecho a pedir ninguna compensación por ellas (*).

c) Los bienes aforados pueden subdividirse (*subforos*) siempre que el pago de la pensión se entregue de forma íntegra (*).

d) Existe derecho de tanteo para ambos dominios (*).

7. Tipos localizados

a) El foro frumentario o rentas en saco. Para hacer frente a una deuda, el propietario vende a un prestamista ciertos bienes, quien a su vez se los entrega aforados, a cambio de una pensión o canon foral (S.A.P.A., 1952: n° 93).

Figura jurídica: hórreo-panera

I. Terminología

1. Derivado del término latino «horreum» (granero): horru, horrio (*).

2. Derivado del término latino «panis» (pan): panera (*).

II. Concepto

1. Construcción de madera machihembrada en la que no se utilizan clavos y que puede ser desmontada, transportada y armada en otro lugar distinto del de origen (*).

2. Puede estar cubierta con diferentes materiales: teja, pizarra, llábanas, paja, etc. (*). El techo puede ser de cuatro o dos aguas (*).

3. Nunca está en contacto con el suelo, pues así se aísla de la humedad y evita que los ratones entren en ella (*). Para ello se adoptan varias soluciones:

a) El horru-panera se levanta sobre bloques piramidales de piedra, madera o mampostería llamados pegoyu, pegollu, piollu, etc. (*).

b) El horru-panera se levanta sobre un cuarto cerrado de pared utilizado como bodega, cuadra, horno, etc. (*).

c) El horru-panera se levanta sobre pegoyos que a su vez se apoyan en un cuarto cerrado. El espacio que queda entre el techo del cuarto y el suelo del horru-panera se llama caramanchón (*).

4. Debido a lo anterior, el acceso al horru-panera se realiza por una escalera de piedra (xubidora, xubidera, subidera, etc.) y por un tablón de madera que sobresale del cuerpo del horru-panera (tenobia, tenobie-

ra, talamera, talandoria, etc.) (*).

5. Tanto el horru como la panera pueden tener corredor. Su aparición se relaciona con la expansión del cultivo de maíz y sus necesidades de almacenaje, pues el maíz se cuelga en el corredor del horru o panera, de la casa, y cuando no se dispone de ninguno de los anteriores, de los árboles cercanos a la casa (*).

6. La planta del horru es cuadrangular, mientras que la panera tiene la planta rectangular. Esta última no es más que un recrecimiento en planta del horru, lo cual se evidencia en el caballete del tejado: los horros carecen de él y terminan en un único vértice que se remata con un moñu u obispu. La única diferencia que existe entre el horru y la panera es la señalada, aunque erróneamente se popularizó que la distinción entre ambas construcciones era el número de pegoyos que tenían, lo cual es falso (*).

7. El área de extensión del horru-panera asturiano incluye parte del sur de Lugo (Galicia) y en los concejos de la costa occidental convive con el horru gallego o cabazo (*).

III. Uso y aprovechamiento

Estrictamente, el horru-panera es un almacén donde los campesinos guardan sus cosechas: cereales, patatas, cebollas, fabes, etc. Sin embargo, la estrechez de las casas hizo que el horru-panera también cumpliera otras funciones. Por ejemplo, desde antiguo, sirvió como cuarto adicional para acomodar a los miembros de la familia, disponiéndose camas en su interior, separadas de la zona de almacenaje por

una cortinilla (*). En el horru-panera también se guardaba la ropa blanca, se celebraban velorios y noches de bodas, servía como morada temporal para los hijos casados que no habían sido elegidos para «casar pa en casa», etc. (*). Asimismo, cuando el espacio bajo el horru-panera está abierto, se utiliza para guardar el carro, diferentes aperos, etc. (S.A.P.A., 1988: nº 1089). Cuando dicho espacio está cerrado, se utiliza como cuadra, bodega, horno, etc. (*).

IV. Localización

El horru-panera se localiza en las inmediaciones de la casa, ya sea al frente o en uno de sus laterales (*). Por norma general, el espacio sobre el que se levanta es la llamada antoxana, que puede pertenecer privativamente a la casa o bien ser una propiedad comunal, cuyo disfrute es compartido por todas las casas que se abren a la antoxana (*). En este caso, lo habitual es que las casas se localicen en una hilera, estando sus respectivos horros y paneras frente a ellas, en otra hilera (*).

V. Sistema de propiedad

1. Naturaleza

El horru-panera es un bien mueble (S.A.P.A., 2001: nº 187).

2. Suelo y vuelo

Debido a su naturaleza, existe una clara diferenciación entre el terreno sobre el que se levanta el horru-panera (suelo) y la construcción propiamente dicha (vuelo). La propiedad de ambos elementos puede o no recaer en una misma persona o institución (S.A.P.A., 2001: nº 187).

3. Propiedad unipersonal

a) La propiedad del suelo y el vuelo coincide. El propietario tiene total libertad de actuación sobre el terreno y la construcción. El dueño puede ser un particular o una entidad pública. Era frecuente que los concejos tuviesen una panera donde almacenaban los granos procedentes del cobro de impuestos, rentas municipales, etc. En caso de hambrunas, estos granos eran distribuidos entre la población (*).

b) La propiedad del suelo y el vuelo diverge. El horru-panera pertenece a un propietario, pero el suelo tiene diferente titularidad: privada (finca particular), comunal (antoxana) o pública (terreno municipal). El dueño del granero podrá utilizar el suelo como un bien privado mientras la construcción permanezca en pie, pero, tras su desaparición, la posesión que éste disfrutaba sobre el terreno revierte a los dueños del suelo (S.A.P.A., 1962: n° 44; 1988: n° 1089; 1999: n° 1508). En este caso, el hórreo-panera puede estar sujeto a diversas condiciones:

— Deberá levantarse sobre pegoys y no sobre pared, es decir, bajo ningún concepto podrá cerrarse el espacio que hay bajo el horru-panera (S.A.P.A., 1988: n° 1089).

— Era costumbre que los pegoys fuesen de madera (*).

— El espacio bajo el horru-panera puede estar cargado con una servidumbre de paso, de forma que el carro, aperos, etc., deberán disponerse de tal forma que no impidan el paso de personas, animales, carruajes, etc. (*).

— El propietario del suelo puede estipular las características arquitectónicas del granero (*).

4. Propiedad dividida

a) División del vuelo. Lo habitual es que el granero se divida verticalmente, aunque en ocasiones, sobre todo cuando la parte inferior del horru-panera está cerrada, se hace trazando una línea horizontal (*). Esto ocasiona serias dificultades de cara a la reparación del suelo del granero, que a la vez es el techo del cuarto inferior. Éste debe reputarse como un elemento común, bajo la responsabilidad de ambos propietarios (*). Cada propietario puede exigir derecho de retracto sobre las otras partes del granero (S.A.P.A., 2001: n° 187).

— El horru-panera pertenece a varios propietarios con adjudicación de partes concretas: el interior del granero está dividido con tabiques de madera o con un xardu, y cada parte cuenta con su propia puerta de acceso (*). La subidoria puede ser común para todos los propietarios (S.A.P.A., 1990: n° 4) o bien cada uno puede contar con la suya propia (*).

— El horru-panera pertenece en proindivisión a varios propietarios, que se sirven de una misma subidoria y puerta. La capacidad de actuación de los condóminos se ajusta al principio de no perjudicar al otro (*).

b) División del suelo. El terreno puede pertenecer a varios propietarios, ya sea en proindivisión o con adjudicación de partes concretas. Debe entenderse que cada uno de ellos tiene capacidad para ejercer

derecho de retracto sobre las otras porciones de suelo (*).

c) División del suelo y el vuelo. Cuando la propiedad del suelo y el vuelo pertenece a la misma persona y ésta decide partirlos, es habitual que la división se haga de forma vertical, de modo que cada porción de granero cuenta con su porción equivalente de suelo (*).

d) Divisiones mixtas. Cada una de las posibilidades anteriores puede combinarse.

V. Cargas y servidumbres

1. El horru-panera cuenta con su propia antoxana-arrodeo (*vid.* ficha antoxana-arrodeos).

2. Existe una servidumbre de paso a favor del horru-panera (*vid.* ficha antoxana-arrodeos).

3. El terreno bajo el horru-pane-
ra puede estar cargado con una servidumbre de paso:

a) Cuando el granero y su terreno pertenecen a un mismo propietario, éste puede cargar sobre el suelo una servidumbre de paso en favor de sus vecinos o de un particular (S.A.P.A., 1957: nº 87).

b) Cuando el suelo pertenece a un propietario, que lo cede a un segundo para construir un granero, se puede condicionar esta cesión al respeto de una servidumbre de paso (*).

4. El cuarto cerrado bajo el horru-panera puede disfrutar de servidumbre de luces, agua, vista, etc. (S.A.P.A., 2001: nº 366).

Figura jurídica: linderos

I. Terminología

Dentro de la acepción general de linderos se incluyen diferentes sistemas, entre los que destacan los llamados cierres a cárcova y calderín, formados por una zanja y un montón de tierra, cuya semántica es la que sigue:

1. Términos con semántica intercambiable: loma o excavación (*).

a) Derivados del vocablo latino «caccabum» (olla, cazuela): cárcova, cárcuva, carcua, cárquiva, etc. (*).

b) Derivados del vocablo latino «calidarium» (baño caliente) > «caldera»: calderu, calderín, caldera, calderón, etc. (*).

2. Términos con semántica fija: loma (S.A.P.A., 1991: nº 333).

a) Derivados del vocablo latino «caballum» (caballo de carga): caballón (*).

b) Derivados del vocablo latino «lumbum» (lomo): llomba (*).

c) Derivados del vocablo latino «ripa» (orilla) > «arriba»: ribón (*).

d) Derivados del vocablo latino «saepem» (cerca, seto): sebe, xebe (*).

3. Términos con semántica fija: excavación (S.A.P.A., 1997: nº 594).

a) Derivados del vocablo latino «sulcus» (surco): sucu (*).

b) Derivados del vocablo prerromano «rica» (surco): riego, riega, etc. (*).

II. Concepto

Sistema de cierre de fincas que se realiza excavando una zanja y depo-

sitando la tierra así extraída en un montón, situándose ambos dentro de una propiedad privada o comunal (*). Estos dos elementos, zanja y loma, son los que fijan el límite entre colindantes, aunque pueden establecerse pactos modificativos (*). Como se ha señalado, dependiendo de las zonas, la palabra «cárcova» puede denominar tanto a la excavación como al montón de tierra (*). Este intercambio semántico también se da en el término «calderín», pero, sea cual sea el significado de cada uno de ellos, estos cierres siempre cuentan con los dos opuestos: excavación y montón (*).

III. Uso y aprovechamiento

La orografía asturiana determina que la mayoría de las fincas se sitúe en pendiente, lo que, unido a las frecuentes lluvias que caracterizan nuestro clima, ocasiona la pérdida progresiva de tierra (*). Si este proceso fuese constante y continuado, las fincas quedarían inutilizadas para la labor, por lo que el campesino asturiano tomó diferentes medidas para evitarlo, entre ellas los cierres a cárcova y calderín: con el montón se frenan los desplazamientos de tierra, y con la excavación se consigue drenar las fincas y canalizar el agua de lluvia (*).

IV. Caracterización

1. Los cierres a «cárcova y calderín» pertenecen a lo llamados «cierres sobre sí», porque tanto la zanja como el montón de tierra se realizan en terreno propio y por tanto son de propiedad privada (S.A.P.A., 1999: n° 146).

2. La zanja siempre se sitúa en el margen externo de la finca y el

montón de tierra en su cara interna (S.A.P.A., 1990: n° 233; 1991: n° 347, 1998: n° 149).

3. Cuando la zanja limita con un camino público continúa siendo propiedad del dueño de la finca (S.A.P.A., 2000: n° 96), aunque ciertas ordenanzas municipales recientes (p. ej., Siero, Uviéu) establecen que, en tal caso, la zanja pasa a ser de propiedad municipal (*).

4. En aquellas tierras situadas en pendiente, la zanja siempre pertenece al dueño del predio situado más arriba (S.A.P.A., 1991: n° 347; 1997: n° 594; 2000: n° 123; 2001: n° 65).

5. Todos aquellos elementos materiales que visualmente refuerzan el límite, como árboles, tela metálica, estacas, muretes, setos, etc., se colocan en el montón de tierra (*). Como se localizan dentro del terreno propio tienen la consideración de propiedad privada (S.A.P.A., 1991: n° 333; 1994: n° 120; 1999: n° 542). Sin embargo, existen algunas variaciones:

a) En el extremo externo de la zanja. En este caso, pasan a considerarse medianeros y cuando se trata de árboles o setos, el colindante puede podar aquellas ramas que sobrevuelen su propiedad (S.A.P.A., 1992: n° 355).

b) En la mitad de la zanja. Como se localizan en terreno propio, mantienen su condición de propiedad privada (S.A.P.A., 1991: n° 347).

c) Cuando la finca limita con un camino público, los árboles, setos, etc., plantados en la loma continúan siendo de propiedad privada. Este rasgo consuetudinario se enfrenta con algunas ordenanzas municipa-

les recientes (p. ej., Siero, Uviéu), que establecen que, en tal caso, el arbolado pasa a ser de propiedad municipal (*).

6. Pactos modificativos

a) A la hora de establecer un cierre a «cárcova y calderín», los colindantes pueden llegar a un acuerdo beneficioso para ambos, que busca aprovechar al máximo la superficie de tierra útil para el cultivo. Uno de ellos excava en su finca la zanja y el otro amontona la tierra extraída en la suya. Así, el límite entre ambas propiedades se establece en la intersección de la zanja y la loma (*).

b) Cuando el acceso rodado a las fincas para cuchar, recoger la cosecha, etc., no se puede hacer por un camino, ambos colindantes realizan el cierre de sus fincas a «cárcova y calderín» y ceden sus respectivas zanjas para crear una senda (*). El límite entre ambas propiedades se establece en la intersección de las zanjas y, generalmente, en ella se coloca un mojón o finso de piedra (*). Así, las ruedas izquierdas del carro pasan por la mitad de la zanja de un colindante y las derechas por la del otro, quedando el finso bajo el centro del eje del carro (*). Las marcas que hacen las ruedas del carro en las zanjas se llaman «rodadas», de ahí que esta servidumbre de paso se llame «servidumbre de rodada» (S.A.P.A., 1982: nº 57).

V. Otros linderos

1. Línea de arbolado o tocones

En las tierras que han sido ganadas al monte, solían respetarse algunos árboles o troncos para fijar con ellos sus límites (S.A.P.A., 1994: nº

183). También era frecuente que, en los límites entre fincas, se plantasen laureles o avellanos para deslindar las propiedades (*) . En estos casos, lo habitual es que los árboles o tocones tengan el carácter de medianeros (*).

Figura jurídica: monte

I. Concepto

Bajo el nombre genérico de «monte» se incluyen aquellos espacios (montes, pastos, plantaciones forestales) que pertenecen y son aprovechados por los vecinos de una comunidad o grupo social, que tienen casa abierta con humo en ella, en régimen de mano común (*). A partir de esta situación, en Asturias, estos espacios experimentaron diferentes evoluciones, pese a lo cual todas ellas presentan rasgos consuetudinarios en mayor o menor medida (*).

II. Uso y aprovechamiento

Los montes son objeto de múltiples aplicaciones, todas ellas imprescindibles para la buena marcha de la economía campesina (*). En ellos se recoge leña y rozu, se llevan los animales a pastar, en ocasiones sirven como ampliación de los cultivos, etc. Como se ha señalado, bajo la etiqueta de montes, también se incluyen los pastos de altura que se explotan desde la primavera hasta principios del otoño, llamados «brañas», «mayaos», etc. (*). El régimen en mano común se perfila como el mejor sistema para aprovechar estos recursos, pues, por una parte, todos los miembros de la comunidad tienen unas mismas necesidades y, por otra, sus utilidades exigen que se mantengan características de los bienes abertales (*). También hay

que tener en cuenta que, históricamente, en Asturias, la colonización del territorio fue realizada por los propios grupos sociales, de modo que muchos de estos espacios mantienen un comportamiento comunitario, heredero de este particular proceso histórico (*).

III. Tipología y funcionamiento

1. *Los montes en mano común: propiedad primitiva o germánica*

a) Se trata de una propiedad indivisible, inalienable, imprescriptible e inembargable (S.A.P.A., 1971: n° 74; 1978: n° 32; 1988: n° 135; 1992: n° 29; 2000: n° 527).

b) La propiedad y aprovechamiento de los montes pertenecen a los vecinos de una comunidad, entendida ésta como grupo social y no como entidad administrativa (S.A.P.A.; 1982: n° 407; 1982: n° 413; 1988: n° 145).

— Dicha comunidad puede ser un único pueblo, una agrupación de pueblos, una parroquia, una agrupación de parroquias o un concejo (S.A.P.A., 1939: n° 25; 1939: n° 30; 1942: n° 87; 1947: n° 1; 1947: n° 23; 1971: n° 74; 1978: n° 32; 1992: n° 29; 1997: n° 401; 2001: n° 570; 1960: n° 51; 1961: n° 20; 1963: n° 53; 1962: n° 56; 1982: n° 407).

— El derecho a disfrutar de estos bienes depende de la condición de vecindad (casa abierta con humo), de modo que el cambio de residencia, hacia un núcleo ajeno a la comunidad, implica la pérdida de este derecho (S.A.P.A., 1939: n° 25; 1971: n° 74; 1978: n° 32; 1992: n° 29; 1960: n° 51; 1962: n° 53; 1966: n° 67; 1966: n° 69; 1966: n° 70; 1981: n° 222; 1982: n° 253; 1982: n° 407; 1982: n° 413; 1999: n° 103).

c) El aprovechamiento de estos bienes se realiza sin asignación de cuotas concretas entre los vecinos (S.A.P.A., 1988: n° 135; 1992: n° 29; 1960: n° 51; 1962: n° 53; 1982: n° 407; 1998: n° 678; 1999: n° 103; 2000: n° 527) y se rige según los usos y costumbres de la propia comunidad. Cada cierto tiempo, una zona de estos montes se destinaba para cultivarse, para lo cual se procedía a realizar un reparto igualitario entre todos los vecinos. Una vez recogida la cosecha y cuando los nutrientes del suelo quedaban agotados, dichas parcelas revertían a la mancomunidad, pues tan solo se tenía sobre ellas una propiedad de uso temporal (*).

d) El aprovechamiento de estos bienes es gratuito (S.A.P.A., 1966: n° 67; 1966: n° 69; 1966: n° 70; 1970: n° 96).

e) La gestión de estos bienes recae en el grupo social que detenta su propiedad y aprovechamiento. Sus miembros se reúnen en concejo, xunta o asamblea vecinal, encargada de administrar las propiedades comunales, determinar su aprovechamiento, fijar las condiciones que deben cumplir los interesados, etc. (S.A.P.A., 1997: n° 401; 2001: n° 570; 1981: n° 222; 1982: n° 253).

f) Los miembros de la comunidad propietaria pueden edificar en estos términos, tratándose de construcciones que complementen los aprovechamientos practicados en los montes: cabañas, corros, etc. (S.A.P.A., 1971: n° 74).

2. *Los términos vareables o acantados: propiedad romana en proindivisión*

a) Están reconocidos como una evolución de los bienes en mano

común (S.A.P.A., 1978: nº 32; 1988: nº 135; 1991: nº 741).

b) Se trata de una propiedad proindivisa con adjudicación de cuotas ideales (S.A.P.A., 1978: nº 32; 1988: nº 135).

c) Semejanzas y diferencias con la propiedad mancomunada:

— El derecho a aprovechar estos bienes se llama «voz de monte» o «monte y villa» (S.A.P.A., 1947: nº 23; 1978: nº 32), lo que implica el disfrute de determinadas cuotas o participaciones ideales, que no tienen por qué ser iguales.

— Este derecho es objeto de tráfico jurídico, pudiendo comprarse, venderse, etc. (S.A.P.A., 1947: nº 1; 1978: nº 32; 1988: nº 135). Es decir, su disfrute depende de la condición de herederos, no de la condición de vecinos.

— Cada 10-30 años, los porcioneros, reunidos en xunta, eligen una parte de estos montes para ser roturada y cultivada. La zona así seleccionada se divide en lotes, que son sorteados entre las casas del pueblo que disfrutan de una participación en los montes, de acuerdo a las cuotas que tengan. Durante tres años aproximadamente, estos lotes funcionarán como una propiedad privada, pero a su término revertirán a la propiedad común para ser aprovechados conjuntamente por los porcioneros, para recoger rozu, leña, llevar sus ganados a pastar, etc. (S.A.P.A., 1947: nº 1; 1947: nº 23; 1978: nº 32; 1988: nº 135).

3. *Los términos quiñoniegos: uso y disfrute en proindivisión*

a) Funcionan de igual forma que los términos vareables, con la excep-

ción de que su propiedad no pertenece a los porcioneros, sino a otra persona o entidad (S.A.P.A., 1947: nº 123).

— Los porcioneros aprovechan libremente los esquilmos y el pasto del monte (S.A.P.A., 1947: nº 123).

— El cultivo del monte está fiscalizado, de manera que los porcioneros deberán entregar una parte de la cosecha, generalmente una quinta parte o quiñón, a los titulares o dueños del monte (S.A.P.A., 1947: nº 123).

IV. Problemática y normativa actual

1. Las desamortizaciones, la dotación de patrimonio a los ayuntamientos y los planes de repoblación forestal causaron un grave daño a los montes en mano común, pues muchos de ellos fueron catalogados como bienes de propios, otros como Montes de Utilidad Pública, otros se consorciaron con el Patrimonio Forestal del Estado, etc. La aplicación de los planes de repoblación forestal revalorizaron estos bienes y algunos ayuntamientos se entrometieron en su gestión, sin tener capacidad para hacerlo (S.A.P.A., 1982: nº 407; 1982: nº 413; 1988: nº 145; 1998: nº 678; 2000: nº 527). La actuación de los ayuntamientos debe adecuarse a las siguientes normas:

a) Si los montes vecinales se acogen a la campaña de reforestación, las entidades gestoras (Ayuntamiento, Principado, etc.) solo podrán pedir un porcentaje sobre la madera vendida cuando desempeñe funciones de guardería, y esta cantidad deberá revertir en el propio monte (S.A.P.A., 1964: nº 35; 1966: nº 67; 1968: nº 45; 1968: nº 55; 1968: nº 64; 1968: nº 66).

b) En ningún caso detentarán la propiedad del arbolado (S.A.P.A., 1964: n° 35; 1966: n° 67; 1968: n° 45; 1968: n° 55; 1968: n° 64; 1968: n° 66).

c) No podrán cobrar ningún canon a los vecinos en concepto de aprovechar el monte (S.A.P.A., 1964: n° 35; 1966: n° 67; 1968: n° 45; 1968: n° 55; 1968: n° 64; 1968: n° 66).

Figura jurídica: permuta

I. Terminología

La permuta, también llamada «arrendamiento a corre y para», y en ocasiones «fincas atempadas», alude al carácter temporal de estos acuerdos (*).

II. Concepto

El arrendamiento a corre y para es una especie de permuta restringida, consistente en el cambio temporal que hacen entre sí los llevadores de dos fincas colindantes, con el mismo propietario, durante ciertas épocas del año y para determinados cultivos (S.A.P.A., 1996: n° 35).

III. Uso y aprovechamiento

En Asturias, la fuerte fragmentación y dispersión de las fincas que aprovechaba una misma casería podían llegar a perjudicar los rendimientos obtenidos, por lo que en la medida de lo posible se procuraban unificar o concentrar las fincas (*). Cuando los afectados eran propietarios de estos bienes, podían permutarlos entre sí, de mutuo acuerdo, o bien acogerse al retracto de colindantes (*). Pero cuando estas fincas se llevaban en arriendo, las soluciones anteriores no eran posibles, de modo que la fórmula a corre y para

se presentaba como el único sistema que estos caseros podían utilizar (*).

IV. Funcionamiento

1. El arrendamiento a corre y para es temporal (S.A.P.A., 1996: n° 35).

2. Sus protagonistas son arrendatarios de un mismo propietario (*).

3. Terminado el aprovechamiento agropecuario que suscitó el acuerdo, el usufructo de los bienes revierte a su llevador original (S.A.P.A., 1996: n° 35).

Figura jurídica: polea

I. Concepto

Se trata de una servidumbre de paso especial, destinada a la recogida de algas, en la que el predio sirviente debe un servicio permanente de paso a pie, con animales y carro, en favor de los propietarios o poseedores de una polea, y también en favor de aquellas personas o vecinos que necesiten bajar a la playa para recoger algas, y que para ello no dispongan de una polea (*).

II. Uso y aprovechamiento

En las zonas costeras asturianas, las algas que el mar deposita en la playa son aprovechadas como abono para las fincas, aunque, más recientemente, también son vendidas a las industrias farmacéuticas y de fertilizantes (*). Para facilitar su recogida, aquellas personas que se lo podían permitir disponían de poleas que, situadas al borde de los acantilados, servían para subir las algas desde la playa, lo que resultaba más cómodo y eficaz que cargarlas al hombro, pues muchas veces el acceso era tan

malo que no permitía el paso de animales (*).

III. Funcionamiento

1. La servidumbre de polea es una servidumbre de paso, destinada específicamente para la recogida de algas (S.A.P.A., 1942: nº 20). Se trata de una servidumbre de carácter permanente (S.A.P.A., 1942: nº 20), aun cuando la llegada de manchas de algas a la playa es estacional (*).

a) En favor del propietario o poseedor de una polea (S.A.P.A., 1942: nº 20).

b) En favor de una persona o comunidad de vecinos (S.A.P.A., 1966: nº 51).

2. El predio sirviente debe permitir diferentes pasos o accesos:

a) El paso de personas a pie (S.A.P.A., 1942: nº 20; 1966: nº 51).

b) El paso de animales, pues estos son la fuerza de tracción que hace funcionar la polea (S.A.P.A., 1942: nº 20).

c) El paso con carro para transportar las cargas de algas (S.A.P.A., 1942: nº 20).

3. La vía tendrá la anchura suficiente para que el carro pueda girar (S.A.P.A., 1942: nº 20).

Figura jurídica: poznera

I. Terminología

Se trata de una palabra que deriva del término latino «puteum» (pozo, hondonada): poza, pocera, poznera (S.A.P.A., 1963: nº 13), pozonera, (*) etc.

II. Concepto

Estrictamente, la poznera es el agujero que se cava en el suelo para plantar un árbol. Cuando éste se ha desarrollado, la poznera se utiliza para depositar cucho, paja o hierba, con el objeto de fertilizar el árbol y potenciar su rendimiento. A partir de esta acepción, la palabra «poznera» amplió su significado y pasó a denominar el derecho a disfrutar en propiedad de los árboles plantados en terrenos ajenos, ya fuesen privados o comunales (S.A.P.A., 1962: nº 164; 1963: nº 13).

III. Uso y aprovechamiento

Los rendimientos que los campesinos asturianos obtenían de los árboles, especialmente los frutales, eran múltiples, ya que no solo se beneficiaban de sus frutos, sino que sus hojas y cañas muertas se aprovechaban como combustible y abono (*). En la época de poda, las ramas retiradas se empleaban para fabricar aperos de labranza, utensilios de cocina o calzado, dependiendo de su grosor (*). En caso necesario, se talaba el árbol para emplear su tronco en la reparación o construcción de edificios (*). Sin embargo, no todas las casas disponían de un soto o parcela de monte, y los árboles plantados en los márgenes de sus fincas eran insuficientes. Además, hay que tener en cuenta que, en su mayoría, los campesinos eran arrendatarios, lo que significaba que los árboles pertenecían al titular de los bienes y que el casero debía aprovecharse de ellos según unas estrictas limitaciones (*). La poznera permitía paliar estas deficiencias, pues se obtenía la propiedad y disfrute completo del árbol, sin menoscabo de la

propiedad y utilidad que tuviese el terreno donde se plantaba (*).

IV. Funcionamiento

1. El derecho de poznera, también llamado «derecho de apostar» (S.A.P.A., 1963: nº 16), implica la división del dominio o propiedad del suelo y el vuelo (S.A.P.A., 1963: nº 13; 1963: nº 16):

a) El suelo. Su propiedad, posesión y aprovechamiento, que puede ser comunal o privado, se mantienen (S.A.P.A., 1962: nº 164; 1963: nº 13). Así, su propietario o poseedor continúa explotándolo de la forma habitual para el cultivo, la siega, el pasto de los ganados o la recogida de ramas y hojas. Su única limitación estriba en respetar el arbolado, pues ni es suyo ni tiene facultad para aprovecharlo (S.A.P.A., 1962: nº 164; 1963: nº 13; 1963: nº 16).

b) El vuelo. La propiedad de los árboles, al igual que el disfrute de sus ramas muertas, hojas y frutos, corresponde al beneficiario del derecho de poznera, que es el único que está capacitado para podar y talar el árbol (S.A.P.A., 1938: nº 51).

2. Para mostrar la propiedad de los árboles, que en su mayoría se encuentran mixtos o interpolados con otros de distintos dueños (S.A.P.A., 1963: nº 13), se graba en su tronco el signo o marco propio de cada casa del pueblo, que suele consistir en una saeta, una parrilla, un helecho esquematizado, etc. (S.A.P.A., 1962: nº 164).

3. La duración del derecho de poznera es variable, pudiendo ajustarse a la vida del árbol o tener

carácter perpetuo. Esta última posibilidad se debe a que la poznera, entendida como el pozo excavado para plantar el árbol, es objeto de tráfico jurídico (*).

Figura jurídica: prinda

I. Terminología

La palabra asturiana «prinda» deriva del término latino «pignus» (prenda, fianza, garantía): prindar, prinda, prindada (*).

II. Concepto

La prinda es un sistema de compensación por daños y perjuicios, donde el afectado toma como fianza la cosa que le ha causado la lesión, para obligar a su propietario a abonarle los desperfectos sufridos (*). Si éste quiere recuperar la cosa, deberá pagar previamente una cantidad que incluye la propia sanción o multa, cubre los daños y perjuicios y contempla los gastos de depósito (*). Si se desentiende del problema, el sistema de la prinda asegura a la parte afectada que los daños y perjuicios ocasionados le serán compensados, pues, en tal caso, pasa a detentar la propiedad de la cosa para hacer frente a ellos (*).

III. Uso y aprovechamiento

La prinda se relaciona con la protección de la propiedad privada y, más en concreto, regula los daños que los animales podían ocasionar a ésta (*). Desde antiguo, el minifundismo del campo asturiano, los escasos rendimientos agrícolas de las tierras y la constante presión sobre los abertales, cuyos pastos y montes

eran esenciales para alimentar al ganado, propiciaron que el campesino asturiano estuviese muchas veces al borde de la subsistencia (*). Cualquier desajuste natural en las cosechas y en los pastos podía ocasionar graves hambrunas en la población, de modo que si a ello se unía otro tipo de factores, como la entrada de animales en los cultivos, en los pastos vecinales, etc., la inestabilidad económica aumentaba aún más (*). Ante esta situación, la prinda aseguraba, en la medida de lo posible, que los daños ocasionados por los animales serían compensados, actuando como una especie de colchón que venía a paliar la perentoriedad de la economía campesina (*).

IV. Funcionamiento

1. Bienes afectados

a) Propiedades particulares. Aquellos ganados que entran en las fincas particulares y dañan los cultivos, la hierba o la pación pueden ser prindados (*). Hoy día esta aplicación ha desaparecido (*).

b) Propiedades semicomunales. Aquellos ganados que entran en las irías, morteras, cortinas, vilares, etc., durante la fase de crecimiento de las cosechas, cuando estos espacios se encuentran cerrados, pueden ser prindados (*). Hoy en día, también esta aplicación ha desaparecido (*).

c) Propiedades comunales. Aquellos ganados extraños que pastan en espacios cuyo aprovechamiento depende de la condición de vecindad (pueblo, parroquia, concejo) pueden ser prindados. Hoy en día ésta es la única aplicación que

sigue vigente (S.A.P.A., 1939: nº 35; 1948: nº 1; 2000: nº 634; 2000: nº 594; 2000: nº 777).

2. Facultad de prinda

a) Antiguamente, cualquier persona afectada podía prindar de forma particular los animales, pero, hoy en día, esta facultad ha desaparecido en favor de las instituciones que siguen (*):

b) La aparición de las Entidades Locales Menores, pueblos o agrupaciones de ellos que detentan la propiedad de un bien comunal dio lugar a la creación de Juntas Administrativas. Este organismo se encargaba de gestionar estos recursos, siendo la vigilancia una de sus atribuciones. Dentro de esta responsabilidad se incluía la prinda, que era realizada por el presidente de la Junta o por otro miembro encargado de ello (S.A.P.A., 1939: nº 35; 1988: nº 1152).

c) Los ayuntamientos son quienes llevan a cabo la prinda de los animales, ya sea a través de sus delegados los alcaldes de pueblo o barrio, de personal investido con esta responsabilidad, de los miembros de un cuerpo específico creado a este fin, de la policía, etc. (S.A.P.A., 2000: nº 634; 1994: nº 513; 2000: nº 594).

3. Motivos de prinda

a) Cuando el dueño de los animales no es vecino del pueblo, parroquia o concejo que detenta la propiedad de los pastos y, por tanto, no tiene derecho de aprovechamiento (S.A.P.A., 1939: nº 35; 1948: nº 1; 2000: nº 634; 2000: nº 594; 2000: nº 777).

b) Cuando los animales no cumplen las condiciones sanitarias adecuadas, carecen de identificación (los crótalos en las orejas) y sus dueños no cuentan con la licencia de pastos que expende el Ayuntamiento antes de que los pastos de verano comiencen a aprovecharse (S.A.P.A., 2000: n° 594; 2000: n° 777).

c) Cuando los animales pertenecen a una especie que no tiene permiso para pastar en los comunales (S.A.P.A.; 1988: n° 1152). Este suele ser el caso de los ovinos, que aprovechan los pastos una vez ha bajado el resto de los animales, pues, como apuran las hierbas a ras de suelo, son unos grandes competidores del ganado vacuno, de ahí que suban a los comunales fuera de temporada (*).

4. Proceso de prinda

a) Los animales deben estar sin cuidador (S.A.P.A., 1948: n° 1; 1994: n° 513).

b) Una vez se haya detectado la infracción, deberá avisarse a la autoridad competente para que retire los animales de los pastos y ejecute la prinda (*).

c) El ganado prindado se lleva a un depósito (S.A.P.A., 2000: n° 594). Antiguamente éste podía ser el corral particular del afectado, pues era normal que las familias poderosas contasen con uno propio (*). El corral también podía ser propiedad del pueblo, la parroquia o el concejo (*). Cuando no se cuenta con ésta ni con otra infraestructura específica, el ganado se lleva a la cuadra de una persona habilitada para cumplir esta función (S.A.P.A., 1948: n° 1).

d) La prinda del ganado debe hacerse pública (S.A.P.A., 1939: n° 35;

1948: n° 1; 2000: n° 777). El procedimiento es variable: noticias en los tablones de anuncios del Ayuntamiento o de la parroquia, edictos o bandos municipales, publicación en los boletines provinciales (B.O.P.A.), etc., donde se hagan constar las condiciones que hay que cumplir para recuperar el ganado (*).

e) Para recuperar los animales, su dueño deberá abonar cierta cantidad, que incluye la multa o sanción por no haber respetado la regulación de los pastos, los daños y perjuicios causados, y la manutención del ganado durante el tiempo que estuvo prindado (S.A.P.A., 1939: n° 35; 1948: n° 1; 2000: n° 634; 1988: n° 1152; 1994: n° 513; 2000: n° 594; 2000: n° 777). Estos tres conceptos reciben el nombre genérico de prindada (*).

f) El dueño del ganado prindado cuenta con un plazo de tiempo para pagar la fianza, ya que pasado este período los animales podrán subastarse (S.A.P.A., 1994: n° 513).

g) Cuando, transcurrido el período citado, el propietario de los animales prindados no se ha presentado, estos pasan a ser subastados. Con el dinero obtenido se hace frente a la prindada (S.A.P.A., 1994: n° 513).

5. Tribunal de justicia competente

Los pleitos por motivos de prinda deben dirimirse en la Sala de lo Contencioso-Administrativo (S.A.P.A., 2000: n° 634). En la actualidad, se entiende que la prinda solo puede ser realizada por las instituciones públicas, de modo que los particulares deberán reconducir sus alegaciones e implicar a los Ayuntamientos como parte afectada (*).

Figura jurídica: serventía

I. Terminología

La palabra castellana «serventía» deriva del verbo latino «servire» (servir) (*).

II. Concepto

En sentencia dada por el Tribunal Supremo el 10 de julio de 1985, la serventía se define como una «vía utilizada por cada uno de los colindantes, con derecho a usarla y disfrutarla en común, a los efectos del paso, pero sin que se admita la propiedad sobre ella, ni conceda el derecho individual a pedir su extinción, salvo el de renunciar a su utilización, según costumbre inmemorial de la comarca» (S.A.P.A., 1996: nº 29). A ello debe añadirse que la serventía también actúa como lindero entre fincas colindantes (*).

III. Uso y aprovechamiento

La localización y distribución de las fincas de labor en Asturias hacían que no siempre se dispusiese de un camino público que permitiese el acceso a las mismas (*). En ocasiones, el establecimiento de servidumbres de paso tampoco era la solución adecuada, pues terminaba por convertirse en una maraña de cargas y servicios que, con el tiempo, resultaba confusa y no siempre se respetaba (*). Ante ello la serventía se presenta como una solución que integra las necesidades de paso y la defensa de la propiedad privada (*).

IV. Funcionamiento

1. Naturaleza

a) Es una comunidad de uso y disfrute (S.A.P.A., 1996: nº 29; 2001: nº 359).

b) No es una servidumbre de paso, porque no existe predio sirviente ni predio dominante (S.A.P.A., 1996: nº 29; 1999: nº 249; 2001: nº 581).

2. Origen

a) Cada uno de los propietarios de fincas colindantes cede, de mutuo acuerdo y voluntariamente, una franja de terreno propio, sobre las cuales se establece la serventía (S.A.P.A., 1996: nº 29; 2001: nº 581).

b) Desde ese momento, los colindantes pierden la propiedad sobre la franja de terreno aportada (*).

3. Función

a) Camino utilizado privativamente por los colindantes (S.A.P.A., 2001: nº 581). En determinadas ocasiones y precediendo permiso, también puede ser utilizado por otros vecinos, sin que ello implique su conversión en un camino público (S.A.P.A., 2001: nº 581).

b) Límite o lindero entre colindantes (*). Por ello, cuando uno de ellos decide cerrar su propiedad, debe excluir la serventía y mantenerla fuera de la cerca (S.A.P.A., 2001: nº 581), pues los márgenes de la serventía son los que fijan los límites de las propiedades (*).

4. Sistema de propiedad y responsabilidades

a) Ninguno de los colindantes detenta la propiedad de la serventía, pues solo tienen derecho a usarla y poseerla en común (S.A.P.A., 2001: nº 581).

b) Ninguno de los colindantes podrá solicitar la extinción de la ser-

ventía. Únicamente puede renunciar al derecho que le asiste para aprovecharla (S.A.P.A., 2001: nº 581).

c) La serventía no podrá alterarse sin acuerdo entre los colindantes (*).

d) Se supone que las reparaciones hechas en la serventía, como el acondicionamiento del firme, la limpieza de los márgenes, etc., deberán correr a cargo de los colindantes (*).

Figura jurídica: servidumbre de paso

I. Concepto

En Asturias, se puede adquirir la posesión sobre las servidumbres de paso temporales y discontinuas, si se demuestra su uso continuado e inmemorial, aplicándose así la legislación anterior al Código Civil (S.A.P.A., 1942: nº 140; 1947: nº 44).

II. Uso y aprovechamiento

Cuando la orografía lo permite, los campesinos agrupan sus fincas en un mismo espacio, llamado iría, mortera, vilar, cortina, serna, sienra, llosa, llousa, etc., para aprovechar al máximo las características favorables al cultivo que ofrece dicho espacio (*). Estas irías son unos espacios cercados al exterior de carácter semicomunal, pues aunque cada tierra tenga su dueño, cuando se recoge la cosecha, desaparece la propiedad privada, y los ganados de quienes disfrutan de una finca en la iría pueden entrar a pastar los rastrojos, sin atender a ningún límite o propiedad (*). Las parcelas de las irías y aquellas que son individuales no siempre cuentan con un acceso directo, por lo que para realizar las

labores propias del cultivo deben establecerse servidumbres de paso a pie y con maquinaria (*). El origen de estas servidumbres atiende a las necesidades que tienen los predios dominante y sirviente para su aprovechamiento agrícola, que por definición siempre es temporal y discontinuo (*). Evidentemente, el tener acceso a una finca es el principal requisito para proceder a su cultivo, de ahí que en Asturias las servidumbres temporales y discontinuas sean objeto de posesión (*).

III. Funcionamiento

1. Es una servidumbre temporal y discontinua, pues aunque el paso a pie se permite durante todo el año (S.A.P.A., 1952: nº 140), el paso con maquinaria agrícola depende de determinados factores. Se entiende por maquinaria agrícola todos aquellos transportes, tradicionales y modernos, inherentes al cultivo de las fincas (tierras o prados): carro, arado, gradia, corza, carreña, tractor, etc. (S.A.P.A., 1952: nº 140; 1956: nº 58; 1967: nº 109; 1969: nº 80; 1982: nº 57). La temporalidad y discontinuidad de la servidumbre vienen condicionadas por los siguientes factores:

a) La zona geográfica. La calidad del suelo y el clima no son iguales en toda Asturias, pues depende del sustrato geológico, la altitud, su cercanía al mar, etc. Estos condicionantes afectan a la periodización de las labores agrícolas y al ciclo de crecimiento de las plantas (S.A.P.A., 1953: nº 11; 1955: nº 41).

b) Las necesidades de cultivo. La adecuación de la tierra, su siembra y la recogida de sus frutos se realizan

en fechas concretas (S.A.P.A., 1947: n° 44; 1952: n° 140; 1953: n° 11; 1967: n° 109; 1982: n° 57).

c) Las especies cultivadas. Cada planta tiene un ciclo biológico propio (S.A.P.A., 1952: n° 140; 1967: n° 109).

2. Las servidumbres con maquinaria agrícola se organizan de acuerdo a dos supuestos:

a) Homogeneidad de cultivos. Todas las parcelas de la iría se dedican a la misma cosecha, para hacer coincidir las necesidades de cultivo y del ciclo de la planta. Si alguno de los propietarios decide cosechar otra especie, no podrá acogerse a una servidumbre aparte, sino que deberá conformarse con la general de la iría (S.A.P.A., 1952: n° 140).

b) Cercanía al acceso principal. Las fincas situadas más cerca del camino tienen prioridad para disfrutar de la servidumbre de paso, que continúa siguiendo un orden de cercanía a dicha vía. Con ello se busca que los cultivos sufran el menor daño posible (S.A.P.A., 1952: n° 140; 1956: n° 58).

3. El paso se realiza a través de la rodada, la cual se establece de la siguiente forma: los dueños de fincas colindantes ceden una franja de terreno respectivamente, de modo que el eje de la senda queda marcado por los mojones que actúan de límite entre ambas propiedades. Así, las ruedas derechas del carro circulan por una franja y las izquierdas por la otra, de ahí el nombre de «rodada» (S.A.P.A., 1982: n° 57). La servidumbre de paso para maquinaria agrícola queda reflejada en el ancho de la senda, que suele ser de tres metros aproximadamente, pues

las características orográficas asturianas impiden una anchura mayor (S.A.P.A., 1994: n° 525).

4. Cuando las fincas sirvientes están cerradas de muro, éste debe cumplir unas características constructivas que permitan seguir ejerciendo el derecho de paso:

a) La pasera. En una parte del muro, se colocan unas piedras de forma escalonada, a modo de escalera, que permitan traspasar la pared (S.A.P.A., 1999: n° 198).

b) La saltaera. En un punto concreto, se practica un rebaje en el lienzo del muro, que así tiene menos altura, para que se pueda saltar (S.A.P.A., 1999: n° 198).

IV. Otras servidumbres especiales

1. Servidumbre de acueducto

Cuando la presa de un molino discurre por un terreno ajeno, éste debe servidumbre de paso, para que los encargados del molino puedan acceder a la presa y vigilarla, repararla, etc. (S.A.P.A., 1942: n° 63).

2. Servidumbre de paso bajo el horropanera

Puede ser anterior a la construcción del granero, de modo que sus características constructivas deben respetar esta servidumbre, por ejemplo, disponiendo unos pegoyos particularmente altos (*). También puede ser posterior, por acuerdo entre partes (S.A.P.A., 1957: n° 87). En este caso, el propietario o poseedor del granero se compromete a dejar expedito el paso, retirando cualquier obstáculo (leña, aperos, etc.) (S.A.P.A., 1957: n° 87).

Figura jurídica: sestaferia

I. Terminología

1. Derivados de los vocablos latinos «sex» (seis) y «feria» (descanso, día de fiesta)¹: sestaferia, sustiferia, sastiferia, estaferia, etc. (*).

2. Los trabajos de sestaferia también reciben otras denominaciones, según las diferentes zonas de Asturias:

a) Derivados del término latino «addere» (añadir) > asturiano «adobar» (arreglar): adobehos, adobu (*).

b) Derivados del término latino «pes» (pie): peonada (*).

II. Concepto

La sestaferia es una prestación de trabajo, de carácter personal y obligatorio, que los vecinos de un lugar aportan para arreglar los caminos vecinales que discurren por su término (S.A.P.A., 1977: nº 14; 1994: nº 340). También incluye la reparación

de otras infraestructuras vecinales: fuentes, lavaderos, puentes, banzaos, etc. (*).

III. Uso y aprovechamiento

Los caminos son indispensables para el desarrollo de cualquier comunidad, ya que permiten acceder a los lugares de trabajo, contactar con otras comunidades, establecer intercambios comerciales, etc. (*). La buena marcha de una comunidad depende, en buena medida, de que su caminería se encuentre en buen estado, de ahí que las tareas de acondicionamiento y reparación de los caminos fuesen tan importantes (*). Esta responsabilidad recaía en los miembros de la comunidad, como principales afectados, pues, en el pasado, el Estado y las instituciones públicas no desempeñaban las funciones de cobertura social que hoy definen su actuación (*).

IV. Funcionamiento

1. *Ámbito de aplicación*

Cada núcleo de población se hace cargo de la caminería que recorre su jurisdicción (*). Es decir, la responsabilidad de acudir a la sestaferia solo cubre las vías aprovechadas directamente por los vecinos de un pueblo (*). Así, el arreglo de los caminos de una parroquia no se hace convocando a los feligreses indistintamente, sino que cada pueblo se hace cargo del tramo de camino que discurre por su término (*).

2. *Obligatoriedad*

Los trabajos de sestaferia son obligatorios, de modo que aquellos vecinos que no han cumplido con esta responsabilidad son sancionados (*). Esta sanción puede consistir

¹ La denominación «feria», aplicada a los días de la semana, tiene su origen en el calendario eclesiástico que el Papa San Silvestre estableció en el siglo IV, y que ya había propuesto San Martino, obispo de Dume, en su obra *De correctione rusticorum*. Con ello se pretendía cristianizar los nombres paganos que popularmente se daban a los días de la semana, que aludían a las deidades romanas. Así, el lunes (Luna), martes (Marte), miércoles (Mercurio), jueves (Júpiter) pasan a llamarse respectivamente «segunda feria», «tertia feria», «cuarta feria» y «quinta feria». El domingo (dies domini = día del señor) se transforma en la «prima feria», a partir de la cual se numeran los siguientes días de la semana, correspondiendo al viernes el nombre de «sexta feria». En cuanto al término «feria», cabe decir que, partiendo del significado «día de fiesta», evolucionó hacia el de «día de trabajo», por un proceso de neologismo semántico.

en una multa que se paga en dinero o en la acumulación de días de sestaferia: en la próxima convocatoria deberá trabajar más horas, arreglar un tramo de camino mayor, etc. (*).

3. Celebración y convocatoria

a) La sestaferia es un trabajo que se realiza durante el invierno, cuando el trabajo del campo es menos acuciante (*).

b) La sestaferia se realiza los viernes (*). La aparición de la figura del campesino mixto, que además de atender a la casería trabajaba como asalariado, hizo que la sestaferia pasase a celebrarse los días no laborables, generalmente los domingos (*).

c) La sestaferia comienza por la mañana (c. 9:00) y termina por la tarde (c. 6:00) (*).

d) Los vecinos del pueblo, reunidos en xunta o conceyu, determinan los caminos que deben repararse, las tareas que hay que realizar y la fecha para comenzar los trabajos de sestaferia (*).

e) El encargado de avisar a los vecinos, repartir y periodizar los trabajos es el alcalde del pueblo, vistor, veedor, mayordomu, etc., que también participa en la sestaferia. Recientemente el presidente de la Junta Vecinal o de la Entidad Local Menor (actual Parroquia Rural) desempeña estas funciones (S.A.P.A., 1994: nº 340).

— La noche antes de comenzar la sestaferia, se tañen las campanas de la iglesia tres veces seguidas (*).

— Se avisa casa por casa del pueblo (*).

— Se colocan pasquines en los puntos destinados para la publicación de noticias: puerta de la iglesia, capilla o local social, poste de la luz, tablón de anuncios, etc. (*).

4. Mano de obra

a) El reclutamiento de mano de obra es de carácter casual: cada casa del pueblo debe aportar un obrero que concurra a la sestaferia (*).

b) Solo participan los hombres en edad adulta: aproximadamente entre los 16 y los 65 años, ambos inclusive (*).

c) Las mujeres y ancianos están exentos de este trabajo, de modo que si en la casa no hay un hombre que pueda acudir a la sestaferia, otra casa del pueblo se hará cargo del trabajo que correspondería a esa familia, ya sea por afinidades de parentesco, amistad, o turnándose con los demás vecinos (*).

d) Modificaciones actuales. Hoy en día, a causa del envejecimiento y el abandono de los pueblos, se ha optado por contratar la mano de obra (*). Su financiación se realiza a través de dos sistemas. Cuando el pueblo o entidad cuenta con bienes comunales (monte, pastos, agua), parte de los ingresos que obtiene por su gestión es destinada a pagar los sueldos (*). En caso contrario, se procede a repartir entre los vecinos una cuota para pagar los sueldos (*).

— Los vecinos más jóvenes son contratados por el pueblo para que realicen las tareas de sestaferia, a cambio de un sueldo (*).

— Los jóvenes del pueblo que están en paro son contratados por éste para que reparen los caminos, a cambio de un sueldo (*).

— El pueblo contrata obreros cualificados, independientemente de su vecindad (*).

5. Instrumentos de trabajo

a) Herramientas menores (feso-ria, gadaña, foceta, etc.). Cada obrero debe llevar sus propias herramientas (*).

b) Herramientas mayores (carro y pareja: tractor). Las casas del pueblo se turnan para aportar el carro y la pareja, sustituidos en la actualidad por el tractor (*). En algunos lugares esta carga extra recibe el nombre de «sestaferia por fatiga» (*).

c) Modificaciones actuales. El pueblo o entidad local contrata las herramientas mayores, pagándolas con sus propios recursos, ya sean ingresos derivados de la gestión de bienes comunales o a través de cuotas repartidas entre los vecinos (*). También algunos ayuntamientos se encargan de costear las herramientas mayores, debiendo el pueblo o entidad local aportar la mano de obra y las herramientas menores (*).

6. Materiales: piedra, grijo, arena, etc.

a) Las canteras, grijeras, areneros, etc., son propiedad del pueblo. En consecuencia, se sirven de ellos libremente y las labores de extracción se incluyen en los trabajos de sestaferia (*).

b) Las canteras, grijeras, areneros, etc., son de propiedad particular. En este caso, debe preceder permiso específico, lo que casi nunca implica un desembolso económico, pues la extracción de materiales es muy pequeña y no resulta gravosa (*). Su extracción también

se incluye en las labores propias de la sestaferia (*).

c) El pueblo no cuenta con estos yacimientos y debe comprar los materiales. Para ello se sirve de las dos vías de financiación ya mencionadas (*). En ocasiones, el Ayuntamiento corre con estos gastos (*).

7. Trabajos a realizar

Los trabajos de acondicionamiento consisten en asentar y rebachar el firme de los caminos, limpiar las sangraderas, podar las sebes y setos, cortar las malezas, etc. (*).

8. Fianzas de prevención

Como los caminos vecinales están bajo la responsabilidad del pueblo, cuando existe un monte comunal gestionado por éste, es frecuente que, una vez se haya contratado con una empresa maderera la corta de arbolado, el pueblo exija que se deposite una fianza que cubra los daños ocasionados en los caminos por el paso de los camiones cargados de madera. Si después de ello no se ha dañado el firme de los caminos, la fianza se devuelve. En caso contrario, esta fianza servirá para pagar las reparaciones (S.A.P.A., 1963: nº 28).

Figura jurídica: sociedad familiar

I. Concepto

La sociedad familiar asturiana es una comunidad universal de pérdidas y ganancias, integrada por dos generaciones, generalmente unidas por parentesco lineal: los padres y el matrimonio formado por uno de sus hijos, cuyo objetivo es el aprovechamiento y perpetuación de una empresa familiar (*).

II. Aprovechamiento

En Asturias, la empresa familiar por excelencia es la casería, debido a que se trata de una Comunidad Autónoma eminentemente rural (*). Esta empresa familiar se define como una unidad de producción y consumo, pues lo que producía se destinaba al sostenimiento de los miembros de la familia: comida, vestido, etc. (*). La propia familia era la fuerza de trabajo de la empresa, cuyas tareas se organizaban de acuerdo a un rígido reparto sexual (*). Debido a estas circunstancias, cuando los más ancianos ya no podían trabajar, debían procurarse un relevo generacional masculino y femenino que prosiguiese con la empresa, porque ésta era la única forma de asegurarse el sustento y las atenciones en la vejez (*). Hoy en día, el Estado se encarga de cuidar a los ancianos a través de diferentes mecanismos (pensiones de jubilación, centros sociales, etc.), pero, hasta hace bien poco, estas funciones eran desempeñadas por la familia (*). La sociedad familiar responde por tanto a una cuestión económica: los ancianos se aseguran su sustento y los jóvenes obtienen una explotación o empresa sobre la que construir su futuro, sobre todo cuando en Asturias, desde época temprana, la creación de nuevas explotaciones comenzó a ser imposible (*). También la sociedad familiar responde a consideraciones sociales, porque los ancianos buscan en todo momento garantizar que recibirán todo tipo de atenciones cuando no puedan valerse por sí mismos (*). Pero, además, la sociedad familiar tiene un componente ideológico, ya que la casa como sinónimo de familia es un símbolo al

que respetar y cuidar, intentando que permanezca a lo largo de las generaciones (*).

III. Ámbito geográfico

La sociedad familiar tuvo implantación y vigencia en toda Asturias. Los desequilibrios que existen entre unas zonas y otras se deben a la diferente evolución histórica que han experimentado, sobre todo, desde mediados del siglo XIX (*). La industrialización del centro de Asturias provocó serios desajustes en el sistema de herencia tradicional, dentro del cual se encuadra la sociedad familiar (*). La incidencia de estas transformaciones en una zona dependió de la explotación de yacimientos, la instalación de industrias, la ampliación de la red de comunicaciones, el desarrollo de las ciudades, etc. (*). Por ello, el occidente asturiano se mantuvo relativamente al margen de este proceso aculturizador, pues sus malas comunicaciones con el centro de Asturias, su economía campesina, su escarpado relieve, etc., funcionaron como una especie de pantalla protectora (*).

IV. Composición

1. Capital humano

Los miembros de la sociedad familiar no tienen por qué ser parientes, aunque lo habitual es que se formalice entre padres-hijos o tíos-sobrinos (S.A.P.A., 1946, nº 49; 1964: nº 110). Lo importante es que integre dos generaciones: viejos y jóvenes (S.A.P.A., 1955: nº 127):

a) Los miembros de más edad.

— Reciben el nombre genérico de «viejos» (S.A.P.A., 1960: nº 178; 1987: nº 218) o «amos» (*).

— Cuando se constituye la sociedad familiar, su estado civil puede ser el de casados o viudos.

— En ellos recae la autoridad y gestión de la empresa familiar. Así, los ingresos obtenidos con la venta de los productos de la explotación son guardados y administrados por ellos (S.A.P.A., 1949: n° 103). Existen diferentes símbolos que marcan esta jerarquía, sobre todo en la esfera femenina, como la posesión de la llave del horru o la garfela (cazo). La entrega de cualquiera de estos instrumentos a los jóvenes implicaba el traspaso de poder (*).

b) Los miembros jóvenes.

— El tronquista puede ser hombre o mujer (S.A.P.A., 1942: n° 51; 1943: n° 32; 1944: n° 71; 1946: n° 137; 1947: n° 43; 1947: n° 76; 1969: n° 49; 1982: n° 126).

— Cuando existe parentesco consanguíneo lineal (padres-hijos), el miembro ajeno a la familia recibe diferentes nombres: la nuera se llama «la nueva» o «la venía» y el yerno «el veníu» (*).

— Por norma general, su estado civil suele ser el de casados.

— No tienen ninguna capacidad de decisión y deben subordinarse a las órdenes de «los viejos». El traspaso de poder dentro de la empresa familiar sigue un proceso biológico, de modo que solo tras la muerte de los miembros más ancianos de la sociedad familiar, salvo acuerdo, el matrimonio joven podrá tomar las riendas de la explotación (*).

2. Capital económico

a) «Los viejos» conservan la propiedad, posesión o usufructo vitalicio de los bienes que integran la

empresa familiar (S.A.P.A., 1942: n° 51; 1943: n° 32; 1946: n° 491; 1947: n° 43; 1950: n° 3; 1955: n° 127; 1987: n° 218; 2001: n° 503). Cuando son arrendatarios, cabe la posibilidad de realizar un traspaso progresivo de su titularidad, dando lugar a «la mitad» y sin menoscabo de la sociedad familiar. De este modo, al formalizar el contrato, «los viejos» (casados o viudos) conservan 2/3 o 1/3 de la empresa familiar y al hijo corresponde el resto (*). Cuando uno de los padres enviuda, el hijo pasa a tener 2/3 del arriendo hasta que por muerte de su otro progenitor se hace con toda la empresa familiar (*).

b) Dependiendo de los casos, los miembros jóvenes pueden disfrutar de bienes propios:

— La dote o herencia anticipada. El yerno o la nuera llevan este capital a su nueva familia, para que sea aprovechado en común por todos. Esto no supone que se renuncie a su propiedad, porque cuando se rompe la sociedad familiar la dote debe reintegrarse (S.A.P.A., 1949: 103).

— Los bienes parafernales. Aquellas propiedades (fincas, animales, edificios, etc.) que los esposos jóvenes obtuvieron privativamente por herencia, donación o compra antes o durante la vigencia de la sociedad familiar, salvo pacto en contrario, no se incluyen en el haber de ésta y los beneficios obtenidos con ellas no se reparten (S.A.P.A., 1949: n° 103; 1963: n° 42; 1965: n° 134). Cuando «el viejo» es un viudo y su difunto cónyuge no estipuló la viudedad universal, el hijo dispone de la legítima herencia de su progenitor muerto, patrimonio que no entra en la sociedad familiar (S.A.P.A., 1949: n° 103).

— Salarios y jornales. Si alguno de los esposos jóvenes trabaja fuera de la empresa familiar, el sueldo que obtenga deberá destinarse, en parte o al completo, a la sociedad familiar, para hacer frente a los gastos o compras necesarias (S.A.P.A., 1946: nº 137; 1947: nº 43; 1949: nº 27). Si se trata de ocupaciones menores y esporádicas como coser en casa, asistir en los partos, ayudar a los vecinos a cambio de un jornal, etc., no están obligados a integrar el dinero en la sociedad familiar, aunque esto depende de la buena voluntad entre las partes (*).

V. Formalización

1. En ocasiones, antes de formalizar la sociedad familiar, para facilitar su posterior liquidación, se procede a realizar un inventario de los bienes que integrarán esta comunidad (S.A.P.A., 1948: nº 27).

2. Generalmente, la sociedad familiar se formalizaba cuando los jóvenes ya estaban casados o iban a casarse (S.A.P.A., 1938: nº 37; 1942: nº 18; 1942: nº 51; 1943: nº 52; 1944: nº 71; 1945: nº 113; 1946: nº 20; 1947: nº 43; 1948: nº 104; 1950: nº 3; 1951: nº 14; 1952: nº 7; 1973: nº 120). También podía fijarse estando el joven soltero (S.A.P.A., 1996: nº 219). Para ello se utilizaban diferentes instrumentos:

a) La sociedad familiar puede ser tácita. Basta con cumplir las condiciones que definen esta sociedad para que se dé por válida (S.A.P.A., 1948: nº 27; 1950: nº 3; 1954: nº 79; 1956: nº 19; 1960: nº 178; 1962: nº 186; 1973: nº 120; 1992: nº 126; 2001: nº 503).

b) La sociedad familiar se establece en las capitulaciones matrimoniales (S.A.P.A., 1943: nº 32; 1944: nº 71; 1948: nº 104; 1949: nº 103; 1952: nº 7; 1954: nº 79; 1955: nº 127). En ellas también se fijaban la mejora y la dote de los jóvenes (S.A.P.A., 1949: nº 103; 1952: nº 7; 1990: nº 3). La primera está supeditada al cumplimiento de las cláusulas de la sociedad familiar y no necesita fijarse sobre bienes concretos (S.A.P.A., 1952: nº 7).

c) La sociedad familiar se fija en otro tipo de documentos públicos (S.A.P.A., 1946: nº 49; 1946, nº 137) como los testamentos (S.A.P.A., 1995: nº 68). En ellos también se estipulaban la mejora y dote de los jóvenes, que en el primer caso está supeditada al cumplimiento de las condiciones de la sociedad familiar y no necesita fijarse sobre bienes concretos (*).

d) La sociedad familiar se formaliza en documentos privados (S.A.P.A., 1954: nº 79). En ellos también se estipulaba la mejora y dote de los jóvenes, que en el primer caso está condicionada al cumplimiento de las cláusulas de la sociedad familiar y no necesita fijarse sobre bienes concretos (*).

3. La acción de constituir una sociedad familiar se llama «casar pa en casa», «casar en casa», «casar para casa», «troncar en casa», etc. (S.A.P.A., 1947: nº 76; 1948: nº 27; 1950: nº 31; 1954: nº 79; 1964: nº 110; 1973: nº 120; 1987: nº 218; 1995: nº 68; 1995: nº 98; 1996: nº 296).

VI. Condiciones de las partes

1. Las condiciones o cláusulas que debía cumplir cada uno de

socios estaban fijadas en los documentos públicos o privados donde se formalizaba esta comunidad (S.A.P.A., 1944: n° 71; 1946: n° 137; 1951: n° 8). En aquellas sociedades familiares tácitas, dichas condiciones se sobrentendían (*).

a) Residencia común. Ambas generaciones deben vivir bajo un mismo techo. Las expresiones tradicionales para definir esta convivencia reflejan el objetivo principal de la sociedad familiar, que es el asegurarse la subsistencia: «comer a una mesa y mantel», «vivir a mesa y manteles», «estar a mesa y mantel», «a pan y mantel», «a pan y cuchillo», «a un mismo fuego», etc.

b) Asistencia mutua. Además los jóvenes deberán cuidar, alimentar, vestir, etc., a los mayores cuando la edad les impida valerse por sí mismos (S.A.P.A., 1944: n° 71; 1945: n° 113; 1948: n° 104; 1952: n° 7; 1995: n° 98).

c) Colaboración laboral. Cada una de las partes deberá trabajar en la empresa familiar según sus posibilidades, lo que supone que, con el paso de los años, los jóvenes tendrán que cargar con todas las responsabilidades laborales (S.A.P.A., 1953: n° 32; 1942: n° 51; 1946: n° 137; 1947: n° 76; 1948: n° 27; 1948: n° 104; 1950: n° 3; 1954: n° 79; 1955: n° 127; 1964: n° 110; 1999: n° 129).

d) Disfrute en comunidad. Los productos obtenidos en la empresa familiar deben ser disfrutados en comunidad por todos los socios, sin que se realice ningún tipo de reparto (S.A.P.A., 1943: n° 32; 1950: n° 3; 1990: n° 431; 1999: n° 129).

e) Respeto de la jerarquía. Como se ha señalado, «los viejos» adminis-

tran y gestionan los recursos de la empresa familiar. La venta de productos debía ser aprobada por ellos, aunque los jóvenes eran quienes iban al mercado. Pero los ingresos debían entregarse a «los viejos». Lo mismo sucedía con el pago de la renta por la explotación, la contratación de obras y cualquier decisión que afectase a la empresa familiar (*).

VII. Ruptura y liquidación

1. Causas de ruptura

a) Por incumplimiento de cualquiera de las condiciones ya señaladas (S.A.P.A., 1944: n° 71; 1946: n° 137; 1947: n° 76; 1951: n° 8; 1959: n° 49).

b) Por muerte de cualquiera de sus miembros (S.A.P.A., 1948: n° 104; 1949: n° 103; 1959: n° 49; 1982: n° 126). Esto no implica el cese de la sociedad familiar, ya que puede prorrogarse de forma tácita (S.A.P.A., 1948: n° 104).

c) Por desavenencias entre los socios, de modo que la convivencia y disfrute en comunidad se hacen insostenibles (*).

d) Por decisión de uno de los socios (*).

2. Liquidación

a) Los beneficios ingresados y los desembolsos realizados en la empresa familiar durante la vigencia de la sociedad familiar se reparten entre sus miembros. Solo se incluyen las pérdidas y ganancias obtenidas con los bienes que han constituido la sociedad familiar, excluyéndose los bienes propios de los socios (S.A.P.A., 1944: n° 71; 1948: n° 27; 1948: n° 104; 1949: n° 103; 1990: n° 431; 1960: n° 78; 1964: n° 110; 1973:

nº 120; 1982: nº 126; 1992: nº 88; 1999: nº 129).

— Si decide separarse de la sociedad familiar, el miembro viudo ajeno a la familia (yerno o nuera) tendrá mayor o menor participación dependiendo de si en su matrimonio tuvo o no hijos. En el primer caso participa de las pérdidas y ganancias, se lleva una pequeña indemnización y recupera la dote. En el segundo caso se le compensa con una indemnización y recupera la dote (S.A.P.A., 1949: nº 103). En ambas circunstancias, la indemnización se da para compensar su renuncia al legado patrimonial de su cónyuge, con vistas a conservar intacta la empresa familiar (*).

— Cabe la posibilidad de que en el documento donde se formaliza la sociedad familiar se estipulen aproximadamente las pérdidas y ganancias, según la entidad de la empresa familiar. Esta tasa se conceptúa en dinero y cuando se disuelve la sociedad debe entregarse a los jóvenes: por ejemplo tantas pesetas al día (S.A.P.A., 1969: nº 49).

b) Las pérdidas y las ganancias de la empresa familiar se reparten entre los socios por cabezas (S.A.P.A., 1948: nº 104; 1960: nº 178; 1987: nº 218; 1990: nº 431; 2001: nº 503).

c) Cuando existe contradicción entre documentos sucesivos en el tiempo, pues en las capitulaciones matrimoniales o contrato equivalente se ha formado sociedad familiar con una persona y en el testamento con otra, prevalece el más antiguo, siempre y cuando no se hayan incumplido las cláusulas de la sociedad. De ser así, el documento más moderno es el que toma vigencia

(S.A.P.A., 1959: nº 49; 1969: nº 49; 1992: nº 88).

Figura jurídica: usos y costumbres

I. Perfil

Bajo el título general de usos y costumbres, se agrupan diferentes comportamientos o modos que son específicamente asturianos, o que están reconocidos como peculiaridades que deberán tenerse en cuenta a la hora de aplicar la legislación común (S.A.P.A., 1952: nº 101). Constituyen un conjunto de costumbres que podrían calificarse como menores, cuyo alcance y características aún están por determinar, pero que efectivamente reglaban y organizaban la vida de la comunidad. Así, por ejemplo, se hace constar que en Asturias el sistema seguido para deslindar todo tipo de bienes atendía a los vientos y no a los puntos cardinales (S.A.P.A., 1954: nº 23).

Figura jurídica: viudedad universal

I. Concepto

La viudedad universal es el usufructo vitalicio que un cónyuge otorga sobre todos o parte de sus bienes en favor de su supérstite, independientemente de que otra persona disfrute de la nuda propiedad de esos mismos bienes (S.A.P.A., 1945: nº 70).

II. Uso y aprovechamiento

La viudedad universal permitía al cónyuge viudo seguir disfrutando de una posición jerárquica dentro de la familia, sobre todo cuando se trataba de una mujer (*). El usufructo vitalicio de los bienes de su

cónyuge hacía que el viudo tuviese un control absoluto sobre el patrimonio familiar, pues, junto a estos bienes, también disfrutaba de los suyos propios, su parte de ganancias, y su parte en las pérdidas y ganancias de la sociedad familiar (*). La viudedad universal garantizaba al viudo que no se encontraría desamparado en la vejez, ya que contaba con bienes para hacer frente a cualquier necesidad (*). Por otra parte, los herederos debían supeditarse a la voluntad del viudo, que era quien disponía del patrimonio familiar, lo que aseguraba que éste recibiría atenciones y cuidados por parte de esta generación de reemplazo (*).

III. Funcionamiento

1. El cónyuge difunto dispone en su testamento la viudedad universal (S.A.P.A., 1945: n° 70; 1956: n° 49; 1991: n° 525; 2001: n° 516).

2. La viudedad universal se carga sobre todo el patrimonio del cónyuge difunto: sus bienes privados y su mitad en los gananciales habidos durante el matrimonio (S.A.P.A., 1991: n° 525; 2001: n° 516) o sobre parte de ellos, generalmente aquellos destinados a la mejora del heredero (tercio y quinto o dos tercios) (*).

3. La viudedad universal otorga al cónyuge supérstite plenas facultades para disponer de los bienes sujetos a esta figura: puede explotarlos según su conveniencia, venderlos, invertir capitales, etc. (S.A.P.A., 1945: n° 70; 1956: n° 49; 1991: n° 525; 2001: n° 516).

4. El viudo disfruta del usufructo vitalicio del patrimonio de su cónyuge difunto, con independencia del

reparto que se haya hecho de dichos bienes entre herederos, porque estos nudo propietarios no podrán disponer de ellos hasta la muerte del viudo (S.A.P.A., 1945: n° 70). La mejora o demasía que se puede otorgar a un heredero queda supeditada al respeto de la viudedad universal, de manera que de no cumplirse esta condición el mejorado pasará a disponer únicamente de su legítima estricta (*).

a) La nuda propiedad corresponde a una misma persona (S.A.P.A., 1945: n° 70).

b) El patrimonio del difunto pertenece en proindivisión a sus legítimos herederos (S.A.P.A., 2001: n° 516).

c) El patrimonio del difunto se ha dividido entre herederos (S.A.P.A., 1956: n° 49), ya sea a partes iguales o mejorándose a uno de ellos (*).

CRISTINA CANTERO FERNÁNDEZ

2. CONCORDANCIAS CON EL DERECHO COMÚN

(Autores: de las voces «agua», «aparcería», «bistechu», «casería», «compaña pesquera», «linderos», «poznera», «prinda», «serventía», «servidumbre de paso» y «viudedad universal», don José Ignacio Álvarez Sánchez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Asturias y colaborador de la Comisión; de las voces «antojana», «compraventa de animales», «comuña», «facería», «hórreo y panera» y «sextaferia», don Rafael Fonseca Fernández, Magistrado de lo Contencioso-Administrativo y miembro del equipo de investigación de la Comisión).

Figura jurídica: agua

Al aprovechamiento de las aguas se refiere el Código civil en numerosos preceptos, debiendo citarse, en primer término, los artículos 409 a 425, así como los relativos a las servidumbres que se contienen en los artículos 552 y 563. Sin embargo, la regulación más detallada se contiene en la Ley de Aguas, cuyo texto refundido se aprobó por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que en sus artículos 47 a 49 se refiere a las servidumbres, en el 50 y ss. a los usos comunes y privativos y en los artículos 81 y ss. a las comunidades de usuarios, que son obligatorias cuando provengan de una misma toma o concesión. Su disposición final primera establece que en todo lo que no esté expresamente regulado en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código civil. Ello significa que en el sistema de fuentes se aplica en primer lugar esta ley especial y el Código civil sólo opera a falta de norma expresa en ella.

Figura jurídica: antojana

El régimen jurídico de la antojana pasa por establecer el nexo jurídico que le une a la casa o construcción a la que sirve, partiendo del concepto jurídico en las cosas compuestas divisibles y no divisibles, de partes integrantes, pertenencias y accesorios. Establecido dicho vínculo, que se estima como pertenencia, es posible resolver las cuestiones que se presentan.

Desde el punto de vista estático, vinculada a la casa, no plantea problemas distintos a los de cualquier otra propiedad, gravámenes, deslin-des, etc.

Desde una perspectiva dinámica, sigue, en general, la suerte de la principal, pues las partes pueden disponer otra cosa y excluir del acto o negocio la cosa pertenencial con base en el principio recogido en el artículo 1.255 del Código civil. Se plantean diversas cuestiones cuando la casa se divide, bien dividiendo también la antojana o bien dejándola indivisa, como elemento común, de las resultantes y con naturaleza de comunidad *sui generis*, más próxima a la germánica o en mano común que a la copropiedad ordinaria.

Figura jurídica: aparcería

En el Código civil viene regulada en el artículo 1.579, el cual remite a las disposiciones reguladoras del contrato de sociedad, a las estipulaciones de las partes y, en su defecto, a la costumbre de la tierra. Con mucho mayor detalle se disciplina esta figura en los artículos 102 a 108 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos. Su artículo 106 contiene un sistema de fuentes en el que se da prioridad al pacto expreso, a las normas forales, de Derecho especial y de costumbre, siendo de aplicación sólo supletoriamente las normas específicas contenidas en el articulado de esta ley.

Figura jurídica: bistechu

La referencia más directa en el Código civil se contiene en los artículos 586 y ss., incluidos en la sección 6ª del capítulo II del título VII del libro II, la cual lleva por rúbrica «Del desagüe de los edificios». Dichos preceptos regulan la servidumbre legal de desagüe y no

hacen referencia al derecho de propiedad, que es lo que caracteriza al bistechu, limitándose a señalar que el propietario de un edificio tiene obligación de construir sus tejados de manera que las aguas no caigan sobre el suelo del vecino, que si se tiene la servidumbre el dueño del predio sirviente podrá edificar y vendrá obligado a dar salida a las aguas, sin que se cause perjuicio al predio dominante, y que cabe la constitución forzosa cuando no sea posible dar salida a las aguas pluviales que caen en un corral o patio de una casa.

Figura jurídica: casería

No se encuentran en el Código civil concordancias claras con esta figura. Hay que acudir a leyes especiales, señalándose que la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar y de los Agricultores Jóvenes, contiene en los artículos 16 y ss. una regulación del pacto sucesorio en favor del colaborador, el cual ha de permanecer en la explotación hasta que fallezca el instituyente, siendo en este caso un pacto irrevocable. Se establece la imposibilidad de disponer a título gratuito y el derecho de adquisición preferente si esa disposición es por acto oneroso. Se contempla también la posibilidad de que se designe al sucesor en el testamento, se establece el derecho de los cónyuges a hacer testamento mancomunado (prohibido por el art. 669 del Código civil) y se dispone que en caso de sucesión intestada se atribuirá la explotación al heredero legítimo más próximo que ostente la condición de colaborador, y si no lo hubiera al que tuviere esta

condición. Por último, se regula con detalle el derecho de reembolso de los demás herederos.

La antedicha ley fue derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que incide en definir las explotaciones prioritarias, en los beneficios fiscales y el régimen sancionador, olvidando todo lo relativo al régimen sucesorio, que era lo más importante y que se remite a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de la que se reformaron algunos preceptos para garantizar la no división de la explotación (art. 35); quedando, pues, sin regulación todo lo relativo al pacto sucesorio y a la posibilidad de hacer testamento mancomunado.

Figura jurídica: compañía pesquera

Es un contrato de tipo asociativo, por lo que la figura que más se le asemeja es el contrato de sociedad regulado en los artículos 1.665 y ss. del Código civil.

Figura jurídica: compraventa de animales

El Código civil establece reglas concretas en la venta de animales y en concreto en el tema del saneamiento por vicios ocultos.

Los animales que padezcan enfermedades contagiosas no pueden ser objeto de contrato (art. 1.494.I) y el contrato sobre ellos es nulo, con sanción de nulidad radical (art. 1.271).

También es nulo el contrato de venta de ganados y animales si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para el que se

adquieran, resultan inútiles para prestarlo (art. 1.494.II).

El artículo 1.496 recoge la acción redhibitoria fundada en vicios o defectos de los animales, regulando los plazos y ejercicio de las acciones correspondientes.

También los artículos 1.491 y 1.495 recogen aspectos relacionados con este tema.

Figura jurídica: comuña

Se trata de una aparcería pecuaria que en Asturias recibe el nombre de comuña.

La referencia al Código civil está constituida por el artículo 1.579, en el que se contiene el arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, disponiendo que se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra.

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, dedica el título II, artículos 102 a 120, a la regulación de la aparcería rústica.

Ya en la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, se regulaban las aparcerías en su título III, dedicándose dentro de él, el capítulo IV, artículos 72 a 78, a la concreta aparcería pecuaria. En los artículos 79 a 88 de la actual Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, se regula la aparcería pecuaria con detalle, referida a animales susceptibles de aprovechamiento en

la agricultura, industria y comercio. También se refiere a la aparcería de ganados el artículo 339 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

Figura jurídica: facería

Es una mancomunidad, en derecho recíproco, de aprovechamientos destinados, especialmente a pastos, entre pueblos limítrofes.

Teniendo presente que se pretendía dar solución al hecho de que las poblaciones más desafortunadas presionaban a aquellas que tenían pastos en abundancia, el artículo 115 de la Ley 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural, dispone que, cuando la insuficiencia o inidoneidad de los terrenos destinados a pastos en el territorio de un concejo lo aconsejen, deberá formarse comunidad con el limítrofe o limítrofes, a propuesta de un Ayuntamiento o de la Consejería de Agricultura y Pesca y con la conformidad de las demás Corporaciones afectadas.

La Ley 384, de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, de 1 de marzo de 1973, dispone que la facería consiste en una servidumbre recíproca entre varias fincas de propiedad colectiva o privada, y añade que las facerías se rigen por el título, pactos o concordias que hubiese establecidos, por las disposiciones de esta compilación a ellos referentes y, en lo no previsto, por lo dispuesto para las servidumbres o las comunidades en su caso.

Figura jurídica: hórreo y panera

Su calificación como bien mueble o inmueble ha de establecerse, en general, según los artículos 334 y 335 del Código civil.

Se ha de tener en cuenta el Decreto 449/1973, de 22 de febrero, según el cual todas las construcciones conocidas con el nombre de «hórreos» o «cabazos» existentes en las regiones de Asturias o Galicia, que tengan una antigüedad no menor de un siglo, quedan bajo la protección del Estado, que impedirá toda intervención que altere su carácter o pueda provocar su derrumbamiento, lo que puesto en relación con el artículo 9 del Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926, aplicable según la Ley de 1933, hace que sea considerado como inmueble.

La Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural, en su artículo 75 dispone de medidas de protección de hórreos, paneras y cabazos.

La propiedad puede ser individual o en proindiviso (como unidad derivada normalmente de la sucesión *mortis causa*). En los supuestos de copropiedad se aplican las normas de los artículos 392 y ss. del Código civil.

Nada impide que puedan pertenecer a varias personas con división en partes susceptibles de aprovechamiento independiente: vertical u horizontalmente (en estos supuestos según la costumbre existiría un derecho de adquisición preferente a favor de los titulares de las demás partes en la transmisión onerosa de una). Para la conservación y reparación de los elementos comunes son,

en general, de aplicación los principios que establece la Ley de Propiedad Horizontal.

Estas construcciones pueden asentarse en terreno propio, ajeno o público, pudiendo en estos dos últimos casos obedecer a las fórmulas jurídicas de edificación en suelo ajeno (arrendamiento, derecho de superficie).

Pueden tener antojana y diversas servidumbres según los casos, en las cuales deben tenerse presentes las normas generales del Código civil, con los aspectos urbanísticos que puedan incidir.

Figura jurídica: linderos

No contempla el Código civil un sistema específico de delimitar las fincas. Regula, en los artículos 384 a 387, cómo debe hacerse el deslinde entre los predios, atendiendo en primer término a lo que resulte de los títulos de cada propietario, en segundo lugar a la posesión y por último a la división del terreno objeto de la controversia por partes iguales.

Por consiguiente, el sistema de cierre a través del suco o zanja y de cárcova o montón de tierra es específico de la región asturiana, viniendo propiciado por el minifundio y la orografía montañosa y siendo numerosas las sentencias que han identificado las fincas a través de este sistema, atribuyendo tanto la zanja como el montón al dueño del terreno donde se excavó la primera.

Figura jurídica: poznera

Es difícil encuadrar esta figura en cualquier otra regulada en el Código civil o en leyes especiales. De

hecho algunos autores la consideran semejante a una accesión de bienes inmuebles, regulada en los artículos 358 y ss. del Código, otros entienden que es una servidumbre —en equiparación muy forzada—, algunos lo consideran como un supuesto de dominio dividido, equivalente al censo enfiteútico (arts. 1.605 y 1.628 y ss.) y, por último, otros lo entienden más afín al derecho de superficie, al que se refiere el artículo 1.611 del Código civil y la Ley del Suelo.

Figura jurídica: prinda

La figura más cercana en el Derecho común es el derecho de retención regulado en numerosos preceptos del Código civil. Entre otros, cabe citar el artículo 1.866, que faculta al acreedor prendario a retener la cosa entregada en garantía mientras no se pague el crédito; el artículo 1.886, que concede este mismo derecho al acreedor en caso de anticresis, y el artículo 1.780, en favor del depositario por los gastos de conservación de la cosa y los perjuicios irrogados.

La prinda ordenada por la autoridad competente, que es la que únicamente pervive, es una acción administrativa de policía.

Figura jurídica: serventía

No existe una correspondencia clara con ninguna figura del derecho común. Sus características parecen obedecer a una comunidad de tipo germánico o en mano común, en cuanto que establece una titularidad compartida, sin división de cuotas y no permite la acción de división.

Figura jurídica: servidumbre de paso

Pueden constituirse por Ley, por voluntad de los propietarios o por la existencia de signo aparente y vienen reguladas en los artículos 564 y ss. del Código civil, que establecen los requisitos de su constitución forzosa, tanto con carácter permanente como temporal, refiriéndose a esta última el artículo 569, que la contempla para el supuesto de que sea necesario colocar andamios o pasar materiales para construir o reparar un edificio.

Las servidumbres voluntarias se mencionan en los artículos 594 y ss. del Código. A la adquisición por signo aparente, también conocida como la de destino del padre de familia, se refiere el artículo 541. Debe significarse que al ser la servidumbre de paso discontinua, no es posible ganarla por el otro medio de adquisición que la Ley regula, la usucapión (art. 537 del Código), salvo que se hubiera adquirido por prescripción inmemorial con anterioridad a la promulgación del Código civil, lo que es prácticamente imposible.

Ya se colige de lo antedicho que una gran parte de las servidumbres temporales propias del campo asturiano no encuentra correspondencia en el Derecho Común.

Figura jurídica: sextaferia

Como prestación vecinal, se trata de una figura jurídica de gran tradición y de muy antigua regulación.

Se recogía en la Ley de Régimen Local de 1955 y anteriores, y la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora

de las Bases de Régimen Local, dispone en el artículo 18, al establecer los derechos y deberes de los vecinos, en su apartado d): «Contribuir mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales», lo que se desarrolla en los artículos 118 y 119 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales.

Expresamente se recoge en la Ley del Principado 11/1986, de 20 de noviembre, por la que se reconoce la Personalidad Jurídica de la Parroquia Rural:

«Art. 12.1. Son competencias de las parroquias rurales:

(...)

c) La prestación de servicios y ejecución de obras que sean de exclusivo interés de la parroquia y en las que predomine como forma de gestión y realización la aportación personal de los vecinos».

«Art. 19. La hacienda de la parroquia rural estará constituida por los siguientes recursos:

(...)

d) Sextaferia o, en su caso, prestación personal».

Figura jurídica: viudedad universal

La sucesión se defi ere de dos formas, por testamento o *ab intestato*.

Sólo en la primera de ellas se permite dejar al cónyuge viudo el usufructo universal de todos los bienes del causante, tanto de los privativos como de la parte que le corresponda en la sociedad de gananciales al procederse a su liquidación. El único límite que impone el Código civil a la libre facultad de disponer en testamento es el de que deben respetarse las legítimas. Así lo dispone el artículo 806, que consagra el principio de la intangibilidad de la legítima, a la que también se refieren los artículos 816, 1.056, 1.075 y 813; indicando este último que sólo en los casos previstos por las leyes se puede privar de ella a los legitimarios. Estos casos son los de desheredación, que vienen regulados en los artículos 848 y ss. del Código.

Debe señalarse, por último, que la cláusula testamentaria por la que se sanciona al heredero disconforme con la partición que acude a impugnarla judicialmente únicamente es válida cuando la misma no adolezca de motivos de nulidad ni lesione los derechos de los legitimarios, y así lo establece la Sentencia de 8 de junio de 1999.

(N.R. El anexo [tablas, gráficos y mapas] al dictamen de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano se encuentra a disposición de los señores Diputados en la Secretaría General de la Cámara.)

B) STC 47/2004, DE 29 DE MARZO DE 2004, SOBRE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY DE GALICIA 11/1993, DE 15 DE JULIO, SOBRE RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DERECHO CIVIL ESPECIAL

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 3141/93, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. Han comparecido y formulado

alegaciones la Junta de Galicia, representada por los Letrados don José Vicente Alvariño Alejandro y doña María Carmen Bouso Montero, y el Parlamento de Galicia, representado por su Presidente don Victorino Núñez Rodríguez. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 25 de octubre de 1993, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. En el escrito de interposición del recurso se hizo expresa invocación del artículo 161.2 CE.

2. El recurso de inconstitucionalidad se funda, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

a) El Abogado del Estado comienza por referirse a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación procesal. En este sentido, recuerda que el artículo 149.1.6 CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». La atribución de esta competencia responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales, de forma que el mencionado precepto constitucional no permite a las Comunidades Autónomas, en todo caso, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos que materialmente regulen, pues ello equivaldría a vaciar de contenido o de todo significado la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6 CE.

Así pues, en orden a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas debe de partirse, conforme al artículo 149.1.6 CE, de una competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal y de que las Comunidades Autónomas se hallan limitadas para innovar el ordenamiento procesal y no pueden reproducir con carácter general las normas procesales estatales (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4). Las competencias de

las Comunidades Autónomas en este materia se contraen a la regulación de «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades de su Derecho sustantivo». En este marco el Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG), aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de «normas procesales ... que se deriven del específico Derecho gallego o de la organización propia de los poderes públicos gallegos».

La STC 121/1992, de 28 de septiembre, tras determinar que «la atribución por la Constitución de competencia exclusiva al Estado en punto a la legislación procesal lo es sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», declara que las innovaciones procesales que éstas puedan realizar no se extienden a la regulación de «la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión “necesarias especialidades” la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las relaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Constitución» (FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 83/1986, de 26 de junio, FJ 3; 123/1988, de 23 de junio, FJ 2).

De esta manera, la citada Sentencia, al considerar determinadas particularidades procesales establecidas por el legislador autonómico en la

Ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos históricos, concluye que «de las particularidades del régimen sustantivo y de las especificidades del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso».

En cuanto a aquellas normas que no contengan particularidades en la ordenación del proceso, sino auténticas reglas de competencia jurisdiccional, la competencia para dictarlas corresponde al legislador estatal y habrán de recogerse en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 122.1 CE), pues el «legislador autonómico no puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo» (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4).

b) De conformidad con la doctrina constitucional expuesta la Comunidad Autónoma de Galicia sólo puede hacer las innovaciones procesales que necesariamente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica como consecuencia de las particularidades del específico Derecho gallego (arts. 149.1.6 CE y 27.5 EAG). En consecuencia no está facultada para llevar a cabo una regulación procesal paralela a la prevista en la normativa estatal del recurso de casación reco-

gida en la sección novena del título XXI del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. Y esto último es precisamente lo que lleva a cabo la Ley impugnada, que, sin vincular la específica regulación procesal que introduce a las particularidades del Derecho sustantivo gallego, contiene una regulación completa de las resoluciones recurribles, los motivos del recurso, la delimitación de la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y el criterio para la imposición de las costas procesales.

c) A continuación, el Abogado del Estado analiza de manera individualizada los preceptos de la Ley recurrida.

1) El artículo 1 establece el alcance de la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia para conocer de recursos de casación. Determina, en efecto, que «son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: a) las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia, así como, en su caso, las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa; b) las resoluciones que impidan la prosecución de la instancia o, en ejecución, resuelvan definitivamente cuestiones controvertidas en el pleito, no decididas en la sentencia o que contradigan lo

ejecutado; c) las resoluciones para las que expresamente se admita, en las circunstancias y con arreglo a los requisitos que vengan establecidos. Quedan excluidas las sentencias dictadas en los juicios de desahucio por falta de pago de renta».

El precepto ninguna relación guarda con las especialidades propias del Derecho civil gallego, más bien realiza una atribución de competencias a un órgano jurisdiccional, alterando, al mismo tiempo, el contenido del artículo 1687 LEC de 1881. Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial regula en su libro I, título IV, capítulo III, los Tribunales Superiores de Justicia y dispone que «La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá como Sala de lo Civil del recurso de casación que se establezca en la Ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» [art. 73 a), apartado 1; en el mismo sentido, art. 1686, párrafo dos, LEC de 1881]. El EAG establece al respecto que «la competencia de los órganos jurisdiccionales de Galicia se extiende: en el orden civil, a todas las instancias y grados incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil gallego» [art. 22.a)]. De acuerdo con los preceptos transcritos, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia conocerá del recurso de casación

fundado en la infracción del Derecho civil foral de Galicia.

Pero tales previsiones no modifican en absoluto el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, desde luego, no facultan al legislador autonómico para establecer una regulación general de las resoluciones que son susceptibles de ser recurridas en casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma.

2) El artículo 2 regula los motivos del recurso de casación. Junto con la reproducción, con las debidas adaptaciones, del recogido en el artículo 1692.4 LEC de 1881, incluye como motivo casacional no previsto en el citado precepto el «error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de los hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre». Existe una alteración de la normativa procesal general que no deriva de las peculiaridades sustantivas del Derecho civil gallego, pero, además, la pura reiteración de reglas procesales generales que contiene el precepto no puede ser realizada, como ya se ha señalado, por el legislador autonómico, en cuanto exigencia de la necesaria uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.

3) Por su parte, el artículo 3 extiende la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia al conocimiento del recurso de casación cuando se funde «además de en alguno de los motivos señalados en el artículo anterior, en uno de los referidos en

los números 1, 2 y 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Se produce, así, una alteración de las normas competenciales estatales y se establece una regla competencial que no puede introducir el legislador autonómico y que, en ningún caso, resulta necesaria para la eficacia y aplicación del Derecho foral gallego. Además, el precepto difiere de la normativa contenida en la legislación estatal que, con carácter general y para salvaguardar la unidad de los instrumentos jurisdiccionales, regula el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia. En efecto, el artículo 1730 LEC 1881 dispone que «cuando el recurso de casación se fundamenta conjuntamente en infracción de norma de Derecho civil común y Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo».

4) El artículo 4 prevé la regla de la temeridad o mala fe de la parte como criterio para la imposición de costas procesales originadas por el recurso, lo que difiere de lo ordenado en el artículo 1715.2 y 3 LEC de 1881, que dispone que «en la sentencia que declare haber lugar al recurso» se determinará «que cada parte satisfaga las suyas» y «si no se estimase procedente ningún motivo» se impondrán, en todo caso, al

recurrente. No se concibe de qué peculiaridad sustantiva del Derecho gallego puede derivar la necesidad de una norma procesal sobre la imposición de costas.

5) La disposición adicional de la Ley establece que «en todo lo no previsto en la presente Ley y mientras no se opongán a la misma, regirán como supletorias las normas sobre el recurso de casación contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Así pues, a la normativa estatal que regula íntegramente el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 1717 a 1721 LEC de 1881) se le atribuye una pura eficacia supletoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. Tal previsión resulta manifiestamente contraria al artículo 149.1.6 CE que permite sólo a las Comunidades Autónomas regular las necesarias especialidades que inevitablemente resulten, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica. Para la aplicación y eficacia del Derecho civil gallego no se requiere, desde luego, realizar una ordenación completa y diferenciada de la regulación del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia.

6) Por último, la inconstitucionalidad de la disposición transitoria, que establece que «serán recurribles en casación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, las resoluciones judiciales que, dictadas antes de su entrada en vigor, se encuentran en tiempo hábil para ser recurridas», y de la disposición final, que prevé que «la presente Ley entrará

en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Galicia», deriva, por conexión, de la que se predica del resto de los preceptos de la Ley considerados.

El Abogado del Estado concluye su escrito solicitando del Tribunal Constitucional que, previa la tramitación correspondiente, dicte en su día Sentencia en la que se declare la nulidad radical de la Ley de Galicia 11/1983, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. Por otrosí, habiendo invocado expresamente el artículo 161.2 CE, interesó la suspensión de la vigencia de la Ley impugnada.

3. La Sección Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 de noviembre de 1993, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad; dar traslado de la demanda y de los documentos presentados, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y a la Junta de Galicia, por conducto de sus respectivos Presidentes, al objeto de que en el plazo común de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que tuvieran por conveniente; tener por invocado, por el Presidente del Gobierno, el artículo 161.2 CE, lo que, a tenor del artículo 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada desde la fecha de interposición del recurso para las partes legitimadas y desde la publicación de dicha suspensión en el Boletín Oficial del Estado para los terceros; así como, por último,

publicar la incoación del recurso y la suspensión acordada en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diario Oficial de Galicia».

4. Mediante escrito registrado el día 26 de noviembre de 1993 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de no personarse en el procedimiento y de poner a disposición del Tribunal la documentación que pudiera precisar.

El Presidente del Senado, por escrito registrado el día 2 de diciembre de 1993, interesó se tuviera por personada a dicha Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

5. Los Letrados de la Junta de Galicia, mediante escrito registrado en fecha 10 de diciembre de 1993, se personaron en el procedimiento y efectuaron las alegaciones que, a continuación, sucintamente se resumen:

a) Bajo la rúbrica «La atribución de la competencia ocasional en materia civil a los Tribunales Superiores de Justicia», manifiestan que el artículo 152 CE, cuyo contenido transcriben, crea un nuevo órgano judicial con la firme voluntad de introducir en la Constitución la participación de las Comunidades Autónomas en el ámbito judicial, a fin de dar satisfacción a la plenitud del concepto de autonomía política, mediante la consagración de un Tribunal Superior de Justicia en la cúspide de la organización jurisdiccional en las Comunidades Autónomas.

Los Tribunales Superiores de Justicia, integrados en la organización judicial del Estado formando

parte del Poder Judicial, figuran, pues, en la cúspide jurisdiccional del territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, constituyendo el más alto nivel de la estructura judicial en su ámbito territorial e integrándose en la misma. Su creación obedece a la existencia misma de la Comunidad Autónoma, sin cuya realidad no serían concebibles, tratándose, en definitiva, de una especialidad en la estructuración de los órganos jurisdiccionales que deriva directamente del modelo del Estado de las Autonomías. En este sentido el artículo 70 LOPJ dispone con carácter general que los Tribunales Superiores de Justicia culminarán la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Y, por su parte, el artículo 21 EAG establece que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia «es el órgano jurisdiccional que culminará la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto».

Dada la existencia en la Comunidad Autónoma de Galicia de dos conjuntos normativos en materia civil es plenamente coherente que, en lo referente a la aplicación e interpretación de las normas del Derecho civil propio, sean los órganos jurisdiccionales radicados en ella los que tengan atribuida la competencia para la resolución definitiva del proceso, incluido el recurso de casación, asumiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia la función de unificar la inter-

pretación del Derecho por los Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma mediante el recurso de casación, a través del que se deben por lo tanto integrar y unificar criterios del Derecho civil, foral o especial, con lo que se llegan a entender de manera más equilibrada los principios de unidad y diversidad en el campo del Derecho privado. De otra parte se mantiene el recurso de casación ante el Tribunal Supremo para el llamado Derecho común, de acuerdo con la consideración de este Tribunal como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales.

En este sentido el artículo 22.1 a) EAG dispone que la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende en el orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil gallego. El artículo 73.1 a) LOPJ establece, por su parte, entre las competencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia conocer del recurso de casación «que establezca la Ley contra resoluciones de los órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». Y, en relación con los supuestos de concurrencia de posible infracción de Derecho civil, foral o especial y de Derecho civil común, el artículo 54.1 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial, de 28 de diciembre, que dejó sin conte-

nido la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal (art. 5), atribuía la competencia para conocer del recurso de casación a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia «excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo».

A la luz de las disposiciones normativas reseñadas, los presupuestos para que los Tribunales Superiores de Justicia puedan conocer del recurso de casación en materia civil son, de manera sucinta, los siguientes: a) la resolución recurrida en casación ha de proceder de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma respectiva; b) el Estatuto de Autonomía correspondiente ha de haber previsto expresamente esta atribución; c) el recurso de casación ha de tener su fundamento en la infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, pudiéndose también fundar en la infracción de dichas normas conjuntamente con otras de Derecho civil común; d) y, en fin, en el recurso no ha de invocarse la infracción de un precepto constitucional.

b) A continuación los Letrados de la Junta de Galicia se refieren a la competencia autonómica en materia de Derecho civil propio. Aducen al respecto que la promulgación de la Constitución ha determinado la apertura de un continuado proceso de renovación y actualización de los llamados Derechos civiles forales como efecto de la recuperada capacidad legislativa que determinadas

Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre su propio Derecho y que se concreta en la posibilidad reconocida en el artículo 149.1.8 CE de conservar, modificar o desarrollar las instituciones integrantes de ese Derecho. En concreto, por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 27.4 EAG configura como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil Gallego».

El Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma está integrado por el Derecho compilado y, a medida que vaya ejerciendo sus competencias, por el Derecho emanado de sus órganos, siendo obvio que ese Derecho que se vaya dictando puede ser distinto del recopilado en las compilaciones, dado que el aludido título competencial, no sólo habilita para la conservación de los Derechos civiles, sino también para su modificación y desarrollo. Así pues, aunque la Constitución y los diferentes Estatutos de Autonomía han partido de los Derechos civiles, forales o especiales tal y como existían en el momento de la entrada en vigor de la norma constitucional, nada impide que la legislación autonómica, aun cuando inicialmente mantenga conexión con ellos, se renueve con el paso del tiempo y se amplíe, con el límite de la competencia exclusiva del Estado en aquellas materias a las que se refiere el artículo 149.1.8 CE. Se puede, por tanto, convenir en que el Derecho civil que puede emanar ahora de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas deja de ser Derecho foral *stricto sensu* para ser Derecho propio de las mismas, por cuanto la legislación sobre

la materia foral entra dentro del marco de sus competencias exclusivas. Si no fuera así debería denominarse Derecho foral a todo lo creado por el órgano legislativo competente en cada Comunidad Autónoma, lo cual sería evidentemente absurdo.

De este modo, al abarcar la expresión «Derecho civil, foral o especial» toda la producción normativa que en el ejercicio de sus competencias dicten los órganos de las Comunidades Autónomas, es evidente que el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia podrá fundamentarse en la compilación o Derecho foral o especial y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico civil propio de la Comunidad Autónoma que haya sido objeto de una regulación específica dentro de sus competencias legislativas. Ésta es la interpretación que a juicio de los Letrados de la Junta de Galicia debe darse al artículo 1729 LEC, que remite al artículo 73.1 a) LOPJ.

c) En cuanto al alcance de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho procesal, entienden, tras reproducir, respectivamente, los artículos 149.1.6 CE y 27.5 EAG, así como aludir al significado que este Tribunal ha dado a la expresión «necesarias especialidades» del mencionado precepto constitucional (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 83/1986, de 26 de junio; 123/1988, de 23 de junio y 121/1992, de 28 de septiembre), que, dado que este precepto hace referencia a las peculiaridades del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma, concreta-

mente del Derecho civil, debe reconocerse a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva en materia procesal para legislar sobre los trámites procesales que hacen posible la aplicación de su Derecho material de la forma más conveniente a las convicciones jurídicas que asisten a la Comunidad Autónoma de que se trate o para mejorar aquellos defectos que contenga la regulación estatal.

Por ello estas particularidades del Derecho sustantivo propio pueden exigir, unas veces, normas específicas sobre legitimación, capacidad, atribución de competencias a determinados órganos jurisdiccionales estatales, limitación de medios probatorios...; otras veces, la modificación de determinados trámites de los procedimientos estatales, la alteración del sistema de recursos o incluso la instauración de algún procedimiento específico para la tramitación de ciertas cuestiones litigiosas, dentro del debido respeto a las normas constitucionales, en especial, a los derechos fundamentales, y sin que sea posible reducir las garantías que establece la legislación estatal a favor de las partes.

d) A continuación los Letrados de la Junta de Galicia examinan de manera individualizada los preceptos de la Ley impugnada.

1) En el artículo 1 no se establece, como se pretende de adverso, ninguna atribución y delimitación competencial, sino que el precepto se limita a señalar cuáles son las resoluciones susceptibles de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de acuerdo, además, con la delimitación de competencias de las

normas de las que anteriormente se ha hecho mención, que la Ley respeta plenamente, y de las que resulta la competencia de esa Sala para conocer del recurso de casación en materia de Derecho civil propio de Galicia.

El artículo 149.1.6 CE legitima el ejercicio de la potestad legislativa autonómica en materia procesal con base en la existencia de un Derecho sustantivo propio cuyas peculiaridades justifiquen la regulación de normas procesales en concordancia con ese Derecho material. Esta competencia exclusiva en orden a la legislación procesal autonómica, que se recoge también en el artículo 27.5 EAG, es la que fundamenta plenamente y exige que se regulen en la Ley impugnada las resoluciones recurribles en casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, tal y como hace su artículo 1 con base justamente en las peculiaridades del Derecho civil propio de Galicia.

En relación con la regulación del artículo 1687 LEC de 1881, precepto que establece una *summa gravaminis* fijada en seis millones de pesetas, los Letrados de la Junta de Galicia sostienen que tal previsión constituye una evidente limitación práctica de la jurisdicción, pues tanto la defensa del Ordenamiento jurídico como la uniformidad de la jurisprudencia y el derecho a un último recurso jurisdiccional son independientes del valor económico de la reclamación. Ni los pleitos de cuantía superior a la cantidad indicada son jurídicamente los más importantes, ni la interpretación y unificación de la Ley que cabría hacer en

los de cuantía inferior es menos relevante. Por el contrario, cabe constatar que precisamente son estos últimos asuntos, en los que no se admite el recurso de casación, los que más se apartan de la uniformidad y mayores quejas provocan en los justiciables. Más aún, esa limitación es en cierto sentido contraria a la concepción tradicional de la casación, dado que si ésta tiende principalmente a la defensa del *ius constitutionis*, dejando en lugar reservado al *ius litigatoris*, en absoluto es justificable a la vista de la naturaleza de esa institución jurídica que sea la importancia económica del proceso la determinante del acceso a este recurso, con el fin evidente de disminuir el número de asuntos que tiene acceso a la casación. Esta limitación del acceso a la casación en razón de la cuantía no debe resultar aplicable a la casación en materia de Derecho civil propio de Galicia.

Dado que el recurso de casación que regula la Ley impugnada es la real y única garantía en el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, resulta obligado cuidar su adecuado funcionamiento por medio de normas como la recurrida, que trata de amparar todos los derechos concedidos por el propio Derecho y de oficializar y unificar las normas. Así, el peligro de colapso judicial, en el que se funda la limitación por razón de la cuantía del artículo 1687 LEC de 1881, no concurre en el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, como lo acredita el número de asuntos resueltos por las Salas casacionales de dichos órganos jurisdiccionales, por lo que carece de senti-

do que, con base en ese inexistente peligro, se justifique esa medida dirigida a disminuir el número de recursos.

Por la Ley de Galicia 7/1987, de 10 de noviembre, sobre compilación del Derecho civil, se adaptó e integró en el ordenamiento jurídico gallego el texto normativo de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación de Derecho civil especial de Galicia, asumiéndolo como Derecho propio de la Comunidad. A su vez se aprovechó tal circunstancia para introducir en el texto de la Compilación aquellas modificaciones que venían exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos (Exposición de Motivos), reformándose concretamente el párrafo primero del artículo 2 y la disposición final segunda de la Compilación a fin de introducir, respectivamente, el principio de que el Derecho propio de Galicia en materia de Derecho civil es aplicable en su territorio con preferencia «a cualquier otro» y el correlativo principio de que en lo no previsto por él regiría con carácter supletorio la legislación civil del Estado que no sea de directa aplicación general, o, lo que es lo mismo, el principio de preferente aplicación del Derecho autonómico y de supletoriedad del Derecho del Estado. Previsión que se efectuó partiendo del hecho de que la Comunidad Autónoma puede determinar las fuentes de su Derecho (art. 38.3 EAG, en relación con el art. 149.1.8 CE). Tal modificación implica que la preferente aplicación está referida, no ya a la Compilación, como decía la derogada disposición final segunda, sino al conjunto del Dere-

cho civil privativo de Galicia, representado por sus normas escritas y consuetudinarias, así como por los principios generales en que se inspira. En otras palabras, deben de agotarse todas las fuentes propias antes de acudir al Código civil o a la legislación civil estatal.

Junto a la norma civil compilada, de raíz foral, deben situarse otras referentes a instituciones de Derecho civil propio que hallan también cobertura en el artículo 149.1.8 CE y que se integran en el ordenamiento jurídico de la Comunidad del mismo modo que la restante legislación de naturaleza civil y exclusiva procedencia autonómica. Se trata de la legislación sobre arrendamientos rústicos históricos, así como de otras materias de Derecho civil atinentes, unas veces a establecimientos de naturaleza privada, pero con función proyectada en exclusivo interés de la Comunidad —las fundaciones—, otras a instituciones insertables por razón de su origen en el Derecho tradicional de Galicia —montes vecinales en mano común— y, finalmente, la correspondiente al denominado Derecho de la reforma agraria. La legislación citada, que por su diversidad demuestra la real dimensión del impulso constitucional, forma con la Compilación del Derecho civil el Derecho privado gallego, que integra el ordenamiento jurídico de la Comunidad.

Del examen y conocimiento de ese Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma resulta evidente que la limitación de acceso al recurso de casación por razón de la cuantía recogida el artículo 1687 LEC de 1881 reduciría en una

extraordinaria medida el número de asuntos que tendría acceso a la casación autonómica, en abierta contradicción con la naturaleza de esta institución jurídica y con la finalidad de la misma, por lo que carece de sentido la aplicación de aquella limitación a la vista del número de recursos que acceden a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

2) En relación con el artículo 2 destacan la naturaleza del Derecho civil propio de Galicia como un Derecho principalmente consuetudinario, lo que se compadece mal con la actuación del recurso de casación en la forma en que ha sido tradicionalmente admitido y hace necesario estructurar el recurso de casación en relación con el Derecho civil gallego, de índole consuetudinaria. Asimismo, tras recordar el ámbito de aplicación del Derecho propio de Galicia y el carácter supletorio de la legislación civil del Estado, así como la competencia de la Comunidad Autónoma para determinar las fuentes de su Derecho (art. 38.3 EAG), señalan que la costumbre es fuente del Derecho civil gallego, de inmediata aplicación después del texto compilado y de rango preferente al Código civil y demás normas del Derecho civil estatal. Con este sistema de fuentes que la Ley 7/1987 ha fijado, y las prevalencias que conlleva, se ha hecho posible —aun faltando una referencia articulada a la función integradora de la costumbre y los propios principios—, el proceso de autointegración del Derecho civil de Galicia.

Pues bien, la importancia de la costumbre y el carácter predominantemente consuetudinario del Derecho civil gallego hacen necesario el ejercicio de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma en Derecho procesal para atender a los problemas derivados de la costumbre en el recurso de casación. Lo que justifica sobradamente que en el artículo 2 de la Ley impugnada figure como uno de los motivos de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia el «error en la aplicación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre». Frente a ello no se aporta en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad ningún argumento que contradiga dicha justificación.

3) Por su parte el artículo 3 no es sino consecuencia de una correcta y adecuada configuración y previsión, frente a lo que se sostiene en el recurso de inconstitucionalidad, de la aplicación de la *vis atractiva* de los Tribunales Superiores de Justicia en los supuestos en los que, junto con la infracción de normas del Ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, o bien por error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre, se denuncie la violación de normas procesales, tales como el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción (a); la incompetencia o inadecuación de procedimiento (b); o, en fin, el quebrantamiento de la formas esenciales del juicio por infracción de las

normas reguladoras de la Sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales (c). Estos tres motivos son precisamente los que figuran, respectivamente, en los números 1, 2 y 3 del artículo 1692 LEC de 1881.

4) El artículo 4 prevé un pronunciamiento sobre las costas en el recurso de casación basado en lo que tradicionalmente se ha definido como el ejercicio por el órgano jurisdiccional de la discrecionalidad razonada, esto es, de acuerdo con la apreciación de las circunstancias que en cada supuesto concurren y que en su caso le lleven a aplicar ese criterio.

En este sentido se viene entendiendo que existe temeridad cuando se aprecie por el órgano jurisdiccional que el litigante tenía conciencia de la injusticia de la pretensión que ejerce o cuando se formula oposición con palmaria ausencia de fundamento, es decir, cuando se actúa de mala fe. Ahora bien, no siempre la temeridad debe de ser maliciosa, pudiendo ser inducida por ignorancia o por error inexcusable, lo que enlaza con el criterio subjetivo, de conformidad con la norma de culpa que se contiene en el artículo 1902 CC, o, lo que es lo mismo, el criterio del resarcimiento del perjuicio causado a la otra parte por culpa o negligencia. Se trata, por lo tanto, de un criterio basado en la apreciación razonada del juzgador, que tiene la indudable ventaja frente a los otros criterios de que permite un pronunciamiento sobre las costas contrario al recurrente que, consciente de la falta de fundamento, de la injusticia de su recurso,

o ante la evidente falta de razón de su tesis, decide, sin embargo, formularlo, o bien frente al que formula oposición al recurso con ausencia manifiesta de fundamento. Criterio que evita en la práctica una muy injusta prima a los litigantes económicamente fuertes, los únicos que se pueden arriesgar a pagar, no sólo sus costas y gastos, sino también las costas del contrario. Por ello tiene pleno sentido la aplicación razonada y basada en las circunstancias en cada caso concurrentes del criterio establecido en el artículo 4 de la Ley, en orden a hacer la justicia más asequible.

De otra parte es obvio que tal criterio juega en los supuestos en que el órgano jurisdiccional entienda razonablemente que concurren esas circunstancias de temeridad o mala fe, aplicándose en los demás supuestos la previsión general del artículo 1715 LEC de 1881, y viene plenamente justificado por las características y peculiaridades del Derecho civil propio de Galicia y por las instituciones que integran el mismo, correspondiéndole a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en orden a la «conservación, modificación y desarrollo de las Instituciones del Derecho civil gallego».

En definitiva, se trata de hacer más asequible y efectivo el acceso al recurso de casación en esta materia.

5) En cuanto a la disposición adicional, los Letrados de la Junta de Galicia sostienen, una vez afirmada la competencia de la Comunidad Autónoma para la promulgación de normas procesales que se derivan

del específico Derecho civil de Galicia, en la que se insertan los cuatro artículos de la Ley impugnada, que se limitan a regular determinadas normas del recurso de casación con el fin de adaptarlas al Derecho civil propio de Galicia sin que en ningún caso estos preceptos supongan una regulación distinta que sustituya a la normativa procesal general que regula el recurso de casación civil; que el razonamiento en el que el Abogado del Estado sustenta la inconstitucionalidad de aquella disposición adicional, esto es, su supuesta contradicción con el artículo 149.1.6 CE, se cae por su propio peso y carece por completo de sentido, ya que precisamente ese es uno de los preceptos, junto con otros anteriormente mencionados, en los que se asienta la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma y legítima la regulación que se contiene en la Ley recurrida, que se atiene estrictamente a las normas que son necesarias en función de las peculiaridades propias del Derecho civil de Galicia, rigiendo con carácter supletorio las normas del recurso de casación previstas en la LEC de 1881.

6) En relación con la disposición transitoria y la disposición final entienden que no se aporta en el recurso ningún razonamiento que justifique la pretensión de que se declare su inconstitucionalidad por conexión. Así pues consideran que es suficiente con reiterar los argumentos ya expuestos respecto a la plena constitucionalidad de la Ley impugnada para desvirtuar por completo aquella pretensión y la desnuda fundamentación en la que

se asienta. Se trata, por lo demás, de dos preceptos que respetan íntegramente y se adecúan a los principios y normas que regulan este tipo de disposiciones, siendo totalmente válidos y eficaces. Su impugnación, como permite apreciar la lectura del recurso, tiene el único objetivo de perseguir la declaración de la nulidad radical de la Ley.

Concluyen su escrito solicitando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 16 de diciembre de 1993, el Presidente del Parlamento de Galicia se personó en el procedimiento y efectuó las alegaciones que, a continuación, sucintamente se resumen:

a) El Estado tiene competencia exclusiva en materia procesal *ex* artículo 149.1.6 CE. Por su parte, al amparo del citado precepto constitucional, la Comunidad Autónoma de Galicia ha asumido también competencia exclusiva en materia de normas procesales que se deriven del específico Derecho gallego (art. 27.5 EAG). Se trata, pues, de la confluencia de dos competencias exclusivas, a ejercer por cada uno de sus titulares de acuerdo con la materia definida por el bloque constitucional, que integran, en este caso, la Constitución, el Estatuto de Autonomía de Galicia y la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al que ha de ajustarse inexorablemente la legislación ordinaria, tanto de procedencia estatal como la emanada de los poderes autonómicos. La concurrencia de esas dos competencias exclusivas requiere la deter-

minación del ámbito competencial en el que han de ejercerse ambas, sin lesionar el ámbito que corresponde a cada una de ellas, cuya delimitación, en este caso, ha de ser consecuencia de la aplicación inmediata y concorde del bloque de la constitucionalidad, que asigna a cada uno de los poderes sus propias competencias. En este sentido, en la medida en que el espacio competencial de la Comunidad Autónoma le queda constitucional y estatutariamente reservado, resulta totalmente indiferente que el Estado haya aprobado una norma sobre la materia antes que la Comunidad Autónoma (en este sentido, SSTC 85/1983, y 95/1986).

b) La Comunidad Autónoma de Galicia tiene un Derecho civil propio. Sin perjuicio de la competencia que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.8 CE en materia de Derecho civil, también las Comunidades Autónomas, allí donde existan, pueden asumir competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de sus Derechos civiles, forales o especiales. En concreto, la Comunidad Autónoma de Galicia asumió esta competencia exclusiva (art. 27.4 EAG) y el Parlamento aprobó la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, que incorporó la Compilación como Derecho autonómico. También en anteriores legislaturas se atendieron iniciativas encaminadas a elaborar y aprobar una regulación lo más completa posible del Derecho civil propio de Galicia. Así se publicó en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» una Proposición de Ley sobre el Derecho civil gallego que caducó como consecuencia de la finalización de la legislatura

(BOPG núm. 399, de 27 de abril de 1993).

La lectura de la Compilación y la de la mencionada proposición de Ley permiten observar que el Derecho civil propio de Galicia se caracteriza por su excepcional complejidad. Muchas de sus instituciones, de carácter consuetudinario, no fueron recogidas en la Compilación porque el Derecho vivo es más que el recogido en ésta. En tal sentido, resultan aplicables las consideraciones que el Tribunal Constitucional ha realizado en la STC 121/1992, de 28 de septiembre, en relación con los arrendamientos históricos de la Comunidad Valenciana y en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, sobre arrendamientos históricos de Galicia.

La existencia de un Derecho consuetudinario tan complejo como el que se refleja en la Compilación, aprobada por Ley 147/1963, de 2 de diciembre, y que lo será mucho más a medida que se legisle sobre sus instituciones, pone de manifiesto la exigencia de una legislación procesal propia. Dentro de la lógica interna que justifica la repartición competencial es natural que, por simple deducción, sea posible concebir la necesidad de normas procesales que garanticen el ejercicio de tan particulares normas de Derecho sustantivo. La misma Compilación vigente, por ejemplo, tan restringida en sí misma, incluye normas procesales específicas diferentes a las recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Así, las normas procesales relativas a los foros, subforos y otros gravámenes de naturaleza análoga (capítulo IV del título I). También su disposición transitoria segunda, si

bien dispuso la no admisión de demandas sobre aspectos de materia foral, dejó, en cambio, otros aspectos abiertos a la aplicación de las normas procesales por costumbres peculiares de Galicia.

El artículo 27.4 EAG define claramente lo que debe de entenderse por peculiaridades del Derecho sustantivo, al utilizar una expresión que sirve para precisar este concepto. Emplea la locución «del específico Derecho gallego», lo que quiere decir que, en lo que se refiere al Derecho privado, se trata del Derecho civil como totalidad, sin necesidad de aclarar cada una de las especialidades de cada institución concreta. Aunque el Derecho gallego abarca una materia más general, ajustada al Derecho civil se refiere a la totalidad de las instituciones que el Derecho gallego tiene la posibilidad de conservar, modificar o desenvolver de acuerdo con el artículo 27.4 EAG.

c) El recurso de casación tiene por objeto dar uniformidad a la doctrina y a las Sentencias de los Tribunales. No constituye una tercera instancia o una segunda apelación, puesto que no es su función enjuiciar las pretensiones de las partes, atribuyéndosele tradicionalmente una finalidad defensora del *ius constitutionis*, del Ordenamiento jurídico, con función protectora de la norma y uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del Derecho objetivo para lograr la unidad del Ordenamiento jurídico.

La promulgación de la Constitución, como consecuencia de las distribución territorial del poder entre

el Estado y las Comunidades Autónomas, afectó necesariamente a la configuración del recurso de casación, puesto que, frente a un recurso preexistente, único y centralizado, se establecían otros de acuerdo con la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de las competencias que en materia de casación correspondan al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE), se abrió la posibilidad de otros recursos de casación específicos que, sin pérdida de la unidad, garantizaran las peculiaridades autonómicas. Es decir, la existencia de ordenamientos jurídicos diferentes llevó inherentemente a la necesidad de implantar recursos de casación diferentes. En materia de Derecho privado se hacía necesaria la creación de órganos especializados, en contacto directo con los problemas que plantean cada uno de los Derechos civiles autonómicos. Los mismos fines que presidían el recurso de casación para un Ordenamiento jurídico único presiden los propios de los Tribunales Superiores de Justicia. Es imposible, dada la complejidad del Derecho actual, y, además, por añadidura, de tipo consuetudinario, poder decidir con plena seguridad sobre tal cantidad de ordenamientos. Además, la teoría del juez natural, aunque sea por extensión, puede aclarar cómo, cuanto más cerca del enjuiciado esté el juzgador, más eficaz podrá ser la justicia.

Como tiene declarado este Tribunal en la STC 56/1990: «Así, puede sostenerse que la casación regional atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del Derecho privado y que la suprema-

cía del Tribunal Supremo o sujeción a su jurisdicción en todos los órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, queda salvaguardada por los recursos previstos en materias que le son propios: es decir, aquellas en las que resulta imprescindible unificar la Jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente del Derecho civil autonómico».

En este sentido la creación de los Tribunales Superiores de Justicia como órganos de casación foral fue debida a la necesidad de uniformar la jurisprudencia en el orden autonómico, del mismo modo que al Tribunal Supremo corresponde hacerlo en el orden estatal. Es decir, la casación precisa de órganos especializados que, sin menoscabo de la unidad, puedan uniformar la doctrina de los órganos jurisdiccionales.

En el orden interno gallego, por razones históricas, la evolución de la propiedad agraria y el carácter montañoso de su ámbito rural han ido creando una cantidad de formas jurídicas que adquieren matices locales importantes. Su comparación con el proceso seguido por la lengua puede ser sumamente ilustrativo, ya que lo mismo sucede con el Derecho. Nace y emana, como la lengua, en comarcas de montaña, en valles, en parajes escarpados, en las bocarriberas, en zonas que se distinguen entre sí y con diferencias mínimas entre las instituciones en muy cortas distancias. No es desde la lejanía desde donde se pueden percibir todos sus matices, tantas veces sutiles, sino desde la proximidad y la mayor cercanía posible. Por eso se justifica un órgano especializado que, provisto de los instru-

mentos procesales más convenientes, pueda unificar y depurar, es decir, conservar, modificar y desenvolver el Derecho, de acuerdo con las previsiones constitucional y estatutaria. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en la Sentencia antes citada, la clave está en mantener el necesario equilibrio entre los principios de unidad y diversidad del Derecho privado. Para asegurar el principio de unidad, el artículo 1730 LEC de 1881 acoge algunas cautelas muy específicas, debido a la posible concurrencia de normas del Estado y de la Comunidad Autónoma. De este modo asigna la competencia al Tribunal Superior de Justicia cuando concurren normas de Derecho especial con otras de Derecho común, al igual que corresponde la competencia al Tribunal Supremo cuando se invoquen preceptos constitucionales. Los artículos 1731 y 1973 LEC instrumentan, además, procedimientos que garantizan perfectamente la unidad del Ordenamiento jurídico, incluso dando audiencia al Ministerio Fiscal en ciertos casos.

d) La Constitución abrió la posibilidad de organizar un Poder Judicial con arraigo en las Comunidades Autónomas, aunque dentro de la unidad jurisdiccional del Estado (art. 152.1 CE), remitiendo a la LOPJ la forma de organización del Poder judicial en las Comunidades Autónomas y la regulación de las instancias procesales. Por su parte la Comunidad Autónoma de Galicia, *ex* artículo 22.1.a) EAG, asumió el recurso de casación, al prever dicho precepto que la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende en el plano civil a todas las instancias y grados, incluidos los

recursos de casación y de revisión en materias de Derecho civil. Bien es cierto que el precepto en cuestión se refiere a la competencia y no al procedimiento, pero indica perfectamente la claridad expresada en el texto estatutario sobre la materia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial interpretó con gran realismo, precisión y conocimiento de la realidad el alcance del recurso de casación autonómico. Su artículo 73.1 a) asignó a la Sala de lo Civil y de lo Penal, en cuanto conociese como Sala de lo Civil, el recurso de casación siempre que se funde «en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». Este precepto recoge dos aspectos importantes para la configuración del recurso de casación autonómico, con exquisito respeto hacia las competencias de las Comunidades Autónomas. Por un lado, la expresión que «establece la Ley», si se conecta con la locución final referida a los Estatutos de Autonomía, es evidente que asigna la competencia a la Ley autonómica y no a la Ley estatal para definir el marco procesal en que deba desarrollarse. Si no fuese así, dado que se menciona el Estatuto de Autonomía, el precepto en cuestión tendría que adjetivar el concepto de Ley con su asignación expresa al Estado. En definitiva, determina a quién corresponde aprobar la Ley del recurso de casación, abriendo un cauce para que pudiera completarse mediante Ley autonómica como «una particularidad en la ordenación del proceso». El otro aspecto importante del

precepto es que no fijó cantidad alguna ni requisitos o motivos generales para la instrumentalización del recurso, dando pie para que la Ley autonómica fijase los requisitos de adaptación a la realidad autonómica.

La legislación estatal, sin embargo, ha estado vacilante en la técnica a utilizar en la regulación del recurso de casación autonómica. El artículo 54.1 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial, fiel a la LOPJ, relativizó la aplicación del artículo 1686 y ss. LEC de 1881 al precisar «en lo que fueran aplicables», lo que indicaba la posibilidad de no serlo por aplicación del artículo 73 LOPJ. Sin embargo en la reforma de la LEC llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, se desarrolló ampliamente el recurso de casación en materia de Derecho autonómico como si se tratase de normas procesales de carácter general exclusivamente, desconociendo las particularidades procesales de las Comunidades Autónomas. En efecto, la LEC, tras esa reforma, dedica la sección IX del título XIX al recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, estableciendo algunas particularidades en el artículo 1729 y ss. En los artículos 1730 y 1732 se preocupa de aquellos supuestos competenciales referentes a la formalización del recurso, preceptos perfectamente lógicos, si se tiene en cuenta la unidad general del orden procesal, salvo en las respectivas particularidades.

No es necesario advertir, finalmente, que la Ley ordinaria estatal y la Ley autonómica tienen la misma naturaleza y el mismo alcance, aunque son distintas de acuerdo con el

principio de competencia. La LEC es una ley ordinaria, que no está revestida del alcance que tiene una norma integrada en el bloque de la constitucionalidad. Su artículo 1729 no es, sin embargo, inconstitucional, por lo que no fue impugnado en su momento, ya que el Estado puede legislar con carácter general, por ejemplo, para las Comunidades Autónomas que carezcan de normas específicas, lo que no quiere decir que haya de aplicarse a Galicia, que ha legislado expresamente por medio de la Ley que se impugna.

e) La Ley impugnada es muy breve y sus preceptos se limitan exclusivamente a ajustar el recurso de casación a las peculiaridades del ordenamiento gallego.

El artículo 2 establece los motivos del recurso de casación. Nada opone el Abogado del Estado al primer motivo, mostrándose disconforme con el segundo. Lo que el legislador gallego pretende regular con tal motivo no es un aspecto probatorio; es decir no se trata de mantenerse en el nivel de los hechos, sino en las cautelas que deben existir para concebir un uso o costumbre con la categoría de norma jurídica. Como tal norma jurídica, procedente del propio pueblo, con la inseguridad propia de la norma no escrita, es natural y lógico que el legislador gallego adopte ciertas cautelas. En aras del carácter nomofiláctico de la casación se trata de rodear de las máximas garantías los perfiles de una norma que debe quedar bien probada, es decir, tener la seguridad de que la norma consuetudinaria se aplica correctamente. En un Derecho consuetudinario no es posible actuar de

otro modo, puesto que la norma necesita ser depurada y, además, como creación de los Tribunales, su conversión en jurisprudencia tendrá valor superior y más allá del caso concreto que se somete en un determinado momento.

La costumbre en el Derecho común es meramente residual, al igual que los usos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad y que el precepto recurrido equipara a la costumbre. Pero en un Derecho consuetudinario, y para casos muy excepcionales, es natural que el recurso de casación trate de escrutar en la realidad de los hechos. Es tan excepcional la situación que se reduce a límites casi de imposible aplicación, como son los siguientes: que existan hechos notorios que no exijan prueba; que estén compilados o hayan sido contrastados por el Tribunal Supremo, por la antigua Audiencia Territorial o por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. La aprobación de la Ley de Derecho civil de Galicia hará prácticamente nominal este precepto, cuya finalidad, de acuerdo con el EAG, será elevar a norma exenta los usos y costumbres del Derecho consuetudinario gallego.

De otra parte, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, no se observa ningún precepto en la Ley que reproduzca normas procesales, lo único que se pretende es concretar las normas generales de la LEC de 1881.

En cuanto a la cuantía del recurso, es bien conocido que los litigios en Galicia son de pequeña monta

económica, aunque, normalmente, encierran una gran complejidad sustantiva. El minifundio del agro gallego que es, en realidad, el mayor contenido del Derecho civil gallego, es la principal causa del Derecho de Galicia. El Derecho consuetudinario gallego es Derecho eminentemente rural, y la estructura rural está diseminada en pequeños caseríos, lugares, aldeas y parroquias. Hasta tal punto la estructura social y económica es así que el propio EAG ha tenido que asumir el reconocimiento de la parroquia entre sus estructuras administrativas (arts. 2.2, 27.2 y 40.3).

Pues bien, si se adopta un criterio restrictivo sobre la cuantía del recurso, los derechos de los litigantes gallegos pueden verse seriamente afectados. Equivaldría a vaciar de contenido la conservación, modificación y desenvolvimiento de las instituciones de Derecho civil gallego. No es lógico, además, que en un sistema autonómico, en el que su fundamento esencial es el acercamiento entre el ciudadano y sus instituciones administrativas y políticas, el Derecho se frustre por la imposibilidad de cumplir un requisito tan inaccesible como el de la cuantía, como puede observarse con el examen de la Compilación vigente y de la Proposición de Ley de Derecho civil de Galicia, del que se desprende la imposibilidad de que prácticamente ninguna de las instituciones que regulan, y otras de Derecho consuetudinario que pudieran incorporarse, tengan acceso al recurso de casación de mantenerse el criterio de la cuantía y no el de la materia (en este sentido, Auto del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 1992).

En cuanto a las costas del recurso, las mismas razones legales anteriormente invocadas pueden ser aducidas ahora en defensa del artículo 4 de la Ley, puesto que no prejuzga cuál ha de ser el sistema que se siga, dejando amplio margen al legislador autonómico para decidir sobre la cuestión. La propia LEC de 1881 contempla supuestos en los que relativiza el principio de vencimiento en materia de costas, cuyo carácter no dogmático y absoluto puede proclamarse dada la gran cantidad de excepciones que contiene. Nada tiene, pues, de particular que la Ley recurrida, para ajustar el flexible principio a su ámbito territorial, en uso de su competencia, adopte este matiz nada extremo, puesto que si establece el principio de mala fe o temeridad obliga, en cambio, a razonarlo expresamente en la Sentencia que se dicte.

Por su parte la disposición adicional deriva del carácter concreto y territorial de la propia Ley. Si se tiene competencia sobre la materia, el Derecho estatal no deja por ello de ser supletorio (art. 149.3 CE). La cláusula tiene dos funciones: la primera, consiste en destacar la competencia propia; la segunda, precisar que, aun dentro de la competencia propia, caben lagunas que ha de llenar necesariamente la Ley estatal.

Por conexión se impugna también la disposición transitoria, cuya constitucionalidad queda, pues condicionada, por la del resto de los preceptos de la Ley.

Concluye su escrito solicitando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se desestime en su integridad el recurso de inconstitucionalidad.

7. La Sección Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de febrero de 1994, próximo a finalizar el plazo de cinco meses que determina el artículo 161.2 CE desde que se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada, acordó oír a las partes personadas para que en el plazo común de cinco días expusiesen lo que tuvieran por conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, el Pleno del Tribunal, por ATC 103/1994, de 22 de marzo, acordó levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

8. Por providencia de 23 de marzo de 2004 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra la totalidad de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. La demanda de inconstitucionalidad se funda, sustancialmente, en que, en opinión del Abogado del

Estado, los preceptos de la Ley impugnada vulneran la competencia que al Estado reserva como exclusiva el artículo 149.1.6 CE en materia de «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», no estando facultada la Comunidad Autónoma, al amparo de la competencia que ha asumido como exclusiva *ex* artículo 27.5 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG) sobre las normas procesales que se deriven del específico Derecho gallego, para llevar a cabo una regulación procesal del recurso de casación paralela a la prevista en la normativa estatal. Por su parte las representaciones de la Junta y del Parlamento de Galicia entienden que los preceptos de la disposición legal recurrida encuentran plena cobertura en el ejercicio de la citada competencia que a la Comunidad Autónoma atribuye el artículo 27.5 EAG, no produciéndose, en consecuencia, la extralimitación competencial que se denuncia.

Asimismo el Abogado del Estado sustenta su impugnación en que la Ley autonómica no se limita a innovar el ordenamiento procesal del recurso de casación, cuando de él conoce el Tribunal Superior de Justicia, sino que viene a reproducir, esencialmente en sus dos primeros preceptos, la regulación procesal contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incurriendo así en infracción constitucional al incorporar a la legislación autonómica preceptos o regulación contenida en leyes estatales sin que, para la emanación de aquéllas, ostente la

Comunidad Autónoma la necesaria habilitación competencial, con cita de la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia.

Habremos, pues, de tener en cuenta las dos referidas dimensiones fundamentadoras del presente recurso para concluir acerca de la inconstitucionalidad propugnada por el representante del Gobierno.

2. La Ley recurrida tiene por objeto, como por lo demás revela su denominación, la regulación del recurso de casación en materia de Derecho civil especial gallego y ha sido aprobada por el Parlamento de Galicia, como se indica expresamente en su Exposición de Motivos, en virtud de la competencia que «le viene atribuida en los artículos 22 y 27.5 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución determinan las atribuciones de nuestra Comunidad Autónoma en materia de normas procesales que deriven del Derecho gallego», y con la finalidad, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, y en atención a la realidad normativa del Derecho civil gallego, de hacer posible que el acceso al recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sea efectivamente viable. En su texto articulado se determinan las resoluciones judiciales susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (art. 1); los motivos en los que ha de basarse el recurso (art. 2); la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de

Galicia para conocer del recurso de casación fundado en concretos motivos (art. 3); y el criterio de imposición de las costas procesales (art. 4). Concluye la Ley con una disposición adicional, que prevé la aplicación supletoria de las normas sobre el recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, otra transitoria, que contempla la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales dictadas antes de su entrada en vigor y que se encuentren aún en tiempo hábil de ser recurridas, y, por último, una final, que establece la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el «Diario Oficial de Galicia».

3. Parece oportuno, a efectos del más adecuado juicio de constitucionalidad acerca de la Ley autonómica impugnada, y de su verdadero alcance y significación en el ámbito procesal de la casación civil de Galicia, tener en cuenta la gestación del texto normativo en cuestión.

Pues bien, con independencia de que el Consejo de la Cultura Gallega, conforme a las facultades conferidas por su ley constitutiva (Ley del Parlamento de Galicia 8/1983, de 8 de julio), hiciera llegar a la Cámara autonómica un texto o proyecto prelegislativo, inspirado en las conclusiones establecidas en la reunión de juristas gallegos celebrada en La Coruña en 1990 (y del que se hace mención expresa en el debate parlamentario sobre la toma en consideración de la proposición de ley: «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia», en adelante BOPG, del 13 de abril de 1993), el *iter* parlamentario tiene su origen en una proposición de ley suscrita conjuntamente por todos los grupos parla-

mentarios de la Cámara. Dicha iniciativa legislativa fue tomada en consideración, tras el correspondiente debate, por el Pleno del Parlamento de Galicia en sesión del día 13 de abril de 1993, y remitida para su tramitación a la Comisión Legislativa 1ª, Institucional, de Administración General, Justicia e Interior, por acuerdo de la Mesa de 15 de abril de 1993 (BOPG del 19 de abril siguiente). Formuladas enmiendas a su texto por el Grupo Parlamentario Popular de Galicia, y tras ser informadas por la Ponencia constituida en el seno de la referida Comisión, se conformó el texto articulado de la proposición de ley que, después del dictamen evacuado por la referida Comisión, dio lugar a que el Parlamento de Galicia aprobase el texto definitivo en sesión de 30 de junio de 1993, publicándose el mismo, en redacción bilingüe, en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» del 1 de julio de 1993, siendo promulgada el 15 de julio de 1993 como Ley 11/1993, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, y publicada en el «Diario Oficial de Galicia» del 26 de julio de 1993 y en el «Boletín Oficial del Estado» del día 12 de noviembre del mismo año.

No es irrelevante precisar el dato significativo de que en el debate parlamentario se hizo expresa referencia a la posición o criterio adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con específica mención del Auto dictado por su Sala de lo Civil de 17 de noviembre de 1992, inadmitiendo un recurso de casación civil foral, con transcripción casi íntegra del segundo de sus fundamentos jurídicos, a cuyo

tenor: «Cabe esperar que ante la nueva situación creada por la Ley de Reforma Procesal (Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de reforma procesal), el Parlamento de Galicia haga uso de la facultad que le confiere el apartado 5 del artículo 27 del Estatuto de Autonomía y disponga una ley casacional ajustada a nuestro Derecho civil. Mientras tanto no queda otro remedio que rechazar el recurso de queja formulado por el ya citado y por mor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 38 del citado Estatuto que establece que, a falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado». Hemos de añadir, en orden a la incidencia que en el acceso a la casación foral de Galicia tuvo la citada Ley de reforma procesal de 30 de abril de 1992, a la que específicamente se alude en la breve Exposición de Motivos de la Ley autonómica objeto de recurso, que en el primero de los fundamentos jurídicos del mencionado Auto, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia afirmaba que las limitaciones establecidas en el artículo 1687 de la Ley de enjuiciamiento civil, por referencia especialmente a la exigencia, para el acceso a la casación, a los juicios de menor cuantía en que la cuantía litigiosa exceda de seis millones de pesetas, «no tienen sentido ninguno en un Derecho como el civil gallego en este momento histórico en que se está consolidando, y que por su peculiaridad de ser en gran medida de carácter agrario minifundista, carece en la mayoría de los casos de la suficiente entidad económica como para superar los límites impuestos por la ley procesal».

4. La controversia competencial que subyace al presente recurso de inconstitucionalidad no presenta dificultad alguna, a diferencia de lo acaecido en otros procesos de inconstitucionalidad, para el encuadramiento competencial de la materia concernida. Se trata de la legislación procesal, reservada al Estado como competencia exclusiva en el artículo 149.1.6 CE, si bien esta reserva no es plena o absoluta, en tanto en cuanto el citado precepto constitucional permite un espacio de normación a las Comunidades Autónomas, al señalar «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden [el orden procesal] se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», salvedad ésta que ha permitido que Galicia haya asumido como competencia exclusiva, en el artículo 27.5 de su Estatuto de Autonomía, «las normas procesales y procedimientos administrativos que se deriven del específico Derecho gallego o de la organización propia de los poderes públicos gallegos».

Pues bien, acerca del significado y alcance de las fórmulas constitucional y estatutaria de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación procesal, y en concreto, sobre la recogida en el mencionado artículo 27.5 EAG, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal Constitucional en diversas resoluciones estableciendo una consolidada doctrina de la que pueden destacarse, a los efectos que a esta controversia interesa, los siguientes criterios: en primer lugar, que la atribución al Estado de la compe-

tencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)]; en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el artículo 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el artículo 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión «necesarias especialidades» del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de

28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5).

5. Para determinar si la Ley autonómica impugnada invade o menoscaba la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, tal como propugna el Abogado del Estado, es menester que, como cuestión metodológica previa, señalemos las premisas en que ha de descansar el entendimiento de la salvedad competencial contenida en el artículo 149.1.6 CE, a fin de dilucidar si los preceptos de la Ley 11/1993 del Parlamento de Galicia constituyen o no «necesarias especialidades» procesales que encuentran legitimidad constitucional en la cláusula constitucional mencionada, y ello habida cuenta de que el artículo 149.1.6 CE es el único canon de constitucionalidad a cuya luz ha de dirimirse la presente controversia competencial.

En este sentido, la primera operación jurídica ha de ser la de determinar cuál es en este caso el Derecho sustantivo de Galicia, pues solamente a las particularidades que presente tal Derecho se les reconoce por el constituyente capacidad para justificar, en su caso, una normación autonómica específica en el orden

procesal. El segundo estadio de nuestro análisis consistirá en señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predicen las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador gallego. Finalmente, habremos de indagar si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo de Galicia y las singularidades procesales incorporadas por el legislador gallego en la Ley impugnada, existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales, es decir, que las legitime como «necesarias» en los términos de la cláusula competencial del artículo 149.1.6 CE, teniendo presente que la necesidad a que ésta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que éste reconoce en favor de las Comunidades Autónomas.

6. El Derecho sustantivo de Galicia, y sus particularidades, no se presenta en este caso referido a concretas y determinadas instituciones de manera aislada sino, de manera más general, a su Derecho civil foral, especial o propio, respecto del cual dicha Comunidad Autónoma ha asumido competencia exclusiva para su conservación, modificación y desarrollo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, y de lo que en el marco estatutario señala el artículo 27.4 EAG. Es en relación con este Ordenamiento civil foral o especial de Galicia, y de las particularidades que lo configuran, sobre las que ha de proyectarse la protección jurisdiccional que supone el recurso de casación, del que conoce

la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con base en la atribución competencial efectuada por el legislador estatal: artículo 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), artículo 1729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la redacción de la Ley 10/1992, y artículo 478.1, segundo párrafo, de la vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y ello dado que el Estatuto de Autonomía de Galicia ha previsto expresamente dicha atribución competencial en su artículo 22.1 a), a cuyo tenor: «La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende: a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho Civil gallego».

Pues bien, hemos de precisar que, en la actualidad, el específico Derecho gallego en materia civil foral, es decir, el Derecho sustantivo a partir del cual ha de justificarse la competencia normativa en el ámbito procesal de la Comunidad Autónoma, ha experimentado una modificación sustancial tras la promulgación de la Ley autonómica impugnada. En efecto, la Ley gallega 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la compilación del Derecho civil de Galicia (en la que se integró el texto normativo de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre «Compilación del Derecho Civil especial de Galicia»), fue derogada por la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, dictada en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1.8 CE y artículo 27.4 EAG, con el fin, proclamado en su Preámbulo, de «des-

arrollar, en todos sus aspectos, aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuviesen vivas en el Derecho propio de Galicia», siendo también dato normativo a destacar el que esta última Ley del Parlamento de Galicia, en su título preliminar (arts. 1 al 5 del texto legal), contiene la determinación de las fuentes del Derecho civil gallego, en uso de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma por el artículo 38.3 de su Estatuto de Autonomía, en relación con el artículo 149.1.8, *in fine*, CE, que obliga al Estado a respetar las normas emanadas en este ámbito por el Derecho foral o especial aplicable en el territorio autonómico.

Sentada esta primera premisa, es decir, establecido cuál es el Derecho sustantivo del que han de derivarse las reglas procesales especiales que pueda introducir el Parlamento de Galicia en el ámbito procesal del recurso de casación, conviene advertir que la sola existencia del recurso de casación civil foral gallego, del que ha de conocer la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no habilita sin más a esta Comunidad Autónoma para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento de tal recurso extraordinario, constituyendo por esta vía una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado, es decir, de la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino tan sólo, en los términos antes indicados, tendrá legitimidad constitucional aquella normativa autonómica que se halle justificada por la directa conexión entre lo que tiene de particular o

peculiar el Derecho civil foral de Galicia y la especialidad procesal incorporada, que surge así como «necesaria» y encaminada, precisamente, a preservar y proteger, con el adecuado grado de intensidad y eficacia, el mencionado Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan.

7. Aunque, como hemos indicado, el canon de constitucionalidad para dirimir la presente controversia competencial viene constituido, exclusivamente, por la regla de distribución competencial contenida en el artículo 149.1.6 CE, en lo atinente a la legislación procesal, ello no nos dispensa en modo alguno de considerar, como elemento imprescindible de análisis, cuál es la legislación procesal general respecto de la que se predicán las especialidades incorporadas por la ley autonómica recurrida, y sin que ello implique que tal legislación procesal estatal sobre el recurso de casación civil, que es la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se erija en canon o parámetro de constitucionalidad para dilucidar si la Ley de Galicia 11/1993 se acomoda o no al orden constitucional de distribución de competencias plasmado en la mencionada regla del artículo 149.1.6 CE. Así, pues, las normas reguladoras de la casación contenidas en la Ley procesal civil han de servir tan sólo como punto de referencia para efectuar el imprescindible cotejo entre, de una parte, la regulación procesal emanada por el Estado en ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce el artículo 149.1.6 CE y, por otro lado, la legislación aprobada por el Parlamento de Galicia en el ámbito de la

casación civil foral, al amparo de la competencia que también le es reconocida a la Comunidad Autónoma por la tan repetida regla de distribución competencial. Solamente así, efectuado dicho ineludible cotejo entre ambas normativas, nos hallaremos en condiciones de determinar si los preceptos de la Ley gallega introducen o no auténticas o propias especialidades procesales, en cuanto singularidades que divergen (con justificación constitucional o sin ella, lo que es cuestión distinta) de la regulación estatal general que rige en el ámbito procesal del recurso de casación, en este litigio concernido.

Pues bien, así las cosas, y al igual que ha ocurrido con el Derecho sustantivo o material, el Ordenamiento procesal de la Ley de enjuiciamiento civil relativo al recurso de casación no es en la actualidad el contenido en la reforma operada en dicho cuerpo normativo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, a la que expresamente alude el Preámbulo de la Ley autonómica impugnada, sino el regulado en el capítulo IV, del título IV del libro II (arts. 477 a 489) de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En lo que aquí importa hemos de destacar en la nueva y vigente regulación del recurso de casación algunos aspectos esenciales, tales como: a) la decisión de dejar fuera del recurso de casación *stricto sensu* las infracciones de leyes procesales; b) el establecer como motivo único en que puede fundarse el recurso la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC); y c) el régimen sobre las resoluciones recurribles en casación, referido a las

sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, únicamente en los casos señalados en el artículo 477.2 LEC, a saber: 1) las dictadas en procesos para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los del artículo 24 de la Constitución, 2) cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas, y 3) cuando la resolución del recurso presente interés casacional, señalando a continuación el artículo 477.3 LEC los supuestos en que se considera que el recurso de casación presenta «interés casacional».

La referida sucesión de normas procesales reguladoras del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, conforma a la doctrina de este Tribunal, que el cotejo o contraste entre la regulación autonómica sobre la casación civil foral y la estatal de la LEC, atribuida ésta al Tribunal Supremo *ex* artículo 123 CE, no haya de limitarse a la contenida en la reforma operada en la LEC de 1881 por la Ley 10/1992, que era la vigente cuando se promulgó la Ley de Galicia 11/1993 objeto de impugnación, sino que alcance también, tomándola en consideración, a la constituida por la ahora vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de cuyo régimen sobre el recurso de casación del que conoce la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, hemos destacado de forma sucinta los aspectos esenciales de sus presupuestos básicos. Ello responde a la doctrina que este Tribunal ha establecido en relación con el denominado *ius superveniens* (SSTC 87/1985, de 16 de julio; 137/1986, de 6 de noviembre; 27/1987, de 27 de febrero; 154/1988, de 21 de julio, entre otras).

Establecidos así los criterios o pautas que han de orientar nuestro juicio de constitucionalidad, procede ya examinar los preceptos de la Ley autonómica frente a los que dirige su impugnación el Abogado del Estado.

8. El artículo 1 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia, dispone:

«Son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia:

a) Las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia, así como, en su caso, las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia y demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa.

b) Las resoluciones que impidan la prosecución de la instancia o, en ejecución, resuelvan definitivamente cuestiones no controvertidas en el pleito, no decididas en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

c) Las resoluciones para las que expresamente se admita, en las circunstancias y con arreglo a los requisitos que vengan establecidos.

Quedan excluidas las sentencias dictadas en los juicios de desahucio por falta de pago de la renta».

La tacha de inconstitucionalidad que al transcrito precepto opone el Abogado del Estado consiste en que no encuentra justificación en peculiaridades del Derecho civil sustantivo de Galicia, dado que, en su criterio, ninguna relación guarda aquél con las singularidades del mencionado Derecho civil, foral o especial,

vigente en dicho territorio, limitándose a efectuar una atribución competencial al Tribunal Superior de Justicia, con la consiguiente alteración del régimen de resoluciones judiciales impugnables en casación que se contenía, en el momento de promulgarse la Ley gallega, en el artículo 1687 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en su versión de la Ley 10/1992, antes citada, y que ahora regula el artículo 477, apartados 2 y 3, de la vigente LEC.

Pues bien, ante todo hemos de precisar que si bien la doctrina de este Tribunal ha establecido que «la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión (criterio mantenido desde la STC 71/1982, FJ 20)» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 16), esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas procesales por el legislador autonómico (*leges repetitae*) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consista en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico.

Partiendo de ello hemos de acoger la pretensión de inconstitucionalidad formulada por el Abogado del Estado relativa a la regulación que el legislador autonómico ha efectuado, en lo que concierne a las resoluciones susceptibles del recurso de casación foral, en los apartados b) y c) del transcrito artículo 1,

así como también por lo que atañe a su párrafo final (exclusión del recurso de casación de las Sentencias dictadas en juicios de desahucio por impago de la renta), pues no se trata en estos supuestos de introducir especialidades en el recurso de casación civil foral, sino más propiamente de reproducir la regulación procesal que de la casación se contiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el art. 1687, 2, 3 y 4 LEC de 1881 en la reforma de la Ley 10/1992, derogada en la actualidad por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil). Por ello, ninguna de las prescripciones contenidas en dichos apartados y párrafo final del precepto analizado encuentra respaldo competencial en la habilitación que el artículo 149.1.6 CE confiere al legislador autonómico para innovar el ordenamiento procesal con verdaderas especialidades o singularidades procesales, y solamente con ellas, por cuanto las reglas procesales en cuestión, concernientes a permitir el acceso al recurso de casación no solo de las sentencias definitivas dictadas en segunda instancia sino también de las demás resoluciones enunciadas en el precepto, no surgen como derivación o consecuencia de peculiaridad alguna del Derecho civil gallego que así lo justifique, incurriendo por ello dichos apartados b) y c), así como el párrafo final del artículo 1 de la Ley impugnada, en inconstitucionalidad.

9. Mayores problemas presenta el apartado a) del mencionado artículo 1 de la Ley gallega, que permite el acceso a la casación foral o regional ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia no

solo de las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia, sino también de las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia radicados en su ámbito territorial y, con carácter residual, de las «demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil». A ello añade el precepto dos condicionamientos referidos a todas las sentencias y resoluciones susceptibles de recurso de casación, al señalar en su inciso final: «siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa».

Pues bien, la ampliación de las sentencias susceptibles de casación foral a las dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, así como a las demás resoluciones referidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil obedece, en lo esencial, al mismo esquema de normación autonómica consistente en reproducir o reiterar la legislación estatal, y en este caso, concretamente el artículo 1687 LEC de 1881 en su reforma por Ley 10/1992, que permitía una casación *per saltum* frente a las Sentencias de primera instancia en determinados casos y cuando la cuestión a dilucidar fuera estrictamente jurídica, modalidad casacional ésta ya desaparecida en la vigente LEC y que, por tanto, no constituye especialidad procesal derivada del Derecho civil foral o especial gallego. El mismo resultado es predicable del precepto en cuanto incluye como resoluciones que pueden acceder a la casación foral las demás a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues tampoco en este caso el legislador autonómico incorpora, como normación procesal especial, la que traiga causa o presente cone-

xión directa con el Derecho civil gallego y que fuera así amparable en los títulos competenciales (art. 149.1.6 CE y art. 27.5 EAG) invocados por el Parlamento de Galicia para emanar la Ley recurrida.

Finalmente, debemos analizar si los condicionamientos contenidos en el inciso final del apartado a) enjuiciado, al señalar «siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa», pueden ampararse por el legislador gallego en el mencionado título competencial que le habilita para introducir, en la legislación procesal de competencia exclusiva del Estado, aquellas especialidades procesales con vinculación directa en su Derecho sustantivo, en este caso constituido por el Derecho civil foral propio de dicha Comunidad Autónoma. Debemos precisar al respecto que los dos enunciados normativos del inciso transcrito ofrecen alcance de muy diverso signo, pues, mientras la exigencia de que las sentencias produzcan eficacia de cosa juzgada guarda relación con una concepción de base doctrinal sobre las sentencias accesibles a la casación en general, al excluir de control casacional aquellas recaídas en los procesos sumarios en cuanto que no producen dicha eficacia, la supresión de la cuantía litigiosa (*summa gravaminis*) para abrir la vía casacional responde a una concreta y singular perspectiva material sobre el contenido de las instituciones jurídico-privadas que integran el Derecho civil foral o especial de Galicia, según veremos más adelante. Así pues, el requisito de que las sentencias recurribles «produzcan excepción de cosa juzgada» no trae

causa de peculiaridad alguna informadora del Derecho civil sustantivo, sino que responde a un puro y simple prurito de perfección técnico-jurídica, muy alejado de lo que debe constituir, en los términos competenciales que acota el artículo 149.1.6 CE, una necesaria especialidad procesal que legitime constitucionalmente la intervención del legislador autonómico en este ámbito del ordenamiento procesal. En consecuencia la inconstitucionalidad que hemos predicado de las demás determinaciones normativas del artículo 1 a) en examen, debe también extenderse a esta exigencia o requisito establecido por el legislador gallego. Más ardua es la cuestión referida al inciso final del precepto, conforme al cual las sentencias pronunciadas en apelación por las Audiencias Provinciales de Galicia, en materia de su Derecho civil foral o especial, pueden acceder a la casación «cualquiera que sea la cuantía litigiosa», análisis que abordamos a continuación.

10. El Derecho civil foral o especial de Galicia, contenido en la actualidad en la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, no impugnada ante este Tribunal, responde a la competencia, constitucionalmente atribuida, de «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8 CE), y que Galicia ha recogido en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía: «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego». Es éste, pues, el específico

Derecho gallego cuyas particularidades pueden justificar que el legislador autonómico promulgue normas procesales especiales que tales particularidades requieran, y que coexistan, con legitimidad constitucional, con el ordenamiento procesal cuya competencia exclusiva es del Estado, al amparo del artículo 149.1.6 CE.

La perspectiva que debemos adoptar, para dilucidar si la eliminación del requisito de la cuantía litigiosa o *summa gravaminis* para acceder a la casación civil foral de Galicia, encuentra acomodo competencial en el artículo 27.5 de su Estatuto de Autonomía, en relación con la salvedad o excepción que configura el inciso final del considerado artículo 149.1.6 de la Constitución, ha de ser doble: de un lado, es pertinente indagar cuáles son las particularidades del ordenamiento jurídico-civil propio de Galicia, y de otra parte, parece oportuno traer a colación la función y finalidad que persigue el recurso extraordinario de casación, enderezado en este caso a formar jurisprudencia acerca de las instituciones del Derecho civil foral o especial de Galicia.

11. Las instituciones reguladas en la Ley de Derecho civil de Galicia, Ley 4/1995, que ha derogado la Ley sobre la Compilación 7/1987, se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista. Los pleitos para solventar las discrepancias sobre los derechos derivados de tales instituciones tienen, pues, como sustrato económico cuantías litigiosas escasas, muy

por debajo no solamente de la que actualmente señala el artículo 477.2.2 de la vigente LEC, en la cifra de veinticinco millones de pesetas, sino de la de seis millones de pesetas que fijó la reforma de la casación civil por Ley 10/1992 (art. 1687.1.c LEC de 1881). Así permite afirmar-lo no solamente un somero examen de las instituciones jurídico-privadas reguladas por la mencionada Ley y por la costumbre, en lo pertinente (arts. 1 y 2, apartado 2 de la referida Ley gallega de Derecho civil), entre las que se cuenta, *ad exemplum*, los petrucios parroquiales o veciña, las comunidades en materia de aguas, el agra, agro o vilar, la servidumbre de paso, las serventías, el cómaro, ribazo o arró, el retracto de graciosa, los arrendamientos rústicos y aparcerías, entre otras, sino también las consideraciones vertidas en el debate parlamentario de la Ley autonómica impugnada, en el que se manifestó que la cuantía litigiosa —referida a la de seis millones de pesetas— «en la casi totalidad de los casos está muy por encima de la que es habitual en los procedimientos o pleitos del ámbito del Derecho civil de Galicia. Un Derecho que, como sus señorías saben, es eminentemente rural y, por tanto, con litigios de muy escasa cuantía económica».

Así las cosas, si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil de Galicia podrían verse seriamente afectados, según arguye la representación del Parlamento de Galicia, con paralela repercusión de la competencia sustantiva sobre la autointegración del ordenamiento civil propio de Gali-

cia, al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en el específico Derecho gallego.

Por otra parte, adquiere especial relieve, desde la perspectiva de vincular esta especialidad procesal (eliminación o supresión de la cuantía litigiosa para acceder a la casación foral) al Derecho sustantivo y a sus particularidades ya reseñadas, la función asignada al recurso de casación. Si este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no solo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (*ius constitutionis*), si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, *de facto*, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las sentencias dictadas en casación.

Hemos de concluir, por ello, que, conforme a la doctrina constitucional que se dejó expuesta, debemos

apreciar la existencia de una conexión o vinculación directa entre las particularidades del Derecho civil de Galicia (de sus diversas instituciones integrantes del específico Derecho gallego), y la especialidad procesal establecida por el inciso final del artículo 1 a) de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia «cualquiera que sea la cuantía litigiosa», pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el artículo 149.1.6 CE, en relación con el artículo 27.5 de su norma estatutaria, por lo que debemos declarar la constitucionalidad del referido inciso final.

12. En el examen del artículo 2 de la Ley impugnada, atinente a los motivos que pueden fundar el recurso de casación foral, debemos proceder, para una más adecuada decisión sobre la constitucionalidad del precepto, distinguiendo los dos apartados, correlativos a sendos motivos casacionales, en que se divide el mismo.

El artículo 2, en su apartado 1, dispone:

«El recurso de casación se basará en alguno o algunos de los siguientes motivos:

1) Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas de Derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo».

Basta la sola lectura del precepto para apreciar que no incorpora al ordenamiento de la casación foral ninguna innovación o especialidad procesal que venga exigida por las particularidades del Derecho civil gallego, pues se limita, como es patente, a reproducir el texto de la LEC de 1881 en la redacción dada por Ley 10/1992 (art. 1692.4), y en cuanto establece como motivo casacional la infracción de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia, viene también a ser reiterado sustancialmente por el artículo 477.1 de la vigente Ley 1/2000, a cuyo tenor: «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», puesto en relación con el artículo 478.1, en su segundo párrafo, que atribuye a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de la denominada casación civil foral cuando el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en «infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad». Así, pues, el artículo 2, apartado 1, ahora enjuiciado, no contiene ninguna especialidad procesal sobre la que pueda legislar el Parlamento autonómico, al carecer de la habilitación competencial constitucionalmente exigible (art. 149.1.6 CE y art. 27.5 EAG), lo que conduce a declarar la inconstitucionalidad del mencionado apartado.

13. El artículo 2, en su segundo apartado, incluye, como específico motivo para fundar el recurso de casación civil foral, el que se configura en los siguientes y literales términos:

«2. Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.

Los usos y costumbre notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

La innovación procesal de la Ley autonómica recurrida consiste, en este punto, en la determinación de un segundo y específico motivo fundante del recurso de casación, añadiendo al que descansa en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico-privado de Galicia, el desconocimiento por el juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre aplicable para resolver el caso litigioso. La especialidad procesal del legislador gallego radica, pues, en considerar como infracción fundamentadora del recurso de casación no solamente la atinente a las normas integrantes de su ordenamiento, en su significado de Derecho escrito, sino también la eventualmente cometida respecto de los usos o costumbres que, derivándose de hechos notorios, sean invocables para decidir el litigio en cuestión, en los términos del precepto analizado.

Pues bien, no podemos por menos de reconocer, como aducen tanto la representación procesal de la Junta de Galicia como la del Parlamento gallego, que el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral constituye una de sus particularidades más relevan-

tes y que informa tal ordenamiento civil.

En efecto, en primer término, así lo pone de manifiesto el debate de la Ley impugnada en el Parlamento de Galicia al afirmar, con referencia al texto del apartado 2 del artículo 2, relativo a los usos y costumbres, que «es consustancial como especificidad de nuestro Derecho civil». Pero, además y sobre todo, ello resulta de la consideración que a los usos y costumbres asigna la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. Esta ley, tras aludir en su Preámbulo al proceso de creación consuetudinario del Derecho civil gallego, y con cita de las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, y 182/1992, de 16 de noviembre, establece en su artículo 1 que: «El Derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen», y en el apartado 2 de su artículo 2 dispone: «El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, por los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega».

Ha de añadirse que, si bien es competencia exclusiva del Estado la emanación de reglas relativas a «la determinación de las fuentes del Derecho», conforme al artículo 149.1.8 CE, esta competencia estatal ha de ejercitarse «con respeto a las normas de Derecho foral o especial», como el propio precepto constitucional señala en su inciso final. Con base en ello, el Estatuto de Autonomía de

Galicia, en su artículo 38.3, prescribe que «En la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego». Es esta expresa habilitación competencial de la que hizo uso el legislador autonómico en la citada Ley 4/1995, al establecer en sus tres primeros artículos el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia, con expresa inclusión de los usos y costumbres.

Por ello, no podemos sino considerar que esta peculiaridad del Derecho civil de Galicia, que hunde sus raíces en usos y costumbres configuradores de las instituciones de su privativo Derecho foral justifica, desde la perspectiva competencial examinada, la introducción por el Parlamento de Galicia de una necesaria especialidad procesal del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, cual es la especificación, como motivo casacional propio, de la infracción de tales usos y costumbres cuando éstos sean desconocidos por los Juzgados y Tribunales radicados en el territorio autonómico, contribuyendo así a la fijación y reconocimiento del Derecho consuetudinario, allí donde exista y sea aplicable para resolver el litigio.

Debemos, pues, entender que el artículo 2, en su número 2, párrafo primero, de la Ley impugnada, no menoscaba ni invade la competencia estatal sobre la legislación procesal y se ajusta al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, por lo que ha de rechazarse su pretendida inconstitucionalidad.

14. El párrafo segundo del núm. 2 del artículo 2 de la Ley autonómica impugnada exonera de prueba a los usos y costumbres notorios, y añade que, a efectos del recurso de casación, han de tenerse por tales además de los compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de La Coruña.

Pues bien, esta determinación normativa, con independencia de haber sido recogida con posterioridad en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia (art. 2, apartado 1), presenta en este ámbito procesal una directa vinculación con el anterior enunciado del precepto, de tal suerte que esta fuente del Derecho civil gallego sea reconocida y aplicada allí donde tenga efectiva implantación a través de hechos notorios que así la reconozcan o pongan de manifiesto. Se trata pues, de una concreción procesal que cumple su función respecto de la carga de la prueba de tales hechos notorios constitutivos de uso o costumbre, dispensando de su acreditación en el proceso.

En efecto, dado que la costumbre como fuente del Derecho ha de resultar probada, tal como exigen el artículo 1.3 del Código civil y el artículo 281.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la notoriedad del Derecho consuetudinario gallego dispensa de su prueba cuando tal fuente del Derecho foral sea invocada como fundamento o motivo del recurso de casación. En consecuencia, la especificación o concreción contenida en este segundo párrafo se inscribe en el ordenamiento pro-

cesal de la casación foral de Galicia y, en cuanto trae causa de la particularidad de su Derecho sustantivo civil de basarse en un sustrato de carácter consuetudinario, informador de muchas de sus instituciones jurídico-privadas, según antes dijimos, nos hallamos ante una especialidad o singularidad procesal, en el ámbito de la actividad probatoria, que entronca de manera directa con el Derecho sustantivo que se trata de proteger a través del instrumento procesal del recurso de casación.

Hemos de concluir, así, que el artículo 2 núm. 2, en sus dos párrafos, se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias y ha de declararse, por ello, constitucional.

15. El artículo 3 de la Ley autonómica dispone que será competente el Tribunal Superior de Justicia de Galicia cuando el recurso de casación se funde, además de en algunos de los motivos señalados en el artículo anterior, en uno de los referidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 1692 LEC de 1881.

El precepto, como señala el Abogado del Estado, establece una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal (SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 114/1994, de 14 de abril, FJ 3 b); 91/998, 23 de abril, FJ 3; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16), por lo que, sea una mera reiteración de la legislación estatal o, por el contrario, introduzca alguna novedad, carece de competencia el legislador autonómico para promulgarlo, por lo que incurre en inconstitucionalidad.

16. En el artículo 4 de la Ley

enjuiciada se regulan las costas procesales, estableciendo el criterio o regla de la temeridad o mala fe procesales para imponer, con expresa motivación, las originadas en la tramitación del recurso de casación.

El Abogado del Estado, tras resaltar que tal criterio difiere de lo dispuesto en el artículo 1715.2 y 3 de la derogada LEC de 1881, no concibe de qué peculiaridad sustantiva del Derecho gallego puede derivar la necesidad de una norma procesal sobre la imposición de costas. Los Letrados de la Junta de Galicia argumentan, en defensa de la constitucionalidad del precepto, que se trata de un criterio basado en la apreciación razonada del Juzgador y que tiene la indudable ventaja, frente a otros criterios, de que permite un pronunciamiento en costas contrario al recurrente, que consciente de la falta de fundamento, decide, sin embargo, promover el recurso, o bien frente a quien formula una oposición al recurso con manifiesta carencia de fundamento, lo que evita en la práctica una muy injusta prima a los litigantes económicamente fuertes, por lo que tiene pleno sentido el criterio en materia de costas establecido en el precepto recurrido. Por su parte, el representante del Parlamento de Galicia sostiene que nada tiene de particular que la Ley recurrida, para ajustar el principio flexible en materia de costas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 a su ámbito territorial, adopte el criterio plasmado en el precepto recurrido.

Es suficiente observar, a este respecto, que ninguna justificación ofrecen los representantes de la Junta y del Parlamento de Galicia, ni se desprende tampoco de la disposi-

ción legal recurrida, en orden a que el criterio seguido en materia de costas procesales por el precepto ahora considerado derive necesariamente de las particularidades sustantivas del Derecho civil especial de Galicia, lo que conduce a estimar también en este extremo la pretensión del Abogado del Estado y concluir, por tanto, que tal previsión invade la competencia que al Estado reserva el artículo 149.1.6 CE, sobre la legislación procesal.

17. La disposición adicional de la Ley autonómica establece que:

«En todo lo no previsto en la presente ley, y mientras no se opongan a la misma, regirán como supletorias las normas sobre el recurso de casación previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El objeto de la disposición no es otro que el de atribuir carácter supletorio a la legislación estatal sobre el recurso de casación (LEC), y negar, en consecuencia, su aplicabilidad directa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. Mas esta determinación normativa del legislador autonómico, atribuyendo carácter de Derecho supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con independencia de no constituir en sí misma una singularidad o especialidad procesal del recurso de casación foral, excede el ámbito competencial que a dicho legislador atribuye el artículo 149.1.6 CE, para introducir las necesarias especialidades procesales derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo, ámbito acotado por la mencionada previsión constitucional.

En efecto, mediante esta disposición adicional el legislador gallego

se sitúa en el ámbito propio del legislador procesal estatal, como muestra el que no establezca como directamente aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil en tanto que ordenamiento procesal general, relegando dicha Ley a una función meramente supletoria. No se trata, pues, de la introducción de una necesaria especialidad o singularidad procesal que tenga apoyo o derive de las particularidades de su Derecho civil o sustantivo, pues es claro que extravasa este estricto ámbito, al que viene referido la cláusula competencial contenida en el artículo 149.1.6 CE.

Hemos, por consiguiente, de declarar la inconstitucionalidad de esta norma adicional, por menoscabar o invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal.

18. El Abogado del Estado pretende también la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones transitoria y final de la Ley del Parlamento de Galicia 11/1993, con base en la conexión que tales disposiciones presentan con el resto de los preceptos de la mencionada Ley autonómica objeto de impugnación. Tal pretensión podría encontrar acogida, en aplicación del artículo 39.1 LOTC, si hubiéramos declarado la inconstitucionalidad de todos los preceptos contenidos en la Ley gallega, pues carecería de sentido mantener una norma intertemporal y otra de entrada en vigor respecto de una Ley cuya inconstitucionalidad se hubiera apreciado en la integridad de su texto normativo.

Pero no siendo ello así, por cuanto hemos apreciado la constitucio-

nalidad del inciso final del artículo 1 a), y del artículo 2.2 de la Ley autonómica, tanto la disposición final, que señala la fecha de entrada en vigor de la Ley 11/1993, como su disposición transitoria, mantienen pleno significado en el contexto legislativo en el que ambas normas se insertan. Así, y por lo que se refiere a la disposición transitoria, en cuanto ésta establece que: «Serán recurribles en casación, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, las resoluciones judiciales que, dictadas antes de su entrada en vigor, se encuentren en tiempo hábil de ser recurridas», no cabe negar al Parlamento de Galicia, en ejercicio de su competencia constitucional y estatutaria para emanar leyes que impliquen necesarias especialidades en el orden procesal (art. 149.1.6 CE y art. 27.5 EAG), que una tal normaación vaya acompañada de un régimen de Derecho intertemporal respecto de las sentencias a las que sean aplicables las especialidades procesales de la casación que la norma autonómica, con legitimidad constitucional, viene a introducir en el ordenamiento procesal, contribuyendo así a la certeza jurídica en la aplicación individualizada de las especialidades que la ley autonómica establece.

Procede, en consecuencia, declarar la constitucionalidad de las disposiciones transitoria y final de la Ley del Parlamento de Galicia 11/1993, de 15 de julio.

19. Atendido lo expuesto, hemos de concluir que se ajustan al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias (art. 149.1.6 CE y art. 27.5 EAG), los preceptos de la Ley de Galicia 11/1993 objeto de

la presente impugnación, que a continuación se relacionan:

Artículo 1, apartado letra a), en cuanto dispone: «Son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: a) Las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia ... cualquiera que sea la cuantía litigiosa».

Artículo 2, número 2 en sus dos párrafos, que prescribe: «El recurso de casación se basará en alguno o algunos de los siguientes motivos: 2º. Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre. Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

Disposición transitoria, y

Disposición final sobre entrada en vigor de la Ley.

Así, pues, por lo que respecta a los indicados preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 11/1993 objeto de impugnación, debemos desestimar el recurso de inconstitucionalidad promovido contra ella por el Presidente del Gobierno, de tal manera que procede la estimación parcial del mencionado recurso en lo que concierne a los demás artículos de la referida Ley autonómica, al no acomodarse éstos al orden constitucional de distribución competencial.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Galicia 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil especial, y en consecuencia:

1º Declarar inconstitucionales y nulos, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, los siguientes preceptos de la mencionada Ley: artículo 1, salvo el apartado letra a) en su inciso final «y cualquiera que sea la cuantía litigiosa», en los términos expuestos en el fundamento jurídico último; artículo 2 en su número 1; artículo 3; artículo 4 y la disposición adicional.

2º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

Voto particular que formulan los Magistrados don Pablo Cachón Villar y doña María Emilia Casas Baamonde respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3141/93.

Disentimos de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad

núm. 3141/93 en cuanto declara inconstitucional el artículo 2.1 de la Ley del Parlamento de Galicia 11/1993, de 15 de julio sobre recurso de casación en materia de Derecho civil especial, disentiendo que lo es con el máximo respeto al criterio mayoritario sustentado en dicha Sentencia. Expresamos a continuación las razones de nuestro disentiendo, expuestas ya en el debate mantenido en Pleno.

1. Es oportuno transcribir previamente el texto de dicho precepto. Dice así:

«El recurso de casación se basará en alguno o algunos de los siguientes motivos: 1º) Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas de derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo».

Entendemos que la constitucionalidad de esta norma se fundamenta en la conjunta interpretación de dos normas del bloque de constitucionalidad: el artículo 149.1.6 CE y el artículo 22.1 a) del Estatuto de Autonomía para Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril. Conforme al primero de dichos preceptos es competencia exclusiva del Estado la «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». A tenor del segundo de los mencionados preceptos «la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende: a) En el orden civil, a todas las instancia y grados, incluidos los recursos de casación y revi-

sión en las materias de Derecho civil gallego».

En suma, nuestra discrepancia se concreta en que consideramos que el artículo 2.1 de la Ley 11/1993 no hace sino regular un motivo de casación que constituye una «necesaria especialidad procesal» derivada del Derecho sustantivo de Galicia y, por tanto, plenamente constitucional, de acuerdo con el marco fijado por el reproducido artículo 149.1.6 CE, según se justifica seguidamente.

2. La determinación, por el legislador gallego, del motivo de casación recogido en el artículo 2.1 de la Ley 11/1993 no se limita a reiterar o reproducir el correlativo precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sea el art. 1692.4 LEC de 1881, sea el art. 477.1, en relación con el art. 478.1, segundo párrafo, o incluso el art. 477.3 LEC actualmente vigente), sino que incorpora, como innovación procesal, la especificación de que la infracción de normas ha de ser siempre de las integrantes del ordenamiento jurídico civil de Galicia, bien sea únicamente de éstas, bien sea de éstas en conjunción con las normas del Derecho civil común, o de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia o de la anterior del Tribunal Supremo.

Es decir, se trata, en todo caso, de la vulneración del Derecho civil foral o propio de Galicia, que se identifica así como el exclusivo ámbito al que se extiende la función casacional en el territorio autonómico, delimitación que resulta ajena a la tacha de reiteración o reproducción que se le atribuye. Y ello, de un lado, porque no existe correspondencia a efectos de la reiteración entre el precepto

gallego, ceñido a la determinación de un ámbito procesal, y el artículo 478.1, segundo párrafo, LEC, que tiene principalmente una dimensión organizativa del ejercicio de la jurisdicción. Y de otro, porque el precepto gallego procede a concretar el ámbito de la regulación procesal propia por su conexión con el alcance del ordenamiento jurídico civil de Galicia, según se expone en el apartado siguiente, lo que excluye que aquél reproduzca los otros preceptos antes citados de la Ley Enjuiciamiento Civil, que no atienden a esta perspectiva, sino a otra general no comprensiva de las especialidades procesales de las Comunidades Autónomas. No puede haber reiteración, en nuestro criterio, en una prescripción procesal que inevitablemente debe concretar su ámbito específico de regulación.

3. El aludido motivo de casación comprende expresamente la infracción de «doctrina jurisprudencial», sea la establecida por el Tribunal Superior de Justicia, sea la establecida anteriormente por el Tribunal Supremo.

Esta previsión legal es plenamente coherente con la naturaleza del Derecho civil sustantivo de Galicia. Y ello porque la formación e integración de este Derecho se realiza en buena parte a través de los usos y costumbres (art. 1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia). Ya en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3, nos referimos a la natural integración de las normas consuetudinarias en las instituciones del Derecho civil gallego, cuya conservación, modificación y desarrollo es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de

Galicia). Son necesarios, por tanto, criterios precisos y claros para la concreción del contenido de esas instituciones y para la uniformidad de su aplicación. Tales criterios pueden y deben ser proporcionados por la doctrina jurisprudencial elaborada en casación. Basta citar, en apoyo de estas consideraciones, el artículo 2.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1993 y el artículo 2.1 de la Ley 4/1995, preceptos ambos que comprenden en el concepto de usos notorios «los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

4. La exposición precedente evidencia que, teniendo en cuenta la perspectiva competencial —ya aludida— desde la que ha de ser enjuiciado el tema que nos ocupa, la previsión normativa del artículo 2.1 de la Ley 11/1993 constituye una especialidad procesal necesaria (en los términos del art. 149.1.6 CE) en cuanto trae causa, en conexión directa, del Derecho sustantivo de Galicia y de las particularidades que lo caracterizan e informan.

Por ello entendemos que la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3141/93 debió haber declarado también la constitucionalidad del artículo 2.1 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia.

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil cuatro.

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 25 de marzo de 2004, dictada en el recurso de inconstitucio-

nalidad núm. 3141/93, al que se adhiere el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel.

Proclamando de antemano mi respeto al parecer mayoritario expresado en la Sentencia considero, no obstante, oportuno emitir mi Voto particular discrepante de la misma, que fundo brevemente en las razones que siguen.

1. Creo que nuestra actual Sentencia se aparta de modo inconveniente de la que ha sido nuestra más tradicional doctrina respecto de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia procesal, que se recoge en el fundamento jurídico 4.

Con arreglo a dicha doctrina sobre el alcance del artículo 149.1.6 CE la cuestión a decidir se cifra en si de «las particularidades del Derecho sustantivo» de la Comunidad Autónoma de Galicia derivan unas «necesarias especialidades», en razón de las que pueda justificarse la elaboración por dicha Comunidad Autónoma de una Ley propia, reguladora del recurso de casación, utilizando al respecto la competencia otorgada por el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia, Ley Orgánica 1/1981.

Ante todo debe observarse que los conceptos «particularidades del Derecho sustantivo» y «necesarias peculiaridades», empleados en el artículo 149.1.6 CE, son suficientemente expresivos de una facultad estrictamente limitada, de modo que no cabe aceptar que la sola existencia de un Derecho sustantivo propio faculte a las Comunidades Autónomas para crear instituciones procesales propias al margen de las

reguladas con carácter unitario para todo el Estado, por una simple apreciación de la conveniencia de dictarlas por parte de la Comunidad Autónoma.

Será necesaria la precisa determinación de «las particularidades» y la de la relación de necesidad en la conexión entre dichas particularidades y las especialidades procesales de que se trate, para poder justificar el establecimiento de éstas mediante el ejercicio de una competencia autónoma.

2. Pues bien, sobre tales presupuestos de partida no me parece que el recurso de casación sea en modo alguno una necesaria especialidad de ningún Derecho sustantivo, sino que se trata de una institución que obedece a consideraciones de carácter estrictamente procesal, cuyo significado común a todo el sistema procesal me resulta inequívoco; de ahí que me resulte inaceptable en línea de principio la fragmentación de su regulación desde las diferentes Comunidades Autónomas con Derecho sustantivo propio.

Me parece que entre el Derecho sustantivo y la institución procesal de la casación existe una distancia lógica muy extensa, difícilmente salvable mediante una hipotética relación de necesidad entre las peculiaridades de aquél y las especialidades de ésta.

Consecuentemente, no veo la posibilidad de un recurso de casación objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, con regulación diferenciada del recurso de casación común a todo el Estado. Lo contrario, que es lo acaecido con la Ley impugnada en el presente recur-

so, vulnera, a mi juicio, la distribución de competencias establecida en el artículo 149.1.6 CE.

A partir de esta consideración me resulta ya superfluo el análisis minucioso de cada una de los preceptos de la Ley impugnada que se realiza en la Sentencia, pues no son los concretos contenidos de la Ley los cuestionables, a mi juicio, sino el hecho global de la existencia misma de la Ley en razón de su objeto. Pero desde luego ni el mínimo valor cuantitativo de los litigios suscitados en aplicación de las instituciones propias del Derecho gallego, ni el carácter fundamentalmente consuetudinario de este Derecho los considero una razón convincente para la regulación de una casación propia de tal Derecho, y para la conservación de los preceptos de la Ley recurrida que nuestra Sentencia salva de la inconstitucionalidad, pues tales dos elementos se dan también en relación con múltiples regulaciones del Derecho común, con la derivada dificultad, o incluso imposibilidad, de acceso a la casación de los litigios suscitados en torno a su aplicación, sin que por tanto las del Derecho autonómico puedan considerarse «peculiaridades», de las que puedan derivarse «necesarias especialidades» en el sistema de la casación.

3. Estimo por lo expuesto que el recurso de inconstitucionalidad debía haber sido estimado en su totalidad, y declarada la inconstitucionalidad de toda la Ley recurrida, y no solo de parte de la misma, como hace la Sentencia.

En tal sentido emito mi Voto.

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil cuatro.

C) FISCALIDAD DE LA FIDUCIA ARAGONESA

1. S. TSJ de Aragón de 21 de abril de 2003

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª)

Ilustrísimos señores

Presidente:

Don Jaime Servera Garcías

Magistrados:

Don Eugenio A. Esteras Iguácel

Don Fernando García Mata

En Zaragoza, a veintiuno de abril de dos mil tres

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sección 2ª), el recurso contencioso-administrativo número 808 de 1999, seguido entre partes; como demandantes don Joaquín, doña María Soledad y doña Inmaculada Gracia Barberán, representados por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y asistidos por el letrado don José Mario Ferreiro Iberní; y como Administración demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado y la Diputación General de Aragón, representa-

da y asistida por el letrado de la Comunidad Autónoma. Son objeto de impugnación las resoluciones (tres) de la Sala Primera del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón de 22 de septiembre de 1999, por las que se desestiman las reclamaciones números 550/291/99, 50/292/99 y 50/293/99 contra liquidaciones del Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Procedimiento: Ordinario.

Cuantía: 98.699,34 euros
(16.422.189 pesetas).

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado don Fernando García Mata.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 16 de diciembre de 1999, interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento de esta resolución.

Segundo: Previa la admisión a trámite del recurso, publicación de su interposición y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar el recurrente los hechos y fundamentos de Derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que, con estimación del recurso, se revoquen las resoluciones recurridas declarando no haber lugar a las liquidaciones practicadas a cargo de los actores, como consecuencia del fallecimiento de su padre don Joaquín Gracia Palacios por no haberse producido el hecho imponible descrito por la norma ni ser, en consecuencia, sujetos pasivos del tributo, ordenando la devolución de las cantidades ingresadas como consecuencia de dichas liquidaciones, más los intereses legales regulados en el artículo 58.2.c) de la ley 230/1963, de 28 de diciembre, con costas.

Tercero: Las Administraciones demandada y codemandada, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacionar los hechos y fundamentos de Derecho que, por su parte, estimaron aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

Cuarto: Sin haber lugar al recibimiento del juicio a prueba, y tras evacuarse por las partes el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 9 de abril de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se impugnan en el presente proceso por la parte actora las

resoluciones (tres) de la Sala Primera del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón de 22 de septiembre de 1999, por las que se desestiman las reclamaciones números 550/291/99, 50/292/99 y 50/293/99 contra liquidaciones del Impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Segundo: Son antecedentes cuya reseña se estima oportuna para la resolución de la litis los siguientes: a) en fecha 22 de abril de 1992 falleció don Joaquín Gracia Palacios, que otorgó, junto con su cónyuge, testamento mancomunado el día 28 de diciembre de 1987, en el que ambos testadores se concedieron mutuamente fiducia sucesoria aragonesa con pacto al más viviente; b) la cónyuge sobreviviente otorgó escritura de manifestación de herencia e inventario el 19 de octubre de 1992, aceptando el usufructo de viudedad universal y su condición de fiduciaria, reservándose las facultades de ejercitar dicho encargo, sin efectuar en dicho momento atribución alguna; c) el 11 de noviembre de 1998 la cónyuge supérstite y madre de los actores haciendo uso parcial de su facultad fiduciaria asignó la nuda propiedad de la finca 1 de las inventariadas a favor de sus nietos que se relacionan y en las proporciones que se indican en la citada escritura, practicando la oficina gestora las correspondientes liquidaciones; y d) asimismo la Oficina Gestora el 14 de enero de 1999 practicó liquidaciones provisionales números 123, 124 y 125 por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones a cargo de los actores.

Tercero: Los recurrentes en apoyo de su pretensión señalan: a)

que en los supuestos de fiducia sucesoria aragonesa con pacto al más viviente no se produce la delación hereditaria hasta tanto el cónyuge supérstite haga uso de su facultad fiduciaria o fallezca sin hacerlo, resultando aplicable el artículo 24 de la Ley 29/1987 que dispone que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan; b) que el precepto contenido en el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones no sólo no dispone de respaldo legal legitimatorio, sino que contraviene lo dispuesto por el citado artículo 24 de la Ley, por lo que resulta ilegal de pleno derecho y, en consecuencia inaplicable; c) que los actores no ostentan la condición de herederos hasta tanto la madre como fiduciaria, ejerce la fiducia adjudicándoles todo o parte de los bienes de la herencia, por lo que aun obviando la ilegalidad del precepto reglamentario, tampoco sería factible liquidación alguna a su cargo por no ostentar dicha condición de herederos; d) que no se ha producido el hecho imponible descrito por el artículo 3 de la Ley del Tributo al no haber adquirido ningún bien o derecho de la herencia de su difunto padre, ni tampoco recae sobre ellos el objeto del tributo al no haber obtenido incremento de patrimonio a título lucrativo como consecuencia del expresado fallecimiento y herencia.

Frente a ello, la Administración del Estado se remite a lo razonado

en las resoluciones administrativas recurridas —que afirman que la resolución es conforme a lo dispuesto en el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 8 de noviembre de 1991—, señalando por su parte la Administración de la Comunidad Autónoma que la supresión del artículo citado no supondría mayor benevolencia fiscal, sino mayor carga impositiva —que se girase liquidación por la totalidad de los bienes que se adquiere en fiducia y que, cuando la ejercitase, se practicara liquidación a cargo del fiduciario o fiduciarios—, suponiendo una fórmula intermedia que quiere conseguir un equilibrio entre las razones recaudatorias y la equidad en la imposición. Añadiendo que la fiducia sucesoria estaba regulada en el artículo 33.9 de Reglamento del Impuesto de Derechos Reales vigente hasta el de 1991; que la ley del Impuesto general sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 6 de abril de 1967 establecía en su artículo 35.9 que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiera disposición en contrario. Al formalizarse la institución, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiera lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueran de menos cuantía que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna»; y que en la actualidad la ley vigente no ha

incorporado dicho precepto, regulando el tema en el reglamento, de forma que desde un punto de vista formal puede colisionar con el principio de reserva de ley pero responde a razones de política fiscal.

Cuarto: En primer lugar y como antecedente de cuanto más adelante se dirá, resulta preciso llevar a cabo unas breves consideraciones sobre la fiducia sucesoria en Aragón, y, concretamente, sobre la regulación de dicha institución contenida en la *Compilación de Derecho Civil de Aragón*, al no ser de aplicación por razones puramente temporales la regulación contenida en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, que no modifica en lo esencial los razonamientos que se llevarán a cabo a continuación.

Así, la fiducia sucesoria, como otras instituciones propias del Derecho aragonés, responde a exigencias socioeconómicas peculiares del territorio histórico de Aragón, que hoy se integra en nuestra Comunidad Autónoma y lejos de ser una institución vetusta y en desuso, ha venido constituyendo y constituye hoy en día una institución querida y utilizada frecuentemente por los aragoneses en sus disposiciones testamentarias.

Dejando a un lado sus antecedentes —pues su relación no es propia de esta resolución— debe destacarse que, al tiempo que interesa a la presente litis, la misma se regulaba en la *Compilación* antes referida, cuyo artículo 100.1 disponía que «cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la

sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», precepto con el que, como tuvo ocasión de señalar la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de abril de 1954, se dispone y produce una subrogación del fiduciario en la posición del causante, para ordenar la sucesión —instituir heredero o herederos, distribución de la herencia, etc.— como si de dicho causante se tratara.

En todo caso, y en cuanto aquí importa, lo cierto es que mientras que el fiduciario —que no adquiere en cuanto tal derecho alguno de contenido patrimonial sobre la herencia, sino tan sólo la función de integrar la última voluntad del causante— no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no puede decirse que exista delación sucesoria, en la medida que tampoco existe vocación hereditaria, de forma que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un efectivo derecho sobre la herencia hasta tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades —en la situación de pendencia del ejercicio por el fiduciario de sus funciones, los descendientes y parientes, eventuales beneficiarios, en todo o en parte, no son llamados a la herencia, ni pueden en consecuencia aceptarla, adquiriendo sólo una expectativa de que se le asignen todos o parte de los elementos patrimoniales que componen la herencia del causante, pero no adquieren ningún derecho actual sobre ellos, ni en forma individual ni conjunta—. En dicho sentido se pronuncia expresamente, aunque no resulte

aplicable, el artículo 133.1 de la Ley 1/199, de 4 de marzo, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, en el que se señala 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», disponiendo el apartado siguiente que «mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente (...)».

Quinto: Visto el aspecto sustantivo, si quiera sea someramente, de la regulación de la fiducia sucesoria, procede entrar en el fiscal, esto es, al tratamiento que las leyes fiscales han dado a la referida institución.

Los antecedentes son citados por la Administración autonómica en su escrito de contestación a la demanda en cuanto se remite al Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 21 de marzo de 1958, aprobado por Decreto 176/1959, de 15 de enero, que disponía en su artículo 33.9 que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiese disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna», precepto que con idéntica

redacción se incorpora al artículo 35.9 del Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril.

Dicha norma, cuya falta de vigencia al tiempo de los actos impugnados, excusa a este Tribunal de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuya fundamentación requeriría un escaso esfuerzo dialéctico, se mantuvo con la aprobación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, en cuanto su disposición final segunda dispuso que «hasta la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones seguirá en vigor el de 15 de enero de 1959, en cuanto no se oponga a los preceptos de esta Ley».

La aprobación del reglamento del Impuesto tiene lugar con el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre que en su artículo 54.8 dispone, al regular los fideicomisos, que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras con carácter provisional, a cargo de todos los herederos con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas

provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

Pues bien, dicho precepto, con independencia de otras imperfecciones o puntos discutibles que no determinarían un juicio desfavorable a su conformidad a Derecho —referencia exclusiva al cónyuge viudo, mención a un comisario que no existe, encuadramiento dentro de los fideicomisos cuando nada tiene que ver con las sustituciones fideicomisarias—, incurre en defectos de diversa índole que determinan su inaplicación por su disconformidad a Derecho.

En primer lugar, dicho precepto yerra cuando hace referencia a «todos los herederos» cuando, como se ha expuesto en el fundamento de Derecho precedente, en la institución de la fiducia sucesoria no existen propiamente herederos hasta el momento en el que ésta se ejercita, y a pesar de ello se gira una liquidación a cargo de los mismos, haciéndose a continuación referencia a liquidaciones complementarias, obviando toda la problemática a que las mismas dan lugar.

Aparte de lo anterior, la ilegalidad del precepto deriva, con carácter fundamental, de la constatación de que el mismo contraviene los preceptos legales que le sirven de cobertura, introduciendo por vía reglamentaria normas sin la debida cobertura legal. Así, la contravención de preceptos legales, tal y como pone de manifiesto la parte recurrente, resulta evidente si tenemos en cuenta que el artículo 1 de la Ley 28/1987, de 18 de diciembre, dispone que «el Impuesto sobre Sucesio-

nes y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley», y resulta evidente que en la fiducia sucesoria con el fallecimiento del que la instituye nada adquieren —y puede que nada lleguen a adquirir— los destinatarios de las liquidaciones tributarias llevadas a cabo con arreglo al artículo 54.8. Asimismo, el artículo 3 señala que «constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», y lo cierto es que en la fiducia sucesoria, hasta que el fiduciario no haga uso de sus facultades, no se produce adquisición de bienes. En último término, el precepto reglamentario referido vulnera el artículo 5, que al regular a los sujetos pasivos, dispone que «estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) En las adquisiciones "mortis causa", los causahabientes», cuando en la fiducia no ejercitada no existen causahabientes.

Asimismo, afirman los recurrentes que el precepto vulnera igualmente el artículo 24 de la Ley 29/1987, que dispone que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan, precepto cuya aplicabilidad plantea el problema de que la situación de pendencia que existe hasta la consumación o

caducidad de la fiducia sucesoria no puede configurarse como un supuesto de institución hereditaria, sujeta a condición suspensiva, consistente en la decisión del fiduciario; puesto que el encargo sometido a éste no tiene la naturaleza de determinación accesorio, agregada a un negocio jurídico, mediante la que se hace depender, de un hecho futuro e incierto, la producción de efectos de aquél —característica esencial de toda condición suspensiva—, sino que el encargo tiene por finalidad propia, y ésta es la verdadera naturaleza de la fiducia, la de integrar la voluntad del causante en el supuesto de la institución de heredero, no obstante lo cual puede afirmarse que si lo que está pendiente es la existencia o no del título sucesorio y la naturaleza de éste, parece poco discutible que deba aplicarse en este caso igualmente el aplazamiento de las liquidaciones.

A lo anterior debe añadirse que dicho precepto reglamentario introduce una regulación de la fiscalidad de la fiducia sucesoria, con desconocimiento de su verdadera naturaleza, contenido y efectos, al margen de precepto legal alguno que le sirva de cobertura y sin que razones de seguridad jurídica o prevención del fraude fiscal lo amparen, pues, por ejemplo, bastaría con que producido el devengo del tributo por fallecimiento del causante, el fiduciario formule ante la Hacienda Pública competente la correspondiente declaración acompañando los documentos que justifiquen la situación de pendencia y, al propio tiempo, permitan a la Administración tributaria la ejecución de sus

potestades de seguimiento del proceso sucesorio hasta su culminación.

En último término cabe señalar que ni la Ley ni el reglamento contienen previsiones similares sobre figuras forales análogas, produciendo una discriminación en el tratamiento jurídico tributario de las instituciones forales que es de difícil justificación.

Por lo expuesto, resulta procedente estimar el recurso interpuesto, declarando no conformes a Derecho las liquidaciones impugnadas, al no ser el artículo Reglamentario en que se fundan conforme a Derecho, tal y como viene sosteniendo reiteradamente en el ámbito de la presente Comunidad Autónoma la doctrina más autorizada, ordenándose la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales.

Sexto: Formulándose la impugnación indirecta de un precepto reglamentario cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Supremo, y estimándose en la presente sentencia, a los efectos aquí procedentes, el mismo disconforme a Derecho, resulta procedente acordar, una vez firme esta resolución, el planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo, al ser dicho Tribunal el competente para conocer de la conformidad a Derecho del precepto referido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 LJCA.

Séptimo: No hay motivos que determinen un especial pronunciamiento en cuanto a costas.

FALLAMOS

Primero: Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 808 del año 1999, interpuesto por don Joaquín, doña M.^a Soledad y doña Inmaculada Gracia Barberán, contra las resoluciones citadas en el encabezamiento de la presente resolución, las cuales anulamos así como las liquidaciones que en las mismas se confirman, acordando la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales.

Segundo: No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Una vez firme dése cuenta a los efectos del planteamiento de la cuestión de ilegalidad anunciada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, celebrando la Sala audiencia pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.

2. A. TSJ de Aragón de 13 de junio de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a)

Ilustrísimos señores

Presidente:

Don Jaime Servera Garcías

Magistrados:

Don Eugenio A. Esteras Iguácel

Don Fernando García Mata

En Zaragoza, a trece de junio de dos mil tres

Dada cuenta,

HECHOS

Primero: Con fecha 21 de abril de 2003 recayó sentencia en el presente recurso con la siguiente parte dispositiva: «Primero.— Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 808 del año 1999, interpuesto por don Joaquín, doña M.^a Soledad y doña Inmaculada Gracia Barberán, contra las resoluciones

citadas en el encabezamiento de la presente resolución, las cuales anulamos así como las liquidaciones que en las mismas se confirman, acordando la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales. Segundo.— No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas». Haciéndose a continuación la advertencia de que «una vez firme dése cuenta a los efectos del planteamiento de la cuestión de ilegalidad anunciada».

Segundo: Notificada la sentencia se dictó con fecha 9 de junio de 2003 resolución declarando la firmeza de la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: El artículo 27 de la vigente Ley Jurisdiccional dispone

en su apartado 1 que «cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-Administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición», señalando el artículo 123 del mismo texto legal que «el Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda. Contra el auto de planteamiento no se dará recurso alguno. 2. En este auto se acordará emplazar a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión. Transcurrido este plazo, no se admitirá la personación» y el artículo 124 que «1. El Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión remitirá urgentemente, junto con la certificación del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo. 2. El planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada».

Segundo: En el presente recurso la sentencia a la que se ha hecho referencia, tras llevar a cabo unas breves consideraciones sobre la regulación de la fiducia sucesoria en

la Compilación de Derecho Civil de Aragón —no era de aplicación por razones puramente temporales la regulación contenida en la Ley 1/1999— poniendo de manifiesto que la misma se regulaba, al tiempo de dictarse el acuerdo impugnado, en el artículo 100.1 de dicha Compilación que disponía que «cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado», se pone de manifiesto que, con dicho precepto, se dispone y produce una subrogación del fiduciario en la posición del causante, para ordenar la sucesión —instituir heredero o herederos, distribución de la herencia, etc.— como si de dicho causante se tratara, poniéndose de manifiesto que «(...) mientras que el fiduciario —que no adquiere en cuanto tal derecho alguno de contenido patrimonial sobre la herencia, sino tan sólo la función de integrar la última voluntad del causante— no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no puede decirse que exista delación sucesoria, en la medida en que tampoco existe vocación hereditaria, de forma que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un efectivo derecho sobre la herencia hasta tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades —en la situación de pendencia del ejercicio por el fiduciario de sus funciones, los descendientes y parientes, eventuales beneficiarios, en todo o en parte, no son llamados a la herencia, ni pueden en consecuencia aceptarla, adquiriendo sólo una expectativa de que se le asignen todos o parte de los elementos patrimoniales que componen la herencia

del causante, pero no adquieren ningún derecho actual sobre ellos, ni en forma individual ni conjunta—. En dicho sentido se pronuncia expresamente, aunque no resulte aplicable, el artículo 133.1 de la Ley 1/1999, de 4 de marzo, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, en el que se señala 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», disponiendo el apartado siguiente que «mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente (...)».

Posteriormente, en el fundamento de Derecho quinto se estudia el tratamiento que las leyes fiscales han dado a la referida institución señalándose lo siguiente:

«Los antecedentes son citados por la Administración autonómica en su escrito de contestación a la demanda en cuanto se remite al Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes de 21 de marzo de 1958, aprobado por Decreto 176/1959, de 15 de enero, que disponía en su artículo 33.9 que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiese disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que

las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna», precepto que con idéntica redacción se incorpora al artículo 35.9 del Texto refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril.

Dicha norma, cuya falta de vigencia al tiempo de los actos impugnados, excusa a este Tribunal de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuya fundamentación requeriría un escaso esfuerzo dialéctico, se mantuvo con la aprobación de la Ley 28/1987, de 18 de diciembre, en cuanto su disposición final segunda dispuso que «hasta la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones seguirá en vigor el de 15 de enero de 1959, en cuanto no se oponga a los preceptos de esta Ley».

La aprobación del reglamento del Impuesto tiene lugar con el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre que en su artículo 54.8 dispone, al regular los fideicomisos, que «en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras con carácter provisional, a cargo de todos los herederos con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por conse-

cuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

Pues bien, dicho precepto, con independencia de otras imperfecciones o puntos discutibles que no determinarían un juicio desfavorable a su conformidad a Derecho —referencia exclusiva al cónyuge viudo, mención a un comisario que no existe, encuadramiento dentro de los fideicomisos cuando nada tiene que ver con las sustituciones fideicomisarias—, incurre en defectos de diversa índole que determinan su inaplicación por su disconformidad a Derecho.

En primer lugar, dicho precepto yerra cuando hace referencia a «todos los herederos» cuando, como se ha expuesto en el fundamento de Derecho precedente, en la institución de la fiducia sucesoria no existen propiamente herederos hasta el momento en el que ésta se ejercita, y a pesar de ello se gira una liquidación a cargo de los mismos, haciéndose a continuación referencias a liquidaciones complementarias, obviando toda la problemática a que las mismas dan lugar.

Aparte de lo anterior, la ilegalidad del precepto deriva, con carácter fundamental, de la constatación de que el mismo contraviene los preceptos legales que le sirven de cobertura, introduciendo por vía reglamentaria normas sin la debida cobertura legal. Así, la contravención de preceptos legales, tal y como pone de manifiesto la parte recurrente, resulta evidente si tenemos en cuenta que el artículo 1 de la Ley

28/1987, de 18 de diciembre, dispone que «el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley», y resulta evidente que en la fiducia sucesoria con el fallecimiento del que la instituye nada adquieren —y puede que nada lleguen a adquirir— los destinatarios de las liquidaciones tributarias llevadas a cabo con arreglo al artículo 54.8. Asimismo, el artículo 3 señala que «constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», y lo cierto es que en la fiducia sucesoria, hasta que el fiduciario no haga uso de sus facultades, no se produce adquisición de bienes. En último término, el precepto reglamentario referido vulnera el artículo 5, que al regular a los sujetos pasivos, dispone que «estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) En las adquisiciones «mortis causa», los causahabientes», cuando en la fiducia no ejercitada no existen causahabientes.

Asimismo, afirman los recurrentes que el precepto vulnera igualmente el artículo 24 de la Ley 29/1987, que dispone que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan, precepto cuya aplicabilidad plantea el problema de que la situación de pendencia

que existe hasta la consumación o caducidad de la fiducia sucesoria no puede configurarse como un supuesto de institución hereditaria, sujeta a condición suspensiva, consistente en la decisión del fiduciario; puesto que el encargo sometido a éste no tiene la naturaleza de determinación accesoria, agregada a un negocio jurídico, mediante la que se hace depender, de un hecho futuro e incierto, la producción de efectos de aquél —característica esencial de toda condición suspensiva—, sino que el encargo tiene por finalidad propia, y ésta es la verdadera naturaleza de la fiducia, la de integrar la voluntad del causante en el supuesto de la institución de heredero, no obstante lo cual puede afirmarse que si lo que está pendiente es la existencia o no del título sucesorio y la naturaleza de éste, parece poco discutible que deba aplicarse en este caso igualmente el aplazamiento de las liquidaciones.

A lo anterior debe añadirse que dicho precepto reglamentario introduce una regulación de la fiscalidad de la fiducia sucesoria, con desconocimiento de su verdadera naturaleza, contenido y efectos, al margen de precepto legal alguno que le sirva de cobertura y sin que razones de seguridad jurídica o prevención del fraude fiscal lo amparen, pues, por ejemplo, bastaría con que producido el devengo del tributo por fallecimiento del causante, el fiduciario formule ante la Hacienda Pública competente la correspondiente declaración acompañando los documentos que justifiquen la situación de pendencia y, al propio tiempo, permitan a la Administración tributaria la ejecución de sus

potestades de seguimiento del proceso sucesorio hasta su culminación.

En último término cabe señalar que ni la Ley ni el reglamento contienen previsiones similares sobre figuras forales análogas, produciendo una discriminación en el tratamiento jurídico tributario de las instituciones forales que es de difícil justificación.

Por lo expuesto, resulta procedente estimar el recurso interpuesto, declarando no conformes a Derecho las liquidaciones impugnadas, al no ser el artículo Reglamentario en que se fundan conforme a Derecho, tal y como viene sosteniendo reiteradamente en el ámbito de la presente Comunidad Autónoma la doctrina más autorizada, ordenándose la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales».

Tercero: De lo antes expuesto se desprende que en la sentencia referida se estima el recurso interpuesto por considerarse ilegal el contenido del artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, y resulta evidente que es el Tribunal Supremo el competente para conocer del recurso directo contra la referida disposición, por lo que se está inicialmente en el caso previsto en los preceptos transcritos en el razonamiento jurídico primero de esta resolución para plantear, mediante auto, la oportuna cuestión de ilegalidad, cuyo fundamento está contenido en los fundamentos de Derecho de la referida sentencia que anteriormente hemos reproducido.

Cuarto: No obstante la inicial claridad de lo expuesto y, por lo tanto, la procedencia del planteamiento de

la cuestión de ilegalidad, se estima oportuno examinar la incidencia que sobre el planteamiento de la cuestión de ilegalidad han tenido las modificaciones legislativas que han incidido sobre la institución de la fiducia sucesoria, tanto en el ámbito sustantivo, como fiscal —la Ley 1/1999, de 4 de marzo, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón y la ley 13/2000, de 27 diciembre, de las Cortes de Aragón de Medidas Tributarias y Administrativas— y ello si tenemos en cuenta que lo que persigue la cuestión de ilegalidad es, según la exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional, «una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas».

Quinto: Por lo que hace referencia a la incidencia de la Ley 1/1999, como ya se adelantaba en la sentencia, la misma en modo alguno altera lo razonado en la sentencia con relación a la fiducia sucesoria. Al contrario, al clarificar la institución, perfeccionándola jurídicamente, pone en mayor medida de manifiesto la ilegalidad del precepto reglamentario controvertido. Así, aunque son varias sus novedades —ámbito subjetivo de la fiducia, con consiguiente diferenciación de su régimen jurídico, requisitos formales, plazo, etc.—, por lo que hace referencia a la delación, la Ley señala que no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o su extinción y que hasta entonces se considerará en situación de herencia yacente (art. 133), por lo que hasta ese momento se desconoce quiénes serán los herederos.

Sexto: En cuanto a la eventual incidencia en el planteamiento de la cuestión de ley 13/2000, de 27 diciembre, de las Cortes de Aragón, de Medidas Tributarias y Administrativas, debe comenzarse recordando que la finalidad y contenido de dicha norma, en el tema controvertido, se resumen en su exposición de motivos al señalar que con la misma «se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento del fallecimiento del causante», y que «para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria. Con ello, al no trasladar la carga tributaria al patrimonio del sujeto pasivo, se eliminan buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables».

Así, dicha norma comienza regulando el tema de los beneficios fiscales —en el artículo 1.1, señalando que «los beneficios fiscales relativos a adquisiciones sucesorias, estén previstos en la normativa general o en el ordenamiento jurídico aragonés, se aplicarán en la liquidación provisional que, conforme al artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, se practique por la fiducia sucesoria regulada en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, sin perjuicio de que la delación de la herencia se produzca en el momento de ejecución de la fiducia o de su extinción, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 133 de la citada

Ley»—, para después disponer en su apartado 7 que «las autoliquidaciones que se presenten con motivo de una herencia pendiente de ejecución fiduciaria podrán ser satisfechas con cargo al patrimonio hereditario, conforme a lo dispuesto en las disposiciones que regulan la forma de pago de las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con cargo al propio caudal relicto, en las siguientes condiciones: a) Se exigirá el previo acuerdo de todos los sujetos pasivos de la liquidación provisional y, en su caso, de quien sea usufructuario de tal patrimonio. De igual modo, deberá constar la autorización del fiduciario o fiduciarios o, en el caso de la fiducia colectiva, la del administrador. b) En ningún caso el pago de las autoliquidaciones con cargo al caudal relicto supondrá la consideración de tales deudas tributarias como una carga deducible. c) En las liquidaciones que puedan proceder con motivo de sucesivas ejecuciones fiduciarias, las cantidades detraídas del caudal relicto para el pago de las liquidaciones provisionales deberán ser consideradas a todos los efectos como bienes integrantes del mismo».

Séptimo: Siendo indudable el avance que sobre la situación anterior supone la reforma introducida por la Ley parcialmente transcrita —al reconocer la aplicación de los beneficios fiscales a los que la misma hace referencia y al determinar que las autoliquidaciones que se presenten con motivo de una herencia pendiente de ejecución fiduciaria podrán ser satisfechas con cargo al patrimonio hereditario—, lo cierto es que dicha reforma no da solución a los dos principales defectos en que, a juicio de este Tribunal y como se señala en la sentencia, incurre el

precepto reglamentario que allí se reputaba ilegal —el artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre—, esto es, su falta de cobertura legal y que haga tributar a quien no puede todavía, y puede no ser nunca, llamado a la sucesión.

Octavo: Que ello es así y no puede ser de otro modo deriva de la constatación de cuál era la competencia normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre la materia al tiempo de dictarse la norma referida.

Al respecto conviene recordar que el artículo 157.1 a) de la Constitución prevé, como recurso de las Comunidades Autónomas, los impuestos del Estado total o parcialmente cedidos a aquéllas, mecanismo financiero este que tiene su régimen jurídico general en los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre. Así, tras disponer en el apartado 1 de su artículo 10 que «son tributos cedidos los establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponda a la Comunidad Autónoma» y en su apartado 2 que «se entenderá efectuada la cesión cuando haya tenido lugar en virtud de precepto expreso del Estatuto correspondiente, sin perjuicio de que el alcance y condiciones de la misma se establezcan en una Ley específica», disponía en su artículo 11.1 que «pueden ser cedidas a las Comunidades Autónomas en las condiciones que establece la presente Ley los tributos relativos a las siguientes materias tributarias: (...) c) Impuesto sobre sucesiones y donaciones».

En el ámbito de la presente Comunidad Autónoma es el apartado 1 de la disposición adicional

segunda de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, la norma en la que se determinan los tributos cedidos a esta Comunidad Autónoma, entre los que se encuentra el de Sucesiones y Donaciones, remitiéndose, en dicha redacción originaria, el Estatuto de Autonomía a la Ley Orgánica 8/1980.

Posteriormente, incide en el tema la Ley 30/1983, de 28 diciembre de Cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, que pretende, al tiempo, garantizar la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, asegurando a la vez la coherencia del ordenamiento tributario, concretando «el alcance y condiciones en que ha de llevarse a cabo dicha cesión, con objeto de que este proceso se desarrolle de forma homogénea en las diferentes Comunidades Autónomas, garantizando así la coherencia del conjunto del sistema tributario español» al estimar que «las Administraciones encargadas de la gestión y recaudación de los tributos cedidos han de seguir un modelo único en cuanto al contenido de su función —delegada o colaboradora— que el Estado les encomienda, con objeto de evitar problemas de competencia», añadiendo en su exposición de motivos que «una vez adoptado el acuerdo sobre el alcance y condiciones de la cesión en la respectiva Comisión Mixta, el Gobierno de la nación tramitará los proyectos de ley específica de cesión de tributos del Estado a cada Comunidad Autónoma, que, aprobados por el Parlamento, entrarán en vigor en la fecha que en ellas se determine». Conforme a dichos principios, tras enumerarse en el

artículo 1 los Tributos cedidos, con el alcance y condiciones establecidas en dicha Ley, y precisar que se entiende por rendimiento cedido el importe de la recaudación líquida derivada de las deudas tributarias correspondientes a los distintos hechos impositivos cedidos, dispone en su artículo 3 que «1. Los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por la Ley General Tributaria, los Convenios internacionales para evitar la doble imposición, la Ley propia de cada tributo, los reglamentos generales dictados en desarrollo de la Ley General Tributaria y de las Leyes propias de cada tributo y las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas, dictadas por la Administración del Estado», añadiendo que «2. La normativa que dicten las Comunidades Autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta, efectos fiscales, no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste al establecido por las normas estatales».

Más adelante, es la Ley 14/1996, de 30 diciembre, por la que se establece el régimen general de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, así como la adopción de medidas fiscales complementarias para la aplicación del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, la que supone un nuevo hito en la materia iniciando, como señala su exposición de motivos «una nueva etapa en la evolución histórica del régimen de cesión de tributos del Esta-

do a las Comunidades Autónomas, presidida por el principio de responsabilidad fiscal efectiva, cuya materialización se articula, fundamentalmente, mediante la adopción de dos medidas en el contexto de dicho régimen, cuales son: de un lado, la ampliación del ámbito de la cesión de tributos a una parte del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y, de otro, la atribución a las Comunidades Autónomas de ciertas competencias normativas en relación a los tributos cedidos, incluyendo la mencionada parte de dicho impuesto», circunstancia esta que obliga a la modificación del régimen general aplicable en la materia, y a la modificación de la normativa propia de cada uno de los tributos cedidos, en orden a su adecuación a tal nueva posibilidad. De esta manera se señala en su artículo 4, relativo a la normativa aplicable a los tributos cedidos, que «Uno. Los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por la Ley General Tributaria, los Convenios o Tratados internacionales, la Ley propia de cada tributo, los Reglamentos generales dictados en desarrollo de la Ley General Tributaria y de las Leyes propias de cada tributo, las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas, dictadas por la Administración del Estado y, en los términos previstos en este Título, por las normas emanadas de la Comunidad Autónoma competente según el alcance y los puntos de conexión establecidos en el mismo. Dos. La normativa que dicten las Comunidades Autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto de Autonomía y que sea susceptible de

tener, por vía indirecta, efectos fiscales no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste al establecido por las normas estatales». Posteriormente, tras señalar el artículo 12 que «la titularidad de las competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas, así como la revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, corresponde al Estado», el artículo 13 dispone que las Comunidades Autónomas podrán «en relación con la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (...) regular la determinación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, y la fijación de la tarifa cuya progresividad deberá ser similar a la del Estado, siendo idéntica a la de este último en cuanto a la cuantía del primer tramo de la base liquidable y tipo marginal mínimo. En el caso de adquisiciones «mortis causa», podrán regular las reducciones de la base imponible, debiéndose mantener las del Estado en condiciones análogas a las establecidas por éste y pudiendo crear otras que respondan a circunstancias de carácter económico o social, propias de las Comunidades Autónomas, siempre que no supongan una reducción de la carga tributaria global por este tributo».

En la misma fecha que la Ley anterior, la Ley Orgánica 5/1996, de 30 diciembre, reforma la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, modificando, en cuanto aquí interesa, la disposición adicional segunda.

Como consecuencia de la ley 14/1996, se publica la Ley 25/1997, de 4 de agosto, que regula la modificación del régimen de cesión de tributos del Estado y fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, y que tiene un triple ámbito de actuación: a) procede a modificar el apartado 1 de la disposición adicional segunda del Estatuto de Autonomía de Aragón; b) procede a determinar la aplicación específica en Aragón de los nuevos términos en los que ha de regularse el alcance y condiciones de la cesión de tributos del Estado a esta Comunidad Autónoma y c) determina que la cesión parcial efectiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tiene como límite el 15 por 100. En cuanto aquí interesa, el artículo 2 dispone que el alcance y condiciones de la cesión de tributos a la Comunidad Autónoma de Aragón son los establecidos en la Ley de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias y señala que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.1 de la Constitución y del artículo 19.2 de la LOFCA, se atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón la facultad de dictar para sí misma normas legislativas en relación con los tributos cedidos y se establecen los oportunos mecanismos de control de dichas facultades legislativas.

Posteriormente, se aprueba la Ley Orgánica 7/2001, de 27 diciembre de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), que tiene una doble finalidad: abrir la posibilidad de ceder a las Comu-

nidades Autónomas nuevos tributos estatales y abrir también la posibilidad de atribuir a las Comunidades Autónomas nuevas competencias normativas en los tributos cuya cesión ya es efectiva, así como la posible asunción por ellas de competencias normativas en ciertos tributos. Así, en este segundo aspecto, que aquí interesa, se delimitan las líneas generales de la atribución de competencias normativas a las Comunidades Autónomas con relación a cada uno de los distintos tributos susceptibles de cesión y se formulan los principios generales a los que han de someterse las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias normativas que se les atribuyan —la novedad se encuentra en el conjunto de nuevas facultades que, en esta materia, pueden atribuirse a las Comunidades Autónomas—; y se mantiene el esquema hasta ahora vigente, en virtud del cual se delegan en las Comunidades Autónomas las competencias en materia de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los tributos cedidos, con el alcance y condiciones que se especifiquen en la Ley que regule la cesión de tributos. En dicha ley, en cuanto aquí interesa, se da nueva redacción al artículo 19 de la LOFCA en los siguientes términos «1. La gestión, liquidación, recaudación e inspección de sus propios tributos corresponderá a la Comunidad Autónoma, la cual dispondrá de plenas atribuciones para la ejecución y organización de dichas tareas, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse con la Administración Tributaria del Estado, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo. 2. En caso de tributos cedi-

dos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir, en los términos que establezca la Ley que regule la cesión de tributos, las siguientes competencias normativas: (...) c) En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, reducciones de la base imponible, tarifa, la fijación de la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones, bonificaciones, así como la regulación de la gestión y liquidación».

A continuación, se dicta la Ley 21/2001, de 27 diciembre que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, en el que se regula el nuevo sistema de financiación que según se indica en su exposición de motivos se fundamenta en los principios de: generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía, solidaridad, coordinación, participación en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y participación en los Tribunales Económico-Administrativos. En cuanto a las competencias normativas sobre los elementos de los tributos susceptibles de cesión, una vez determinadas las líneas generales de la atribución de dichas competencias a las Comunidades Autónomas mediante la modificación efectuada en la LOFCA por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, la Ley 21/2001, procede a la concreción de estos extremos, señalando en cuanto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que las Comunidades Autónomas pueden regular, novedosamente, las reducciones aplicables en la base imponible a las transmisiones «inter vivos», mejorar las reducciones estatales, crear

deducciones y bonificaciones, y fijar la tarifa del impuesto sin ninguna limitación.

En último término, debe citarse la Ley 25/2002, de 1 julio, sobre régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, que en su artículo 1 modifica el párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón y en su artículo 2 dispone que «1. el alcance y condiciones de la cesión de tributos a la Comunidad Autónoma de Aragón son los establecidos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. 2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.1 de la Constitución y conforme a lo previsto en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, se atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón la facultad de dictar para sí misma normas legislativas, en los casos y condiciones previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía».

Noveno: Pues bien, del conjunto de la normativa referida se desprende que si dicha norma no da cobertura legal al precepto legal controvertido, ello es debido simplemente a que, como consecuencia de la capa-

cidad normativa compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma, es al poder legislativo estatal al que correspondería abordar la reforma de dicho precepto, careciendo la Comunidad Autónoma, a dicha fecha, de competencia para modificar el referido precepto.

Lo que hace el legislador autonómico, dentro del estrecho margen que le otorgan las normas antes referidas, es como se indica en la exposición de motivos coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia, dando además una solución acorde con la visión de la herencia yacente como un patrimonio separado, pero resulta indudable que la posibilidad limitada —a acuerdo de los fiduciarios— de que se pague el impuesto con el patrimonio hereditario no resuelve el problema esencial de la regulación fiscal contenida en el precepto controvertido —aunque ciertamente mitiga y resuelve algún problema práctico—, y no da respuesta, ni satisfacción al problema jurídico que plantea el precepto referido, que explicado en la sentencia, se resume en la exposición de motivos de la ley 13/2000, al señalar que con el mismo se hace tributar «a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión», y ello con vulneración de los preceptos referidos en la sentencia, y también del artículo 31 de la Constitución y 10.a) de la Ley General Tributaria, por lo que procede plantear la cuestión de ilegalidad a fin de que por el Tribunal Supremo se declare la ilegalidad del artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, precepto que con

carácter previo a la sentencia que determina la presente cuestión de ilegalidad, la generalidad de los autores y estudiosos de esta Comunidad Autónoma viene reputando, por razones evidentes a juicio de este Tribunal, ilegal.

PARTE DISPOSITIVA:

La Sala Acuerda plantear ante el Tribunal Supremo cuestión de ilegalidad con relación al artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Remítase al Tribunal Supremo, junto con certificación de este auto, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo.

Emplácese a las partes para que en el plazo de 15 días puedan comparecer ante el Tribunal Supremo, formulando las alegaciones que estimen conveniente para fallar la cuestión, advirtiéndoseles que, transcurrido ese plazo, no se admitirá la personación.

Asimismo procédase, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.2 de la Ley Jurisdiccional, a la publicación del planteamiento de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado, a los efectos de su conocimiento general y a fin de posibilitar la personación ante el Tribunal Supremo, en el mismo plazo antes indicado, de quien pudiera estimarse legitimado para ello.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

3. S. TS de 31 de marzo de 2004

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª)

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Vista por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, la cuestión de ilegalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante auto de 13 de junio de 2003, que afecta a la nulidad del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, que fue considerado nulo por la referida Sala de instancia en su sentencia de 21 de abril de 2003, dictada en el recurso Contencioso-Administrativo promovido por don Joaquín, doña María Soledad y doña Inmaculada Gracia Barberán y seguido ante la misma con el número 808/1999, en materia de liquidaciones del referido Impuesto con motivo de una «fiducia aragonesa», en cuya cuestión de ilegalidad han sido partes la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado, y la Comunidad Autónoma de Aragón, representada y dirigida por el Letrado de la misma, don José María Bescos Ramón.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En la indicada fecha de 21 de abril de 2003, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Aragón dictó sentencia, en el recurso de dicho orden jurisdiccional número 808/1999, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos: *Primero.*— Estimamos el recurso Contencioso-Administrativo número 808 del año 1999, interpuesto por don Joaquín, doña María Soledad y doña Inmaculada Gracia Barberán, contra las resoluciones citadas en el encabezamiento de la presente Resolución, las cuales anulamos así como las liquidaciones que en la misma se confirman, acordando la devolución de las cantidades ingresadas con sus intereses legales. *Segundo.*— No hacemos especial pronunciamiento en cuanto a costas».

Segundo: Comparecidos la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón, ambas partes codemandadas en el citado recurso Contencioso-Administrativo número 808/1999, formularon sus respectivas alegaciones, mediante escritos de 7 y 9 de julio de 2003, contraponiéndose a la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y a la nulidad del artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991 acordada en la sentencia de 21 de abril de 2003; y, señalada, por su turno, para votación y fallo, la audiencia del día 23 de marzo de 2004, ha tenido lugar en tal fecha dicha actuación procesal, siendo ponente el Excmo. Sr. don Jaime Rovonet Moscardó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia dictada, con fecha 21 de abril de 2003, en el recurso Contencioso-Administrativo número 808/1999, por la Sección Segunda de la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

A) Son elementos de hecho del caso los siguientes: a) El 22 de abril de 1992 falleció don Joaquín Gracia Palacios, que, con fecha 28 de diciembre de 1987, había otorgado, junto con su cónyuge, doña Silvia Barberán Arlegui, testamento mancomunado, en el que ambos se concedieron mutuamente «fiducia sucesoria aragonesa con pacto del más viviente»; b) doña Silvia otorgó escritura de manifestación de herencia e inventario el 19 de octubre de 1992, aceptando el usufructo de viudedad universal y su condición de fiduciaria, reservándose las facultades de ejercitar dicho encargo, sin efectuar en dicho momento atribución alguna; c) El 11 de noviembre de 1998, doña Silvia, madre de los actores en la instancia, haciendo uso parcial de su facultad fiduciaria, asignó la nuda propiedad de la finca número 1 de las inventariadas a favor de sus nietos, que se relacionan, en las proporciones que asimismo se indican, practicando la Oficina Gestora las correspondientes liquidaciones; y, d) El 14 de enero de 1999, la Oficina Gestora practicó las liquidaciones provisionales números 123, 124 y 125 por el Impuesto sobre Sucesiones a cargo de los tres hijos de doña Silvia (recurrentes en la instancia).

B) Alegan los tres recurrentes, hijos de doña Silvia, que: a) En los casos como el de autos no se produce la delación hereditaria hasta tanto el cónyuge supérstite haga uso de su facultad fiduciaria o fallezca sin hacerlo, resultando aplicable el artículo 24.3 de la Ley 29/1987 del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que dispone que «toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan»; b) El artículo 54.8 del RD 1629/1991 no sólo no dispone de respaldo legal legitimatorio, sino que contraviene lo dispuesto en el citado artículo 24, por lo que resulta ilegal e inaplicable; c) Los actores no son herederos hasta que su madre, como fiduciaria, ejerza la fiducia aplicándoles todos o parte de los bienes de la herencia, por lo que, aun obviando la ilegalidad del artículo 54.8, tampoco sería factible la liquidación por no ostentar la cualidad de herederos; y, d) no se ha producido el hecho imponible (*ex art. 3 de la Ley 29/1987*), al no haberse adquirido ningún bien de la herencia del padre difunto, ni haberse obtenido un incremento de patrimonio a título lucrativo como consecuencia de los expresados fallecimiento y herencia.

C) El Abogado del Estado, por su parte, aduce que las liquidaciones son conformes al citado artículo 54.8 del RD 1629/1991.

Y la Comunidad Autónoma de Aragón, por la suya, expresa que:

a) La supresión de tal precepto supondría, paradójicamente, mayor carga impositiva (como sería el giro de la liquidación, por la totalidad de los bienes que se adquieren en fiducia, cuando la misma se ejercite, a cargo del fiduciario); b) La fiducia aragonesa estaba regulada en los artículos 33.9 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 de enero, y 35.9 del Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales aprobado por el Decreto 1018/1967, de 6 de abril, con una redacción igual en los dos casos («En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos, cuando no hubiera disposición en contrario. Al formalizarse la institución, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiera lugar, pero, si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueran de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, no habrá derecho a devolución alguna»); y, c) En la actualidad, la Ley vigente, 29/1987, no ha incorporado dicho precepto, regulando el tema en el RD 1629/1991, de forma que, si bien desde un punto de vista formal puede colisionar con el principio de reserva de Ley, responde a razones de política fiscal.

D) La fiducia sucesoria aragonesa (según la Compilación de Derecho Civil de Aragón, Ley 3/1985, de 21 de mayo, artículos 110 a 118 —ratificada, en lo esencial, por la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte—) se traduce en que cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, de modo que el fiduciario se subroga en la posición del causante, para efectuar tal ordenación sucesoria (instituir heredero o herederos, distribuir la herencia, etc.), como si de dicho causante se tratara.

Es decir, mientras el fiduciario (que no adquiere, en cuanto tal, derecho alguno de contenido patrimonial sobre la herencia, sino tan sólo la facultad de integrar la última voluntad del causante) no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no hay delación sucesoria, ni tampoco vocación hereditaria, de forma que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un derecho efectivo sobre la herencia hasta tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades (y, en tal situación de pendencia, los descendientes y parientes, eventuales beneficiarios, en todo o en parte, no son llamados a la herencia, ni pueden en consecuencia aceptarla, adquiriendo sólo una expectativa de que se les asignen todos parte de los elementos patrimoniales que componen la herencia del causante, pero sin adquirir ningún derecho actual sobre ellos, ni en forma individual ni conjunta).

Así se pronuncia el artículo 133.1 de la Ley 1/1999 («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», de modo que «mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente»).

E) El artículo 33.9 del Decreto 176/1959, de 15 de enero (reiterado por el 35.9 del Decreto 1018/1967) se mantuvo en vigor con la Ley 29/1987 (ya que su Disposición Final Segunda indicaba que «hasta la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones seguirá en vigor el de 15 de enero de 1959 en cuanto no se oponga a los preceptos de esta Ley»).

El artículo 54.8 del nuevo Reglamento, RD 1629/1991, objeto de controversia, establece que «En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el Comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero, si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente».

Dicho precepto adolece de varios defectos:

a. Hace referencia a «herederos» cuando los mismos no existen, propiamente, hasta el momento en que la fiducia se ejercita, y, a pesar de ello, se gira una liquidación provisional a cargo de los mismos (sin perjuicio de las posteriores liquidaciones complementarias).

b. Al introducir normas reglamentarias sin la debida cobertura legal, contradice la Ley 29/1987 y, en concreto, sus artículos 1 (pues «el Impuesto sobre Sucesiones, de naturaleza directa y subjetiva, grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, en los términos previstos en la presente Ley» y es evidente que en la fiducia sucesoria, con el fallecimiento de quien la instituye, nada adquieren, y puede que nada lleguen a adquirir, los destinatarios de las liquidaciones llevadas a cabo con arreglo al comentado artículo 54.8), 3 (pues el hecho imponible está constituido por «la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», y, en la fiducia, hasta que el fiduciario no haga uso de sus facultades, no se produce adquisición de bienes), y 5 (pues «están obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas, en las adquisiciones *mortis causa*, los causahabientes», y en la fiducia aun no ejercitada no existen causahabientes).

c. Vulnera el artículo 24.3 de la Ley 29/1987 («Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se

entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan»), pues la situación de pendencia creada con la fiducia no es equiparable a una institución hereditaria sujeta a condición suspensiva, consistente en la decisión del fiduciario, pues el encargo dado a éste no es una determinación accesorio, agregada a un negocio jurídico, mediante la que se hace depender, de un hecho futuro e incierto, la producción de efectos de aquél, ya que el encargo tiene por finalidad propia la de integrar la voluntad del causante en el supuesto de la institución de heredero (no obstante lo cual, si lo que está pendiente es la existencia o no del título sucesorio y la naturaleza de éste, es poco discutible que deba aplicarse en este caso igualmente el aplazamiento de las liquidaciones).

d. El artículo 54.8 regula la fiscalidad de la fiducia sucesoria con desconocimiento de su naturaleza, contenido y efectos, al margen de precepto legal alguno que le habilite y sin que razones de seguridad jurídica o prevención del fraude fiscal lo amparen (pues bastaría con que, producido el devengo del tributo por fallecimiento del causante, el fiduciario formule ante la Hacienda Pública la correspondiente declaración acompañando los documentos que justifiquen la situación de pendencia y, al propio tiempo, permitan a la Administración tributaria la ejecución de sus potestades de seguimiento del proceso sucesorio hasta su culminación).

e. Además, ni la Ley ni el Reglamento contienen previsiones simila-

res sobre figuras forales análogas, produciendo una discriminación en el tratamiento jurídico tributario de las instituciones forales que es de difícil justificación.

Segundo: En el auto de 13 de junio de 2003, planteando la presente cuestión de ilegalidad, se añade, en resumen, a lo expuesto en la sentencia, que:

A) La Ley 1/1999 no altera lo razonado en la sentencia, pues, al contrario, al clarificar la institución de la fiducia, pone de manifiesto, aun más, la ilegalidad del artículo 54.8 del RD 1629/1991, pues, por lo que respecta a la delación, dicha Ley señala que no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción, considerándose la herencia, hasta entonces, en situación de yacente (por lo que, hasta ese momento, se desconoce quienes serán los herederos).

B) La Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de las Cortes de Aragón, de Medidas Tributarias y Administrativas, declara, en relación con la fiducia, en su Exposición de Motivos, que «se reconoce la aplicación de cualquier tipo de beneficio fiscal en la liquidación provisional que procede en estos casos en el momento del fallecimiento del causante» y que «para coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— se arbitra la solución de posibilitar el pago de su deuda con cargo al caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria; con ello, al no trasladar la carga tri-

butaria al patrimonio del sujeto pasivo, se elimina buena parte de los supuestos que la doctrina científica venía denunciando como injustificables».

Así, en su artículo 1, apartado 1, se indica que «los beneficios fiscales relativos a adquisiciones sucesorias, estén previstos en la normativa general o en el ordenamiento jurídico aragonés, se aplicarán en la liquidación provisional que, conforme al artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, se practique por la fiducia sucesoria regulada en la Ley 1/1999, sin perjuicio de que la delación de la herencia se produzca en el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 133 de la citada Ley»; y en su apartado 7 se dispone que «las autoliquidaciones que se presenten con motivo de una herencia pendiente de ejecución fiduciaria podrán ser satisfechas con cargo al patrimonio hereditario, conforme a lo dispuesto en las disposiciones que regulan la forma de pago de las autoliquidaciones del Impuesto sobre Sucesiones con cargo al propio caudal relicto, en las siguientes condiciones: a) Se exigirá el previo acuerdo de todos los sujetos pasivos de la liquidación provisional y, en su caso, de quien sea usufructuario de tal patrimonio, debiendo constar, de igual modo, la autorización del fiduciario o fiduciarios o, en el caso de la fiducia colectiva, la del administrador. b) En ningún caso el pago de las autoliquidaciones con cargo al caudal relicto supondrá la consideración de tales deudas tributarias como una carga deducible. Y, c) En

las liquidaciones que puedan proceder con motivo de sucesivas ejecuciones fiduciarias, las cantidades detraídas del caudal relicto para el pago de las liquidaciones provisionales deberán ser consideradas a todos los efectos como bienes integrantes del mismo».

Sin embargo, no obstante el avance que tal Ley 13/2000 supone sobre la situación anterior, no da solución a los dos principales defectos en que incurre el artículo 54.8 del RD 1629/1991, esto es, su falta de cobertura legal y que haga tributar a quien no puede todavía, y puede no ser nunca, llamado a la sucesión.

C) La capacidad o competencia normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (desde la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, LOFCA, y del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad de Aragón aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, pasando por la Ley 10/1983, de 28 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, sobre el Régimen General de la citada Cesión de Tributos, por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía —modificado antes por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo—, por la Ley 25/1997, de 4 de agosto, de modificación del Régimen de Cesión de Tributos del Estado y por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA 8/1980, hasta la Ley 21/2001, de 27 de

diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y la Ley 25/2002, de 1 de julio, sobre Régimen de Cesión de Tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón) se restringe a aspectos cuantitativos, como reducciones de la base imponible, tarifas, fijación de cuantía y coeficientes de patrimonio preexistente, gestión y liquidación, pero no alcanza a los aspectos fundamentales, de modo que, en rigor, corresponde al poder legislativo estatal abordar en su caso la reforma del cuestionado artículo 54.8 del Decreto 1629/1991 (al carecer la Comunidad Autónoma de Aragón de competencia para modificarlo).

En efecto, del conjunto de la normativa referida se desprende que, si la misma no da cobertura legal al citado artículo 54.8, ello es debido, simplemente, a que, como consecuencia de la capacidad normativa compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma, es al poder legislativo estatal al que, como se ha indicado, correspondería abordar la reforma de dicho precepto.

Lo que el legislador autonómico hace, dentro del estrecho marco que le otorgan las referidas normas, es coadyuvar a solventar el principal problema fiscal de la fiducia, dando además una solución acorde con la visión de la herencia yacente como un patrimonio separado, pero resulta indudable que la posibilidad limitada de que se pague el Impuesto

con el patrimonio hereditario no resuelve el problema esencial de la regulación fiscal contenida en el citado artículo 54.8 (aunque ciertamente mitiga y resuelve algún problema práctico) y no da respuesta, ni satisfacción, al problema jurídico que plantea el precepto referido, que, explicitado en la sentencia, se resume en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2000, al señalar que, con el mismo, se hace tributar «a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión», y ello con vulneración de los preceptos referidos en la sentencia y, también, del artículo 31 de la Constitución, CE, y 10.a) de la Ley General Tributaria, LGT (conclusiones que hacen procedente el planteamiento de la presente cuestión de ilegalidad).

Tercero: A pesar de la casi perfecta justificación técnico jurídica, desde el punto de vista dialéctico, de la presente cuestión de ilegalidad, no hay, sin embargo, motivos suficientes, desde el prisma comentado, para poder dar lugar a su estimación, habida cuenta que, al contrario de lo sentado en la sentencia de instancia y de lo aducido en el auto del planteamiento de la cuestión, es evidente, a tenor de lo alegado por el Abogado del Estado y por la Comunidad Autónoma de Aragón, que:

A) La solución arbitrada, en realidad, por la sentencia de instancia es la de que, ante la fiducia aragonesa, lo procedente, fiscalmente, a la luz de la legislación vigente del Impuesto sobre Sucesiones, y, en concreto, del artículo 24.3 de la Ley 29/1987, sería aplazar la liquidación hasta que se haga efectiva la ejecu-

ción hereditaria, se nombren herederos por el fiduciario y se produzca la aceptación de los mismos.

Pero tal precepto no es aplicable a la fiducia aragonesa, pues la misma no es una condición, ni un término, ni un fideicomiso ni una limitación accesoria semejante (como también lo viene a reconocer, *ab initio*, el propio auto que plantea la cuestión), y, frente a ello, el Tribunal *a quo* no ha realizado un estudio pormenorizado que justifique la virtualidad de tal precepto (al limitarse a considerar que el mismo, sin más, es directa y naturalmente aplicable a la fiducia).

Y es que en la fiducia no hay un llamamiento real inicial de los beneficiarios, de modo que no puede entenderse que se pueda tratar de una adquisición subordinada a condición, término, fideicomiso ni limitación accesoria (pues lo que aquí existe es una atribución de facultades al fiduciario para que determine, definitivamente, quienes van a ser, de entre los designados testamentariamente o de entre otros parientes o interesados, los beneficiarios finales de la herencia del causante); y, en este ámbito hermenéutico, el artículo 54.8 del RD 1629/1991 (transcripción, con una esencial modificación final, de lo previsto en el Decreto 176/1959 y en el Texto Refundido —de naturaleza legal por tanto— aprobado por el Decreto 1018/1967) no es sino el desarrollo de unos criterios generales que presiden toda la legislación del Impuesto sobre Sucesiones.

B) Problema esencial es el de determinar cuál es, en el supuesto de autos, el momento en que se

exige, o debe exigirse, el Impuesto sobre Sucesiones: o bien el del fallecimiento del causante o bien el de la adquisición efectiva del derecho a la herencia.

a. Frente a la tesis romanista del Código civil, CC, de que, según los artículos 989, 991 y 1006, no existe transmisión hereditaria hasta la aceptación de la herencia, el criterio seguido por las normas fiscales es (optando por el sistema germánico previsto en los artículos 440, 647 y 661 del CC) el de que la transmisión se produce por el mero hecho del fallecimiento del causante (queriéndose, así, incentivar la presentación de documentos relativos a la herencia, aunque todavía no se hubiera decidido, con la aceptación o no de la misma, si se va a ser o no, definitivamente, heredero), tal como ha quedado reflejado en el artículo 24.1 de la Ley 29/1987 («En las adquisiciones por causa de muerte..., el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante...»).

b. Tal declaración legal impide al RD 1629/1991, Reglamento ejecutivo de la Ley, establecer, en principio, otro momento distinto de devengo.

Y, en esa línea, su artículo 10.2, relativo al hecho imponible, dispone que «las adquisiciones a que se refiere la letra a) del apartado anterior (adquisiciones por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio) se entenderán realizadas el día del fallecimiento del causante, por lo que para exigir el impuesto bastará que esté probado el hecho originario de la transmisión, aunque

no se hayan formalizado ni presentado a liquidación los documentos, inventarios o particiones». También su artículo 75, para el supuesto de herederos desconocidos, ordena a la representación del causante la presentación de los documentos para la liquidación, previéndose una exacción provisional con el coeficiente más alto, sin perjuicio de la devolución que proceda (solución que evidencia el rigor fiscal de la legislación del Impuesto sobre Sucesiones). Y, por tanto, se está en la línea del artículo 36 de la LGT donde se dispone que la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico privadas.

c. El criterio del Tribunal *a quo* supondría que, a través de la fiducia, el devengo no se situaría en realidad en el fallecimiento del causante, sino en la decisión de los interesados en la herencia, subordinándose la exacción del Impuesto al momento en que se ejecutara la fiducia, ya globalmente, ya sucesivamente mediante disposición de cada uno de los bienes integrantes de la herencia, de modo que, según tal tesis, el fiduciario dejaría de pagar el Impuesto al tiempo del fallecimiento y, a medida que dispusiera de los bienes en favor de alguno de los beneficiarios, se alzaría la suspensión y devendría ya factible exigir el tributo (dependiendo todo, de tal manera, de la voluntad del fiduciario, en oposición a lo ordenado en el art. 36 de la LGT).

d. La regulación reglamentaria de la fiducia, en el artículo 54.8 del RD 1629/1991, si bien plantea algunos problemas, algunos de ellos graves, no deja de guardar una plena coherencia con el conjunto de la legislación fiscal (sobre todo con lo que venía siendo el criterio general en los artículos 33.9 del Decreto 176/1959 y 35.9 del Decreto 1018/1967 —de clara naturaleza legal éste último—), donde, con la muerte del causante, se presume la adquisición hereditaria y se exige el Impuesto aunque no conste fehacientemente tal adquisición y donde, además, se presume la condición de sujetos pasivos en los llamados a la herencia, con abstracción de su posible rectificación posterior.

El sistema del artículo 54.8 consiste en una liquidación inicial provisional y en las liquidaciones complementarias que puedan derivar de la adquisición sucesoria, una vez que se cuenta con todos los datos necesarios para poder aceptar la veracidad del acto administrativo original (evitándose, así, la aplicación del artículo 75 y, con él, de un mayor rigor fiscal ante la situación de herederos aun desconocidos en la fiducia, y cumpliéndose, de tal modo, el imperativo legal de que el Impuesto se devenga en la fecha del fallecimiento del causante —momento, este último, en que se valoran los bienes objeto de la fiducia, sin la perturbación que implicaría aplazar dicha valoración hasta la disposición individual de todos los que la integran—).

Si, según la cuestión planteada, se retrasara el pago del Impuesto, se producirían problemas de prescripción del tributo por posibles enajenaciones del fiduciario no declaradas a la Hacienda Pública e, incluso, en su caso, graves fraudes fiscales. Y, en cambio, en el artículo 54.8 no parece que puedan generarse situaciones injustas, pues la liquidación provisional inicial resulta corregida por una posterior liquidación adicional complementaria, a ingresar o a devolver, superándose, de tal modo, la aparente distorsión entre el elemento objetivo del hecho imponible (gravar un incremento lucrativo) y su elemento temporal (gravarlo al tiempo del fallecimiento).

Y, en tal línea, el artículo 1.7 de la Ley 13/2000 de las Cortes de Aragón permite al contribuyente pagar con cargo a los bienes relictos el Impuesto devengado (respetando lo indicado en el artículo 5 de la Ley 29/1987, es decir, que el sujeto pasivo sólo puede ser la persona física), solución que quedaría huérfana de base si desapareciera el artículo 54.8 del RD 1629/1991 (con el que guarda una intrínseca relación jurídica).

C) La concreción del sujeto pasivo del Impuesto sobre Sucesiones se hace atribuyendo dicha condición, en el artículo 54.8, a los herederos, y, si bien la fiducia aragonesa no permite hablar, en sentido estricto, *ab initio*, de herederos, el hecho de que, en dicho precepto, se denominen tales a quienes aún no lo son, no desvirtúa la legalidad de la norma, pues, considerándose producido el hecho imponible y surgida la obligación tributaria, por imperativo del

artículo 24.1 de la Ley 29/1987, desde el fallecimiento del causante, es el Reglamento, y su artículo 54.8, el que debe determinar quién es el obligado tributario (para lo que, por lo dicho, no se puede estar a otro momento diferente del citado fallecimiento), por lo que la atribución de dicha condición a quienes en sentido amplio son herederos conforme a las normas de la sucesión legal (o aparecen designados como tales, en el caso presente, en el testamento mancomunado) es una solución razonable y, además, conforme a Derecho (y, en especial, a los principios jurídicos que históricamente han venido regulando dicha concreta cuestión).

Tal criterio permite, además, la distribución de la obligación tributaria entre los afectados por partes iguales (que es un principio de equidistribución no sólo frecuente en los supuestos de sucesión testada y contractual sino también coherente con el sistema general de la sucesión legal).

D) El artículo 54.8 del RD 1629/1991 no vulnera, en realidad, la reserva de Ley en materia tributaria, pues, con abstracción de que, según el Tribunal Constitucional, dicha reserva sólo cubre, o debe cubrir, los criterios con arreglo a los cuales ha de regirse tal materia tributaria y, en concreto, la creación *ex novo* del tributo y la fijación de sus elementos esenciales, el resto de los demás aspectos cae dentro del ámbito relativo de dicha reserva, autorizándose a la Administración a especificarlos reglamentariamente con el alcance peculiar que exija la figura tributaria de que se trate.

Además, el artículo 35.9 del Decreto 1018/1967, de carácter legal (es un Texto Refundido), reiteración del artículo 33.9 del Decreto 176/1959, ha estado vigente, sin solución de continuidad, hasta la entrada en vigor, del artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991.

En cierto modo, también puede servir de habilitación legal el contenido, en su conjunto, del artículo 26 de la Ley 29/1987 (sin que ello implique, en este caso de autos, otorgar virtualidad, como se pretende por el Tribunal *a quo*, a lo previsto en el art. 24.3 de dicha Ley).

E) No existe, tampoco, contradicción del citado precepto reglamentario con los artículos 1 y 3 de la Ley 29/1987, pues, determinándose en los mismos que el hecho imponible del Impuesto se produce al tiempo de la muerte del causante (con la consecuente delación y transmisión hereditaria), queda así justificada la virtualidad del artículo 54.8, en cuanto, si civilmente la aceptación de la herencia se retrotrae a la fecha del fallecimiento, es obvio que la decisión contenida en dicho artículo es consecuente con los efectos civiles de la adquisición hereditaria.

Lo contrario podría implicar que el cumplimiento de una obligación tributaria nacida con motivo de la muerte del causante se devengare según el interés y elección del fiduciario y/o de los herederos (que podrían situar dicha obligación a merced, incluso, de la prescripción del Impuesto —con el consiguiente perjuicio del crédito tributario surgido de la sucesión *mortis causa*—), cuando es así que se respeta la obli-

gación del heredero que percibe más de lo liquidado provisionalmente a liquidar dicho exceso y el derecho recíproco de quien recibe menos a obtener la devolución de lo ingresado indebidamente.

F) El artículo 54.8 no incurre en discriminación alguna con respecto a otros supuestos comunes semejantes (no, sin embargo, con relación a otras instituciones forales, que ni se concretan en la sentencia ni en el auto de planteamiento de la cuestión de ilegalidad, y que no se ha demostrado, tampoco, que conformen un término apropiado de comparación por su identidad sustancial con la fiducia aragonesa), sino que, por el contrario, incluso, en un caso parecido a dicha fiducia, como es el de los herederos desconocidos, el artículo 75 del RD 1629/1991 arbitra una solución más rigurosa que la analizada en aquél.

Al fin y al cabo, para garantizar el cumplimiento de la Ley y el pago de la obligación tributaria, el artículo 54.8 no hace más que establecer un sistema cautelar fundado en liquidaciones provisionales, sobre la base de aplicar el sistema civil para completar el orden tributario en coherencia con la previsión del artículo 120.3 de la LGT —coordinando, de tal modo, el interés público y el privado—.

G) El citado artículo 54.8 ha quedado ratificado, además, por un precepto con rango legal, cual es la Ley, ya citada, 13/2000 de las Cortes de Aragón, que, al regular, en su artículo 1.1 y 7, la fiducia aragonesa, acoge expresamente el sistema previsto en el mismo (con remisión a la

Ley 1/1999, no vigente aun al tiempo de los hechos determinantes de las presentes actuaciones) y resuelve, de forma incluso más satisfactoria que la indicada en aquél (partiendo también, con modulaciones, del criterio tradicional fijado en los artículos 33.9 del Decreto 176/1959 y 35.9 del Decreto 1018/1967), el problema de que el pago de las autoliquidaciones procedentes se haga con cargo, no al patrimonio del virtual heredero o virtuales herederos, sino al caudal relicto, previo acuerdo de todos los sujetos pasivos de la liquidación provisional y, en su caso, también, de quien sea usufructuario de dicho caudal.

Cuarto: No obstante el tenor desestimatorio de la presente sentencia, no ha lugar a hacer especial imposición de las costas causadas en este cuestión de ilegalidad, al tener que estar, en cuanto a las mismas se refiere, a los criterios generales previstos en el artículo 139.1 de la LJCA 29/1998.

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español,

FALLAMOS

Que, desestimando la cuestión de ilegalidad planteada, por la Sección Segunda de la Sala de lo Con-

tencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante el auto dictado, con fecha 13 de junio de 2003, en el recurso Contencioso-Administrativo número 808/1999, declaramos la validez del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por estar ajustado a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas.

Esta sentencia no afecta a la situación jurídica concreta derivada de la citada sentencia dictada por el expresado órgano jurisdiccional en el mencionado recurso número 808/1999.

Publíquese el presente fallo en el Boletín Oficial del Estado, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en su caso en el Boletín Oficial del Estado, y, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación: Léida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, don Jaime Rouanet Moscardó, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certífico.

**4. Artículo 11 de la Ley 26/2003 de 30 de diciembre,
de Medidas Tributarias y Administrativas (Sección 2ª Fiducia)**

Artículo 11.— *Procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia.*

1. El procedimiento establecido en este artículo se aplicará a toda sucesión por causa de muerte ordenada por uno o varios fiduciarios, conforme a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

2. Cuando en el plazo de presentación de la declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del fallecimiento corresponderá, respecto de la parte de herencia no asignada, a quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Título VII de la Ley 1/1999, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante.

3. En el caso de que, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el pago del impuesto correspondiera a varias personas, la liquidación resultante a cada una de ellas será la derivada de imputar a partes iguales el valor de la parte de la herencia no asignada.

4. Cuando, habiéndose ejecutado totalmente la fiducia, el destino

de los bienes sea distinto del que fiscalmente se tomó en consideración, se girarán liquidaciones complementarias a las iniciales, atribuyendo a cada sujeto pasivo el valor del caudal relicto que realmente se le defirió.

5. Los sujetos pasivos podrán satisfacer con cargo al patrimonio hereditario la deuda tributaria correspondiente al valor de los bienes o derechos pendientes de asignación fiduciaria que les haya sido imputado fiscalmente, siempre y cuando opten por la modalidad de autoliquidación del impuesto, mediante su presentación y pago dentro del plazo voluntario establecido, y acompañen a dicha autoliquidación un documento firmado por el propio obligado tributario y por el administrador del patrimonio hereditario en el que se haga constar la autorización expresa de este último para satisfacer el importe de la autoliquidación con efectivo, bienes o derechos del patrimonio hereditario pendiente de asignación.

El ejercicio de esta opción será individual por cada sujeto pasivo, no siendo necesario que la totalidad de los obligados tributarios opten por la aplicación de la misma.

Mediante Orden del Consejero competente en materia de economía y hacienda se podrán regular los aspectos formales y procedimentales de dicha opción.

5. Debate y votación del dictamen de la Comisión de Economía y Presupuestos sobre el Proyecto de Ley de Medidas Tributarias y Administrativas en relación al artículo 11 (tratamiento fiscal de la fiducia sucesoria).

(Diario de sesiones de las Cortes de Aragón, núm. 16, de 30 de diciembre de 2003)

(El señor consejero de Economía, Hacienda y Empleo, en su defensa del Dictamen de la Comisión de Economía y Presupuestos sobre el proyecto de ley de medidas tributarias y administrativas)

«En relación con la fiducia, también los sujetos pasivos van a poder realizar sus liquidaciones, y ahora con rango legal, con cargo al patrimonio hereditario.

CHUNTA ARAGONESISTA

Tampoco nos ha gustado la regulación de la fiducia que propone el Gobierno de Aragón. La legislación española —decíamos en octubre— no reconoce esta institución foral aragonesa, y por eso hace falta una legislación propia en estas Cortes. Sin embargo, el Gobierno de Aragón nos propone, como hace la legislación estatal, que por la herencia se tribute a la muerte del causante y a partes iguales entre los presuntos beneficiarios, y no cuando efectivamente se distribuye la herencia, aunque puedan pasar años y aun décadas hasta que se produzca efectivamente la delación. El proyecto de ley, en nuestra opinión, vulnera la naturaleza jurídica de la fiducia e ignora el momento en el que tiene lugar la delación, y contraviene, además, la recomendación del Justicia de Aragón al respecto y la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Chunta Aragonesista, recogiendo esa recomendación y esa sen-

tencia, quiere que la liquidación se difiera al momento de la delación por ejecución total o parcial o por extinción de la fiducia. Es decir, que se tribute en el momento de ejecutar la fiducia.

GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR

Exactamente igual votaremos en contra de la regulación de la fiducia desde el punto de vista tributario, porque entendemos que, lejos de solucionar los problemas planteados y que ya hemos visto en algún otro debate en esta cámara en relación con las conocidísimas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuanto a la tributación de esta figura, institución específica de nuestro Derecho civil, entendemos que la solución que se adopta también es contraria a la normativa civil, a la normativa aprobada por estas Cortes en la Ley de sucesiones por causa de muerte y a toda la tradición del Derecho civil aragonés. Por lo tanto, nuestro voto será en contra, y, además, creo que pone una vez más de manifiesto la coherencia y la buena medida que el Partido Popular propugna con la supresión entre padres e hijos de la tributación por sucesiones y donaciones.

GRUPO DEL PARTIDO ARAGONÉS

Por otra parte, existe otra enmienda, la número 11, de Chunta Aragonesista, que no podemos acep-

tar porque, la Comunidad Autónoma, ustedes saben perfectamente que no tiene capacidad normativa para retrasar el devengo de un impuesto, no puede por sí misma hacerlo.

Al artículo 11 se mantiene la enmienda número 11, de Chunta Aragonesista. ¿Votos a favor? ¿Votos en contra? ¿Abstenciones? **Queda**

rechazada la enmienda número 11 al obtener nueve votos a favor, treinta y cinco en contra y veintitrés abstenciones.

Votamos el artículo 11. ¿A favor del mismo? ¿En contra? ¿Abstenciones? **Queda aprobado el artículo 11 al obtener treinta y cinco votos a favor, treinta y uno en contra y una abstención.**

D) CASACIÓN FORAL EN ARAGÓN: DOCUMENTOS

1. Interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho foral (B.O.C.A. núm. 13)

Interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho Foral.

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 9 de octubre de 2003, ha admitido a trámite la Interpelación núm. 12/03-VI, formulada por el G.P. Chunta Aragonesista al Sr. Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho Foral.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de acuerdo con lo establecido

en el artículo 183.3 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 9 de octubre de 2003.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Don Chesús Bernal Bernal, portavoz del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), de acuerdo con lo establecido en los artículos 181 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula, al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, la siguiente Interpelación relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho Foral.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Conforme a lo previsto en el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, la Comunidad Autónoma de Aragón ostenta la competencia exclusiva en lo relativo a la conservación, modificación y desarrollo, no sólo de nuestro Derecho civil, sino también del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés.

El proceso de conservación, modificación y desarrollo de nuestro Derecho Foral se inició con la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón y prosiguió, en aspectos puntuales, con la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, así como con la Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en lo relativo a sucesión intestada. Con la aprobación, en la cuarta y quinta legislaturas de las Cortes de Aragón, de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, y de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, se ha avanzado

sustancialmente en la actualización de nuestro Derecho privado propio.

Estas Leyes, y especialmente las dos últimas, contienen preceptos de evidente naturaleza procesal sobre competencia, legitimación y procedimiento.

A pesar de la existencia en nuestra legislación foral de normas dispersas de Derecho procesal, desde diversos colectivos profesionales relacionados con el Derecho Aragonés se ha venido manifestando la necesidad de dictar las necesarias normas de Derecho procesal civil, que supongan un cauce seguro para la efectiva aplicación del Derecho sustantivo aragonés.

INTERPELACIÓN

¿Qué política general mantiene el Gobierno de Aragón en relación con la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Procesal Civil derivado de las peculiaridades del Derecho Sustantivo Aragonés?

En el Palacio de la Aljafería, a 30 de septiembre de 2003.

El Portavoz
CHESÚS BERNAL BERNAL

2. Moción núm. 15/03-VI dimanante de la interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho foral

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de

2003, ha admitido a trámite la Moción núm. 15/03-VI, presentada por el G. P. Chunta Aragonesista, dimanante de la Interpelación núm. 12/03-VI, relativa a la política gene-

ral sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho Foral, para su tramitación ante el Pleno de la Cámara.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 186.6 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Moción hasta una hora antes de la 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 dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 23 de diciembre de 2003.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, al amparo de lo establecido en el artículo 186 del Reglamento de las Cortes de Aragón y dimanante de la Interpelación núm. 12/03-VI (relativa a la política general sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho

Foral), presenta para su debate y votación en el Pleno la siguiente

MOCIÓN

Las Cortes de Aragón, al objeto de impulsar el ejercicio de la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés, instan al Gobierno de Aragón a:

1. Encargar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la formulación, en el Anteproyecto de Ley que se encuentra redactando, de todas aquellas normas procesales que, por su conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo aragonés de la persona y la familia, vengan requeridas por éstas, en los términos que la propia Comisión estime procedentes.

2. Estudiar, conjuntamente con la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, la conveniencia de la incorporación a la misma de procesalistas de reconocido prestigio y, en caso de que ello se considere adecuado, proceder al nombramiento de los correspondientes vocales.

En el Palacio de la Aljafería, a 22 de diciembre de 2003.

El Portavoz
CHESÚS BERNAL BERNAL

3. Sugerencia de Justicia de Aragón al Gobierno de Aragón en relación a la casación foral

Primero: En el camino emprendido por nuestra Comunidad Autónoma para desarrollar el Derecho civil propio al amparo del título competencial del artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía, la casación foral está llamada a protagonizar un papel de extraordinaria importancia. El legislador aragonés avanza en la renovación global de nuestro Derecho civil mediante la aprobación de leyes parciales (Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad) hacia el objetivo declarado de alcanzar un Cuerpo Legal del Derecho Civil de Aragón. Lejanos quedan ya los tiempos en los que el Derecho aragonés, aplicado con gran rigor técnico por Notarios, Registradores y Abogados, era ignorado, en muchas ocasiones, en el Foro. Como puede apreciarse en los informes sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aragonés que anualmente publica nuestra Institución, cada año aumenta el número de resoluciones judiciales resolviendo conflictos en relación con las diferentes instituciones del Derecho civil aragonés. En este marco, el recurso de casación foral es el instrumento que permite al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la cúspide de la organización judicial en el territorio, crear la jurisprudencia que ha de complementar el ordenamiento civil aragonés.

Segundo: El examen de las estadísticas oficiales del Consejo Ge-

neral del Poder Judicial pone de manifiesto el escaso número de asuntos que están accediendo a la casación foral aragonesa y, en consecuencia, la limitada influencia que está jugando el Tribunal Superior de Justicia en su misión de unificar la interpretación judicial del Derecho aragonés. Si nos fijamos en el dato del número de sentencias civiles dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón comprobamos que fueron 5 en 1995, 4 en 1996, ninguna en 1997, 3 en 1998, 5 en 1999, 3 en 2000, 1 en 2001, 8 en 2002 y 4 en los tres primeros trimestres de 2003.

Las novedades de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil en la regulación del recurso de casación y, en particular, la introducción del «interés casacional» como elemento que, con independencia de la cuantía del asunto, permitiría abrir la vía casacional, no parece que hayan incidido significativamente en el número de asuntos civiles sometidos al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. No debemos olvidar en este punto la restrictiva interpretación que de las previsiones del artículo 477 de la LEC realizó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo reunida en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, al limitar el acceso a la casación por la vía del «interés casacional» a aquellas sentencias dictadas en procesos declarativos sustanciados por razón de la materia, así como en procesos especiales, con exclusión de las recaídas

en procesos declarativos seguidos por razón de la cuantía.

Debemos reconocer que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón viene asumiendo una interpretación del marco legal favorable al acceso de los asuntos a la casación, ya que en supuestos en que el procedimiento se sigue por razón de la cuantía, aunque ésta no alcance la suficiente para dar lugar al recurso de casación conforme a lo establecido en el artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala entiende que puede ser admisible el recuso si existe interés casacional (Autos de 19 de septiembre y 12 de diciembre de 2003 y 7 de enero de 2004, y en la sentencia de 31 de marzo de 2004). Sin embargo, no debemos obviar que las resoluciones citadas contienen todas ellas un voto particular discrepante que cita en apoyo de su tesis la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo a la que hemos hecho referencia.

Sin desconocer que no es deseable un sistema en el que cualquier sentencia pudiera acceder a la casación, sí que cabe preguntarse si no es posible una modulación de la actual regulación procesal del recurso de casación foral que permitiese proyectar su eficacia sobre un mayor número de asuntos. Por otra parte, se dotaría al sistema de una mayor seguridad jurídica pues, como hemos señalado, sobre el interés casacional el Tribunal Supremo mantiene una interpretación restrictiva y en la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón existe un criterio mayoritario no exento de discrepancia sobre la cuestión.

Tercero: El artículo 149.1.6 CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de *«legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»*. Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Aragón reconoce en su artículo 35.1.4ª la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en la *«conservación, modificación y desarrollo... del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés»*. En relación con este marco de delimitación competencial, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de señalar (STC 121/1992, de 28 de septiembre), que las innovaciones procesales que las Comunidades Autónomas puedan realizar no se extienden a la regulación de *«la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión “necesarias especialidades” la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las relaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Constitución»* (FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 83/1986, de 26 de junio, FJ 3; 123/1988, de 23 de junio, FJ 2).

Cuarto: Delimitado el marco constitucional de distribución de competencias en materia de legislación procesal, debemos plantearnos si podrían las Comunidades Autónomas aprobar disposiciones legales regulando determinadas *«especialidades»* en la casación foral derivadas de las particularidades de su específico Derecho civil. Así lo entendió

en el año 1993 la Comunidad Autónoma de Galicia cuyo Parlamento aprobó la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial (BOE núm. 271, de 12 de noviembre) que, invocando la escasa cuantía económica de los pleitos en los que se aplicaba el Derecho civil gallego, suprimió el requisito de la cuantía económica para acceder a la casación. Así, el artículo primero de la Ley señalaba que eran «susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: a) Las sentencias definitivas pronunciadas por las audiencias provinciales de Galicia, así como, en su caso, las dictadas por los juzgados de Primera Instancia y demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa».

Quinto: El Tribunal Constitucional en su Sentencia 47/2004, de 25 de marzo de 2004 (BOE núm. 99, de 23 de abril) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley gallega al resolver el recurso que frente a la misma interpuso el Presidente del Gobierno por entender que infringía la competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal (art. 149.1.6° CE).

El Tribunal Constitucional recuerda en su Sentencia (FJ 4°) que «las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio,

FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)».

Sin embargo, haciendo una interpretación más amplia que las anteriores, el Tribunal matiza los términos de la cláusula competencial del artículo 149.1.6 CE al señalar (FJ 5°) que «la necesidad a que ésta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que éste reconoce en favor de las Comunidades Autónomas».

En el FJ 6° delimita el alcance constitucionalmente admisible de la normativa procesal autonómica al señalar que «conviene advertir que la sola existencia del recurso de casación civil foral gallego, del que ha de conocer la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no habilita sin más a esta Comunidad Autónoma para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento de tal recurso extraordinario, constituyendo por esta vía una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado, es decir, de la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino tan sólo, en los términos antes indicados, tendrá legitimidad constitucional aquella normativa autonómica que se halle justificada por la directa conexión entre lo que tiene de particular o peculiar el

Derecho civil foral de Galicia y la especialidad procesal incorporada, que surge así como «necesaria» y encaminada, precisamente, a preservar y proteger, con el adecuado grado de intensidad y eficacia, el mencionado Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan».

En el caso sometido a su consideración el Tribunal Constitucional entiende que, dada la escasa cuantía económica de los pleitos derivados de las instituciones civiles gallegas, *«si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil de Galicia podrían verse seriamente afectados, según arguye la representación del Parlamento de Galicia, con paralela repercusión de la competencia sustantiva sobre la autointegración del ordenamiento civil propio de Galicia, al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en el específico Derecho gallego».*

Concluye el Alto Tribunal señalando que, *«conforme a la doctrina constitucional que se dejó expuesta, debemos apreciar la existencia de una conexión o vinculación directa entre las particularidades del Derecho civil de Galicia (de sus diversas instituciones integrantes del específico Derecho gallego), y la especialidad procesal establecida por el inciso final del artículo 1 a) de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las Sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia «cualquiera que sea la cuantía litigiosa», pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el artículo 149.1.6 CE, en relación con el artículo 27.5 de su norma estatutaria, por lo que debemos*

declarar la constitucionalidad del referido inciso final.»

Sexto: Las anteriores consideraciones pueden ser trasladadas al caso de nuestra Comunidad Autónoma y, en consecuencia, el legislador aragonés podría modificar los requisitos procesales de acceso a la casación foral establecidos en la legislación estatal para *preservar y proteger* su Derecho foral posibilitando el acceso a la casación de un mayor número de asuntos. Se podría pensar en rebajar la cuantía —fijada hoy en ciento cincuenta mil euros en el artículo 477 de la LEC— o, incluso, en una regulación de la vía del interés casacional que incluya a las sentencias dictadas en procesos declarativos seguidos por razón de la cuantía.

Como ya hemos apuntado, no creemos que el sistema ideal sea aquel en que toda sentencia pueda acceder a la casación, pues no parece razonable que cualquier asunto deba someterse a tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional. Pero debemos reconocer las carencias de la actual regulación procesal que con el objetivo de evitar un colapso en el Tribunal Supremo reduce drásticamente el acceso de asuntos a la casación de los Tribunales Superiores de Justicia, impidiéndoles la formación de una sólida doctrina jurisprudencial.

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, y en el ejercicio de mis funciones de defensa del Estatuto de Autonomía y de tutela del ordenamiento jurídico aragonés, he resuelto formular la siguiente

SUGERENCIA

Que, en uso de la iniciativa legislativa prevista en el artículo 15 del Estatuto de Autonomía, el Gobierno de Aragón valore la conveniencia de presentar a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley que, a la vista de las consideraciones expuestas en esta Resolución, y en el ejercicio de la competencia reconocida en el artículo 35.1.4ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, regule las especialidades procesales del recurso de casación foral en atención a las

particularidades del Derecho civil propio de nuestra Comunidad Autónoma.

Agradezco de antemano la colaboración de V.E. y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

3 de mayo de 2004.

El Justicia de Aragón
FERNANDO GARCÍA VICENTE

4. Proposición no de Ley núm. 63/04 sobre Casación foral aragonesa

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 13 de mayo de 2004, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 63/04, sobre la casación foral aragonesa, presentada por el G.P. Chunta Aragonesista, y ha acordado su tramitación ante el Pleno de la Cámara, 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 estable-

cido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 13 de mayo de 2004.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Don Chesús Bernal Bernal, 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 relativa a la casación foral aragonesa, solicitando su tramitación ante el Pleno de la Cámara.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Comunidad Autónoma de Aragón, en el ejercicio de sus com-

potencias exclusivas sobre conservación, modificación y desarrollo de nuestro Derecho Foral, se está dotando de un ordenamiento jurídico muy completo y de elevada calidad técnica, plasmado, por ahora, en el articulado de la Compilación todavía en vigor, la Ley de Sucesiones por causa de muerte y la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que se desarrollará con la futura Ley reguladora del Derecho de la persona y la familia.

Sin embargo, la exigencia por la Ley de Enjuiciamiento Civil de una cuantía litigiosa mínima de 150.000 euros para que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales puedan acceder a la casación foral por infracción de las normas de nuestro Derecho propio, está impidiendo en la práctica que el mismo se vea complementado con un cuerpo adecuado de jurisprudencia foral emanada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por cuanto el número de sentencias dictadas por este órgano jurisdiccional es absolutamente insuficiente.

La solución a esta escasez de jurisprudencia foral consiste en que las Cortes de Aragón, en el ejercicio de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de nuestro Derecho sustantivo, procedan a aprobar una Ley que permita el acceso a la casación foral de las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales cualquiera que sea la cuantía litigiosa de los asuntos.

Esta vía fue iniciada por la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial. Muy recientemente, la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 29 de marzo de 2004, relativa a esta Ley gallega, ha declarado que el acceso a la casación sin límite por razón de cuantía litigiosa se ajusta al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y, en consecuencia, es constitucional.

Es urgente que el Gobierno de Aragón, a la vista de las posibilidades abiertas por la doctrina contenida en la citada sentencia del Tribunal Constitucional, proceda a remitir a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley que regule la casación foral aragonesa, previo encargo a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de la elaboración del correspondiente Anteproyecto de Ley.

Por todo ello, el Grupo Parlamentario CHA presenta la siguiente

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes instan al Gobierno de Aragón a encargar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, la elaboración de un Anteproyecto de Ley que regule la casación foral aragonesa y, tras la elaboración del mismo, proceda a remitir a esta Cámara el correspondiente Proyecto de Ley.

En el Palacio de la Aljafería, a 7 de mayo de 2004.

El Portavoz
CHESÚS BERNAL BERNAL

E) LEY 2/2004, DE 3 DE MAYO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 6/1999, DE 26 DE MARZO, RELATIVA A PAREJAS ESTABLES NO CASADAS. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

*1. Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas
(B.O.C.A. núm. 54, de 12 de mayo de 2004)*

En nombre del Rey y como Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón promulgo la presente Ley, aprobada por las Cortes de Aragón, y ordeno se publique en el «Boletín Oficial de Aragón» y en el «Boletín Oficial del Estado», todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía.

PREÁMBULO

El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales.

El Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, destaca que, junto a las situaciones de convivencia como parejas estables heterosexuales, existen en nuestra sociedad parejas homosexuales. Continúa

señalando que el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base de nuestro Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Junto al valor supremo de libertad proclamado por nuestra Constitución, existen otros dos valores no menos importantes, la dignidad de las personas y la justicia, sin olvidar el primero de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Es indudable que los valores de libertad y dignidad no se desarro-

llan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su opción sexual. La desigualdad derivada de esta circunstancia personal hace que se resienta el valor de la justicia en que se basa nuestro texto constitucional.

La Ley relativa a parejas estables no casadas excluye del derecho de adopción a las parejas no heterosexuales sin que se aduzca motivo alguno, cuando la propia Constitución, en su artículo 9.2, establece la obligación de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

Artículo único.— El artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, queda redactado de la siguiente forma:

«**Artículo 10.**— Adopción.

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.»

Así lo dispongo a los efectos del artículo 9.1 de la Constitución y los correspondientes del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Zaragoza, 3 de mayo de 2004.

El Presidente del Gobierno
de Aragón

MARCELINO IGLESIAS RICOU

2. *Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999 de 26 de marzo relativa a parejas no casadas*

(BOCA, núm. 19, de 6 de noviembre de 2003)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 2003, ha calificado la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, presentada por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), y ha ordenado su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón y su remisión a la Diputación General a los efectos establecidos en el artículo 139.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 4 de noviembre de 2003.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

D. Adolfo Barrena Saltes, Portavoz de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (Grupo Parlamentario Mixto), de conformidad con lo establecido en los artículos 138 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, solicitando su tramitación ante las Cortes de Aragón.

*Proposición de Ley de modificación
de la Ley 6/1999, de 26 de marzo,
relativa a parejas estables no casadas*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales.

El Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas destaca que, junto a las situaciones de convivencia como parejas estables heterosexuales, existen en nuestra sociedad parejas homosexuales. Continúa señalando que el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base de nuestro Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Junto al valor supremo de libertad proclamado por nuestra Constitución, existen otros dos valores no menos importantes: la dignidad de las personas y la justicia, sin olvidar el primero de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón

de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Es indudable que los valores de libertad y dignidad no se desarrollan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su opción sexual. La desigualdad derivada de esta circunstancia personal hace que se resienta el valor de la justicia en que se basa nuestro texto constitucional.

La Ley relativa a parejas estables no casadas excluye del derecho de adopción a las parejas no heterosexuales sin que se aduzca motivo alguno, cuando la propia Constitución en su artículo 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos.

Artículo único.— El artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10.—Adopción.

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.»

Zaragoza, 30 de octubre de 2003.

El Portavoz
ADOLFO BARRERA SALCES

3. Toma en consideración por el Pleno de las Cortes de la proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOCA, núm. 33, de 23 de diciembre de 2003)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 18 y 19 de diciem-

bre de 2003, ha acordado la toma en consideración de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, presenta-

da por la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), y publicada en el BOCA núm. 19, de 6 de noviembre de 2003.

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 18 de diciembre de 2003, ha ordenado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140.2 del Reglamento de la Cámara, su remisión a la Comisión Institucional para su tramitación y la apertura del plazo de presentación de enmiendas.

Las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios dispo-

nen de un plazo de quince días hábiles, que finalizará el próximo día 16 de febrero de 2004, para presentar enmiendas a esta Proposición de Ley.

Se ordena la publicación de estos acuerdos en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 18 de diciembre de 2003.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

4. Enmiendas presentadas a la Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas
(BOCA, núm. 47, de 3 de marzo de 2004)

**PRESIDENCIA DE LAS CORTES
DE ARAGÓN**

La Mesa de la Comisión Institucional, en sesión celebrada el día 23 de febrero de 2004, ha admitido a trámite las enmiendas que a continuación se insertan, presentadas a la Proposición de Ley sobre modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, publicada en el BOCA núm. 19, de 6 de noviembre de 2003.

Se ordena la publicación de estas enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 23 de febrero de 2004.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

ENMIENDA NÚM. 1

**A LA MESA DE LA COMISIÓN
INSTITUCIONAL:**

El Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo establecido en los artículos 123 y 140.2 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda a la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Del artículo único de la Proposición de Ley.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo inadecuado.

Zaragoza, 16 de febrero de 2004.

El Portavoz
ANTONIO SUÁREZ ORTIZ

ENMIENDA NÚM. 2

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL:

El Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo establecido en los artículos 123 y 140.2 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda a la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

A la exposición de motivos de la Proposición de Ley.

MOTIVACIÓN

Por considerarla inadecuada.

Zaragoza, 16 de febrero de 2004.

El Portavoz
ANTONIO SUÁREZ ORTIZ

5. Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas

(BOCA, núm. 51, de 6 de abril de 2004)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Informe emitido por la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, publicada en el BOCA núm. 19, de 6 de noviembre de 2003.

Zaragoza, 1 de abril de 2004.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, integrada por los Diputados D.^a M.^a Ángeles Ortiz Álvarez, del G.P. Socialista; D. Ángel Cristóbal Montes, del G.P. Popular; D. Chesús Bernal Bernal, del G.P. Chunta Aragonesista; D.^a María Herrero Herrero, del G.P. del Partido Aragonés, y D. Adolfo Barrena Saltes, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), ha estudiado con todo detenimiento la citada Proposición de Ley, así como las enmiendas presentadas a la misma, y, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento de las Cortes de Aragón, eleva a la Comisión el presente

A LA COMISIÓN INSTITUCIONAL:

La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley

INFORME

Al artículo 1:

Se ha presentado la enmienda núm. 1, por el G.P. Popular, que

resulta rechazada con el voto a favor del G.P. Popular, en contra de los GG.PP. Socialista, Chunta Aragonesista y la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), y la abstención del G.P. del Partido Aragonés.

A la **Exposición de Motivos:**

Se ha presentado la enmienda núm. 2, por el G.P. Popular, que se rechaza con el voto a favor del G.P. Popular, en contra de los GG.PP. Socialista, Chunta Aragonesista y la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), y la abstención del G.P. del Partido Aragonés.

Zaragoza, 1 de abril de 2004.

Los Diputados
M.^a ÁNGELES ORTIZ ÁLVAREZ
ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES
CHESÚS BERNAL BERNAL
MARÍA HERRERO HERRERO
ADOLFO BARRENA SALCES

ANEXO

Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/99, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales.

El Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas destaca que,

junto a las situaciones de convivencia como parejas estables heterosexuales, existen en nuestra sociedad parejas homosexuales. Continúa señalando que el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base de nuestro Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Junto al valor supremo de libertad proclamado por nuestra Constitución, existen otros dos valores no menos importantes: la dignidad de las personas y la justicia, sin olvidar el primero de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Es indudable que los valores de libertad y dignidad no se desarrollan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su opción sexual. La desigualdad derivada de esta circunstancia personal hace que se resienta el valor de la justicia en que se basa nuestro texto constitucional.

La Ley relativa a parejas estables no casadas excluye del derecho de adopción a las parejas no heterosexuales sin que se aduzca motivo alguno, cuando la propia Constitución en su artículo 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos.

Artículo único.— El artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10.— *Adopción.*

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.»

Relación de enmiendas que los Grupos Parlamentarios mantienen para su defensa en Comisión

Artículo 1:

— Enmienda n.º 1, del G.P. Popular.

Exposición de motivos:

— Enmienda n.º 2, de G.P. Popular.

6. Dictamen de la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas
(BOCA, núm. 52, de 16 de abril de 2004)

**PRESIDENCIA DE LAS CORTES
DE ARAGÓN**

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Dictamen emitido por la Comisión Institucional sobre la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

Zaragoza, 12 de abril de 2004.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

La Comisión Institucional, a la vista del Informe emitido por la Ponencia que ha examinado la Proposición de Ley aludida, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de elevar al Excmo. Sr. Presidente de las Cortes el siguiente

DICTAMEN

Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales.

El Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas destaca que, junto a las situaciones de convivencia como parejas estables heterosexuales, existen en nuestra sociedad parejas homosexuales. Continúa señalando que el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base de nuestro Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia

afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Junto al valor supremo de libertad proclamado por nuestra Constitución, existen otros dos valores no menos importantes: la dignidad de las personas y la justicia, sin olvidar el primero de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Es indudable que los valores de libertad y dignidad no se desarrollan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su opción sexual. La desigualdad derivada de esta circunstancia personal hace que se resienta el valor de la justicia en que se basa nuestro texto constitucional.

La Ley relativa a parejas estables no casadas excluye del derecho de adopción a las parejas no heterosexuales sin que se aduzca motivo alguno, cuando la propia Constitución en su artículo 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para

que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos.

Artículo único.— El artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, queda redactado de la siguiente forma:

«**Artículo 10.**—*Adopción.*

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.»

Zaragoza, 12 de abril de 2004.

La Secretaria de la Comisión
CARMEN SÁNCHEZ PÉREZ
Vº B.º

El Presidente de la Comisión
INOCENCIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ

*Relación de enmiendas que los
Grupos Parlamentarios mantienen
para su defensa en Pleno*

Artículo 1:

— Enmienda núm. 1, del G.P. Popular.

Exposición de motivos:

— Enmienda núm. 2, del G.P. Popular.

7. Aprobación por el Pleno de las Cortes de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOCA, núm. 56, de 6 de mayo de 2004)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 29 y 30 de abril de 2004, ha aprobado la Proposición

de Ley de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, con el texto que se inserta a continuación.

Se ordena su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 29 de abril de 2004.

El Presidente de las Cortes
Francisco Pina Cuenca

***Ley de modificación de la Ley 6/1999,
de 26 de marzo, relativa a parejas
estables no casadas***

PREÁMBULO

El objetivo de esta Ley es eliminar la discriminación que en materia de adopciones todavía existe para las parejas estables no heterosexuales.

El Preámbulo de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, destaca que, junto a las situaciones de convivencia como parejas estables heterosexuales, existen en nuestra sociedad parejas homosexuales. Continúa señalando que el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base de nuestro Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad.

Junto al valor supremo de libertad proclamado por nuestra Constitución, existen otros dos valores no menos importantes, la dignidad de las personas y la justicia, sin olvidar

el primero de los derechos fundamentales de la persona, el derecho a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Es indudable que los valores de libertad y dignidad no se desarrollan plenamente cuando las personas tienen distintos derechos en función de su opción sexual. La desigualdad derivada de esta circunstancia personal hace que se resienta el valor de la justicia en que se basa nuestro texto constitucional.

La Ley relativa a parejas estables no casadas excluye del derecho de adopción a las parejas no heterosexuales sin que se aduzca motivo alguno, cuando la propia Constitución, en su artículo 9.2, establece la obligación de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

Artículo único.— El artículo 10 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10.—*Adopción.*

Las parejas estables no casadas podrán adoptar conjuntamente.»

Zaragoza, 29 de abril de 2004.

El Presidente de las Cortes
de Aragón
FRANCISCO PINA CUENCA

NOTICIAS*

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Las últimas noticias de los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, publicadas en esta Sección de la Revista en el núm. 2 del año 2000, terminan su relato en el mes de octubre de 2001, momento en el que la Comisión ha finalizado el debate del texto regulador del «consorcio conyugal», que es el nombre propio que se ha dado al régimen económico matrimonial legal, y lo ha hecho llegar para su conocimiento a los diversos colectivos profesionales y académicos, así como al Justicia de Aragón. Seguidamente comienza el debate sobre la regulación del derecho de viudedad que, en tres documentos numerados por orden cronológico, han presentado los miembros de la ponencia integrada por don José Luis Batalla Carilla, don Ricardo Giménez Martín y don Jesús Delgado Echeverría. En esta fase las reuniones son ya semanales y de una duración mínima de dos horas y máxima de tres.

También se dijo en la anterior crónica que doña María Ángeles Parra Lucán, al haber ganado plaza de Catedrática de Derecho civil en la Universidad de La Laguna (Tenerife), presentó la renuncia al cargo de secretaria de la Comisión; esta circunstancia ha hecho que mientras se tramita su sustitución en dicho cargo actúe de secretario en funciones don Adolfo Calatayud Sierra, miembro más joven de la Comisión, que ha contado con la ayuda de don José Antonio Serrano García, propuesto como nuevo secretario, para el levantamiento alternativo de las actas de las sesiones. Por Decreto de 15 de noviembre de 2001, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, se publica el nombramiento del nuevo secretario (v. RDCA, 2001-2002, p. 663), pero la colaboración entre éste y don Adolfo Calatayud Sierra en la tarea de levantar las actas de las sesiones se mantiene de forma ininterrumpida para asegurar que estos documentos mantengan la calidad y rigor con que vienen confeccionándose desde 1996.

El debate de la regulación del derecho de viudedad no concluye hasta el mes de marzo del año 2002 y, como en ocasiones anteriores, cada miembro de la Comisión procura darle la máxima difusión dentro de su ámbito profesional. En ese momento se inicia el debate correspondiente a la regulación de la parte general, que comprende no sólo las disposiciones generales propiamente dichas, sino también la regulación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen de separación de bienes. En las dos primeras materias (Títulos primero y II) ha sido ponente don Jesús Delgado Echeverría y en la tercera don Jesús Martínez Cortés (Título III).

A mediados del mes de abril de 2002, con la conclusión de la parte general, se termina el debate de todo el articulado que se somete a una minuciosa revisión general. A continuación se debaten las disposiciones transitorias, la derogatoria y las finales, sirviendo de ponencia un texto elaborado por don Jesús Delgado Echeverría y don José Antonio Serrano García. En las primeras semanas de mayo de 2002 tiene lugar el debate del Preámbulo, redactado por don Jesús Delgado Echeverría, y la revisión final del anteproyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad, que se da definitivamente por terminado en la sesión de 8 de mayo de 2002, cumpliendo en el plazo previsto el encargo recibido. A finales de mayo se hace la entrega formal del texto al Gobierno de Aragón. En el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales se recibe un escrito de la Secretaría de Estado de Organización Territorial del Estado (Ministerio de Administraciones Públicas) donde se advierte, sin fundamento, de la posible inconstitucionalidad por falta de competencia legislativa de los artículos 1 y 15 del Proyecto de Ley.

El Gobierno de Aragón, como sucedió con la Ley de Sucesiones, tramita el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad con la rapidez anunciada y sin modificar nada el texto preparado por la Comisión. El Proyecto de Ley se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 11 de junio de 2002 y las 155 enmiendas presentadas al mismo en el de 27 de septiembre de 2002. Tras un concienzudo trámite parlamentario en el que se introdujeron algunas mejoras, el Proyecto se convierte en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, publicada en el Boletín Oficial de Aragón de 24 de febrero de 2003 y entra en vigor el día 23 de abril de 2003. El desarrollo del trámite en las Cortes puede consultarse en el número anterior de esta Revista.

Por otra parte, el 25 de abril de 2003 tuvo lugar, en la Sala de la Corona de Aragón del edificio Pignatelli, la presentación de la «Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés» (BIVIDA) que contiene en un CD y 8 DVD las imágenes digitalizadas de todas las páginas que, desde la invención de la imprenta, fueron impresas para perpetuar, comunicar, documentar, explicar o aplicar el Derecho aragonés. La iniciativa, que había surgido de la Comisión, fue articulada por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales mediante un acuerdo de colaboración, suscrito el 31 de octubre de 2001, entre el Gobierno de Aragón, las Cortes, el Justicia, la Universidad de Zaragoza, Ibercaja y la Caja de Ahorros de la Inmaculada. La Empresa DIGIBIS se ha ocupado de la digitalización y producción bajo la Dirección científica del profesor Delgado Echeverría que ha contado con la colaboración del profesor Serrano García.

En el período de *vacatio legis* o poco después de su entrada en vigor, la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad es objeto de algunos cursos, jornadas y conferencias (en la RDCA, 2001/2002, pp. 672-674, se da cuenta de ellos) que sirven para su presentación en sociedad y como primera ocasión para exponer sus principales novedades a la comunidad de juristas; en casi

todos ellos intervienen como ponentes miembros de la Comisión, contribuyendo así a esta inicial labor de difusión de la nueva Ley.

El final de esta importante fase de trabajo de la Comisión vino a coincidir, como en la ocasión anterior, con el fin de la legislatura, lo que llevó consigo que se suspendieran sus sesiones durante unos meses, puesto que antes de decidir en qué vía se continuaba era preciso esperar a ver si el nuevo Gobierno de Aragón que surgiera de las elecciones autonómicas confirmaba a la Comisión y su línea de trabajo.

Ya en la nueva legislatura, a finales del mes de octubre de 2003 y unos días antes de que el Excmo. Sr. Vicepresidente del Gobierno de Aragón y Consejero de Presidencia, don José-Ángel Biel, reciba al presidente de la Comisión, don Jesús Delgado Echeverría, acompañado del secretario de la misma, se reúne de nuevo la Comisión para analizar las perspectivas de trabajo en esta nueva etapa que ahora comienza. En cuanto al trabajo específico de la Comisión en tareas prelegislativas, hay acuerdo entre los miembros de la Comisión en que ahora toca abordar el desarrollo de la parte inicial del Libro Primero de la Compilación (capacidad y estado de las personas, relaciones entre ascendientes y descendientes, Junta de Parientes, tutela, adopción ...). Se comenta que para la nueva etapa podría ser muy conveniente poder contar con ponencias previas, internas o externas, que, como sucedió con la preparación de la Ley de sucesiones, facilitaran la tarea de la Comisión. Otra cuestión que se acuerda plantear al Sr. Vicepresidente es la posibilidad de acometer con financiación del Gobierno de Aragón proyectos para favorecer el conocimiento, estudio e investigación del Derecho civil aragonés. En este sentido se comenta que, sin necesidad de mucho presupuesto y de manera no muy complicada técnicamente, podría ponerse BIVIDA en Internet.

En la misma sesión se reflexiona sobre las posibilidades y disponibilidades de los miembros de la Comisión para afrontar los nuevos trabajos. Así don Ricardo Giménez Martín, quien ya había anunciado su deseo de cesar como vocal en representación de Jueces y Magistrados al acabar los trabajos relativos al Proyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad ya que él aceptó ser miembro de manera transitoria ante la imposibilidad de nombrar a un miembro de la carrera judicial y, en todo caso, hasta finalizar la tarea empezada por la Comisión, ha enviado una carta al Presidente de la Comisión en la que le comunica que en septiembre pasado presentó su renuncia al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que le ha sido aceptada, razón por la que ya no asiste a esta reunión, y tras manifestar su agradecimiento se despidió de la Comisión. Los asistentes lamentan que así tenga que ser y, en todo caso, agradecen a don Ricardo Giménez Martín su valiosa colaboración y amistad.

Se comenta también la situación de otros miembros de la Comisión, como la de don Fernando García Vicente que sigue siendo Justicia de Aragón, la de doña María Ángeles Parra Lucán que de momento sigue de Catedrática de Derecho civil en La Laguna (Tenerife), la de don José-Luis Batalla Carilla que ya está jubilado o la de don José García Almazor que se jubilará a finales de año. Se recuerda también que don José-Antonio Serrano García, actual

Secretario, ya manifestó en su momento que no le apetecía ser Secretario y que si asumía la tarea era temporalmente y forzado por las circunstancias al tener que marcharse a Tenerife la anterior Secretaria, pero que en estos momentos no existe ningún puesto vacante en la Comisión que sea de libre designación.

En esta misma sesión don Ramón Torrente Giménez anuncia a la Comisión que, aunque se encuentra muy a gusto en ella, cree llegado el momento de poner en marcha el mecanismo para su sustitución.

En los primeros días del mes de noviembre de 2003, el Excmo. Sr. Vicepresidente del Gobierno de Aragón y Consejero de Presidencia, don José Ángel Biel, recibe al Presidente de la Comisión, acompañado del Secretario, y le expresa su decisión de que la Comisión continúe su importante labor y empiece a trabajar ya en el próximo proyecto con la advertencia de que, para evitar agobios en la tramitación parlamentaria, debería estar finalizado para las Navidades del año 2005. El presidente de la Comisión le informa de que la próxima ley debería acometer el desarrollo de las materias del Libro primero de la Compilación que quedan vigentes; también le comenta la conveniencia de que en esta ocasión haya una ponencia retribuida y, por último, le pide financiación para la puesta de BIVIDA en Internet. El Sr. Vicepresidente del Gobierno da su total aprobación a la materia propuesta para el nuevo Anteproyecto de ley y está de acuerdo en la financiación de la ponencia retribuida y del acceso a Internet de BIVIDA.

La Comisión decidió encargar una ponencia unitaria para todo el proyecto y propuso como ponente a don José Antonio Serrano García que aceptó la propuesta, pero antes de formalizar el encargo mediante el correspondiente contrato con el Gobierno de Aragón, la Comisión debatió sobre los diversos bloques de materias que a juicio de cada uno de los miembros de la Comisión podrían conformar esta nueva ley. Las opiniones de unos y otros son bastante dispares, desde las de aquellos que piensan que sólo debe desarrollarse la capacidad por razón de edad, las relaciones entre ascendientes y descendientes, la delación voluntaria de la tutela, incluida la autotutela, y la Junta de Parientes, hasta las de quienes creen que podrían añadirse también, entre otras materias, la emancipación, la ausencia, el parentesco y los alimentos entre parientes, el contrato de acogimiento de personas mayores, la incapacitación, la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, así como la protección administrativa de los menores e incapacitados en situación de desamparo y la adopción. Se comentan también las repercusiones que podría tener una propuesta de regulación que incidiera en la normativa aragonesa ya vigente sobre infancia y adolescencia, aunque se considera que si se limita a los aspectos civiles, no debería haber susceptibilidades por parte de otros departamentos del Gobierno de Aragón. Y se llega a la conclusión de que de entrada no hay que excluir tajantemente ningún contenido posible, de manera que el ponente ha de poder trabajar con amplia libertad y después ya decidirá la Comisión si sobre el texto propuesto hace falta cortar o añadir. No se considera necesaria

ninguna sesión más hasta que haya textos articulados que debatir, a tal fin se faculta al ponente para que vaya haciendo entregas parciales.

La sustitución de don Ricardo Giménez Martín y don Ramón Torrente Giménez no ha sido tarea sencilla porque ambos forman parte del grupo de miembros de la Comisión que son nombrados a petición de Instituciones, en concreto el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y los Colegios de Abogados, respectivamente, por lo que hay que esperar a que tomen su decisión y la comuniquen a la Diputación General para poder realizar el nombramiento.

El sustituto de don Ramón Torrente Giménez ha de ser propuesto por el recién constituido Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, que decide hacerlo en la persona del abogado don David Arbués Aísa, quien es designado vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil por Decreto de 23 de febrero de 2004, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, en el que se acepta la renuncia de don Ramón Torrente Giménez, agradeciéndole los servicios prestados.

La designación del sustituto de don Ricardo Giménez Martín ha de hacerse a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El anterior Presidente se jubiló a finales del año 2003 y la designación y toma de posesión del nuevo se demora unos cuantos meses. Por lo demás, la situación de falta de compatibilidad no ha cambiado, por lo que no puede proponerse a un magistrado en activo; tampoco se encuentran candidatos dispuestos a asumir la tarea entre los ya jubilados. Como alternativa se estudia la posibilidad de que en representación de jueces y magistrados pueda nombrarse a algún especialista en Derecho procesal. Finalmente el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón propone el nombramiento de doña Carmen Samanes Ara, Profesora titular de Derecho procesal de la Universidad de Zaragoza y Juez de Primera Instancia e Instrucción en excedencia, que es designada como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil por Decreto de 31 de mayo de 2004, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, en el que se acepta la renuncia de don Ricardo Giménez Martín, agradeciéndole los servicios prestados.

A principios del mes de febrero de 2004 don José Antonio Serrano hace la primera entrega del texto articulado de la ponencia, acompañado de la memoria explicativa, correspondiente al Título primero sobre la capacidad y estado de las personas. El texto está dividido en tres capítulos que tratan sucesivamente de la capacidad de las personas por razón de la edad, la incapacidad y la incapacitación y la ausencia. Desde febrero hasta la actualidad (primeros de noviembre de 2004) la Comisión viene debatiendo este texto, primero en sesiones quincenales y desde septiembre semanales, y ya han sido aprobados para los dos primeros capítulos más de cuarenta artículos. Al finalizar esta crónica se está a punto de entrar en la ausencia.

En el mes de abril de 2004 se entregó el texto articulado de la ponencia, así como la memoria explicativa, correspondiente al Título II sobre las relaciones entre ascendientes y descendientes, que, dividido en tres capítulos, trata suce-

sivamente de los efectos de la filiación, la autoridad familiar y la gestión de los bienes de los hijos. La tercera entrega, relativa al Título III sobre las relaciones tutelares, ha tenido lugar en el mes de octubre de 2004. Este texto aparece dividido en siete capítulos que tienen por rúbricas «Disposiciones generales», «Delación», «Capacidad, excusa y remoción», «La tutela», «La curatela», «El defensor judicial» y «La guarda de hecho».

Los nuevos miembros, don David Arbués Aísa y doña Carmen Samanes Ara, en el mes de octubre de 2004 se han sumado a la tarea de levantar actas de las sesiones de la Comisión en la que continúan también don Adolfo Calatayud Sierra y el Secretario, quien ha puesto el cargo a disposición del Presidente y se ha ofrecido a seguir colaborando en la tarea de confección de actas.

En los meses de septiembre y octubre de 2004 el ritmo de trabajo de la Comisión se ha acelerado mucho, no sólo porque ahora las sesiones son semanales, sino porque en cada una de ellas se aprueba un mayor número de artículos. Es mucho el trabajo pendiente, pero hay fundadas esperanzas de que estará terminado para finales del año 2005.

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Secretario de la Comisión

B) NUEVOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN: DECRETO DE 23 DE FEBRERO DE 2004 Y DECRETO DE 31 DE MAYO DE 2004

Decreto de 23 de febrero de 2004, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se procede a la sustitución de un miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Entre sus miembros se prevé que un vocal sea designado a propuesta de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, de común acuerdo.

Habiéndose producido la renuncia del vocal don Ramón Torrente Giménez, el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón ha adoptado acuerdo de 5 de febrero de 2004 en el que propone el nombramiento del abogado don David Arbués Aísa.

En su virtud, en ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3 del citado Decreto, y a propuesta del Vicepresidente del Gobierno y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,

DISPONGO:

1. Aceptar la renuncia de don Ramón Torrente Giménez como miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, agradeciéndole los servicios prestados.

2. Designar a don David Arbués Aísa como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a propuesta del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.

Zaragoza, a veintitrés de febrero de dos mil cuatro.

El Presidente del Gobierno de Aragón

MARCELINO IGLESIAS RICOU

El Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

Decreto de 31 de mayo de 2004, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se procede a la sustitución de un miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, del Gobierno de Aragón, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Entre sus miembros se prevé que un vocal sea designado a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Habiéndose producido la renuncia del vocal don Ricardo Giménez Martín, por el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se ha propuesto el nombramiento de doña Carmen Samanes Ara, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza y Juez de Primera Instancia e Instrucción en excedencia.

En su virtud, en ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3 del citado Decreto 10/1996, de 20 de febrero, y a propuesta del Vicepresidente del Gobierno y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,

DISPONGO:

1. Aceptar la renuncia de don Ricardo Giménez Martín como miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, agradeciéndole los servicios prestados.

2. Designar a doña Carmen Samanes Ara como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Zaragoza, a treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.

El Presidente del Gobierno de Aragón

MARCELINO IGLESIAS RICOU

El Vicepresidente y Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

C) NOTICIAS DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Durante los años 2001 y 2002 en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación han tenido, como es habitual, varias reuniones y jornadas de trabajo en las que se han pronunciado diversas conferencias. De todo ello da buena cuenta el Anuario de la Academia correspondiente a dichos períodos.

Desde la RDCA queremos destacar, como actos más noticiables, la dimensión pública y social de las actividades que lleve a cabo la Academia, en concreto, el ingreso de nuevos miembros, la publicación de homenajes, o bien actos de carácter público.

No obstante, en esta ocasión hemos de dar noticia, en primer lugar, de la reforma de sus Estatutos, acordada en la sesión de 9 de febrero de 2000, y que fueron publicados a través del Real Decreto 1413/2001, de 14 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (BOE de 5 de enero de 2002).

• *Nuevos miembros de la Academia*

El 7 de marzo de 2001 leyó su discurso de ingreso en la Academia el Excmo. Sr. don Manuel Pizarro Moreno sobre «El Estado y el Derecho como fuente del progreso económico», al que contestó el Presidente Excmo. Sr. Dr. don José Luis Merino Hernández.

El 28 de diciembre de 2001, el Excmo. Sr. don Joaquín Sapena Tomás, leyó su discurso de ingreso de la Academia, que versó sobre «La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio», al que contestó el Excmo. Sr. don José Ignacio Jiménez Hernández, Académico de Número.

El 14 de febrero de 2002, en sesión solemne, el Excmo. Sr. don Fernando García Vicente, Fiscal y Justicia de Aragón leyó su discurso de ingreso, como Académico de Número sobre: «Prevención de los delitos y protección de las víctimas», siendo apadrinado por los Académicos de Número, Excmos. Sres. don Manuel Pizarro Moreno (quien contestó al discurso) y el Dr. don Eduardo Montul Lavilla.

El 25 de octubre de 2002 en sesión solemne, el Excmo. Sr. Dr. don Francisco Mata y Rivas, abogado, Profesor-Tutor de Derecho civil en la UNED y Juez Diocesano del Tribunal Eclesiástico de 1ª Instancia de Lérida, leyó su Discurso de ingreso como Académico de Número, sobre: «Los Derechos humanos en el Código de Derecho canónico», siendo apadrinado por los Académicos de Número Excmos. Srs. Dres. don Pablo Casado Burbano y don Eduardo Montull Lavilla, contestando el Dr. Casado al recipiendario. En la presidencia del acto estuvo presente el Ilmo. Sr. don Honorio Romero Herrero, Presidente del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza.

- *Cambio secretario*

El 6 de mayo de 2002, el hasta entonces secretario en funciones, el profesor Dr. Mata Rivas, debido a sus crecientes obligaciones profesionales renuncia formal e irrevocablemente al cargo. Seguidamente se designa como nuevo secretario al prof. Dr. Montul Lavilla, que acepta el cargo, hasta la próxima renovación de los cargos de MESA.

- *Libros Homenaje*

El 12 de diciembre de 2002 se presentó en el «Patio de la Infanta» el libro Homenaje que la Academia dedica a la memoria del Académico de Honor, Excmo. Sr. don José Lorente Sanz.

- *Actos de carácter público*

El 31 de mayo de 2002 tuvo lugar la solemne sesión celebrada en el Salón del Trono del Palacio de la Aljafería de Zaragoza, sede de las Cortes de Aragón, en la que el Honorable Sr. don Josep D. Guardia y Canela, Conciller de Justicia de la Generalitat de Catalunya y Académico de Número de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, pronunció una conferencia sobre «El Código civil de Cataluña» estando presente en la Mesa el Presidente de las Cortes de Aragón Excmo. Sr. don José María Mur Bernad.

- *Premios Castán Tobeñas y Gascón y Marín*

La V edición de este Premio que concede la Academia recayó en el abogado de Zaragoza don José Luis Artero Felipe por su trabajo «Naturaleza y forma del testamento mancomunado aragonés».

El V Premio Gascón y Marín de Derecho público fue entregado al don Johansandro Otoyá Calle, abogado y profesor de la Universidad de Lima (Perú), por su trabajo sobre: «Hacia una sistematización teórica de la tutela y las relaciones normativas para su aplicación concreta en casos de acoso sexual».

D) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. Becas del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés 2002/2003

El Justicia de Aragón convocó por resolución de fecha 16 de octubre de 2002 (B.O.A. nº 131, de 6 de noviembre) dos becas para la realización de estudios de Derecho aragonés.

La convocatoria, que se ha realizado por décimo año consecutivo, estaba dirigida a estudiantes de último curso de la carrera de Derecho, siendo seleccionadas (Resolución de 18 de diciembre de 2002; B.O.A. nº 4, de 13 de enero de 2003):

— **Doña Patricia Carmen Sierra Bandrés**

— **Doña Rosario María Bartolomé Allué**

Las dos becarias iniciaron sus trabajos en enero de 2003 bajo la dirección de Asesores Responsables de la Institución.

2. Becas del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés 2003/2004

La convocatoria de becas para el estudio de ordenamiento jurídico aragonés correspondiente al curso 2004/2005 fue aprobada por resolución del Justicia de 15 de octubre de 2003, publicada en el B.O.A. nº 130, de 29 de octubre. Como novedad respecto a los años anteriores, se ofertó una sola beca que fue adjudicada al aspirante que obtuvo mayor puntuación, **don José Luis Castellano Prats** (Resolución de 3 de diciembre de 2003; B.O.A. nº 150, de 17 de diciembre).

El becario inició su actividad a fines de diciembre de 2003.

3. Informe anual del Justicia de Aragón 2002

El Informe Anual correspondiente al año 2002 fue presentado por el Justicia a las Cortes de Aragón y publicado en el B.O.C.A. nº 318, de 9 de mayo de 2003.

El Justicia ha editado un volumen de distribución gratuita que contiene un análisis general de la actividad realizada por la Institución durante 2002 e incluye un CD con el Informe Anual completo.

Los aspectos más destacados del Informe son los siguientes:

— Se han tramitado 1.476 quejas frente a las 1.311 del año anterior, con un incremento aproximado del 12,59%.

— Atendiendo al organismo al que hace referencia la queja, la distribución es la siguiente: Cortes de Aragón, 3 quejas; Diputación General de Aragón, 597 quejas; Administración periférica del Estado, 102 quejas. A las Administraciones locales aragonesas se refieren 435 quejas.

— Las quejas de Zaragoza y provincia han pasado de 945 a 1060. Las de Huesca han aumentado de 167 a 174 y las de Teruel han aumentado de 139 a 154.

— Por materias el mayor número de quejas se refiere a Educación (151), Función Pública (150); Interior (113), Medio Ambiente (105) y Sanidad (100). Cabe destacar que el número de quejas en Educación ha aumentado un 60% respecto a 2001.

— Se han realizado 266 sugerencias o recomendaciones frente a las 220 del año anterior. El incremento ha sido del 20,91%. De ellas han sido aceptadas 152. Han sido rechazadas 34, estando el resto pendientes o sin respuesta.

— Sin necesidad de dictar sugerencia se han resuelto 258 expedientes, frente a 150 el año anterior. La mera intervención del Justicia solicitando información ha hecho que la Administración en unos casos agilizara la tramitación, y en otros rectificara su actuación. En otros 543 casos el ciudadano se ha considerado satisfecho con la información suministrada por el Justicia.

Aunque no dan lugar a expedientes se han tramitado más de 3.500 consultas.

Asimismo, han visitado la Institución 28 centros escolares con un total de 822 alumnos y otros 6 grupos de diversas asociaciones, con un total de 155 personas. Por otra parte, el titular de la Institución ha impartido 30 conferencias.

Cabe destacar la inclusión de dos Informes Especiales presentados a las Cortes de Aragón a lo largo de 2002: **El Medio Ambiente Urbano en Aragón y La violencia juvenil en Aragón.**

Junto con el Informe Ordinario el Justicia presenta anualmente dos informes extraordinarios:

— **El informe sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del Derecho aragonés**, exigido por el artículo 32 de la Ley reguladora de la Institución. La estructura del mismo es idéntica a la de años anteriores, distinguiendo tres grandes áreas: Constitucional, Derecho Civil y Derecho Público. El Informe ofrece listados acumulados, de modo cronológico y sistemático, de las Sentencias y Autos reseñados en los Informes Anuales del Justicia a partir de 1990; junto a ello, se incluyen los tradicionales resúmenes de los fundamentos de Derecho más interesantes de las sentencias y autos dictados en 2002 y un listado de los libros y artículos más recientes sobre Derecho civil aragonés.

— **El informe sobre la situación de los menores en Aragón**, exigido por el artículo 8.4 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

4. Informe anual del Justicia de Aragón 2003

El Informe Anual correspondiente al año 2003 fue presentado por el Justicia a las Cortes de Aragón y publicado en el B.O.C.A. nº 57, de 7 de mayo de 2004.

Los aspectos más destacados del Informe son los siguientes:

— Se han tramitado 1.372 quejas, un 7% menos que el año anterior. Han aumentado ligeramente las quejas procedentes de la provincia de Zaragoza, y han disminuido las de Huesca, y de forma más sensible, las de Teruel. Las quejas que más han disminuido han sido las procedentes de otros países, que han pasado de 40 a 13.

En cuanto a la forma de presentación de las quejas, 788 han sido por visita personal y es significativo que 193 lo hayan sido por correo electrónico, frente a las 115 de 2002. De oficio se han abierto un total de 28 expedientes.

— Atendiendo al organismo al que hace referencia la queja, la distribución es la siguiente: Diputación General de Aragón, 546 quejas; Administraciones locales aragonesas, 375 quejas; Administración Periférica del Estado, 106 quejas.

— Por materias el mayor número de quejas se refiere a Educación (169), Función Pública (125) y Sanidad (106).

— Se han realizado 306 sugerencias o recomendaciones por 266 el año anterior. De ellas han sido aceptadas 196 y 19 han sido rechazadas, estando el resto pendientes o sin respuesta.

— Sin necesidad de dictar sugerencia se han resuelto 227 expedientes, por la mera intervención del Justicia. En otros 497 casos el ciudadano se ha considerado satisfecho con la información suministrada por el Justicia.

Por otra parte en el Informe Anual se da cuenta de las diversas iniciativas que la Institución ha puesto en marcha durante el año 2003 para difundir entre la sociedad aragonesa la labor realizada. Entre las nuevas actividades, destaca la emisión semanal en Radio 5 de Radio Nacional de España de un espacio titulado «El Derecho Aragonés en Radio 5» pensado para divulgar el Derecho Civil Aragonés y la labor que realiza el Justicia de Aragón en este campo para cumplir con el mandato estatutario de protección del ordenamiento jurídico propio. A lo largo de 2003 se han emitido alrededor de 40 espacios diferentes.

Un paso más, en la colaboración del Justicia de Aragón con Radio Nacional de España, ha sido la firma de un convenio para que dichos espacios radiofónicos se publiquen en Internet utilizando como soportes la página web del Justicia de Aragón y sobre todo un nuevo website sobre Derecho Aragonés que tiene el doble objetivo de difundir la actividad que desarrolla la Institución en relación con esta materia y consolidar el compromiso de la Institución con la defensa y tutela del Ordenamiento Jurídico Aragonés. Esta página web, plenamente operativa en el primer trimestre de 2004, está integrada en la web institucional y dispone asimismo de dominio propio. Está dirigida fundamentalmente a la población en general por lo que una parte de los contenidos tienen un marcado carácter didáctico. Pensando también en estudiantes de Derecho, juristas, investigadores y estudiosos, esta web incluye, entre otros aspectos, legislación, informes sobre el estado actual del Derecho Aragonés, su defensa y tutela, así como las Actas de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés desde el primer año de su celebración en 1991.

Entre las iniciativas que se consolidan destaca el funcionamiento positivo de la web institucional www.eljusticiadearagon.es que durante el 2003 recibió unas 25.000 visitas. Esta web responde a la necesidad de aprovechar las ventajas que proporcionan las nuevas tecnologías para estrechar la comunicación con el ciudadano. En este sentido, durante el año 2003, 160 ciudadanos presentaron sus quejas a través de la página web institucional, frente a las 115 del año 2002. Además, la página web recoge todas las sugerencias, recomendacio-

nes y resoluciones que dicta el Justicia de Aragón y ofrece la posibilidad de consultar estos archivos por materias y fechas. El objetivo es insistir en la transparencia, salvaguardando en todo momento la intimidad de las personas firmantes de las quejas.

E) DÉCIMOTERCEROS ENCUENTROS DE FORO DE DERECHO ARAGONÉS

Teruel y Zaragoza acogieron en 2003 las cuatro sesiones de los Décimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés celebradas, como es tradicional, los martes del mes de noviembre.

En estos Décimoterceros Encuentros se ha querido dar continuidad a las novedades introducidas en los Encuentros celebrados en 2002. Así, junto a ponencias en la más pura tradición del Foro como la relativa al «Régimen económico matrimonial de separación de bienes» o al «Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón», se han incluido otras en las que está presente el nuevo Derecho Público aragonés como «El desamparo de menores y el acogimiento» o «La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas».

La sesión inaugural, que tuvo lugar el día 4 de noviembre en el Salón de Actos del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, examinó el *Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón*. Fueron ponentes don Juan Ignacio Medrano Sánchez, Magistrado, don Francisco Curiel Lorente, Registrador de la Propiedad y don Luis Ignacio Ortega Alcubierre, Decano del Ilustre Colegio Oficial de Procuradores de Zaragoza.

La segunda sesión, celebrada en el mismo lugar el día 11 de noviembre, tuvo como objeto el estudio de *El régimen económico matrimonial de separación de bienes*. Intervinieron en ella el Notario don Jesús Martínez Cortés, el Profesor Titular de Derecho Civil don Miguel Lacruz Mantecón y el abogado don José Luis Soro Domingo.

La tercera sesión (18 de noviembre), celebrada en Zaragoza como las dos anteriores, analizó *La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón*. Fueron ponentes don Luis Biendicho Gracia, Letrado de la Diputación General de Aragón, doña María Teresa Alonso Pérez, Profesora Titular de Derecho Civil y don Ángel García Bernués, Abogado.

La sesión de clausura se celebró en Teruel el día 25 de noviembre de 2004, en el Salón de Actos de su Museo Provincial. En ella, el Catedrático de Derecho Civil don Gabriel García Cantero, el Letrado de la Diputación General de Aragón don Luis Murillo Jaso y el Fiscal don Benito Soriano Ibáñez debatieron en torno a *El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas*.

F) UNIVERSIDAD DE VERANO DE TERUEL

En las XIX y XX ediciones de los Cursos de la Universidad de verano de Teruel se han celebrado sendos cursos sobre Derecho civil aragonés, bajo la dirección del Dr. don Alfredo Sánchez-Rubio García, abogado y prof. Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. De la coordinación se ha encargado, como viene siendo habitual, el Dr. don Rafael Bernard Mainar, prof. de Pregrado y Postgrado de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela (Caracas).

- En el año 2003, durante los días 16 a 18 de septiembre, se impartió el curso denominado *Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad*, tuvo como objetivo analizar la nueva regulación contenida en la Ley, así como estudiar la relevancia jurídica de las diversas materias y de las implicaciones fiscales derivadas de su aplicación.

La sesión inaugural estuvo a cargo del Dr. Delgado Echeverría, catedrático de Derecho civil y Presidente la Comisión Aragonesa de Derecho civil, que explicó los *Principios informadores y ámbito de aplicación de la nueva ley*. El resto de los temas, (*Capítulos matrimoniales y régimen de separación de bienes; Régimen matrimonial legal: bienes y deudas comunes; Régimen matrimonial legal: gestión del consorcio y de los bienes privativos; Disolución del régimen matrimonial legal e indivisión que le sigue; Liquidación y división del consorcio; La viudedad en general. Derecho expectante; El usufructo viudal* y, por último, *Aspectos fiscales de la nueva Ley*) estuvieron a cargo, respectivamente, de Dña. Carmen Bayod; don Javier Sancho-Arroyo López Rioboo; don José Antonio Serrano; Dña. María Martínez; don Adolfo Calatayud; don José Luis Batalla; don Alfredo Sánchez-Rubio y Cuatrecasas Abogados.

- Durante los días 10, 17 y 24 de septiembre de 2004 tuvo lugar el curso *Algunas cuestiones sobre la sucesión aragonesa por causa de muerte*, que presentó como objetivo el estudio de problemas puntuales de la sucesión aragonesa.

La sesión de clausura del curso estuvo a cargo del prof. Delgado Echeverría que disertó sobre *Revisión histórica y comparación con Derechos contemporáneos*.

El resto de las sesiones estuvieron a cargo de la Dra. Bayod López, (*Algunos problemas de invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios* y también *Cuestiones prácticas sobre preterición*), Dr. Serrano García, (*La sustitución preventiva de residuo de los artículos 80.3, 104.3 y 216.2 de la ley de sucesiones*), el abogado don Javier Sancho-Arroyo (*La nueva regulación del consorcio foral*), el notario don Adolfo Calatayud (*Actos de ejecución de la fiducia sucesoria*), el abogado don José Luis Fortea (*La capacidad para suceder, en general, y la indignidad*), la Dra. Martínez Martínez (*Cuestiones prácticas sobre la sucesión legal no troncal*); Cuatrecasas Abogados (*Aspectos fiscales de la sucesión aragonesa; en especial, fiducia, pacto sucesorio y sucesión de la empresa familiar*) y el Dr. Sánchez-Rubio (*Dos novedades legislativas: exclusión y cautelas de opción compensatoria*).

G) DERECHO CIVIL ARAGONÉS: UNA ASIGNATURA OBLIGATORIA DE FACULTAD

Desde el año 2000 la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza cuenta con nuevos Planes de estudios, y en ellos se incorpora, como obligatoria de Facultad, la asignatura de *Derecho civil aragonés*, a la que se le asignan 6 créditos (3 teóricos y 3 prácticos), que se desarrollan en el segundo cuatrimestre de cuarto curso de licenciatura en Derecho.

Es la primera vez que la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza incorpora en sus estudios de licenciatura la enseñanza obligatoria del Derecho civil aragonés.

Aún cuando desde los años 40, a través del impulso del prof. Lacruz, se incrementó la investigación y el estudio del Derecho civil aragonés, su estudio no contaba con un apoyo legislativo y oficial.

Será casi 40 años más tarde, al calor ya de la competencia legislativa en materia de Derecho civil (art. 149.1.8º CE y 35 EA aragonés), cuando lleguen a la Facultad de Derecho, con carácter oficial, estudios sobre Derecho civil aragonés, si bien en el marco de los estudios de Tercer Ciclo y tras la reforma universitaria que propició la LRU de 1985.

«El Derecho civil aragonés» y las «Fuentes del Derecho civil aragonés», que impartía el prof. Delgado en Tercer Ciclo eran, con carácter oficial, la única enseñanza de Derecho civil aragonés que ofrecía la Facultad de Derecho.

No significa lo anterior que en otros foros, y a través de otras instituciones (El Justicia de Aragón y la Institución «Fernando el Católico», entre otras) y aún la propia Facultad, y dentro de las explicaciones referidas al Derecho civil del Código, no se difundiera la enseñanza, de lo que sin lugar a dudas, es el signo genuino de identidad de los aragoneses: su Derecho civil.

Conviene destacar, que en los años 90, y con la calificación *de Master o Estudio de Posgrado*, en el marco de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, se imparte, con 250 horas de duración, dentro de la denominada Cátedra «Lacruz Berdejo» el *Curso de Derecho aragonés*, dirigido por don Antonio Embid Irujo (catedrático de Derecho administrativo), correspondiendo al profesor don Jesús Delgado Echeverría (catedrático de Derecho civil), la responsabilidad del área de Derecho civil.

No obstante, será en este nuevo milenio (y en este año 2004) cuando se lleve a cabo una enseñanza reglada del Derecho civil aragonés que, con carácter oficial y obligatorio, se incorpora ya en la enseñanza de 2º ciclo de licenciatura, y que asigna la misma cantidad de créditos a la enseñanza teórica y a la práctica.

El primer curso de Derecho civil aragonés, curso académico 2003-2004, (también el segundo, 2004-2005) estuvo dirigido por el prof. Delgado y el resto sus discípulos en la Facultad (Dr. Serrano, Dra. Bayod, Dra. Bellod, Dra. Martínez y Dr. Lacruz Mantecón), que trabajaron de forma coordinada en los

cursos que, de forma individual o compartida, tuvieron a su cargo. El grupo de trabajo contó con la inestimable colaboración del prof. y abogado don Ignacio Martínez Lasierra.

H) CURSOS Y CHARLAS SOBRE DERECHO ARAGONÉS (CURSO 2003-2004)

1. Curso de Iniciación al Derecho civil y Agrario de Aragón

El Instituto de Derecho agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, dirigido por el Dr. don Luis Martín Ballester y Costea, desarrolló, como viene siendo habitual, un curso destinado a difundir el Derecho civil aragonés y el Derecho agrario a través de un ciclo de conferencias impartidas por los miembros del área de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

Las sesiones tuvieron lugar los miércoles de los meses de enero a marzo de 2004, en el aula 4 de la Facultad de Derecho, en horario de 17 a 19,15 horas.

El curso finalizó el 24 de marzo con la conferencia de clausura, *Perspectivas de futuro del Derecho aragonés*, a cargo del prof. Delgado Echeverría.

2. Las nuevas fronteras del Derecho de familia

La Facultad de Derecho, IUS FAMILIAE y la Escuela de Práctica jurídica organizó el III Ciclo de conferencias sobre Derecho de familia, curso al que se le asignan dos créditos de libre elección.

Entre las diferentes conferencias programadas, todas ellas en el mes de marzo de 2004, se encontraban dos temas de Derecho aragonés: *La viudedad en Aragón*, a cargo de la Dra. Parra Lucán, catedrática de Derecho civil de la Universidad de La Laguna, y *Régimen económico matrimonial en Aragón*, a cargo del Dr. Serrano, prof. Titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

3. Curso sobre Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho civil aragonés

Los días 1 y 2 de abril de 2004, en la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico» de la Excma. Diputación de Zaragoza, y a través del director de la Cátedra, don Jesús Delgado Echeverría, se celebró el curso sobre *Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho civil aragonés*.

Los ponentes y temas tratados fueron los siguientes:

1. Don Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil: *De la teoría de las fuentes al Derecho aplicable* (sesión del día 1) y *Aplicación en el tiempo y en el espacio* (sesión del día 2).

2. Don Ángel Bonet Navarro, Catedrático de Derecho procesal: *Derecho civil aragonés y proceso*. La casación foral.

3. Don José Antonio Serrano García, Prof. Titular de Derecho civil: *La ley, la costumbre y los principios en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés*.

4. Doña Carmen Bayod López, Prof. Titular de Derecho civil: *Interpretación e integración de las fuentes aragonesas. La supletoriedad del Derecho estatal*.

4. El Derecho civil aragonés 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, Proyecto dirigido por don Agustín Ubieto Arteta, el Derecho civil aragonés contó ya con un Diploma que se obtenía tras la asistencia a un curso de 10h. de duración, que en aquella ocasión coordinó e impartió la Dra. Bayod López, prof. Titular de Derecho civil, y discípula del Dr. Delgado Echeverría.

En el curso siguiente, 2002-2003, no sólo se mantuvo el curso anterior, *Diploma I sobre Derecho civil aragonés*, sino que se creó un segundo diploma, *Diploma II de Derecho civil aragonés*, en el que se profundiza en el Derecho civil aragonés de familia y sucesiones, de 10 h. de duración, y que se impartió (la mitad cada una) entre las prof. Bayod y Bellod.

Se elaboró también un ciclo de conferencias en las que intervinieron varios profesores universitarios.

Todos y cada uno de esos cursos siguen previstos para el curso académico 2004-2005, así como el Ciclo de conferencias, *El Derecho civil aragonés en el siglo XXI*, coordinado por la prof. Bayod y financiado por el Justicia de Aragón.

I) SEMINARIOS DE JURISPRUDENCIA ARAGONESA

En el curso académico 2003-2004 tuvieron lugar dos seminarios de Jurisprudencia civil aragonesa.

El primer seminario tuvo lugar el día 28 de octubre de 2003, como es ya costumbre a las 7,30 de la tarde y en la Sede de la Institución «Fernando el Católico» de la Diputación de Zaragoza.

La sentencia objeto de comentario fue la de 7 de julio de 2003, que versaba sobre deudas del consorcio conyugal, cuya ponencia estuvo a cargo de los profesores Delgado y Serrano, Director y secretario de la Revista.

El 17 de marzo de 2004 se celebró el segundo seminario, que tuvo por objeto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de febrero de 2004, que versaba sobre la constitución de servidumbres por destino del padre de familia. Los ponentes fueron el prof. Delgado y el prof. José Luis Argudo Périz.

J) EL DERECHO ARAGONÉS Y LA WEB

En los diversos número de la revista, también en el anterior, hemos ido dando cuenta de diversos lugares del ciberespacio en el que aparece el Derecho civil aragonés: todos esos lugares siguen existiendo, pero aún contamos con más novedades, todas ellas a iniciativa de nuestro Director, el prof. Delgado Echeverría.

Las novedades son la siguientes: <http://www.derecho-aragones.net>. Este sitio se ha convertido en una crónica del Derecho aragonés, aparecen en él todos los hechos noticiables, aún aquellos que son más colaterales sobre Derecho aragonés. Desde esta página se accede a una bitácora más personal.

En esa página (<http://www.derecho-aragones.net/lodel>) se incorpora también como novedad una revista electrónica "Cuadernos Lacruz Berdejo", en la que ya aparecen editados trabajos de Derecho aragonés elaborados por alumnos de postgrado.

Quizás, y para finalizar, convenga dar noticia también de que en la página que el Curso de Derecho aragonés tiene en la red (http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragones) se editan en la sección de Derecho aragonés diversos trabajos sobre esta materia a cargo de los miembros del equipo del prof. Delgado.

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

MOLHO, Mauricio: *El Fuero de Jaca. Edición crítica* (CSIC, Zaragoza, 1964). Reproducción facsimilar, acompañada de un volumen II de estudios, realizada por el Justicia de Aragón en 2003, 745 páginas.

Sancho Ramírez, rey de Aragón, otorgó en 1077 un fuero breve a la villa de Jaca, para constituirla en ciudad. Foristas locales lo adicionaron y ampliaron y los reyes lo confirmaron en diversas ocasiones. Se extendió a otras poblaciones, no sólo de Aragón, sino de Castilla y Navarra, como por ejemplo, Estella y San Sebastián. Su contenido es la base principal de los «Fueros de Aragón» (1247). La publicación más importante sobre el Fuero de Jaca es la reproducción facsimilar de la clásica obra de Molho con todos los textos romances conocidos, acompañada de otro volumen de estudios, que El Justicia de Aragón realizó en 2003.

III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)

SESSÉ, José de: *Inhibitionun et Magistratus Iustitiae Aragonum Tractatus*. Edición facsímil coordinada por D. Guillermo Redondo Veintemillas y D. Esteban Sarasa Sánchez, con «Introducción» a cargo de D.^a M.^a del Mar Agudo y D. Ángel Bonet Navarro. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003.

El Justicia de Aragón publica esta edición facsimilar de todo un clásico (1606-1608) sobre la institución histórica que le da nombre, prosiguiendo así su importante labor en favor del conocimiento del Derecho aragonés, en este caso el histórico.

IV. OBRAS GENERALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

1. OBRAS COLECTIVAS

VV.AA.: *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 5, 12 y 19 de noviembre de 2002; Huesca, 26 de noviembre de 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, 259 páginas.

En estos Encuentros las ponencias han estado dedicadas a los siguientes temas: *a) La sucesión troncal*: María Martínez Martínez (ponente), Abel Martín Martín y Fernando Giménez Villar; *b) La protección del patrimonio arqueológico*: José Luis Moreu Ballonga (ponente), Rafael Alcázar Crevillén y Fernando Zamora Martínez; *c) Derechos de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre viviendas protegidas*: Rafael Santacruz Blanco (ponente), Rosa Aznar Costa y José Luis Batalla Carilla; *d) Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho*: Aurora López Azcona (ponente), Fidel Cadena Serrano y María José Balda Medarde.

VV.AA.: *Cuarto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón* (Zaragoza, 16 de mayo de 2003), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 251 páginas.

En este extenso volumen se abordan temas de muy notable interés para ir completando el panorama de lo que significó, sobre todo antes de 1591, la figura política del Justiciazgo. Una vez más son mayoría los profesores e investigadores especializados en Historia Medieval o Moderna (los doctores Sarasa, Salas, Jarque, Redondo y Serrano, a los que añadimos historiadores y especialistas en documentación como Maza, López Correas y Navarro Bonilla y un periodista con gran vocación también de historiador, Mariano Faci), si bien no faltan los trabajos tan fundamentales de los juristas (los doctores Fairén, Morales, Bellido y Pomed).

VV.AA.: *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002*. Dos tomos. El Justicia de Aragón. Núm. 21 de su colección. Zaragoza, 2003.

En dos gruesos tomos se recogen los estudios realizados por los becarios del Justicia de Aragón, alumnos de último año de la Licenciatura de Derecho dirigidos por Asesores de la Institución, desde 1997 a 2002. Predominan con claridad los estudios sobre Derecho civil aragonés como «La sustitución legal en la sucesión intestada» (Maynar Bonacho), «Reflexiones en torno al derecho de viudedad» (Melús Sebastián), «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Aragón (Ruiz Ruiz), «El testamento mancomunado: evolución y regulación jurídica a la luz de la Ley de sucesiones por causa de muerte» (Martínez Blázquez), «Estudio sobre la situación actual de la Junta de Parientes y sus perspectiva de futuro» (Layed Gómez), «La convivencia de las parejas de hecho» (Aunés González) y «El Derecho de abolorio» (Viñola Vera). Sólo dos estudios no son de Derecho civil aragonés: «La supletoriedad del Derecho estatal» (Rodríguez Alonso) y «Estudio jurídico sobre la contaminación acústica» (Lázaro Laguardia).

VV.AA.: *Homenaje a Lorente Sanz*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002.

El volumen incluye trabajos sobre la figura de Don José Lorente Sanz, tanto en el aspecto personal (García Vicente, García Toledo) como en el terreno jurídico (Pizarro Moreno), destacando su amistad con Ramón

Serrano Súñer (Cárdenas Quirós), por un lado, y su condición de vocal de la Comisión General de Codificación durante la elaboración de la Compilación aragonesa (Merino Hernández), por otro. Algunas colaboraciones pueden considerarse de Derecho aragonés, en sentido amplio, como la relativa a la visión de la jurisprudencia en los juristas aragoneses del siglo XIX (Castán Vázquez), el Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa (López Medel), las Cartas de Paz o pacerías en el Derecho pirenaico aragonés (Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat), la institución de la casa aragonesa y el mundo agrario aragonés (Jiménez Hernández), la convocatoria judicial de la Junta de Parientes (Mata Rivas) y el régimen jurídico-público de protección del menor en Aragón (Bermejo Vera). También colaboran Montull Lavilla (declaraciones de verdad, conocimiento o ciencia), Sanz Jarque (comunidades y sociedades de montes de origen vecinal), Ballarín Marcial (propuestas para la reforma de la política agrícola comunitaria), Luna Serrano (las referencias de calidad en la comercialización de los productos agrarios), Casado Burbano (el principio de tracto sucesivo en nuestro sistema registral mercantil) y Sebastián Martín-Retortillo Baquer (repensando el sistema de lo contencioso-administrativo desde la perspectiva de la tutela de las situaciones jurídicas de los ciudadanos).

5. PANORÁMICAS

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El Derecho aragonés en el siglo XXI: una visión de conjunto», en *Aragón ante el siglo XXI*, Ibercaja, Obra Social y Cultural, Zaragoza, 2002.

Cómo es hoy el Derecho civil aragonés, para lo que hay que saber cómo ha sido. Y cómo es previsible que se desarrolle en el siglo en que vivimos (Conferencia pronunciada el 21 de octubre de 2001).

6. REVISTAS

VV.AA.: *Anuario 2000-2001 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2003, 232 páginas.

El volumen se inicia con la crónica de estos dos años de actividad académica y el curriculum de Antonio Blanc Altemir, nuevo académico. Seguidamente recoge los Discursos de ingreso de Eduardo Montull Lavilla («Licitud o prohibición de las armas nucleares, biológicas y químicas en el Derecho internacional positivo» (resumen), Alberto Ballarín Marcial («Modernización jurídica de la agricultura y del desarrollo rural» (resumen), Manuel Pizarro Moreno («El Estado y el Derecho como fuente del progreso económico») y Joaquín Sapena Tomás («La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio» (resumen). Añade las ponencias de Eduardo Montull Lavilla («Las fuentes del actual Derecho positivo de la guerra») e Ignacio Quintana Carlo («El protocolo familiar: ¿Un nuevo instrumento jurídico?»). Por último incluye el resumen de dos

trabajos premiados: 1. Pilar Gutiérrez Santiago: «El papel de los padres biológicos en la adopción de menores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil»; 2. Rodrigo Ranz: «El diseño de los órganos en la institucionalización de las regiones subnacionales argentinas.

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTA

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHO FORALES

1.4. *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

PEÑASCO VELASCO, Rosa: «Del Derecho Foral a los Derechos Autonómicos», RCDI, núm. 677, mayo-junio 2003, pp. 1693-1719.

Ensayo desordenado y carente de rigor sobre el problema foral en los siglos XIX y XX.

RODRÍGUEZ ALONSO, Javier: «La supletoriedad del Derecho estatal», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo I, pp. 127- 250.

Trabajo realizado como becario en el curso 1997-98 que tiene por objeto el análisis de la cláusula de supletoriedad contenida en el art. 149.3 de la Constitución a la luz de la nueva jurisprudencia constitucional establecida en las Ss. 118/1996 y 61/1997.

2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

2. 2. *Los orígenes y precedentes de los «Fueros de Aragón». Cartas de población, fueros locales, «Fueros de Sobrarbe»*

BARRERO GARCÍA, Ana M.^a: «La difusión del Fuero de Jaca en el Camino de Santiago», en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 113-160.

Diversos testimonios del siglo XIV coinciden en presentar a Jaca como centro generador de un Derecho propio que alcanzó amplia difusión más allá del espacio territorial inmediato, llegando a traspasar ampliamente las fronteras del reino. La autora analiza los documentos forales de Jaca (el fuero de Sancho Ramírez, la confirmación de Ramiro II y la concesión de Alfonso II) y compara el Fuero de Sancho Ramírez con los Fueros de Sangüesa de 1117 y 1112, Puente la Reina, Alquézar, Aínsa, Pamplona, Asín, Jaca de Ramiro II, Olite, Berdún, Pueyo de Pintano, Estella, Iriberri y Pueyo de Castellón; las concordancias halladas le permiten reconstruir el proceso de formación del Derecho jacetano que difiere de la visión hasta ahora mantenida. El proceso de creación normativa debió producirse igualmente en cada una de estas villas (Sangüesa, Estella y Jaca, por este orden), sin embargo, parece que el proceso redaccional sólo tuvo lugar en Jaca, revistiendo cierta intensidad, pues se concretó en varias recensiones normativas en un *lapsus* de tiempo no demasiado amplio.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Fueros de Jaca y Fueros de Aragón. Tablas de concordancias», en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 163-194.

El profesor Delgado presenta en estas páginas unas interesantes tablas que muestran las relaciones entre el Fuero de Jaca y los Fueros de Aragón, tal como entendemos que quedaron fijados con este nombre oficial, en el texto que solemos llamar Compilación de Huesca, de fecha de referencia 1247. La columna CH sigue el texto de la Compilación de Huesca. La FA esta referida a la edición de Fueros de Aragón de TILANDER, 1937. A, B, C y E son las redacciones del Fuero de Jaca en la edición de MOLHO. U es la recopilación de Fueros de Aragón que, con este nombre, publicó RAMOS LOSCERTALES en 1925 y, con el de Fueros de Borja y Zaragoza, MORALES GÓMEZ y PEDRAZA GARCÍA en 1986. La columna RL refiere a la compilación privada de Derecho aragonés (números entre paréntesis) y a la recopilación de Fueros de Aragón, publicadas por RAMOS LOSCERTALES. A es el texto fragmentario del manuscrito de París, Archivos Nacionales, J.J.O.O. que como enmiendas y adiciones al fuero publica MOLHO en las páginas 181 y siguientes.

GARCÍA HERRERO, M.^a Carmen: «El universo de las relaciones familiares en el Fuero de Jaca», en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 229-265.

El Fuero Extenso de Jaca mimó el universo de las relaciones familiares y lo hizo una y otra vez, cuidando el tono y la elección de los vocablos, nombrando con una precisión asombrosa, que roza el virtuosismo, al hacer referencia a las mujeres. La autora recrea el mundo de la pareja casada, de marido y mujer; refiere el cuidado y meticulosidad que se pone al establecer cómo deben ser dotadas las mujeres conforme a su categoría social (infanzonas, francas, villanas); hace referencia a las relaciones patrimoniales, a la administración y disposición de bienes, así como a la cuestión del adulterio. También comenta las relaciones entre padres e hijos, según sus clases, para terminar aludiendo al papel de los hermanos y otros parientes próximos.

MOLHO, Mauricio: «Difusión del Derecho Pirenaico (Fuero de Jaca) en el reino de Aragón», (Reproducción facsimilar de *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, vol. XXVIII, 1959-1960, pp. 265-352), en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 21-110.

SESMA MUÑOZ, J. Ángel: «Aragón, los aragoneses y el Fuero de Jaca (siglos XI-XIII)», en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 197-225.

En la memoria colectiva de los aragoneses el Fuero de Jaca ocupa un lugar preferente e indiscutible en la formulación de la identidad de Aragón y de lo aragonés; se da el caso, además, que esa evocación es convergente en muchos

aspectos con la reflexión historiográfica. La coincidencia de emoción y análisis, sentimiento e historia, lleva al autor de este estudio a tratar el Derecho jacetano como elemento fundamental de nuestro pasado y a intentar reflejar, en su dimensión histórica, la trascendencia de su concesión y aplicación para la sociedad medieval del reino.

VV.AA.: *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar del Fuero), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 355 páginas.

El volumen comienza con una semblanza de Mauricio Molho obra de su amigo Félix Monge Casao, incluye una reproducción en facsímil del estudio de propio Molho titulado «Difusión del Derecho pirenaico (Fuero de Jaca) en el reino de Aragón» (1960) y los rigurosos estudios de los profesores Ana M^a Barrero García («La difusión del Fuero de Jaca en el Camino de Santiago»), Jesús Delgado Echeverría («Fueros de Jaca y Fueros de Aragón. Tablas de concordancias»), J. Ángel Sesma Muñoz («Aragón, los aragoneses y el Fuero de Jaca»), M.^a Carmen García Herrero («El universo de las relaciones familiares en el Fuero de Jaca»), Vicente Bielza de Ory («El Fuero de Jaca, el Camino de Santiago y el urbanismo ortogonal») y M.^a Antonia Martín Zorraquino y M.^a Luisa Arnal Purroy («Introducción al estudio lingüístico del Fuero de Jaca»).

2.4. *Los Fueros y Observancias y su época. Procesos forales*

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Relación incompleta de procesos en pro y en contra de Antonio Pérez (1589-16... ?)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, 47 páginas.

Dice su autor que se trata de un simple resumen, en el que algunas opiniones son aún provisionales, preparado para una ponencia a exponer en el Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 4 de junio de 2001. En 2003, el Justicia de Aragón ha publicado el libro de Fairén, de más de mil páginas, sobre los procesos penales de Antonio Pérez.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «El juramento de los Fueros de Aragón por Felipe II (Fuero de 1348) y la condena y ejecución del Justicia Lanuza», en *Cuarto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003), pp. 67-95.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Los procesos penales de Antonio Pérez*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 1035 páginas.

Como dice el Justicia de Aragón en el prólogo, este libro estudia un momento fundamental en la historia de Aragón que quizás marcó su destino, e incluso la forma de ser de algunos aragoneses. La obra es impresionante por la cantidad de fuentes que maneja. Ni siquiera el Marqués de Pidal o Gregorio Marañón trataron con tanta profundidad y desde la doble perspectiva histórico-jurídica el personaje de Antonio Pérez.

Desde el Juramento de los Reyes de Aragón, pasando por las estancias carcelarias de la familia Pérez, hasta la muerte de Felipe II, este libro hace un exhaustivo repaso a aquel momento histórico; se cuentan las mil y una peripecias en las que se vio metido este personaje que fue el Secretario de Estado del Rey Felipe II. El libro establece relaciones entre las razones de Estado de un poderoso Rey, el derecho de manifestación aragonés, el procedimiento de encuesta, el delito de herejía y la Inquisición aragonesa, la abolición del tormento, o la forma como Antonio Pérez fue interrogado por los oficiales de Felipe II. También se ocupa de la invasión de Aragón, la ejecución de Juan de Lanuza, el destierro del Conde Aranda, del Duque de Villahermosa y de la mitificación del Justicia.

2.6. *Estatutos, ordinaciones y Derecho municipal*

BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa María: «Derecho pirenaico aragonés: Las cartas de paz o pacerías», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 57-90.

La amplitud y la generosidad de las donaciones reales, para lograr el asentamiento y permanencia de pobladores ultrapirenaicos —principalmente francos— originan problemas en la convivencia vecinal, en materias referentes al uso y disfrute de pastos, praderías, aguas y bosques, lo que se solucionará —en virtud de la autonomía concejil— con la suscripción de «cartas de paz y concordia» entre los vecinos hispano-franceses. Se reconoce la existencia de facerías internacionales de Ansó-Borce, Jaca-Aspe y Tena-Ossau. Los contratos faceros que no tengan naturaleza de internacionales se regirán por el art. 3 de la Compilación.

2.7. *Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)*

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa María: *Aspectos históricos de la Administración de Justicia en Aragón*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el día 25 de junio de 2003. Contestación de José Ignacio Jiménez Hernández. Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2003, 78 páginas.

Los puntos principales de la estructura del trabajo son: 1. Jurisdicción condal y real hasta 1035; 2. Los sistemas judiciales: jurisdicción eclesiástica; 3. Los sistemas judiciales: la justicia privada; 4. Los sistemas judiciales: la Jurisdicción Real y Municipal (1035-1247).

BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Daniel: «Firmas de derecho ante la Corte del Justicia de Aragón (s. XVII-XVIII)», en *Cuarto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003), pp. 97-132.

Este trabajo —en palabras de su autor— quiere reivindicar y contribuir al mejor conocimiento del proceso aragonés de firma, que fue desde el siglo XV al XVIII, ante el tribunal del Justicia, la herramienta procesal más importante dentro del sistema de garantías jurídicas ordinarias y constitucionales para los regnícolas, tanto de naturaleza como de residencia. Aporta una panorámica

sobre la amplia temática de los distintos tipos de procesos de firma de derecho, que se llevaron a cabo ante la Corte del Justicia de Aragón en los últimos cien años de su existencia.

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «La intervención de la Corte del Justicia y las Cortes del Reino en la formulación del Fuero de Aragón», en *Cuarto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003), pp. 133-153.

Interesantes reflexiones en torno a las consecuencias que se producen sobre las nociones fundamentales de «Fuero» y «Observancia» cuando se las descontextualiza o recontextualiza. Las Observancias han sido frecuentemente percibidas como expresión de las libertades del reino, pero poco tienen que ver con los derechos y libertades del tiempo constitucional. Las Observancias recogen la aplicación judicial de los Fueros, pero no corresponden con la noción contemporánea de jurisprudencia. Finalmente, verbalizan normas no escritas, pero poco tienen que ver con la costumbre del Código civil. Palabras como «libertades», «jurisprudencia» o «costumbre», que podemos legítimamente utilizar para referirnos a las Observancias, cambiaron profundamente de significado desde la Ilustración.

Para dejar constancia de estas transformaciones el autor expone la noción de «observancia» primero en el contexto constitucionalista, después en el contexto godo y finalmente en su contexto foral; finaliza con un apartado que titula «depuración histórica del concepto “observancia”».

4. LA COMPILACIÓN: ANTECEDENTES Y REFORMAS. OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

4.1. *La Compilación y sus antecedentes*

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Don José Lorente Sanz en la Comisión General de Codificación», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 13-33.

Narración, que Merino pone en boca de Don José, sobre su presencia en la Comisión General de Codificación, el método de trabajo y referencias a los debates del anteproyecto aragonés de Compilación en algunas de las siguientes materias: fuentes, personas y relaciones entre parientes, la Junta de Parientes, el régimen económico matrimonial, la fiducia, los pactos sucesorios, y los últimos retoques al anteproyecto aragonés.

5. PARTE GENERAL DEL DERECHO

5.2. *La jurisprudencia. La casación foral*

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «Notas sobre la visión de la jurisprudencia en los juristas aragoneses del siglo XIX», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 37-44.

Breve nota sobre la jurisprudencia en Escriche, Isábal, Franco y Guillén y Ripollés.

5.3. Otras materias

JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Ignacio: «¿Es la institución casa aragonesa una institución jurídica exclusivamente vinculada al mundo agrario aragonés?», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 93-97.

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «De la institución de la casa a la empresa familiar en el Derecho aragonés», en *Temas de Antropología Aragonesa* (ISSN: 0212-5552), n.º 11, 2001, pp. 89-118.

La institución de la Casa ha sido el pilar en el que se ha fundamentado el Derecho civil aragonés, tomando especial protagonismo en la ordenación de las instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, dependientes históricamente de ella. La evolución de los tiempos ha llevado a una crisis generalizada y a la casi desaparición de las estructuras sociales y económicas que sostenían la organización tradicional de la Casa, lo que tiene también una repercusión jurídica, otorgando la legislación civil aragonesa actual una mayor independencia y generalidad a las instituciones derivadas de la misma, y orientándose su moderna configuración patrimonial en la dirección de asimilarla a los distintos tipos de empresas familiares.

LARRAGA MARTÍNEZ, Sergio y NAVARRO MAURÉS, M.^a Teresa: *Dejar y marchar. Testimonios sobre la Casa Aragonesa a finales del siglo XX*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, 116 páginas.

«Dejar y marchar» es el conjunto de conclusiones de un trabajo de tres años realizado con la colaboración de la Asociación Cultural IDEA, para el que han sido necesarios numerosos traslados por pueblo por pueblo, localidad por localidad buscando la institución de la Casa aragonesa, su existencia y su desarrollo. Así lo describen sus autores, abogados en ejercicio y miembros responsables del Área Jurídica de la asociación antedicha. El objetivo es describir con datos fiables la realidad de la Casa aragonesa a finales del siglo XX.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.2. Edad

GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Thomson-Aranzadi, Núm. 327 de la Colección Monografías Aranzadi, 2004, 262 páginas.

Sentada la premisa de que la minoría de edad no es sinónimo de ausencia plena de la capacidad de obrar, el problema radica en que el Derecho positivo dista de afrontar la delimitación de la capacidad de obrar del menor no emancipado con pretensiones de exhaustividad o sistemáticas. Por ello esta obra intenta clarificar el régimen jurídico de la capacidad de obrar del menor no emancipado, con especial atención al ejercicio de algunos de sus derechos de la personalidad: derecho a la vida, la integridad física (y en particular su

desenvolvimiento en el ámbito sanitario, aludiendo también al aborto), la intimidad, el honor y la propia imagen. Paradigmáticos derechos de la personalidad de los que trata de extraer conclusiones extrapolables a toda la categoría. Monografía rigurosa que, junto al artículo 162 Cc. y la normativa estatal, tiene en cuenta también la normativa autonómica, así como la jurisprudencia y doctrina constitucional en la materia.

RUIZ DE HUIDOBRO, Carlos: «La regulación legal de la capacidad de obrar del menor. Propuestas de *lege ferenda*», en *Jornadas sobre Derecho de los menores* (coords.: Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 2003), pp. 447 a 470.

Interesante comunicación que parte de la ineptitud de la regulación vigente sobre capacidad de obrar del menor en el Código civil. Tiene en cuenta los intentos de superación del desenfoque legal en los planteamientos doctrinales actuales, con propuestas de alcance particular en el ámbito patrimonial o contractual (dinero de bolsillo) o de alcance general con propuesta de nueva ordenación del régimen de la capacidad de obrar y del correspondiente sistema de protección. El autor hace su propia propuesta de *lege ferenda* que pasa por la división de la menor edad en tres etapas, la sustitución de la representación legal por la asistencia en la adolescencia y la introducción de alguna norma de alcance particular relativa a la figura del dinero de bolsillo o a decisiones atinentes a la vida en el orden sanitario.

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, José: «Interés del menor y actuación notarial: las nuevas tendencias doctrinales y legislativas», en *Jornadas sobre Derecho de los menores* (coords.: Isabel E. Lázaro González e Ignacio V. Mayoral Narros. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003), pp. 225 a 244.

Trabajo de un Notario que pone de manifiesto las nuevas tendencias en la protección de la infancia. En particular, comenta la disposición de bienes excluidos de la administración de los padres; las fórmulas alternativas a la intervención judicial en los Derechos de Aragón, Navarra y Cataluña; el consentimiento del mayor de 16 años; la compraventa con hipoteca simultánea sin necesidad de autorización judicial; las cuestiones relacionadas con el conflicto de intereses entre los padres y el hijo, así como y las relacionadas con el menor discapacitado.

6.5. *Relaciones parentales y tutelares. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores*

CHIMENO CANO, Marta: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. Thomson-Aranzadi, 2003, 273 páginas.

La monografía tiene tres partes dedicadas sucesivamente al estudio del proceso de incapacitación, los procedimientos de tutela y curatela y, por último, al estudio del internamiento forzoso o involuntario. Aunque su objeto preferen-

te es el Derecho procesal, no olvida los aspectos sustantivos y, en ocasiones, alude a las especialidades en materia de tutela del Derecho aragonés.

LAYED GÓMEZ, Vanessa: «Estudio sobre la situación actual de la Junta de Parientes y sus perspectivas de futuro», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo II, pp. 767-901.

Trabajo realizado como becario en el curso 2000-2001 que tiene como finalidad reflexionar sobre la Junta de Parientes, su significado en su origen, su situación actual, su problemática, así como sus posibilidades de cara al futuro. También se evalúa el alcance de los cambios introducidos por la Ley 1/1999 de sucesiones.

MATA RIVAS, Francisco: «La convocatoria judicial de la Junta de Parientes», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 101-117.

6.6. Régimen económico conyugal

6.6.2. Régimen matrimonial paccionado

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1805)*, El Justicia de Aragón, núm. 19 de su colección, Zaragoza, 2003, 387 páginas.

Recopilación de 96 antiguos documentos públicos de Derecho civil aragonés, todos ellos referentes a contratos matrimoniales de la comarca del Alto Gállego, con exclusión del Valle de Tena que ya fue objeto de otras dos colecciones (una de testamentos) realizadas por el propio autor. La recopilación se acompaña de unas líneas preliminares en las que se nos da una idea del variado contenido de los documentos, señalando algunos casos especialmente interesantes y curiosos así como los rasgos comunes a estas capitulaciones. Los documentos de esta colección, como reza su título, son de dos clases: firmas de dote y capitulaciones matrimoniales.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Jaca*, El Justicia de Aragón, núm. 20 de su colección, Zaragoza, 2003, 361 páginas.

En esta serie de capitulaciones matrimoniales, tercera que publica este autor, se recogen 104 instrumentos públicos notariales, autorizados por notarios jaqueses a lo largo de casi cuatro siglos: de principios del XV a fines del XVIII. Todos ellos proceden de los protocolos custodiados en el Archivo Histórico Provincial de Huesca. El autor los ha seleccionado entre miles de documentos análogos, buscando un cierto equilibrio entre ellos que permita observar la evolución de las disposiciones y pactos a lo largo de las cuatro centurias. Como sus predecesoras, esta serie proporciona datos muy variados de interés no solo para el jurista sino para historiadores, sociólogos y etnólogos. Una primera valoración de su rico contenido, a modo de anticipo, es la que hace el autor de la recopilación en las páginas de la «Presentación», donde nos informa del marco social de la Ciudad de Jaca, la estructura de las capitula-

ciones, obligación de que los futuros cónyuges convivan con la familia de uno de ellos, régimen económico matrimonial, matrimonio a hermandad, firma de dote, disposiciones por causa de muerte y otras cláusulas curiosas.

6.8. Viudedad

MELÚS SEBASTIÁN, Rebeca: «Reflexiones en torno al derecho de viudedad», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo I, pp. 251- 393.

Trabajo realizado como becaria en el curso 1998-1999 en el que reflexiona sobre aquellos aspectos de la regulación del derecho de viudedad entonces vigente más espinosos, que más problemas plantean y que, por tanto, son susceptibles de reforma, prestando especial atención a la fase de derecho expectante, así como a la posibilidad de introducir en el seno de la viudedad la opción de la capitalización.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Comentario a la STS de 2 de abril de 2003: Contrato privado de permuta: petición de elevación a escritura pública *versus* petición de resolución por incumplimiento; situación del codemandante enfermo mental no incapacitado; Derecho aragonés: permuta no cumplida por el causante, derecho de viudedad y representación de la herencia pendiente de asignación mientras se ejecuta la fiducia sucesoria: inexistencia de litis consorcio pasivo necesario que obligue a demandar también al cónyuge viudo fiduciario y usufructuario universal», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 63, 2003, pp. 503-534.

Además de las cuestiones de Derecho general, en el comentario se abordan algunas cuestiones de Derecho interregional privado y de Derecho transitorio. Pero la cuestión central es netamente de Derecho aragonés: se trata de analizar las posibilidades de cumplimiento de una permuta perfeccionada, pero no consumada todavía, mientras dura la situación de pendencia que se crea desde la apertura de la sucesión hasta que el fiduciario cumple su encargo y los designados herederos aceptan la herencia. En esa situación de pendencia se reflexiona, en primer lugar, sobre la permuta contratada por el cónyuge fallecido y el derecho de viudedad del sobreviviente, tanto en fase de expectante como de usufructo; en segundo lugar, se analiza la misma situación añadiendo al usufructo de viudedad la presencia de una fiducia sucesoria en favor del viudo y la consiguiente falta de herederos mientras no se ejecute. En el comentario se contrastan las soluciones derivadas del Derecho de la Compilación con las mucho más adecuadas de la Ley de sucesiones de 1999.

6.9. Parejas estables no casadas

AUNÉS GONZÁLEZ, Ana Belén: «La convivencia de las parejas de hecho», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo II, pp. 903- 1026.

Trabajo realizado como becaria en el curso 2001-2002.

BALDA MEDARDE, María José: «Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho: Aspectos procesales», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 249-256.

BAYOD LÓPEZ, M.^a del Carmen: «Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo), *RGLJ*, 2002, pp. 539-571.

En este artículo se analizan pormenorizadamente los artículos 1, 3 y 4 de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas, así como la difícil cuestión de la aplicación de la ley aragonesa de parejas en el tiempo y en el espacio, esto es, ¿*quid iuris* si un aragonés forma pareja estable con un catalán?, ¿y si es con un valenciano, habida cuenta de que en dicha Comunidad no existe competencia para legislar en materia de Derecho civil? A estas cuestiones, y otras también complejas, la Dra. Bayod propone soluciones e incluso plantea si, acaso, la situación de pareja estable no casada, además de ser familia, pueda dar lugar a la creación de un nuevo estado civil.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 61-88.

CADENA SERRANO, Fidel: «Las relaciones sentimentales *more uxorio* en el Derecho civil y en el Derecho penal», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 233-247.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 195-231.

Completo y bien documentado estudio sobre los aspectos centrales o nucleares de la ruptura de las parejas de hecho, tanto en la jurisprudencia como en la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas.

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. *En general y normas comunes a las sucesiones voluntarias*

PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: «Partición de herencia; cónyuge viudo e hijos menores: a propósito de la resolución de 10 de enero de 1994 y las secuelas de su dudosa doctrina», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49, 2004, pp. 303-341.

Comentario de un Notario crítico con la última doctrina de la DGRN que no requiere la intervención de un defensor judicial en la partición de herencia realizada por el cónyuge viudo por sí y en representación de los hijos menores, y ello aunque existan bienes gananciales que partir, si la partición se limita a hacer adjudicaciones en *pro indiviso* en la misma proporción en que los interesados sean partícipes.

MAYNAR BONACHO, Cristina: «La sustitución legal en la sucesión intestada», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo I, pp. 7-126.

Trabajo realizado como becaria en el curso 1997-1998 y que ya fue publicado en la RDCA, 1999-2, pp. 199-230, con el título de «Estudio comparativo de algunos elementos configuradores de la sustitución legal en el derogado artículo 141 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte».

7.2. Sucesión testamentaria

BUSTO LAGO, José Manuel: «La sucesión testada en el Derecho civil propio de Galicia: el testamento abierto notarial, el testamento mancomunado y la delegación de la facultad de mejorar», *RCDI*, núm. 677, mayo-junio 2003, pp. 1537-1618.

Trabajo sobre Derecho civil gallego, bien documentado, con múltiples referencias a la doctrina y al Derecho de Aragón, que puede ser de utilidad para el estudio de nuestra normativa sobre testamentos, en particular testamento mancomunado y fiducia sucesoria.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, 290 páginas.

La monografía, como dice su título, versa sobre Derecho gallego y se mantiene en este ámbito. Pero será imprescindible en adelante para el estudio del Derecho civil aragonés. Como ha sido imprescindible al autor apoyarse en los trabajos de autores aragoneses sobre el testamento mancomunado en nuestro propio Derecho. La obra es exhaustiva, detallada, bien organizada y con el aparato de citas solvente que requiere una obra de este género (en el caso, monografía universitaria que procede de la tesis doctoral de su autor, dirigida por el prof. Miguel Ángel Pérez Álvarez, catedrático de Derecho civil en A Coruña).

MARTÍNEZ BLÁZQUEZ, Juan Antonio: «El testamento mancomunado: evolución y regulación jurídica a la luz de la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/1999», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo I, pp. 477-554.

Trabajo realizado como becario en el curso 1999-2000 en el que se estudian cuestiones de Derecho interespacial y transitorio, así como las formas testamentarias, personas que pueden ser testadores, la correspectividad y el problema de la revocación, la ineficacia de las disposiciones testamentarias por las crisis matrimoniales, la institución recíproca de herederos, la interpretación y, finalmente, la disposición de bienes.

VAQUER ALOY, Antoni: «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 2003-1, pp. 67-100.

El trabajo está referido al artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, que el autor interpreta en clave de integración del testamento; pero

hay también referencias a otros Derechos, extranjeros y españoles, y entre éstos al Derecho aragonés (art. 123 de la Ley de sucesiones).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles: *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil núm. 17, 2003, 444 páginas.

El trabajo destaca la influencia del modelo familiar y el sistema económico del matrimonio en la definición de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente para luego detenerse en el análisis de la influencia de la separación judicial, la separación de hecho y el divorcio en las sucesiones intestada y testada. Contiene bastantes referencias a los Derechos forales, en particular al aragonés. Incluye anexos de jurisprudencia del TC, TS, TTSSJJ y Audiencia Provinciales.

7.3. *Sucesión paccionada*

BAYOD LÓPEZ, M.^a del Carmen: «Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999 de 24 de febrero)», en *Homenaje a Díez-Picazo* (Thomson-Civitas, Madrid, 2003), pp. 5123-5140.

Interesante trabajo que aborda la reforma de los pactos sucesorios en Derecho aragonés, comparando la regulación anterior con la actual, y haciendo referencia a las cuestiones de Derecho intertemporal.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Editorial Comares, Granada, 2003, 245 páginas.

Estudio detenido y combinado de los preceptos del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los trabajos doctrinales que se han publicado sobre el tema, que llega a la conclusión de que la categoría de los pactos sucesorios, así como la de los contratos atributivos *post mortem*, es mucho menos ajena al sistema del Código civil de lo que a primera vista parece. En el presente volumen ambos —pactos sucesorios y contratos *post mortem*— son analizados como auténticas alternativas a la sucesión testamentaria.

7.4. *Fiducia sucesoria*

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Comentario a la STS de 2 de abril de 2003: Contrato privado de permuta: petición de elevación a escritura pública *versus* petición de resolución por incumplimiento; situación del codemandante enfermo mental no incapacitado; Derecho aragonés: permuta no cumplida por el causante, derecho de viudedad y representación de la herencia pendiente de asignación mientras se ejecuta la fiducia sucesoria: inexistencia de litis consorcio pasivo necesario que obligue a demandar también al cónyuge viudo fiduciario y usufructuario universal», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 63, 2003, pp. 503-534.

Además de las cuestiones de Derecho general, en el comentario se abordan algunas cuestiones de Derecho interregional privado y de Derecho transitorio.

Pero la cuestión central es netamente de Derecho aragonés: se trata de analizar las posibilidades de cumplimiento de una permuta perfeccionada, pero no consumada todavía, mientras dura la situación de pendencia que se crea desde la apertura de la sucesión hasta que el fiduciario cumple su encargo y los designados herederos aceptan la herencia. En esa situación de pendencia se reflexiona, en primer lugar, sobre la permuta contratada por el cónyuge fallecido y el derecho de viudedad del sobreviviente, tanto en fase de expectante como de usufructo; en segundo lugar, se analiza la misma situación añadiendo al usufructo de viudedad la presencia de una fiducia sucesoria en favor del viudo y la consiguiente falta de herederos mientras no se ejecute. En el comentario se contrastan las soluciones derivadas del Derecho de la Compilación con las mucho más adecuadas de la Ley de sucesiones de 1999.

7.5. *Legítima*

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril 2004, pp. 473-519.

Estudio de una causa específica de desheredación de los hijos y descendientes, la segunda del art. 853 del Código civil, referida a los malos tratos de obra o injurias graves verbales. Esta misma causa, con redacción casi idéntica, se encuentra prevista en el artículo 370.3.º del Código de Sucesiones de Cataluña y en el artículo 195.c) de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. Tras una referencia histórica, el examen de esta causa de desheredación en la doctrina y jurisprudencia lleva al autor a defender una relectura, con nuevos resultados, dándole un aspecto moderno para que sea susceptible de aplicación práctica.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los Derechos civiles forales*, Editorial Comares, núm. 33 de la Colección Estudios de Derecho Privado, Granada, 2004, 288 páginas.

Monografía sobre la preterición no intencional en el Código civil con interesantes puntos de vista (es un vicio del testamento) y propuestas de *lege ferenda*. Es interesante también porque dedica un capítulo a la preterición no intencional en los Derechos civiles forales y extrae algunas conclusiones comunes a sus planteamientos. En particular, al Derecho aragonés dedica las páginas 50 a 67, escritas con bastante acierto y citando correctamente la doctrina y jurisprudencia aragonesas recientes, en ellas da cuenta de la situación en el Derecho histórico, en la Compilación de 1967 y en la nueva regulación de la Ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La reforma de la legítima aragonesa», en *Homenaje a Díez-Picazo* (Thomson-Civitas, Madrid, 2003), pp. 5537-5556.

En el trabajo se da cuenta de la preparación y alcance de la reforma habida en materia de legítima por mor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Para ello se parte de la situación de las legítimas

(material y formal) en la Compilación aragonesa de 1967, se exponen los trabajos prelegislativos y la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en lo relativo a esta materia y se comentan con brevedad las principales novedades de la reforma.

7.6. *Sucesión legal*

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Thomson-Aranzadi, Cuadernos de Aranzadi Civil núm. 17, 2003, 444 páginas.

El trabajo destaca la influencia del modelo familiar y el sistema económico del matrimonio en la definición de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite para luego detenerse en el análisis de la influencia de la separación judicial, la separación de hecho y el divorcio en las sucesiones intestada y testada. Contiene bastantes referencias a los Derechos forales, en particular al aragonés. Incluye anexos de jurisprudencia del TC, TS, TTSSJJ y Audiencia Provinciales.

GIMÉNEZ VILLAR, Fernando: «La sucesión troncal: declaración de herederos», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 73-79.

Breve e interesante intervención como coponente que da cuenta de las previsiones en esta materia de la Ley de sucesiones, expone los caracteres generales de la declaración de herederos legales, así como la regulación de los trámites y requisitos del expediente, en sus dos variantes judicial y notarial, para terminar refiriéndose a las especificidades y problemas que puede crear el encaje de la sucesión troncal aragonesa en el cauce limitado de la estricta declaración de herederos.

MARTÍN MARTÍN, Abel: «La subrogación real en los bienes troncales», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 65-71.

Breve e interesante intervención como coponente que aboga por una futura regulación más detallada de esta materia que ponga fin a las dudas actualmente existentes.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «La sucesión troncal», en *Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2002), pp. 11-64.

Completa y brillante exposición de la sucesión troncal, desde los antecedentes históricos hasta las principales innovaciones introducidas por la Ley de sucesiones, analizando tanto los presupuestos para que opere como los caracteres del heredero troncal, para centrarse con toda la extensión necesaria en el estudio de los bienes troncales, simples o de abolorio, y en la exposición clara, ejemplificada y con abundancia de gráficos, del orden de llamamientos a la sucesión troncal. Este excelente trabajo trae causa de la tesis doctoral de la

autora sobre la sucesión legal en el Derecho civil aragonés (editada en 2 volúmenes por el Justicia de Aragón en 2000).

PÉREZ ESCOLAR, Marta: *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, 458 páginas.

Monografía procedente de tesis doctoral sobre los derechos sucesorios del cónyuge en el Código civil (sucesión intestada y legítima), con bastantes referencias a los Derecho forales, entre ellos el aragonés, así como a Derechos extranjeros como el francés y el suizo.

RUIZ RUIZ, Sergio: «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Aragón, en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo I, pp. 395-476.

Trabajo realizado como becario en el curso 1998-1999 en el que se estudian los caracteres de la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón regulada en el art. 220 de la Ley de sucesiones. Se tratan también problemas de Derecho internacional privado o interregional que pueden surgir en este tipo de sucesiones. En la tercera parte se analizan las cuestiones relativas al heredero —la Comunidad Autónoma—, así como a los beneficiarios o destinatarios de los bienes heredados o del producto de su enajenación.

9. DERECHO DE OBLIGACIONES

VIÑOLA VERA, Vanesa: «El derecho de abolorio», en *Estudios sobre el Ordenamiento jurídico aragonés. Becas del Justicia de Aragón 1997-2002* (Zaragoza, 2003), tomo II, pp. 1027-1172.

Trabajo realizado como becaria en el curso 2001-2002 en el que expone el origen, significado y alcance de una institución que, pese a las últimas reformas del Derecho civil aragonés, necesita de un esfuerzo conjunto del legislador y las instituciones que permita ponerla al día.

VI. OBRAS AUXILIARES

2. JURISTAS Y ESCRITORES ARAGONESES, ACADEMIAS O ESCUELAS JURÍDICAS, CONSEJOS DE ESTUDIOS, COLEGIOS PROFESIONALES, JORNADAS, NOTICIAS

BAYOD LÓPEZ, M.^a del Carmen: *El estado del Derecho civil aragonés, de 1978 a 2001*, Ponencia presentada en las «IV Jornadas Estudios sobre Aragón en el umbral del siglo XXI (Panticosa, 21, 22 y 23 de diciembre de 2001)».

El punto de partida es la situación del Derecho civil aragonés en 1978, con la incidencia de la Constitución y el Estatuto, para dar cuenta de la evolución habida hasta 2001 en materia de legislación, investigación, enseñanza e instituciones dedicadas al estudio del Derecho aragonés, así como en la jurisprudencia.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: «José Lorente Sanz y Ramón Serrano Súñer: tres cuartos de siglo de una amistad verdadera», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 307-310.

GARCÍA TOLEDO, Juan Antonio: «Semblanza de Don José Lorente Sanz en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 287-304.

GARCÍA VICENTE, Fernando: «Semblanza personal de Don José Lorente Sanz», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 269-271.

LALINDE ABADÍA, Jesús: «La literatura foral y jurídica en el Reino de Aragón», en *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, vol. I (Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2000), pp. 133-151.

Interesante visión de conjunto de la literatura foral y jurídica del Reino de Aragón, con un intento de sistematización que distingue: 1. Los foristas; 2. Los coleccionistas de «Observancias» o anotadores; 3. Los foralistas; 4. Los juristas; 5. Los tratadistas; 6. Los privatistas y procesalistas; 7. Los historiadores y polígrafos.

LÓPEZ MEDEL, Jesús: «El Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 47-54.

MONGE CASAO, Félix: «Mauricio Molho en mi recuerdo», en *El Fuero de Jaca*. Volumen II, *Estudios* (que acompaña a la reproducción facsimilar del Fuero realizada por el Justicia de Aragón en 2003), pp. 11-17.

Mauricio Molho no es, ciertamente, jurista aragonés, pero su aportación al mejor conocimiento de los orígenes de nuestro Derecho histórico es muy relevante. Con lo que se dice en estas páginas podemos conocerle algo mejor.

PIZARRO MORENO, Manuel: «Don José Lorente Sanz, jurista aragonés», en *Homenaje a Lorente Sanz* (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002), pp. 275-283.

4. EDICIONES DE FORMULARIOS Y DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. OTRAS

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1805)*, El Justicia de Aragón, núm. 19 de su colección, Zaragoza, 2003, 387 páginas.

Recopilación de 96 antiguos documentos públicos de Derecho civil aragonés, todos ellos referentes a contratos matrimoniales de la comarca del Alto Gállego, con exclusión del Valle de Tena que ya fue objeto de otras dos colec-

ciones (una de testamentos) realizadas por el propio autor. La recopilación se acompaña de unas líneas preliminares en las que se nos da una idea del variado contenido de los documentos, señalando algunos casos especialmente interesantes y curiosos así como los rasgos comunes a estas capitulaciones. Los documentos de esta colección, como reza su título, son de dos clases: firmas de dote y capitulaciones matrimoniales.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Jaca*, El Justicia de Aragón, núm. 20 de su colección, Zaragoza, 2003, 361 páginas.

En esta serie de capitulaciones matrimoniales, tercera que publica este autor, se recogen 104 instrumentos públicos notariales, autorizados por notarios jaqueses a lo largo de casi cuatro siglos: de principios del XV a fines del XVIII. Todos ellos proceden de los protocolos custodiados en el Archivo Histórico Provincial de Huesca. El autor los ha seleccionado entre miles de documentos análogos, buscando un cierto equilibrio entre ellos que permita observar la evolución de las disposiciones y pactos a lo largo de las cuatro centurias. Como sus predecesoras, esta serie proporciona datos muy variados de interés no solo para el jurista sino para historiadores, sociólogos y etnólogos. Una primera valoración de su rico contenido, a modo de anticipo, es la que hace el autor de la recopilación en las páginas de la «Presentación», donde nos informa del marco social de la Ciudad de Jaca, la estructura de las capitulaciones, obligación de que los futuros cónyuges convivan con la familia de uno de ellos, régimen económico matrimonial, matrimonio a hermandad, firma de dote, disposiciones por causa de muerte y otras cláusulas curiosas.

José Antonio SERRANO GARCÍA

JURISPRUDENCIA*

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD, DELGADO y SERRANO, se pretende publicar, íntegras, las resoluciones, sobre Derecho Civil aragonés, del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencias y autos en recursos de casación, autos de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recursos gubernativos, etc.); en cambio, respecto a las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y de los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, sobre Derecho civil aragonés, sólo se pretende publicar los fundamentos de Derecho.

Para lograr este objetivo contamos con la colaboración del Justicia de Aragón que nos facilita copia de las resoluciones que él recibe; como el objetivo de la Revista es publicar «todas» las resoluciones que, en mayor o menor medida, afecten al Derecho Civil aragonés, la Redacción de la Revista ruega a los señores Magistrados, Jueces y Secretarios Judiciales de la Comunidad Autónoma de Aragón que faciliten puntualmente copia de estas resoluciones al Justicia de Aragón o, si lo prefieren, directamente a la Revista.

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, TRIBUNAL SUPREMO Y DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (2001-2003)

1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

1

NÚM. 1

S. TSJA de 7 de julio de 2003

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: MODIFICACION DEL RÉGIMEN LEGAL: Inoponibilidad a terceros: Derecho supletorio: La deuda que ha dado lugar al embargo trabado se generó vigente el régimen consorcial aragonés, puesto que la escritura por la que éste se modifica es de fecha posterior. Además, dicha escritura de capítulos en la que se adjudica la mitad indivisa del bien ahora embargado, no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa por la que se ordena el embargo. Resulta de aplicación el artículo 1.333 del Código civil, norma supletoria de la Compilación, en cuanto que previene que los pactos que modifiquen el régimen del matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, se tomará razón en el Registro, y sólo desde la fecha de la inscripción correspondiente perjudicará a terceros de buena fe, tal y como tiene declarado la jurisprudencia del TS. 6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS DE GESTIÓN: Responsabilidad de los administradores sociales: El artículo 42 Comp. determina la responsabilidad de los

bienes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de una actividad profesional. El hecho de que se haya producido una declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el marido era administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad de los bienes comunes derivada del artículo 42 Comp. DEUDAS PRIVATIVAS: Responsabilidad de los administradores sociales: Las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban junto con el principal e intereses el total de la deuda reclamada al marido (administrador único de la sociedad), ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto (deuda de gestión del art. 42 Comp.), y ello porque su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes ex artículo 42, sino que constituirían deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 41, art. 42 Comp. art. 40 LGT. y 1.333 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 1/2003, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 29 de enero de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 134/2002, dimanante de autos de Tercería de Dominio núm. 330/2001, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. Uno de Huesca, en el que son partes, de la una, como recurrente, D^a. C. P. P., representada por la Procuradora D^a. Marta Pardo Ibor y dirigida por el Letrado don Pedro Borrachina Bolea, no comparecidos ante esta Sala, y de la otra, como recurrida, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en cuya representación ha comparecido el Abogado del Estado y doña M. G. G., rebelde en el recurso de apelación, no comparecido en esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales Sra. Pardo Ibor, en nombre y representación de doña M. P. P., formuló en fecha 31 de julio de 2001 demanda de Tercería de Dominio contra la Agencia Tributaria y don M. G. G., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que, previa estimación de la demanda, declare que la mitad indivisa del bien embargado descrito en el hecho SEGUNDO de la demanda, es propiedad de la demandante y al tiempo decreta igualmente alzar el embargo trabado sobre la referida mitad indivisa de la citada finca, todo ello con imposición de las costas que se causen en la presente litis a los demandados, si hubiere méritos para ello. Admitida a trámite la demanda se dio traslado a los demandados, emplazándoles por veinte días; en tiempo y forma el Abogado del Estado contestó a la demanda oponiéndose a la misma. Por

Providencia de 23 de octubre de 2001, se tuvo por comparecido y parte y contestada la demanda por parte del Abogado del Estado y se declaró en rebeldía procesal a don M. G. G. y se acordó seguir los trámites establecidos por la Ley,

En fecha 2 de febrero de 2002, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo: Que desestimando la demanda deducida por la Procuradora Sra. Pardo en nombre y representación de Doña M. P. P. contra la unidad de Recaudación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y don M. G. G. declaró no haber lugar a alzar el embargo trabado por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria sobre la finca descrita en el hecho segundo de la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante».

Segundo: La parte actora presentó escrito por el que anuncia su recurso de apelación contra la sentencia anterior; por providencia de 16 de febrero de 2002, se tuvo por preparado el recurso, que fue impugnado por el Abogado del Estado, elevándose los autos a la Audiencia Provincial de Huesca para resolver sobre el mismo.

Con fecha 29 de enero de 2003 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de M. P. P. contra la Sentencia dictada con fecha dos de febrero del año dos mil dos por el Juzgado de Primera Instancia N° Uno de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, al tiempo que condenamos a la citada apelante al pago de las costas causadas en esta alzada».

Tercero: La Procuradora de los Tribunales Sra. Pardo Ibor en nombre y representación de doña M. P. P., presentó escrito por el que venía a preparar recurso de casación contra la sentencia antes mencionada, recurso que interpuso dentro de plazo en base a los siguientes

motivos: «*Primero*.– Al amparo de los artículos 477.1 y 477.2.3º y 477.3.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 42 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y que no existe doctrina jurisprudencial en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el artículo 42 de la Compilación que determine si la responsabilidad legal subsidiaria derivada al Administrador de una sociedad anónima por las cantidades que la sociedad administrada adeuda a la Agencia Tributaria y en aplicación del artículo 40 de la Ley General Tributaria, puede considerarse incluida en el ámbito de gestión propio de la explotación regular de los negocios o desempeño de la profesión a que se refiere el artículo 42 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón o por el contrario debe considerarse fuera de la gestión propia del ejercicio de su profesión y por tanto su especial responsabilidad surgida «ex lege» no tiene virtualidad para obligar a los bienes de la sociedad ganancial. *Segundo*.– Al amparo de los artículos 477.1 y 477.2.3º y 477.3.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 42 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón resolviendo sobre la naturaleza consorcial o privativa de la deuda que dio lugar al embargo en el que se ha interpuesto la tercería de dominio de la que trae causa este recurso de forma contradictoria a lo dispuesto en al menos dos sentencias de las Audiencias Provinciales dependientes del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en supuestos análogos han resuelto de forma contraria».

Cuarto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil y Penal, se nombró Ponente y se dictó Auto en fecha 11 de abril por el que se declaraba la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y se admitía a trámite el mismo, dándose traslado a la parte contraria para que formalizase por escrito su impugnación en el plazo de 20 días, tras-

lado que se realizó en estrados por no haber comparecido la parte contraria; con fecha 16 del mismo mes compareció el Abogado del Estado, quien dentro del plazo que le restaba presentó escrito de impugnación; por providencia de 21 de mayo se señala para la deliberación y votación el día 25 de junio, fecha en que se llevó a efecto.

Es ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Para la resolución del recurso de casación resulta conveniente centrar los hechos relevantes, que vienen acreditados en las instancias procesales, y que son los siguientes:

1. Don Mariano M. G. G. y doña M. P. P., cónyuges, regían su matrimonio por el régimen económico consorcial previsto en la Compilación del Derecho civil de Aragón.

2. El señor G. G. era socio mayoritario de la entidad mercantil P.C., S. A., en la que era administrador único, al menos desde el 7 de enero de 1991, lo que era conocido y aceptado por su cónyuge.

3. Como consecuencia de descubiertos por impago de obligaciones tributarias correspondientes a las anualidades comprendidas entre 1995 y 1997, la sociedad P. C. tenía una deuda con la Agencia Estatal de Administración Tributaria que se elevaba a un importe total de 43.305.490 pesetas. De dicha suma, la cantidad de 21.196.177 pesetas correspondía a cuotas de IVA, retenciones e impuestos de sociedades; 4.473.070 pesetas a intereses de demora; y 17.636.243 pesetas, a sanciones impuestas por P.C., S. A.

4. Esta deuda no había sido hecha efectiva por la entidad obligada al pago.

5. Los citados cónyuges otorgaron el día 10 de septiembre de 1999 escritura de *Capitulaciones Matrimoniales* ante el Notario del Ilustre Colegio de Zaragoza don

J. M. C., bajo el núm. 3.773 de su protocolo, en las que decidieron adoptar para su matrimonio el régimen de separación absoluta de bienes, al amparo de lo previsto en el artículo 23 de la Compilación, disolviendo la comunidad conyugal de bienes existente entre ellos y adjudicándose diversos bienes comunes. Entre ellos, se adjudicó a la demandante en este proceso doña M. P. P. la mitad indivisa del siguiente bien inmueble: Departamento núm. 7. Vivienda. Escalera Primera, Piso Segundo, Letra B. Superficie útil: 104 metros, 94 decímetros cuadrados; superficie construida: 134 metros, 87 decímetros cuadrados. Linderos: por la derecha entrando, calle sin nombre; izquierda, piso A; por el fondo, Avenida de Juan XXIII. Cuota: 1 enero, 20 centésimas por ciento. Dicho inmueble es la vivienda situada en la calle de Huesca.

6. En fecha 24 de enero de 2000 la Agencia Estatal de Administración Tributaria realizó, tras el trámite administrativo pertinente, declaración de responsabilidad subsidiaria del administrador único don M. G. G., respecto de la deuda de P.C., S. A. antes citada, lo que se efectuó al amparo de lo establecido en el artículo 40 de la Ley General Tributaria, entendiendo que el administrador había cometido infracciones tributarias graves.

7. El día 23 de mayo de 2000 se practicó diligencia de embargo de bienes en el expediente de derivación de responsabilidad, por el que se declaró embargada la totalidad de la vivienda que se ha descrito en el apartado 5 anterior.

8. En mayo de 2001 se inscribió en el Registro de la Propiedad la Escritura de modificación del régimen económico conyugal y de separación de bienes de los citados consortes.

Segundo: La demandante en este proceso doña M. P. P. interpuso demanda de *tercería de dominio* contra la Agencia Tributaria como ejecutante y contra don M. G. G. como ejecutado, en la que soli-

citaba se dictase sentencia por la que se declare que la mitad indivisa del bien embargado, antes referido, es propiedad de la actora, y se decrete igualmente el alzamiento del embargo trabado sobre la referida mitad indivisa de la citada finca.

Dicha demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Huesca, e interpuesto recurso de apelación por la representación de la actora contra la sentencia desestimatoria, dicho recurso fue igualmente desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de enero de 2003, que es ahora objeto del presente recurso de casación.

Tercero: El recurso de casación interpuesto por la parte demandante se fundamenta en dos motivos, íntimamente relacionados entre sí, y que pueden ser objeto de examen conjunto. En el primer motivo se denuncia la supuesta infracción del artículo 42 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, en relación con el artículo 40.1 de la Ley General Tributaria, en cuanto al sentido y alcance de la responsabilidad por deudas tributarias, entendiendo la recurrente que la responsabilidad legal subsidiaria derivada al administrador de una sociedad anónima no puede considerarse incluida en la gestión propia del ejercicio de su profesión, y por ello la responsabilidad surgida *ex lege* no tiene virtualidad para obligar a los bienes de la sociedad ganancial.

El segundo motivo entiende que la sentencia recurrida ha infringido igualmente el artículo 42 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, resolviendo sobre la naturaleza consorcial o privativa de la deuda que dio lugar al embargo en el que se ha interpuesto la *tercería de dominio*, y resulta contradictoria a lo dispuesto en al menos dos sentencias de las Audiencias Provinciales dependientes del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en supuestos análogos han resuelto de forma contraria. En concreto, cita como sentencias determinantes de la

existencia de jurisprudencia contradictoria la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 27 de octubre de 1999 —debe entenderse del año 1997, según el testimonio aportado con el escrito de interposición del recurso—, y la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de fecha 1 de julio de 1988.

Cuarto: El matrimonio formado por los cónyuges don M. G. G. y doña M. P. P. se regía por las disposiciones comprendidas en los artículos 36 y siguientes de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, normas que regulaban el régimen matrimonial legal en defecto de pacto.

El artículo 42 de la Compilación aragonesa establecía la responsabilidad de los bienes comunes respecto de las deudas contraídas por uno de los cónyuges en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, respecto de terceros de buena fe, de modo que atendidas las circunstancias de dicha actividad profesional y de la buena fe de la parte con la que se ha mantenido una relación jurídica, los bienes del consorcio han de responder del importe de la deuda, sin perjuicio de las relaciones internas entre los patrimonios de los cónyuges, para el supuesto en el que la deuda contraída no pueda ser considerada como una de las cargas de la comunidad, según el artículo 41 del mismo texto legal.

En el caso sometido a la consideración de esta Sala está acreditado que el demandado don M. G. G. ejercitaba actividad empresarial durante un largo período de tiempo, a ciencia y paciencia de su cónyuge, y dicha actividad redundaba en beneficio de la comunidad. En concreto, la actividad profesional consistía en la gestión de la sociedad P.C., S. A., de la que era administrador único, actividad que ha de entenderse comprendida en el supuesto del artículo 6 del Código de Comercio, conforme al cual en caso de ejercicio del comercio por persona casada, y cuando exista el consentimiento de ambos cónyu-

ges, quedarán obligados a resultados de dicha actividad los bienes comunes, presumiéndose otorgado el consentimiento cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, según el artículo 7 del mismo cuerpo legal; se establece así la responsabilidad de los bienes de la comunidad por las deudas contraídas en ese ejercicio. Dicha actividad es reconocida como mercantil en diversa jurisprudencia, de la que son muestras las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1999 y de 28 de septiembre de 2001.

Quinto: La declaración de derivación de responsabilidad que efectuó la Administración Tributaria se fundaba en lo establecido en el artículo 40.1 de la Ley General Tributaria, conforme al que serán responsables subsidiariamente de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria en los casos de infracciones graves cometidas por las personas jurídicas, los administradores de las mismas que no realizaren los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento por quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieran posibles tales infracciones. Entendía dicha administración que concurrían todos los elementos fácticos para la aplicación de dicha norma y su consecuencia jurídica: Existencia de una deuda tributaria de la sociedad anónima, de la que era acreedora la administración, y falta de diligencia en la actuación del administrador único de la entidad mercantil deudora, al no haber realizado lo necesario para el pago a su término de las obligaciones fiscales. El hecho de que la declaración de derivación de responsabilidad pudiera haber sido impugnada ante los órganos competentes de la jurisdicción Contencioso-Administrativa no impedía la ejecutoriedad del acto, conforme a lo prevenido en el artículo 94 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicha declaración no hacer surgir *ex novo* una deuda, sino que determina la obligación de satisfacerla por parte del administrador, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra la entidad directamente obligada al pago. Por lo tanto ha de entenderse que la obligación de pago de la deuda frente a la hacienda pública que correspondía al administrador derivaba del ejercicio de su profesión como empresario, y que tal actividad determinaba la exigencia de responsabilidad respecto de los bienes del consorcio conyugal, conforme al artículo 42 de la Compilación aragonesa, antes citado.

Sexto: La deuda que ha dado lugar al embargo trabado había sido generada a lo largo de los años 1995 a 1997, vigente por lo tanto el régimen consorcial aragonés, dado que la escritura de modificación del mismo, liquidación de la sociedad conyugal y constitución de un nuevo régimen de separación de bienes, de 10 de septiembre de 1999, era de fecha posterior. Por otra parte, dicha escritura, en la que se adjudicó a la actora la mitad indivisa del bien inmueble embargado, y al que se refiere el proceso de tercería planteado, no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa que acordaba la derivación de responsabilidad y ordenaba el embargo de la totalidad de dicho inmueble. Resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1333 del Código civil, norma supletoria a la Compilación aragonesa, en cuanto previene que de los pactos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, en cuanto afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, habiendo establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que la modificación pactada sólo puede perjudicar al tercero de buena fe desde la fecha de la inscripción correspondiente.

Séptimo: La actora ejercita su pretensión promoviendo una acción de tercería de dominio, cuya naturaleza ha sido fijada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que son muestras las sentencias de 28 de octubre de 1998, 7 de abril de 2000 y 18 de abril de 2001. Conforme a ella, la tercería de dominio ejercita una acción declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad a favor del demandante tercerista y el levantamiento del embargo, trabado a instancia de un codemandado, siendo su finalidad principal no ya la abstención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

Dicha naturaleza de la acción ejercitada tiene relevancia a la hora de decidir la procedencia del presente recurso por cuanto pretende la actora acreditar su propiedad exclusiva respecto del bien que es objeto de la tercería, y el levantamiento del embargo trabado, al entender que no resulta responsable de la deuda que dio lugar a la adopción de la medida cautelar.

Octavo: El recurso no puede ser estimado ya que, según se ha expuesto precedentemente, el artículo 42 de la Compilación determina la responsabilidad de los bienes comunes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de su actividad profesional, no habiendo incurrido la sentencia de la Audiencia Provincial en la infracción legal que se denuncia en el recurso.

La argumentación realizada por la parte recurrente, en el desarrollo del motivo primero, que invoca la existencia de un claro componente de sanción o castigo al administrador por su falta de diligencia, no es atendible a los efectos pretendidos de la prosperabilidad de su recurso y, con él, de la demanda de tercería de dominio ejercitada. Por una parte,

el hecho de que se haya producido la declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el codemandado Sr. G. G. era socio mayoritario y administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad, pues forma parte del ámbito de gestión propia de la explotación regular de los negocios o del ejercicio de la actividad profesional. Y en cuanto a las *sanciones impuestas* a la sociedad anónima, que integraban, junto con el principal e intereses, el total de la deuda reclamada, ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto, y por ello su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes conforme al artículo 42 de repetida cita, sino que constituían deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes —como es el caso—, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la Compilación. Por ello no podría prosperar la acción ejercitada en solicitud de levantamiento del embargo trabado, incluso para responder de la parte de la deuda que se atribuye a este concepto.

Noveno: Hemos de hacer, por último, referencia expresa al segundo motivo de recurso, en el que igualmente se denuncia la infracción del artículo 42 de la Compilación aragonesa, afirmando que la sentencia recurrida contradice lo resuelto en otras sentencias de Audiencias Provinciales dependientes de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

La cita de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sirve para permitir el acceso de la *casación por interés casacional*, conforme al artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero es claro que las sentencias de las Audiencias Provinciales no constituyen jurisprudencia ni pueden servir para fijar el sentido y alcance de las normas jurídicas. Por lo

demás es de notar que la solución adoptada por la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de julio de 1988, aportada en testimonio al escrito de interposición de recurso, no resultaba contraria a lo decidido en la sentencia ahora recurrida, ya que el supuesto de hecho era notoriamente diferente, pues en aquella se aplicó el régimen de sociedad de gananciales establecido en el Código civil, y el esposo de la actora había asumido solidariamente una deuda sin estar obligado a ello, por lo que —se decía en la sentencia— la obligación no estaba comprendida en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1362 y siguientes del Código civil como cargas de la sociedad de gananciales, ni el artículo 1.365 del mismo cuerpo legal.

Por todo lo expuesto procede la desestimación de los dos motivos de recurso, y la confirmación de la sentencia impugnada.

Décimo: Procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas del presente recurso, de conformidad de lo establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 394 del mismo cuerpo legal.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la procuradora doña Marta Pardo Ibor, en nombre y representación de doña M. P. P, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 29 de enero del año 2003, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de la presente resolución, debiendo acusar recibo.

Así por nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 2

S. TSJA de 24 de septiembre de 2003

683: USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN: Enajenación de bienes determinados: *En los supuestos de enajenación de bienes determinados cuando concurre el viudo usufructuario con el nudo propietario 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. Esto sucedió en el caso de autos, pues al solicitarse la venta de la cosa común (acción de división) y enajenarse en pública subasta, el precio obtenido se subroga en su lugar. Pretender que el bien siga soportando el usufructo del cónyuge viudo de uno de los comuneros es atentatorio al principio de interdicción del abuso de derecho.* **683: USUFRUCTO VIDUAL:** EXTINCIÓN: Enajenación de bienes determinados: *En aplicación del principio favor viduitatis, el usufructo vidual aragonés sólo se extingue por concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 86 Comp. En el presente caso no ha existido renuncia abdicativa, pues la demandada no concurrió nunca a la subasta y solicitó expresamente que en el anuncio se hiciera constar que el inmueble se hallaba gravado con su usufructo. Por ello, no cabe estimar que se haya producido la extinción por enajenación de la plena propiedad del bien con subrogación del precio adquirido en su lugar. Tampoco se puede considerar que haya existido abuso de derecho. (Voto particular).*

DISPOSICIONES CITADAS: art.. 76, 78, 79, 83 y 86 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Benjamín Blasco Segura.

VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 2/2003, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección

Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 10 de febrero de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 280/2002, dimanante de autos de Juicio Ordinario, sobre usufructo vidual, núm. 440/2001, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Cuatro de esta ciudad, en el que son partes, de la una, como recurrente doña P. E. E., representada por la Procuradora doña Natividad Bonilla Paricio y dirigida por el Letrado Sr. Moreno Torres, no comparecidos ante esta Sala, y de la otra, como recurridos, A. G. F. y C. C. M., representados por el Procurador don Juan Carlos Jiménez Giménez y asistidos del letrado Sr. Sancho-Arroyo López-Rioboo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales Sr. Jiménez Giménez, en nombre y representación de don A. G. F. y doña C. C. M., formuló en fecha 27 de junio de 2001 demanda de Juicio Ordinario contra doña P. E. E., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declarara: «1.º Extinguido el usufructo vidual que, respecto al 50% del inmueble objeto de esta litis ostenta la demandada, viniendo obligada en su virtud a desalojar el piso en el plazo máximo de un mes, con lanzamiento del mismo si no lo hiciere a su voluntad. 2.º Independientemente de la extinción solicitada, que se condene a doña P. E. E. al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados de Diez millones trescientas treinta y cinco mil quinientas ocho pesetas más los intereses legales. 3.º Que en el supuesto de que no se estimara la extinción del usufructo del 50% que se solicita, se condene a doña P. E. E. a depositar una fianza a favor de los demandantes de diecisiete millones de pesetas para responder del buen uso y conservación del inmueble propiedad de actores con entrega del 50% restante a los mismos. 4.º Que se condene a doña P. E. E. al pago de las costas del procedimiento».

En fecha 2 de julio de 2001, se dictó auto por el que se admitió a trámite la demanda presentada por el Procurador Sr. Jiménez Giménez, acordándose el emplazamiento de la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma mediante la representación procesal de la Procuradora Sra. Bonilla Paricio y la asistencia del Letrado don Manuel Moreno Torres, contestando la demanda y oponiéndose a la misma, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes suplicando se dictase sentencia que desestimase la demanda, absolviendo a sus representados de todos sus pedimentos. Con expresa imposición de costas a los demandantes.

Segundo: Por providencia de catorce de septiembre de dos mil uno se convocó a las partes a una audiencia previa para intentar un acuerdo o transacción, que no fue conseguido por lo que se acordó la continuación de la audiencia para la proposición y admisión de la prueba, señalándose día para la celebración del juicio, en el que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, cuyo resultado obra en el soporte de vídeo correspondiente, quedando los autos en poder de S. S.^a para dictar la resolución que procediera.

En fecha 11 de marzo de año 2002, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Jiménez Giménez en representación de don A. G. F. y doña C. C. M. contra doña P. E. E. debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra. Con expresa imposición de las costas a la parte actora».

Tercero: El Procurador de los Tribunales Sr. Juan Carlos Jiménez Giménez en nombre y representación de don A. G. F. y doña C. C. M., presentó contra la resolución anterior recurso de apelación oponiéndose al mismo la Procuradora Sra. Bonilla que fue tramitado por la Sección Cuarta de la Audiencia Pro-

vincial de Zaragoza dictándose sentencia por la misma en fecha 10 de febrero de 2003 y cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los actores don A. G. F. y doña C. C. M., contra la sentencia fecha 11 de marzo de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Cuatro de Zaragoza, en autos de juicio ordinario 440 de 2001, seguidos frente a doña P. E. E., resolución que revocamos parcialmente, y en su virtud, estimando en parte la demanda: 1.º: Se declara extinguido el usufructo viudal que respecto a la mitad indivisa del piso sito en Zaragoza, ostenta la demanda doña P. E. E., viniendo obligada en su virtud a desalojar el piso en el plazo máximo de un mes, con lanzamiento del mismo si no lo hiciere a su voluntad. Firme la presente resolución, líbrese el oportuno mandamiento, por duplicado al Sr. Registrador del Registro de la Propiedad número Cinco de Zaragoza, a fin de que en relación a: Finca vivienda letra A en la cuarta planta, escalera F, con una superficie de 106,50 m² y una cuota de participación de 1.074% de una casa en esta Ciudad. Esta finca figura inscrita con el número....., al folio..... del tomo..... del Archivo a favor de don A. G. F. y su esposa doña C. C. M., para su sociedad consorcial, por título de adjudicación en subasta, subsistiendo en ficha finca a favor de doña P. E. E., el derecho de usufructo de viudedad sobre una mitad indivisa de la misma, según Autos del Juzgado de Primera Instancia Diez de Zaragoza, fecha 22 de julio de 1996, y 3 de marzo de 1997, en autos de juicio de menor cuantía 1989 de 1990. Se proceda a la cancelación de la inscripción de usufructo de viudedad sobre la mitad indivisa de la finca anterior, que figura a favor de la demandada doña P. E. E. Derecho de usufructo de viudedad que se declara extinguido en la presente sentencia de esta Sección

Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, rollo de apelación 280 de 2002, en relación a Autos de juicio ordinario 440 de 2001, Se absuelve a dicha demandada doña P. E. E., del pedimento segundo de la demanda; y asimismo, en cuanto pedimento subsidiario del tercero de la misma. No se hace condena en costas en ninguna de las dos instancias».

Cuarto: Por la Procuradora Sra. Bonilla Paricio, en nombre y representación de doña P. E. E., se presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de 10 de febrero de 2003, y posteriormente escrito de interposición del recurso de casación haciéndose constar por la Procuradora mencionada los siguientes motivos: I.—Por infracción de normas de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al no aplicar la norma foral a los supuestos de extinción del usufructo viudal aragonés. En particular los artículos 76, 78, 79, 83 y 86 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. II.—Por infracción de la doctrina jurisprudencial interpretadora del artículo 222 Ley de Enjuiciamiento Civil, antiguo artículo 1.252 CC, acerca de la Cosa Juzgada.

Por providencia de 20 de junio de 2002 se remitieron los autos a esta Sala.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de los Civil y Penal, se nombró Ponente y se dictó Auto en fecha 13 de mayo por el que se declaraba la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y se admitía a trámite el mismo, dándose traslado a la parte contraria para que formalizase por escrito su impugnación en el plazo de 20 días, quien dentro de plazo presentó escrito de impugnación; por providencia de 18 de junio se señala para la votación y fallo el día 17 de septiembre, fecha en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Benjamín Blasco Segura.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La sentencia del Juzgado de Instancia desestimó la pretensión actora por la que se interesaba se declarase extinguido el usufructo viudal que, respecto al 50% del inmueble objeto del pleito —(un piso vivienda en Residencial Paraíso de Zaragoza)— ostentaba la demandada doña P. E. E., como petición principal, así como la obligación de ésta de desalojar el piso en el plazo de un mes, con lanzamiento del mismo si no lo hiciese a su voluntad, fundamentado todo ello en el artículo 83,2.º de la Compilación del Derecho Civil Aragonés.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó en parte el recurso, declarando extinguido el usufructo viudal que respecto a la mitad indivisa la parte demandada en los autos ostentaba, con los apercibimientos legales de desalojo y lanzamiento, así como también ordenaba la cancelación de la inscripción del referido usufructo de viudedad sobre aquella mitad indivisa y absolución de los demás pedimentos, ya desestimados en la primera instancia.

Contra esta decisión de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza se alza la demandada Sra. E. aduciendo en el escrito de censura dos motivos: en el primero denuncia: «infracción de normas de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al no aplicar la norma foral a los supuestos de extinción del usufructo viudal aragonés.

En particular los artículos 76, 78, 79, 83 y 86 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón» y en el segundo «por infracción de la doctrina jurisprudencial interpretadora del artículo 222 Ley de Enjuiciamiento Civil, antiguo artículo 1.252 Código Civil, acerca de la cosa juzgada».

Segundo: De evidente utilidad para la correcta resolución del recurso de casación interpuesto, resultan los hechos acreditados en las actuaciones, que se sin-

tetizan de la siguiente manera y que sirven de soporte básico para la fundamentación de la decisión de cada uno de los dos motivos instrumentados:

A).— En escritura de 14 de mayo de 1980, el hoy actor don A. G. F. adquirió por compra de UN S. A. la nuda propiedad de la mitad indivisa del piso, sito en Zaragoza, y su madre doña E. F. A., por igual título el usufructo de esa mitad indivisa, y la propiedad indivisa de la otra mitad.

Fallecida doña Elisa el día 8 de octubre de 1991 su usufructo sobre la mitad indivisa de ese piso se consolidó con la nuda propiedad de don A. G. F. En su testamento doña Elisa legó a su otro hijo don Adolfo G. F. la propiedad de la otra mitad indivisa de tal piso; el legado fue entregado en escritura de 9 de mayo de 1996.

B).— En el Juzgado de Primera Instancia núm. Diez de Zaragoza se siguieron autos de juicio de menor cuantía, con el número 198 de 1990 por demanda de don A. G. F. y su esposa doña C. C. M. en el que se solicitaba: A) La división del piso común, que pertenecía a ambos hermanos en propiedad proindiviso, y a sus esposas los respectivos derechos expectantes de viudedad foral aragonesa, y que en el caso de indivisión se procediera a la venta en pública subasta del referido piso, y el precio que se obtuviera se repartiese en partes iguales entre ambos hermanos, con la extinción por renuncia, del derecho expectante de viudedad de doña C. C. M. y doña P. E. E.

La sentencia del Juzgado fecha 16 de noviembre de 1990 (confirmada en apelación sentencia 21 de abril de 1992) estimó la demanda, disponiendo alternativamente que si no fuera factible la división, entonces se procediese a la venta del piso en pública subasta, repartiéndose el precio obtenido en partes iguales entre los hermanos don Antonio y don Adolfo G. F.

El anterior pedimento del suplico de la demanda fue el que se llevó a efecto

en ejecución de sentencia solicitada en 24 de mayo de 1994 por los actores don Antonio G. F. y su esposa doña C. C. M.

C).— Para entonces, en 8 de octubre de 1991 había fallecido don Adolfo G. F.; el Juzgado de 1.ª Instancia 8 de Zaragoza dictó Auto declarando Herederos Abintestato en dicho legado, por mitades e iguales partes a sus hijos doña Elisa y don Adolfo G. E., sin perjuicio del usufructo viudal que pueda corresponder a doña P. E. E. Ésta y sus dos hijos presentaron escrito en el Juzgado Diez de Zaragoza, interesando que se hiciera constar en los edictos sacando el piso a pública subasta que: 1.—estaba ocupado por ellos y 2.—que existía un derecho de usufructo viudal a favor de doña P. E. E. por fallecimiento de su esposo don Adolfo G. F. sobre el 50% del mismo.

Si bien tales circunstancias 1.ª y 2.ª, no se hicieron constar en los edictos, sí que se hicieron constar a los postores, al inicio de la subasta y antes de empezar la licitación. En el Auto de adjudicación del piso a los actores don Antonio G. F. y a su esposa, fecha 22 de julio de 1996, se dice:

Entiéndase subsistentes todas las cargas de la finca descrita y que los adjudicatarios las aceptan y quedan subrogados en las responsabilidades de las mismas, y sin destinarse a su extinción el precio de remate.

Queda ingresado el dinero, en la cuenta de consignaciones de este Juzgado a favor de los demandados (por sustitución procesal) don Adolfo y doña Elisa G. E., como herederos abintestato de don Adolfo G. F.

D).— Por Auto de 3 de marzo de 1997, se concretó el auto anterior de 22 de julio de 1996, en el sentido siguiente: que sobre la mitad indivisa del piso ya descrito cuya propiedad antes de la adjudicación en subasta pertenecía a don Adolfo y doña Elisa G. E., existe un derecho de usufructo a favor de doña P. E. E.

Los actores adjudicatarios interponen contra el anterior Auto de 3 de marzo de 1997 recurso de reposición denegado por Auto de 7 de abril de 1997 y contra éste, recurso de apelación.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de cuatro de diciembre de 1997 confirmó el Auto apelado aduciendo, en esencia, que no era momento procesal oportuno para discutir la extinción del usufructo viudal a dilucidar en el procedimiento correspondiente. Recurrida en casación.

E).— Por ello don Antonio G. F. y su esposa doña C. C. M., interpusieron demanda, en 20 de mayo de 1998, frente a doña P. E. E., Autos juicio de menor cuantía 421 de 1998, del Juzgado de 1.^a Instancia Ocho de Zaragoza, interesando que la demandada, titular del usufructo viudal, dejare libre el piso litigioso, con indemnización de daños y perjuicios.

Dicha demanda fue desestimada en primera instancia (sentencia 7 de septiembre de 1999), confirmada en apelación, sentencia núm. 358 de 23 de mayo de 2000), por absolución en la instancia a la demandada, al apreciarse la excepción de litis pendencia, pues se había interpuesto recurso de casación contra la sentencia referida de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, fecha 4 de diciembre de 1997, sobre el que todavía no se había pronunciado el Tribunal Supremo.

Este Alto Tribunal, dictó Auto fecha 2 de marzo de 1999, de inadmisión de dicho recurso, y consecuentemente, don Antonio G. F. y doña C. C. M., han interpuesto el presente juicio ordinario 440 de 2001 frente a doña P. E. E. del Juzgado de 1.^a Instancia Cuatro de Zaragoza, interesando en la demanda, el desalojo del piso por la demandada, por extinción del usufructo viudal, con indemnización de daños y perjuicios, como pedimento principal.

F).— Entre los hoy contendientes se siguió asimismo juicio de desahucio por precario núm. 922/1996 en el Juzgado

de 1.^a Instancia núm. 11 de Zaragoza, Juicio Sumario resuelto por sentencia desestimatoria de la demanda en méritos a que el título invocado para poseer era verosímil.

Tercero: Una correcta metodología, con eficacia y alcance a la economía procesal, obliga a analizar prioritariamente el motivo de recurso articulado en segundo lugar, esto es, si es o no concurrente la excepción planteada de la cosa juzgada, toda vez que, de prosperar este obstáculo, haría totalmente inoperante el primer motivo de censura.

Cuarto: La recurrente en casación —demandada en los autos principales de los que esta censura dimana— arguye en el segundo motivo la infracción de la doctrina jurisprudencial interpretadora de la cosa juzgada. Actuar así, sin embargo, supone entender que introduce en esta fase de la contienda una *cuestión nueva*: en efecto, ninguna referencia sobre ella existe en la sentencia de Instancia ni en la de apelación. Y notorio es, por la muy retirada doctrina jurisprudencial, que no es posible atenderla ante la naturaleza extraordinaria que el recurso de casación ostenta (STS de 25 de marzo de 2003, Fundamento Jurídico 3.º, por todas).

Efectivamente, del análisis de las actuaciones resulta que la hoy recurrente en su escrito de contestación a la demanda opuso la excepción de cosa juzgada impugnada por la recurrida-actora en el acto de la audiencia previa al juicio; el juzgado, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 416,1,2.^a y 421 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resolvió la cuestión en dicho acto, desestimando expresamente la excepción, ante lo cual la hoy recurrente se aquietó con la decisión desestimatoria, no formulando contra ella ningún recurso ni protesta. Consecuentemente la excepción quedó definitivamente desestimada y precluida pues no se hizo ya referencia alguna a ella ni en la sentencia de 1.^a Instancia, ni en los alegatos de parte en el recurso de

apelación ni en la sentencia que resolvió la alzada. Por consiguiente, volver a alegar ahora la cosa juzgada en la casación implica introducir una cuestión *nueva*, pretendiendo someter a esta actual censura una cuestión de la que no pudo conocer la Audiencia Provincial sin avenirse, por tanto, con el carácter de la impugnación presente.

Añádase a ello, aún con raciocinio «ex abundantia», pues lo hasta ahora dicho bastaría ya para la desestimación del motivo que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 222,1 y 2 y 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo pueden producir los efectos de cosa juzgada material las sentencias firmes, dictadas en procesos con cognición plena, resolviendo el *fondo* del asunto: «solo el fallo o parte dispositiva de la sentencia, en cuanto declara la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, pasa en autoridad de cosa juzgada a otro proceso posterior, por lo que son ajenas a dicho instituto tanto las premisas fácticas deducidas por el juzgador tras la correspondiente valoración de la prueba practicada, como los razonamientos jurídicos o motivaciones, utilizadas para fundamentar su conclusión decisoria, por ser la cosa juzgada, como se dice por la doctrina, el efecto de un pronunciamiento judicial y no de un razonamiento (STS 10-4-1984).

De ahí que los autos a los que se ha hecho mención en el relato histórico carezcan del valor, de aptitud para fundar esta excepción, ni tampoco la sentencia que apreció la excepción de litispendencia, al decidir la absolución en la instancia, sin juzgar sobre el fondo, al tener que dilucidarse éste en juicio plenario, que es justamente el seguido entre partes, del que dimana esta casación.

Tampoco, obviamente, produce cosa juzgada la controversia seguida entre partes y referida en el apartado F), juicio de desahucio por precario, habida cuenta la naturaleza de tal juicio pues la STS de 29 de febrero de 2000, en la que estudiaba

la posibilidad de invocar la cosa juzgada dimanante de un juicio de desahucio por precario, sentó la siguiente doctrina: «... Los juicios de desahucio no producen los efectos de cosa juzgada y por ello la cita del artículo 1.252 del Código Civil que la recurrente cita como infringido —ver sentencias, entre otras, de 22 de marzo de 1907, 6 de julio de 1914, 25 de octubre de 1927, 6 de julio de 1954, 4 de diciembre de 1964 y 27 de noviembre y 14 de diciembre de 1992—, por razón de la naturaleza especial y sumaria del juicio por desahucio por precario, el mismo no puede proceder, en principio, efecto de cosa juzgada...»

En la misma línea, la STS de 9 de junio de 2000 dice: «La doctrina de esta Sala sobre el limitado efecto de cosa juzgada de las sentencias firmes recaídas en juicio de desahucio cuida siempre de advertir que estas sentencias sí lo producen «en cuanto se haya examinado a fondo, con plenitud» el título arrendaticio o la razón jurídica invocada como justificante de la ocupación (STS de 23 de marzo de 1996, y en el mismo sentido SSTs de 27 de noviembre de 1998 y 29 de febrero de 2000)...»

Patentes las consideraciones precentes, inaplicables al caso resultan las sentencias invocadas por la recurrente al respecto. El motivo, pues, decae.

Quinto: En el primer motivo de censura, como ya se ha anticipado se denuncia infracción de normas de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al no aplicar la norma foral a los supuestos de extinción del usufructo viudal aragonés. En particular —sic— los artículos 76, 78, 79, 83 y 86 de aquella Compilación.

En el desarrollo del motivo, en síntesis se alega: 1.º: Que, partiendo de la situación originariamente creada, derecho de usufructo a su favor constituido «ex lege», no le era aplicable la normativa de la Comunidad de bienes, por no ser de la misma clase y naturaleza los derechos de una y otra parte litigante.

2.º: Que la extinción del usufructo de viudedad declarada por la sentencia de la Audiencia no está amparada en ninguna de las causas listadas en el artículo 86 de la Compilación, además de que, de forma expresa, el artículo 405 del CC establece que la división de una cosa común no perjudicará a terceros, citando al respecto las STS de 20-4-88 y 28-2-91 y 3.º: Porque estima improcedente la aplicación al caso del artículo 83.2 de aquella Compilación, operado implícitamente por la sentencia de la Audiencia, dada, a su juicio, la falta de identidad de los hechos con el supuesto previsto en aquel precepto, para terminar aduciendo que en momento alguno concurrió a la venta de la finca en pública subasta, prestando su conformidad, ni efectuó dejación alguna de su derecho de usufructo, expresa ni tácitamente. Tal es el bagaje integral.

Sin embargo, el motivo no puede tener favorable acogida. En el aspecto formal concurre un defecto grave: denuncia infracción a un bloque de artículos, sin la debida singularización, razón de ser de la denuncia y delimitación de sus contenidos para deducir del razonamiento las oportunas consecuencias. Repárese en que tales preceptos son heterogéneos: los dos primeros artículos 76 y 78, regulan el derecho expectante de viudedad y los restantes el usufructo vidual, proyectando confusión en la fundamentación, lo que es contrario a la exigencia de claridad y precisión que preside este extraordinario recurso. No pueden infringirse simultáneamente, como comprende la denuncia, normas jurídicas reguladoras del derecho de viudedad expectante y las que disciplinan la fase de usufructo, por ser ambas de imposible coincidencia en el tiempo. En lo demás, admitida que fue la censura en su momento procesal en nuestro auto de trece de mayo del presente año, irrelevante resulta cualquier otra consideración, sin que sea este el caso de ponderar si existía o no jurisprudencia de la Sala al

respecto, pues fue una cuestión ya resuelta en aquel período procedimental.

Sexto: Por lo que se refiere a la cita conjunta de los repetidos artículos de la Compilación, cuya infracción se denuncia, bien cierto es que el artículo 83 sienta un principio general cual el de la inalienabilidad del derecho de viudedad, configurado este como personalísimo, inherente a la persona que disfruta ese derecho: es un derecho subjetivo, actualmente existente y recayente sobre bienes concretos determinados. Según la recurrente, el usufructo de viudedad sólo se extingue por concurrencia de alguna de las causas que contempla el artículo 86 de la Compilación. Empero hay causas que hacen desaparecer el derecho de usufructo sobre bienes concretos: así, el artículo 83,2 de nuestra Compilación en que 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. Pretender ahora que el bien siga soportando el supuesto usufructo por parte de la Sra. E. E. es atentatorio al principio de interdicción del abuso del derecho y a la doctrina de los actos propios. El pretendido derecho de usufructo vidual, pues, no sufrió merma: se desplazó de modo que, en lugar de usufructuar el inmueble vendido pasó a usufructuar el PRECIO que se obtuvo en la venta judicial. Así lo declaramos también en supuesto similar al presente en nuestra sentencia de 5-XI-2001, en caso también de venta judicial de inmueble en pública subasta: «...quedando subrogado dicho precio en los inmuebles enajenados a tenor de la pre-

ceptuado en el artículo 83,2.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón».

Finalmente no es en modo alguno superflua la aplicación al caso, a pesar de no ser doctrina jurisprudencial —artículo 1.6º CC—, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de fecha 10 de noviembre de 1987 (Aranzadi 8733): si nadie debe permanecer en la indivisión y cualquiera de los comuneros puede obligar por la vía de la acción de división a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda, al ser ésta indivisible, esta forma de extinguir la comunidad no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de los otros titulares, ni a la Autorización Judicial supletoria, pues ello supondría introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división, que es de orden público, favorecida y estimulada por el legislador.

Por todas las razones dichas no se aprecia la denunciada infracción de los artículos 76, 78 y 86 de la Compilación, en lo referente a la extinción del derecho expectante de viudedad o del usufructo viudal, ni del genérico artículo 79, ajeno a este conflicto. Ni por supuesto del artículo 83 que en su apartado 2.º ha sido correctamente aplicado por la Audiencia Provincial.

Séptimo: Procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas del presente recurso, de conformidad a lo establecido en el artículo 398, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 394 del mismo Cuerpo Legal.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora Sra. Bonilla Paricio, en nombre y representación de doña P. E. E. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza en diez de febrero del presente, con imposición de las costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, junto con el testimonio de la presente resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. Magistrado don Fernando Zubiri de Salinas.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Fernando Zubiri de Salinas a la sentencia de esta sala dictada el 24 de los corrientes en el rollo de recurso de casación núm. 2/2003, procedente de la Sección Cuarta 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 mi voto particular en forma de sentencia, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la Sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

De conformidad con los fundamentos jurídicos primero, segundo y tercero de la sentencia de la mayoría.

Cuarto: Aceptando el contenido de la sentencia de la mayoría, en cuanto rechaza el motivo de recurso de casación fundado en infracción de la doctrina jurisprudencial interpretadora del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acerca de la cosa juzgada, por entender que se trata de una cuestión nueva en la casación, pretendiendo la parte recurrente someter a esta actual censura una cuestión de la que no pudo conocer la Audiencia Provincial. Sin embargo,

entiendo que los autos que se dictaron en fase de ejecución de sentencia en los autos de juicio de menor cuantía núm. 198 de 1990, del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Zaragoza, concretamente los de fecha 22 de julio de 1996 y 3 de marzo de 1997, son relevantes a la hora de decidir la cuestión fundamental objeto de esta litis, en cuanto constituyen declaraciones judiciales firmes sobre la subsistencia del derecho de usufructo de viudedad, cuya extinción se reclama en la demanda que ha dado lugar a la formación de los presentes autos.

Quinto: Respecto del primer motivo de recurso, que denuncia la infracción de normas de la Compilación del Derecho civil de Aragón, al no aplicar la norma foral a los supuestos de extinción del usufructo viudal aragonés, y en particular los artículos 76, 78, 79, 83 y 86 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, me muestro de acuerdo con la mayoría en la existencia de un defecto formal en el planteamiento del recurso de casación, dado que se denuncia la infracción de un bloque de artículos, sin la debida singularización, razón de ser de la denuncia y delimitación de sus contenidos, siendo efectivamente preceptos heterogéneos, en cuanto los artículos 76 y 78 regulan el derecho expectante de viudedad y los restantes el usufructo viudal, no pudiendo infringirse simultáneamente normas jurídicas reguladoras de ambas instituciones, dada su imposible coincidencia en el tiempo.

Pero esta observación no puede impedir que se entre a conocer de la cuestión de fondo deducida, ya que el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha constituido una importante modificación en cuanto a la preparación e interposición del recurso de casación, respecto a la regulación anterior, dado que la norma hoy vigente establece que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por lo demás, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido entendiendo

que el excesivo formalismo en la interpretación de las normas jurídicas reguladoras del acceso a la casación puede constituir un obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, procediendo por tanto entrar a resolver sobre la cuestión de fondo como, en definitiva, hace también la sentencia de la mayoría.

Sexto: Para la resolución del motivo primero del recurso es necesario recordar lo acaecido en los autos de Juicio de Menor Cuantía seguidos con el núm. 198 de 1990, ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Zaragoza. Aunque dicho proceso culminó por sentencia estimatoria de la demanda, que pretendía la división del piso común, y que en caso de indivisión se procediera a la venta en pública subasta del mismo y el precio que se obtuviera se repartiese en parte iguales entre ambos hermanos, don Antonio y don Adolfo G. F., con extinción por renuncia del derecho expectante de viudedad, el auto de 22 de julio de 1996 recaído en la ejecutoria mantuvo subsistentes todas las cargas de la finca, lo que se concretó por auto ulterior de 3 de marzo de 1997, en el sentido siguiente: que sobre la mitad indivisa del piso ya descrito cuya propiedad antes de la adjudicación en subasta pertenecía a don Adolfo y doña Elisa G. E., existe un derecho de usufructo a favor de doña M.ª P. E. E. Dicho auto fue confirmado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, e interpuesto recurso de casación, éste fue inadmitido, por lo que dicha resolución llegó a ser firme.

Esta resolución, dictada en ejecución de sentencia, completa el fallo y constituye cosa juzgada prejudicial para la decisión del presente litigio, en los términos establecidos en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que es preciso entender que el usufructo de viudedad sobre la mitad indivisa del piso de referencia subsistía en favor de la recurrente. La cuestión a dilucidar consistirá en determinar si dicho derecho real se ha extinguido con posterioridad.

El usufructo vidual aragonés se extingue por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en el artículo 86 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, precepto aplicable al caso por razón de tiempo. Dichas causas son las únicas que permiten estimar extinguido el usufructo vidual aragonés, debiendo mantenerse la institución, salvo prueba acreditativa de la concurrencia de alguna de las referidas causas, por aplicación del principio de *favor viduitatis*. (Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2001).

En el caso presente no ha existido renuncia abdicativa, pues la demandada Sra. E. E. no concurrió a la subasta, y solicitó expresamente que en el anuncio se hiciera constar que el inmueble se hallaba gravado con usufructo, como acertadamente —a mi juicio— se expresa en el fundamento de derecho segundo de la sentencia del juzgado de 1.ª Instancia. Tampoco con posterioridad ha existido acto de renuncia explícita del usufructo de viudedad.

Tampoco cabe estimar que se haya producido la extinción por enajenación de la plena propiedad del bien, con subrogación del precio adquirido en lugar de lo enajenado, en los términos establecidos en el artículo 83.2 de la Compilación, por las razones precedentemente expresadas.

Por último, no puede considerarse que haya existido abuso de derecho en la conducta de la demandada, que no se desprende de los autos ni se declara como probado en la sentencia. En el recurso de casación hemos de estar a los hechos acreditados en la instancia, y al respecto únicamente se hace constar que la demandada tiene el uso de la totalidad del piso, cuando como titular del usufructo vidual sólo le correspondería sobre una mitad indivisa, pero de tal declaración sólo puede desprenderse la posible existencia de una situación anti-jurídica en cuanto al exceso, pero no una actuación abusiva respecto al ejercicio del usufructo subsistente.

Por último, estimo irrelevante la cita de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de noviembre de 1987, que se hace en el fundamento de derecho sexto de la sentencia de la Audiencia, y se confirma en el correlativo de la sentencia de la que discrepo, puesto que el razonamiento conforme al cual la existencia o extinción de la comunidad no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de otros titulares, no corresponde al supuesto de hecho a decidir en esta litis, en el que la demandada ostentaba un derecho real que le atribuye facultades de uso y disfrute del bien.

Séptimo: Por todo ello procedería, a mi criterio, la estimación del primer motivo de recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra confirmación del fallo dictado en primera instancia.

Con las consecuencias prevenidas en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las costas.

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Natividad Bonilla Paricio, en nombre y representación de doña M. P. E. E., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 10 de febrero de 2003, que casamos y anulamos; confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia en fecha 11 de marzo de 2002 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Zaragoza.

Procediendo la imposición de las costas de 1.ª Instancia a la parte actora; y sin hacer expresa declaración sobre las causadas en la apelación y en el recurso de casación.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

NÚM. 3

S. TSJA de 4 de febrero de 2004.

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Aplicación del artículo 541 Código civil: *La Compilación cuando se refiere a la adquisición de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia no hace ninguna remisión al Código civil: para la aplicación del artículo 541, como así lo hacían los anteproyectos de Compilación, tan sólo deja a salvo en Aragón la vigencia del artículo 541 del Código civil, pero hay que entender entonces que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos del art. 541 en la remisión que a él hace el artículo 145, se ha de entender por signo aparente de servidumbre los que lo sena según el Derecho civil aragonés.* **83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE:** Aplicación del artículo 541 del Código civil. **51: FUENTES: CODIGO CIVIL:** Remisión estática: *En Aragón, para la adquisición de servidumbres por destino del padre de familia, a los efectos del artículo 145 del Código civil, son signos aparentes de la misma los que determina el Código civil, y no los que lo sean conforme a la Compilación. Y ello, porque la aplicación del artículo 541 del Código civil en Aragón no es como Derecho supletorio, sino como remisión estática. (voto particular).* **83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTORICO:** *El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño,*

lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 144, 145 Comp. y art. 541 Cc.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Rosa Bandrés Sánchez-Cruzat

Voto Particular: Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 5/2003, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 31 de marzo de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 609/2002, dimanante de autos de juicio de cognición núm. 60/2001, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia de La Almunia de D.ª Godina, en el que son partes como recurrentes, don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. T., representados por el Procurador don Emilio Pradilla Carreras y dirigidos por el Letrado don Juan José Espinal Ricotti, y como recurrido, don José A. T., representado por el Procurador don José María Angulo Sáinz de Varanda y dirigido por el Letrado don Javier Lagunas Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Procurador de los Tribunales Sr. García Gayarre en nombre y representación de don José A. T. se interpuso demanda de juicio de cognición ante el Juzgado de La Almunia de D.ª Godina en ejercicio de la acción regulada en el artículo 144 de la Compilación de Derecho civil de Aragón frente a don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. Z, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó al juzgado se dictase sentencia por la que se condenase a los demandados a que provean de reja de hierro y red de alambre o protección semejante que impida el acceso al patio del actor, a los tres huecos existentes en la pared de su vivienda orientada al patio del demandante y a realizar las obras necesarias a tal efecto u ordenar hacerla a su costa;

admitida a trámite y emplazados los demandados, comparecieron en las actuaciones contestando a la demanda oponiéndose a la misma.

En fecha 24 de junio de 2002 se dictó sentencia por la que desestimado totalmente la demanda interpuesta por don José A. T. se absolvía a los demandados de todas las peticiones dirigidas contra ellos, con imposición de las costas a la parte actora.

Segundo: Por la representación legal del actor se interpuso recurso de *apelación* frente a la sentencia dictada por el Juzgado de La Almunia de D.^a Godina; recibidas las actuaciones en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y previos los trámites legales se dictó sentencia en fecha 31 de marzo de 2003, cuyo fallo es del siguiente literal: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don José A. T. contra don Francisco A. T., doña Ofelia A. T. y doña María Pilar A. T. y contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia de La Almunia de D.^a Godina (Zaragoza), a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la referida resolución y, estimando la demanda de don José A. T., debemos condenar y condenamos a don Francisco A. T., doña Ofelia A. T. y doña María Pilar A. T. a poner en las ventanas a que se refiere la demanda, en el plazo de 30 días a contar desde la notificación de esta resolución, protección de reja de hierro remitida en la pared y red de alambre o protección semejante que impida el acceso al patio del actor. Sin imposición de costas en ninguna de las instancias».

Tercero: Por el Procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras, en nombre y representación de los demandados se presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2003 por interés casacional, que fue rechazado por auto de 11 de abril de 2003; dicha parte interpuso recurso de reposición, previo al

recurso de queja, que fue desestimado por auto de 12 de mayo del mismo año.

Interpuesto recurso de queja ante el Tribunal Supremo, éste por auto de 24 de junio de 2003 acordó inadmitir dicho recurso por ser funcionalmente competente para conocer del mismo la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; por lo que presentado ante esta Sala, en fecha 19 de septiembre de 2003 se dictó auto por el que se estimaba el recurso de queja, con Voto Particular del Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

Cuarto: En tiempo y forma y por el Procurador Sr. Pradilla Carreras en nombres y representación de don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. T., se interpuso recurso extraordinario de casación por interés casacional en base al siguiente motivo; Por infracción del artículo 145 de la Compilación de Derecho civil de Aragón en relación al artículo 541 del Código civil. Recibidas las actuaciones en esta Sala y comparecida la parte recurrente, se dictó Auto en fecha 17 de noviembre de 2003 por el que se declara la competencia de esta Sala y se admite a trámite el recurso, dándose traslado a la parte contraria por 20 días para oponerse, quién lo hizo en tiempo y forma compareciendo y personándose en el presente recurso. En fecha 22 de diciembre pasado, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero a las 11 horas, fecha en que se llevó a efecto.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Don José A. T. formuló demanda de juicio de cognición ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Almunia de Doña Godina en ejercicio de la acción regulada en el artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón contra don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. T.

El actor ejercita una acción por la que solicita que los demandados provean de reja de hierro y red de alambre o protección semejante tres huecos abiertos que dan directamente a su finca sin la protección a que se refiere el párrafo segundo del artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Por su parte los demandados alegaban que la propiedad sobre la casa entre la parte actora y la parte demandada estaba estructurada como una propiedad horizontal y las ventanas de los demandados recaen sobre un patio de luces, por lo que no puede llevarse a cabo dicha obra, teniendo además los demandados un derecho de servidumbre de vistas anterior al tener unos voladizos sobre la finca del actor.

Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Zaragoza acogió el recurso de apelación interpuesto por el actor y dio lugar a la misma argumentando que «a pesar de que en la pared del piso de los demandados que da al patio de luces del actor existía un hueco —galería— carente de protecciones, existiendo ya el mismo cuando el edificio en su totalidad pertenecía al causahabiente de las partes, los demandados no adquirieron en el momento de la separación de las propiedades, *ipso iure*, ex artículo 541 del Código civil, una servidumbre de luces y vistas, pues en ese momento no concurría el requisito indispensable de la existencia de un signo aparente de servidumbre, no constituyéndola la falta de aquella protección según lo dispuesto por el artículo 145 de la Compilación. Por lo que, recayendo sobre fundo del actor las ventanas posteriormente abiertas en la galería cerrada, aquel puede exigir que dichos huecos se provean de las protecciones a que ese artículo se refiere, frente a lo que entendió la sentencia de instancia, que con estimación del recurso debe ser revocada», contra cuya sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación por los demandados don Francisco, doña

Ofelia y doña Pilar A. T. que fundamentan en un único motivo.

Segundo: El único motivo de recurso se interpone al amparo del artículo 477,2,3.º de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil que dice son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales cuando la resolución del recurso presente interés casacional en relación con el párrafo 2.º del apartado 3.º de dicho artículo que dice se entenderá existe interés casacional, cuando no exista doctrina del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Entienden los recurrentes que la sentencia de 31 de marzo de 2003 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ha infringido el artículo 145 de la Compilación del Derecho civil de Aragón en relación con el artículo 541 del Código civil.

Acompañan al recurso certificación de la sentencia impugnada y copia de aquellas sentencias de las Audiencias Provinciales de esta Comunidad Autónoma de Aragón, que a juicio de los recurrentes, ponen de manifiesto la discrepancia existente con el fallo que ahora se recurre y son las siguientes Audiencia Provincial de Zaragoza 5 de febrero de 1992, Audiencia Provincial de Teruel de 6 de septiembre de 2001 y Audiencia Provincial de Huesca de 4 de octubre de 2000, 5 de marzo y 30 de octubre de 2002.

En el desarrollo del motivo los recurrentes consideran que la cuestión que se plantea en el presente recurso de casación y que deba ser resuelta por la Sala, es si la existencia de una galería supone la existencia de signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, por destino del padre de familia, tal como se exponía en la contestación a la demanda y resultó en la sentencia de primera instancia.

Las pruebas practicadas en la instancia han acreditado que ambas viviendas integrantes de un edificio, provienen de la herencia paterna a quien pertenecía el

inmueble en su totalidad, asimismo ha quedado acreditada la existencia de una galería en la primera planta que, tras la división de la casa común, se realizaron obras con objeto de ampliar la superficie de la habitación desde la que se tenía acceso a la galería, abriéndose allí tres ventanas, por lo que el debate se centra en determinar si la citada galería debe ser considerada como un signo aparente de servidumbre de luces y vistas por constituir un voladizo.

En la Escritura de Aceptación de Herencia y División en propiedad horizontal del edificio, realizada por los litigantes, tras el fallecimiento de su padre, se expresa en los siguientes términos: «SEXTA.— Igualmente la casa en la carretera de Purroy número dieciséis; inventariada en la parte expositiva con el núm. 5, la constituyen en régimen de Propiedad Horizontal que regula dicha Ley de 21 de julio de 1960; dividiéndola en los siguientes departamentos: *Número Uno* (planta baja o firme).— Piso-Vivienda, que comprende además el patio de luces posterior, como parte integrante del mismo. Ocupa toda la planta baja, salvo la parte destinada al zaguán y arranque de la escalera. La superficie de la vivienda es de 73 metros cuadrados y el patio de luces mide 81 metros cuadrados...». «*Número Dos* (planta primera).— Piso Vivienda, que comprende además el granero situado encima de él y que constituye la planta superior del edificio, como parte integrante del mismo. Ocupa la vivienda toda la primera planta elevada, con 81 metros cuadrados, midiendo el granero otros 81 metros cuadrados. Son parte integrante también de dicho piso las escaleras de subida al mismo y el granero».

Tercero: El artículo primero de la Compilación de Derecho civil de Aragón indica que sólo se aplicará al Derecho civil general del Estado en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan integrados con la costumbre y los principios generales del derecho en los que tradicionalmente se

inspira su ordenamiento jurídico; y ya el derecho consuetudinario aragonés inspiró, acerca de las servidumbres el Título de la Observancia única *De aqua pluviali arcenda* (Del agua pluvial retenida) incluida en el Libro VII de la Compilación de las Observancias del Reino de Aragón, elaboradas por Martín Díez de Aux en 1437 donde se faculta, conforme al uso del Reino y a la buena voluntad, en su Observancia VI, reguladora de la materia relativa a las luces y vistas, la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se pueden abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común; Observancia que fue recogida en lo esencial en los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral de 1925 así como en los Anteproyectos aragoneses de 1961, 1962 y 1963 y Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1965 remitiendo todos ellos al Código civil y en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón en cuyo artículo 145 en relación con el 144 —no modificados por la Ley 3/85, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón— pasa a referirse con base en los Anteproyectos citados a la existencia de huecos en pared propia o medianera en los siguientes términos: «los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil».

El término voladizo según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua procede del verbo volar del latín «volare» con el significado de «sobresalir fuera del paramento de un edificio». El Tribunal «a quo» considera que ha de estarse al sentido gramatical del término voladizo y con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1985 entiende por tal «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» circunstancia que entiende que no se ha probado concurriese en la galería ni se da en las ventanas abiertas tras el cierre. Hay que entender en este caso, que la galería no es catalogable como voladizo, pues la prueba practicada no ha puesto de manifiesto que la galería volara.

El artículo 145 Compilación aragonesa establece que como se ha indicado, los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, no siéndolo la falta de protección señalada en el artículo 144 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio, añadiendo seguidamente que «queda a salvo» lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil.

Esta Sala acepta el criterio manifestado por la sentencia recurrida; hay que indicar que un sector doctrinal sostiene que, con esta salvedad, el precepto no se está refiriendo a la aplicabilidad del artículo 541 del Código civil en Aragón, pues ello es obvio ex art. 1.2 de la misma Compilación, por lo que se impone una interpretación coherente con el resto del artículo, en el sentido de que «el voladizo en suelo propio o la falta de defensas dentro de la distancia legal, no son signos aparentes sino en la medida en que como tales, los considere el Código para la adquisición en Aragón por disposición del padre de familia», como se decía en los Anteproyectos de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de Juriconsultos Aragoneses en julio de 1962 y 1963, en sus artículos 37.3 y 33.3 respectivamente donde se establecía que «No obstante, a los efectos

de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determine dicho Código», es decir, los artículos 532.4 y 580 a 585 del Código civil. Por tanto, conforme a tal tesis, que es la que sostienen los demandados y acaso tuvo en cuenta el Juez de Instancia si un propietario divide en dos su propiedad y entre las partes resultantes existen, en pared propia o medianera, huecos sin reja de hierro y red de alambre, o huecos con balcones no distanciados, la falta de esas protecciones o la existencia de voladizos, deberán considerarse como signos aparentes de servidumbre, salvo que el propietario enajenante haga desaparecer tales huecos o voladizos y la no protección de los huecos o la existencia de huecos no distanciados, cuando el propietario único que segrega o divide o transmite las fincas o una de ellas, determinan la adquisición ipso iure de la servidumbre en el instante de la enajenación, pues lo que el artículo 541 del Código civil prevé no es la creación de signos aparentes a los efectos de la posterior adquisición de la servidumbre por usucapión, sino su constitución automática en el momento de la enajenación o transmisión de la finca separada.

Sin embargo, como señalaba la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9-7-1994 y recogió la de 4-10-1999, la remisión que el artículo 145 de la Compilación hace al artículo 541 del Código civil en materia de servidumbre de luces y vistas no es tan obvia como dice aquel sector doctrinal, ya que, si bien por los referidos Anteproyectos de Compilación del año 1962 y 1963 se remitían a los preceptos del Código civil que regulaban los signos aparentes de la servidumbre en general y especialmente los de las de luces y vistas, el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación, del año 1965, hacía inaplicable en Aragón en su artículo 143 la adquisición de servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código Civil.

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 artículo 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del artículo 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 artículo 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9-7-1994, 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 artículo 3.1 del Código civil.

Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal *a quo* que la interpretación del artículo 145 de la Compilación, sostenida 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.

Cuarto: La desestimación del motivo de recurso determina la de éste, por lo que se confirma la sentencia recurrida de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Con expresa imposición a los recurrentes de las costas causadas en este recurso.

FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de

casación interpuesto por don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. T. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 31 de marzo de 2003 que confirmamos. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas.

Líbrese a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, la certificación correspondiente con remisión de los autos y rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. Presidente en funciones don Luis Fernández Álvarez, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el 4 de los corrientes en el rollo de recurso de casación núm. 5/2003, 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 mi voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la Sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Dos son las cuestiones a examinar en el presente recurso: a) Si se dan los requisitos necesarios para apreciar la existencia de una servidumbre de luces y vistas constituida por destino del padre de familia conforme al artículo 541 del Código civil; y b) Si el apartado segundo del artículo 145 de la Compilación arago-

nesa, según el cual no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas la falta de protección señalada en el artículo 144.2, deja a salvo lo dispuesto en el mentado artículo 541 del Código civil, o si por el contrario este precepto queda modificado por aquél, de forma que a efectos de la constitución de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia no son signos aparentes los que determina el Código civil, sino los que establece la Compilación en el expresado artículo 145.

Segundo: Según el artículo 541 del Código civil «la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

El transcrito precepto recoge un modo de constitución de las servidumbres prediales que ha suscitado polémica en cuanto a su naturaleza; partiendo de que se trata de un modo específico de adquisición, unos consideran que tiene como soporte la voluntad, tácita o presunta, de los particulares interesados, en tanto que para otros la constitución de la servidumbre se efectúa por la ley sobre la base de una situación de hecho entre los predios; en cuanto al Tribunal Supremo, no mantiene un criterio claro: unas veces habla de un «estado de hecho que ha dado lugar al nacimiento de la servidumbre... en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de hecho», otras afirma que «según el artículo 541 adquiere la consideración de título el propio signo aparente por ministerio de la ley», y otras que «la conservación del signo aparente del uso establecido revela la voluntad de los propietarios de mantenerla».

La jurisprudencia, en declaraciones reiteradas (sentencias de 30 de octubre

de 1959, 21 de junio de 1971, 30 de diciembre de 1975, 7 de julio de 1983, 13 de mayo de 1986, 7 de marzo de 1991, 24 de febrero de 1997, 18 de marzo de 1999, 29 de junio de 2000, etc.) ha establecido, como requisitos de aplicación del artículo 541 del Código civil, los siguientes:

a) La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario.

No obstante, tal exigencia se entiende con flexibilidad, pues puede ocurrir, y así se admite, que el signo de servidumbre se encuentre establecido dentro de una sola finca, entre las partes que, tras la división, pasan a constituir fincas distintas.

b) Un estado de hecho entre ambos predios del cual resulte por signos externos («signo aparente») que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de una servidumbre si cualquiera de ellos perteneciese a distinto dueño.

Se trata de que haya un estado de hecho que denuncie la apariencia de una servidumbre, no su existencia, que no cabría siendo los fondos de un mismo propietario; por supuesto el signo aparente —ventana carente de protecciones, puerta, etc.— ha de evidenciar *ad extra* el servicio que uno de los inmuebles presta al otro por destino del propietario de ambos, servicio que puede tener lugar entre dos fincas del mismo dueño, o bien de una misma —única— finca, que luego se convierte en dos por división, enajenación parcial o segregación; es de señalar, a la vista del supuesto de autos, que el Tribunal Supremo tiene declarado que la apertura en pared propia de huecos carentes de protección tiene la consideración de signo aparente de servidumbre de luces y vistas (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de enero de 1932, 6 de abril de 1963, 20 de diciembre de 1965, 31 de mayo de 1986, 6 de abril de 1987, 30 de abril de 1993, 10 de marzo de 1995, etc.).

c) Que esos signos externos se hayan establecido por el dueño común de ambos inmuebles («el padre de familia»).

El término establecer también se interpreta con flexibilidad, pues vale el signo puesto por otro y conservado por el propietario.

d) Que uno de los fundos sea enajenado estando subsistente el signo aparente de servidumbre.

La jurisprudencia da a la voz enajenar un sentido amplio, comprendiendo en ella tanto la enajenación a título oneroso, como la realizada a título lucrativo, la enajenación total como la parcial, así como la división material o partición de una sola finca perteneciente a varios dueños, pues la *ratio iuris* es la misma (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1904, 17 de noviembre de 1911, 10 de abril de 1929, 10 de octubre de 1957, 27 de octubre de 1974, 18 de noviembre de 1992, y 15 de marzo de 1993, entre otras).

e) Que al tiempo de la separación no se haga declaración contraria a la existencia de la servidumbre en el título de la enajenación, ni se haga desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura.

La referencia a la escritura contenida en el artículo 541 del Código civil hace pensar que la declaración contraria al efecto haya de formalizarse por escrito, aunque sea documento privado, pero cabe se efectúe mediante pacto verbal, si bien lo normal por razones de prueba es que se haga constar documentalmente; la manifestación contraria ha de ser clara, no siendo suficientes las declaraciones redactadas en términos generales, como las expresiones normales de estar la finca «libre de toda carga o gravamen» y otras semejantes, según reitera una abundante jurisprudencia (así por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1967, 2 de enero de 1972, 13 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1990 y 20 de diciembre de 1997, entre otras).

Por lo que se refiere al caso de autos, resulta que en la pared de los demandados que da al patio de luces del actor

había una galería con vistas directas y carente de protecciones, estado de hecho que existía cuando el inmueble en su totalidad pertenecía a los causahabientes de los aquí litigantes —sus padres—, y aunque era visible el mentado signo aparente de servidumbre, las partes ni lo hicieron desaparecer antes del otorgamiento de la escritura de 11 de septiembre de 1974, de aceptación de herencia, donación y división de bienes, ni efectuaron manifestación alguna contraria a la servidumbre en dicha escritura; consecuentemente, es llano que concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 541 del Código civil para la adquisición del gravamen discutido; a mayor abundamiento es de señalar que el patio de la casa, de 81 metros cuadrados de superficie, si bien se adjudica al titular de la planta baja, se denomina patio de luces.

Tercero: El artículo 145 de la Compilación aragonesa dice así: «Los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil».

El transcrito precepto, tras señalar en su apartado segundo que los huecos para luces y vistas carentes de protección no son signos aparente de servidumbre, establece que «queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil»; por lo tanto, para la adquisición de las servidumbres por destino del dueño común son signos aparentes los que determina el Código civil, y ello porque así lo ha querido el legislador; entender lo contrario supondría que la regulación del artículo 541 del Código civil quedase modificada por lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 145 de la Compilación, lo que vulneraría el claro mandato contenido en la frase «queda a salvo» del apartado tercero, quedando éste convertido en una norma ociosa; en suma,

una interpretación coherente del mentado artículo 145 conduce a entender, y así lo estima la doctrina aragonesa, que los huecos y ventanas carentes de protección no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a efectos de adquisición de dicho gravamen por usucapión —art. 145, apartados primero y segundo—, pero que sí lo son para su constitución por disposición del padre de familia —art. 145, apartado tercero, en relación con el art. 541 del Código civil— (véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 4 de octubre de 2000 y de 5 de marzo y 30 de octubre de 2002, así como la de la Audiencia Provincial de Teruel de 6 de septiembre de 2001 y la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de febrero de 1992 —Sección Segunda—, entre otras).

Aquí no nos hallamos ante una aplicación del artículo 541 del Código civil como derecho supletorio, sino por remisión que la Compilación hace a dicho precepto; ello supone la incorporación del mismo al ordenamiento aragonés, entrando en él no como fuente supletoria, sino como fuente primaria, de ahí que en la Disposición Final de la Compilación se establezca que la remisión se entenderá «siempre en su redacción actual», con lo que se evita que por la modificación del Código por el legislador estatal, se pueda modificar indirectamente el Derecho de Aragón; el legislador pudo regular la adquisición de las servidumbres por destino del padre de familia mediante normas redactadas por sí mismo, pero prefirió remitirse al régimen del artículo 541 del Código civil, y ante la diferente regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, aceptó para la adquisición por destino del padre de familia los que determinaba el Código, de ahí la salvedad contenida en el apartado tercero del artículo 145 de la Compilación, ubicado inmediatamente después de consignar que los huecos carentes de protección no son signos aparentes de servidumbre a

efectos de adquisición de dicho gravamen por usucapión.

La expresada salvedad no figuraba en el Anteproyecto de Compilación de 1961; la introdujo el Anteproyecto de la Comisión de juriconsultos aragoneses de 1962 en los siguientes términos: «No obstante, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determina dicho Código» (art. 37.3), figurando con la misma redacción en el Anteproyecto de 1963; el texto actual proviene del Proyecto elaborado en 1966 por la Comisión General de Codificación; ciertamente la redacción de los Anteproyectos de 1962 y 1963 era más afortunada, pero el sentido de la salvedad es el mismo; en todo caso, dichos Anteproyectos sirven de antecedente para interpretar el texto actual, toda vez que el pensamiento que de ellos se deriva se recoge en el apartado tercero del artículo 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

La constitución de las servidumbres prediales por destino del padre de familia es una figura que carece de antecedentes en el Derecho foral de Aragón; este modo de adquirir tiene su origen en la doctrina de los postglosadores y llega al Código civil por el doble conducto del Código de Napoleón y de la jurisprudencia; carente el Derecho aragonés de disposición alguna sobre dicha figura se aplicó el artículo 541 en Aragón por la jurisprudencia como derecho supletorio; al elaborar la Compilación, el legislador optó por asumir íntegramente el régimen del artículo 541, y para evitar toda duda procedió a incorporar dicho precepto al derecho aragonés mediante remisión al mismo, al tiempo que lo dejaba expresamente a salvo de lo previsto en el apartado segundo del artículo 145 de la Compilación («queda a salvo»), aceptando, por tanto, para la adquisición de las servidumbres por destino del padre de familia como signos aparentes los que determinaba el Código.

Cuarto: El que los huecos carentes de protección no sean signos aparentes de

servidumbre al objeto de poder adquirir por usucapión, y si lo sean para su constitución por destino del padre de familia, no supone un capricho arbitrario del legislador.

La falta de protección en los huecos supone una trasgresión del régimen de vecindad, y tal situación constituye de hecho un signo aparente de servidumbre; ahora bien, dicha apariencia no permite por sí misma el inicio de la usucapión, y ello por razones prácticas, para no enturbiar las relaciones entre vecinos, dado que entre ellos se practica multitud de tolerancias que no se realizarían si a la larga pudiera resultar un derecho propiamente dicho; en razón a ello, en el Derecho civil del Estado para el comienzo de la usucapión se exige junto al signo aparente otro hecho, un acto obstructivo, iniciándose el cómputo de la misma, tal como señala el artículo 538 del Código civil, «desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre».

Por su parte, la Compilación, en concordancia con la mayor permisividad del Derecho histórico aragonés en materia de luces y vistas, optó por declarar, a efectos de la llamada usucapión extraordinaria, que sólo «los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas» (art. 145, párrafo primero), lo que equivale decir que la ausencia de protección en los huecos, a pesar de apariencia que ello supone, no podrá ser alegado en ningún caso como causa de adquisición de una servidumbre de luces y vistas por usucapión extraordinaria.

Ahora bien, la adquisición por destino del padre de familia nos sitúa ante un supuesto de hecho distinto; en este modo de adquirir el signo aparente de servidumbre lo establece el propio titular común de los inmuebles —no el vecino— y la aparición creada se mantiene al tiempo de separarse la propiedad de las

dos fincas (o de dividirse la finca única), en cuyo momento ni se hace desaparecer el signo aparente ni se efectúa declaración contraria a la existencia de la servidumbre.

Nos hallamos pues, ante dos distintos modos de adquirir las servidumbres que han recibido del legislador un trato diferente a la hora de apreciar si la falta de protección en los huecos de luces y vistas constituye un signo aparente de servidumbre; en la adquisición por usucapión extraordinaria se estableció un régimen específico en concordancia con la mayor permisividad del Derecho histórico aragonés para abrir huecos de luces y vistas, mientras que para la adquisición por destino del padre de familia se optó, al carecer de antecedentes en el Derecho foral aragonés, por asumir íntegramente el régimen del artículo 541, aceptando como signos aparentes los que determinaba el Código civil.

Consecuentemente, como concurren, según vimos, todos los requisitos exigidos por el mentado artículo 541 para la adquisición del gravamen discutido, es llano que procede acoger el recurso de casación interpuesto.

Quinto: Las costas de la primera y segunda instancia serán abonadas por el actor, sin que se haga especial pronunciamiento respecto de los gastos procesales derivados de este recurso.

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de casación núm. 5/2003, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras, en nombre y representación de don Francisco, doña Ofelia y doña Pilar A. T., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 31 de marzo de 2003, y en su consecuencia casamos la resolución impugnada.

nada, debiendo estarse a los pronunciamientos recaídos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de D.^a Godina; las costas de la segunda instancia se imponen a la parte actora, sin que se haga especial pronunciamiento respecto de las de este recurso.

Librese a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, la certificación correspondiente, con remisión de los autos y del rollo de apelación.

Voto particular que firmo en Zaragoza a once de febrero de dos mil cuatro.

NÚM. 4

S. TSJA de 31 de marzo de 2004

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Interés casacional: *Dentro del ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia el concepto de interés casacional es ampliado por la ley procesal y a la parte que interese el recurso, le basta con invocar la inexistencia, en su caso, de doctrina jurisprudencial sobre la materia.* **0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional:** *En el caso del recurso por interés casacional al recurrente no le basta con afirmar que la sentencia impugnada se opone a la jurisprudencia sentada en otras resoluciones, mencionando éstas o recogiendo parte de su contenido, sino que es necesario expresar su ratio decidendi, pues lo que constituye la base de este recurso no es la diferencia entre sentencias sino la existencia de una jurisprudencia contradictoria, quedando circunscrito el recurso por interés casacional a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar o sustituir la apreciación de los hechos que haya hecho el Tribunal de Instancia.* **83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del**

vecino a edificar o construir: *La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el artículo 144 de la Compilación, en cuanto permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.*

En el caso de autos el cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos. Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. 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. **83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTÓRICO:** *El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por si misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 144 Comp.; art. 7 Cc. art. 477.2.3^a LEC/2000.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas

VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 6/2003, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 18 de octubre de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 163/2003, dimanante de autos de Juicio Ordinario núm. 240/2002, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Uno de Teruel, en el que son partes, de la una, como recurrentes, don Francisco B. B. y doña M.ª Ángeles G. G. representados por la Procuradora doña Pilar Balduque Martín y dirigidos por el Letrado don José Luis Fortea Gorbe, y de la otra, como recurrido, don Miguel M. M., representado por el Procurador don Luis Javier Celma Benajes y dirigido por el Letrado don José Paulino Esteban Pérez, versando el juicio sobre servidumbre de luces y vistas, estableciéndose la cuantía del procedimiento en 52.070 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Fortea, en nombre y representación de don Miguel M. M., formuló en fecha 4 de septiembre de 2002 demanda de juicio verbal civil frente a don Francisco B. B. y doña María Ángeles G. G., en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se condene a los demandados a la retirada de los tabiques levantados en su propiedad que impiden las luces y vistas a las tres ventanas pertenecientes a la vivienda de su representado, obligándoles por tanto a su demolición de forma que no se produzca menoscabo alguno de los derechos inherentes a la finca urbana propiedad de mi principal, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.

Segundo: Por auto de fecha 6 de septiembre de 2002 se acordó el traslado de la demanda a los demandados, citándose a las partes para la celebración de la vista, en el transcurso de la misma y por la parte demandada se impugnó la cuantía de la demanda, solicitando se dictara

resolución por inadecuación de procedimiento. Por auto de 6 de noviembre de 2002 se acordó seguir el procedimiento por los cauces del juicio ordinario reponiéndose las actuaciones a fecha de seis de marzo, dando traslado a la demandada y emplazándola por término de veinte días. Compareciendo en tiempo y forma el Procurador don Carlos García Dobón, en nombre y representación de don Francisco B. B. y doña M.ª Ángeles G. G., quien se opuso a la demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con condena en costas.

Tercero: Una vez celebrada la comparecencia prevista en la Ley, se recibió el pleito a prueba, admitiéndose la propuesta por las partes, que se practicó con el resultado que obra en las actuaciones, ratificándose las partes en sus respectivos pedimentos y quedando el procedimiento visto para sentencia. En fecha 23 de mayo de 2003 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO.— Que procede la desestimación íntegra de la demanda formulada por la representación procesal de Miguel M. M. contra Francisca B. B. y María Ángeles G. G., no habiendo lugar a lo solicitado. Asimismo se imponen las costas causadas en la instancia al demandante.»

Cuarto: Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra Pérez Fortea, en nombre y representación de la parte actora, y presentado por la demandada escrito de oposición al recurso se tuvo por formalizado el trámite de oposición al mismo, se elevaron los autos a la Audiencia Provincial de Teruel, con emplazamiento de las partes, donde se tramitó el recurso por el procedimiento de los de su clase, dictándose sentencia en fecha 18 de octubre de 2003, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por

don Miguel M. M., contra la Sentencia de fecha veintitrés de mayo del año en curso, dictada en los autos civiles n.º 240 del año 2002, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Teruel, de los que este rollo dimana y, en consecuencia, se revoca dicha resolución. Se estima parcialmente la demanda que formaliza don Miguel M. M. contra doña M.^a Ángeles G. G. y don Francisco B. B., condenándose a éstos a que realicen la obra que se recoge en los fundamentos quinto a séptimo —en éste en particular— de esta resolución, sin hacer expresa condena en costas respecto de ninguna de las instancias, las que deberán satisfacerse por ambas partes, las comunes por mitad y cada una las causadas de su orden. Notifíquese esta resolución en la forma que determina el artículo 248.4 de la LOPJ en relación con los 149 y siguientes de la LEC y, con testimonio de la misma, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia para su cumplimiento».

Quinto: Por el Procurador Sr. García Dobón, en nombre y representación de don Francisco B. B. y doña M.^a Ángeles G. G., se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, y posteriormente formuló el oportuno escrito de interposición del expresado recurso, en el que articuló los siguientes motivos: «Primero.— El recurso presenta interés casacional, al vulnerarse por la Sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial consolidada de las Audiencias Provinciales de Aragón, y la de la extinta Audiencia Territorial de Zaragoza, en cuanto que propugna la primera una interpretación distinta del derecho del vecino a edificar o construir, contenida en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Segundo.— El recurso presenta igualmente interés casacional, al vulnerarse por la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo referente a la

interpretación del artículo 144 de la Compilación, en cuanto al derecho del vecino a edificar o construir. Tercero.— El recurso presenta igualmente interés casacional, al vulnerarse la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo, Audiencia Territorial de Zaragoza y Audiencias Provinciales de Aragón, en cuanto que la Audiencia Provincial de Teruel realiza una interpretación contraria a la propugnada por el Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales y extinta Audiencia Territorial de Zaragoza, sobre el artículo 7 del Código civil, en su relación con el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, referente al ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir. Cuarto.— El recurso presenta igualmente interés casacional, al vulnerarse la doctrina jurisprudencial consolidada de nuestro Tribunal Supremo en relación con la doctrina jurisprudencial del abuso de derecho y su ejercicio antisocial, en interpretación del artículo 7 del Código civil, la Sentencia recurrida contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Y terminó suplicando, «se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y dictando otra de conformidad con la dictada en Primera Instancia por el Juzgado de Teruel, de acuerdo con los fundamentos de este recurso, entendiendo procedente el denunciado interés casacional y sentando claramente y declarando de forma expresa, por su interés casacional, la doctrina contrariada por la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Teruel, haciendo expresa condena en costas de ambas instancias y del presente recurso a los actores».

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 7 de enero del presente año auto admitiendo el recurso a trámite, confiéndose traslado del escrito de interposición por plazo de 20 días a la parte recurrida, quien formalizó en tiempo y forma escrito de oposición, en el que, tras rebatir los motivos articulados de contrario,

terminó solicitando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso de casación interpuesto, con imposición de costas a la parte recurrente, y por providencia de fecha 4 de febrero se señaló el día 3 del corriente mes para votación y fallo, al no considerarse necesaria la celebración de vista. Al no haberse recibido el vídeo en el que se contiene la grabación de la prueba practicada, la Sala acordó su reclamación, dejando sin efecto el señalamiento anterior; y, una vez recibido, señaló para votación y fallo del recurso el día 17 de marzo de 2004, en que tuvo lugar.

Es Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La representación procesal de don Miguel M. M. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel demanda de juicio verbal civil, en reclamación de derechos, frente a don Francisco B. B. y doña María Ángeles G. G., solicitando la retirada de los tabiques levantados en la propiedad de los demandados que impiden las luces y vistas a las tres ventanas de la vivienda del demandante.

En el trámite procesal pertinente el juzgado acordó, por Auto de 6 de noviembre de 2002, la adecuación del procedimiento al correspondiente a juicio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que los demandados se opusieron a la demanda e instaron su desestimación.

El juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 23 de mayo de 2003, desestimatoria de la pretensión ejercitada por el demandante; sustancialmente, el juez entendió que no existía a favor del actor un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el predio de los demandados, sino que se trataba de ventanas abiertas con arreglo a las relaciones de vecindad, reguladas en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de

Aragón, por lo que el dueño de la finca contigua tenía el derecho a edificar en ella, y al obrar así su actuación estaba amparada por el ordenamiento jurídico.

Apelada la sentencia, el recurso fue resuelto por sentencia de la Audiencia Provincial fecha 18 de octubre de 2003, que estimó en parte el recurso interpuesto por la demandante, al apreciar —sustancialmente en sus fundamentos de derecho cuarto, quinto, sexto y séptimo— que la parte demandada obró con abuso de derecho, por lo que su actuación no podía contar con el amparo de la ley, a tenor de lo establecido en el artículo 7 del Código civil, y por ello estimó parcialmente la demanda y ordenó abrir, en los muros o paredes del patio de luces de los demandados, huecos suficientes y bastantes para permitir la entrada de luz y ventilación por las tres ventanas tapiadas y coincidentes con la mitad superior de las dimensiones de éstas, mitad de la altura de la ventana tapiada y de anchura igual a la que tenían, conciliando así, según se afirma en la fundamentación jurídica, el interés del actor con el derecho de los demandados de evitar inmisión no deseadas, y ello previa reposición o reparación por el actor de los elementos de protección a los que hace referencia el artículo 144 de la Compilación aragonesa.

Segundo: El recurso de casación se ha anunciado e interpuesto por la vía prevista en el artículo 477, núm. 2, apartado 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender el recurrente que la resolución del recurso presenta interés casacional. Tras el trámite legalmente establecido, que se llevó a efecto ante el Tribunal provincial, esta Sala por Auto de 7 de enero de 2004 acordó la admisión del recurso de casación, por entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, toda vez que no existe doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre alguna de las cuestiones de derecho propio de esta Comunidad discutidas en el litigio.

Dado que el citado Auto se dictó con el voto particular discrepante de uno de los Magistrados que integran la Sala, y a fin de esclarecer los términos de la admisibilidad de los recursos de casación en supuestos como el presente, parece necesario incidir en la procedencia del recurso de casación por interés casacional y en las cargas procesales que la parte recurrente ha de cumplimentar.

Tercero: Conforme al artículo 477.2.3º, de la Ley procesal, procede el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, aparte otros supuestos, cuando el recurso presente interés casacional. Y, a tenor de lo establecido en el apartado siguiente del precepto, se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. La parte que pretende servirse de esta vía de acceso a la casación ha de invocar el interés casacional y acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos para que el Tribunal pueda constatar la presencia de ese invocado interés. Para ello ha de citar o aportar las sentencias que han sentado jurisprudencia contradictoria con el criterio recogido en aquella de la que se discrepa, exponer la diferencia en la razón de la decisión y razonar en qué punto se pro-

duce la discrepancia o contradicción jurisprudencial.

Así, el interés casacional ha de fundarse y razonarse sobre la existencia de un núcleo básico de la contradicción, respecto al caso sometido al debate procesal, cuando se alegue y acredite que entre los hechos comprobados en los procesos resueltos en las sentencias de contraste y el decidido en la sentencia que se pretende recurrir por esta vía existe la suficiente homogeneidad, para que sea relevante la invocación de esa jurisprudencia que sea, efectivamente, contradictoria con la doctrina sentada en la sentencia que se recurre. El recurso queda circunscrito a la estricta función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, sobre la subsunción y la consiguiente aplicación al caso de la norma jurídica sustantiva.

Ahora bien, en el ámbito de los recursos de casación de los que ha de conocer un Tribunal Superior de Justicia, el concepto de interés casacional es ampliado por la ley procesal, pues se entenderá —según se ha expuesto— que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. En este caso, basta que se invoque la inexistencia de tal doctrina jurisprudencial del Tribunal competente, si bien éste, en trámite de admisión, puede acordar la inadmisión del recurso intentado por esta vía, en los términos establecidos en el artículo 483.2.3º de la Ley.

Cuarto: En el caso de autos son hechos relevantes para la decisión del recurso, y vienen acreditados en las instancias y recogidos como tales en las sentencias dictadas en ellas, los siguientes:

1. El demandante, propietario de la casa situada en el número (Teruel), tenía abiertas cuatro ventanas que daban sobre la propiedad de los demandados,

sita en el número 31 de la misma calle, si bien dichas ventanas estaban dotadas de reja remetida en la pared y cristal traslúcido, de modo que recibían luz desde la propiedad de los demandados, pero no eran practicables ni los poseedores del inmueble podían tener vistas sobre el predio contiguo.

2. Los demandados edificaron en su propiedad una casa, conforme a proyecto realizado por arquitecto, y en la nueva edificación se incluyó una habitación dormitorio, cuya pared colindaba con una de las ventanas de la casa del actor. De esta forma, dicha ventana quedó cegada.

3. Además, los demandados construyeron un patio de luces en el solar de su propiedad, en que se situó un tendedero, una chimenea de salida de gases y humos desde la caldera de calefacción, situada en la planta baja, y dicho patio quedó cerrado por dos paredes, perpendiculares entre sí, de la misma altura que el edificio. De esta forma, las paredes de cierre del patio de luces taparon las otras tres ventanas sitas en la casa del demandante, antes mencionadas.

4. El citado patio dotaba de luz a la vivienda de los demandados, y cercaba la propiedad de éstos.

Quinto: Los cuatro motivos de recurso invocan la infracción de lo establecido en el artículo 144 de la Compilación de Aragón, del artículo 7 del Código civil, y de la jurisprudencia recaída en aplicación de éste. Sustancialmente, la parte recurrente sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial ha inaplicado el último párrafo del precepto foral, al hacer aplicación indebida al caso de lo dispuesto en el artículo antes enunciado del Código civil, y ello por entender, contrariamente al criterio sustentado por la sentencia que se recurre, que en el actuar de los demandados no ha existido abuso de derecho.

Según el artículo 144 citado, que lleva por rúbrica «Régimen normal de luces y

vistas», «1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna».

El artículo 7 del Código civil afirma: «1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La proximidad de la argumentación que se realiza en el desarrollo de los motivos hace que deban ser objeto de examen conjunto; ahora bien, dado que la parte recurrente incide fundamentalmente en la inexistencia de abuso de derecho en su actividad constructiva, es necesario con carácter previo determinar la viabilidad de este recurso para cuestionar la citada apreciación de la Audiencia Provincial.

Sexto: La Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto la existencia de una doble instancia para los procesos ordinarios, y de dos recursos extraordinarios frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales: el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación.

Ambos recursos existen en la legislación procesal vigente, si bien el primero

de ellos no ha adquirido la plenitud de eficacia, en los términos previstos en los artículos 468 y siguientes de la Ley procesal, al no haberse abordado la reforma competencial en la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitadora y necesaria para que los Tribunales Superiores de Justicia pudiesen conocer del citado recurso extraordinario, y ello a pesar de que recientemente ha sido reformada dicha Ley, por Ley Orgánica 19/2003. Ante ello, la disposición final 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció un régimen transitorio de viabilidad del recurso extraordinario de infracción procesal, que restringe su ejercicio a supuestos en que la sentencia de que se disiente sea susceptible de recurso de casación, y que ordena que, en los casos en que la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia, deban interponerse conjuntamente ambos recursos, pero con la debida separación de motivos, ya que uno y otro de los recursos juegan papeles diferentes en el proceso y están diseñados para fines diferentes.

El recurso extraordinario de infracción procesal es la vía para denunciar la existencia de infracciones de naturaleza adjetiva, como la vulneración de las reglas legales sobre valoración, apreciación o distribución de la carga de la prueba —vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de marzo de 2003—. Conforme al Auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2003, y los que en él se citan, dicho recurso es el instrumento procesal apto para denunciar las infracciones de naturaleza adjetiva, entendidas en sentido amplio, por lo que se incluyen en su ámbito no sólo las comprendidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la legitimación, así como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, por lo que el juicio sobre los hechos se encuadra dentro de la actividad procesal.

De este modo la casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación: así lo ha mantenido la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materias relativas al ánimo o la voluntad de realizar un acto típico —Sentencia de 22 de octubre de 2001, entre muchas otras—; y lo ha realizado la jurisprudencia de la Sala Primera, al revisar la existencia de buena o mala fe, o de abuso de derecho, en la actuación de una de las partes: Sentencias de 1 de febrero de 1990, 31 de mayo de 1993 y 26 de febrero de 2000.

Por ello en este recurso la Sala de casación puede y debe reexaminar el criterio sostenido en la sentencia impugnada sobre si la actuación de la parte demandada debe ser valorada como un abuso de derecho, pero partiendo de los hechos comprobados y recogidos como tales en la sentencia que se recurre.

Séptimo: Es principio general del derecho el que afirma *qui iure suo utitur, neminem laedit*: quien usa de su derecho no daña a nadie, en el sentido de que con el uso del derecho propio no se causa a un tercero un daño o perjuicio anti-jurídico, que no esté obligado a soportar. Por tanto, no se tiene acción, en sentido jurídico civil, frente al ejercicio legítimo de un derecho.

A la vez, nadie puede legítimamente abusar del derecho propio, habiendo perfilado la jurisprudencia los contornos

del abuso de derecho. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998 se establecen los requisitos de este concepto: uso de un derecho, de forma externamente y en principio legal; el daño a un interés de tercero, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y la inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestado en forma subjetiva, como deseo de producir un perjuicio, *animus nocendi* o intención dañosa. Se recoge en dicha sentencia doctrina jurisprudencial anterior, sentada en Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963, 12 de febrero de 1964, de 5 de junio de 1972 y de 10 de febrero de 1998.

Conforme a la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de julio de 2001, viene constituido por el ejercicio anormal del derecho, contrario a los fines económico-sociales reconocidos al mismo, en sentido objetivo, lo que desde un punto de vista subjetivo muestra que se ejercita el derecho con intención de dañar o perjudicar, sin auténtico interés en ejercitarlo.

También se ha mantenido que la doctrina del abuso de derecho es excepcional, de alcance singularmente restrictivo: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000.

Octavo: El derecho aragonés ha establecido históricamente, y mantiene en su regulación vigente, un régimen normal en las relaciones de vecindad, que establece un sistema de tolerancia a los huecos abiertos, pero debidamente protegidos, aunque advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad, a cualquier distancia del contiguo o colindante. Como se ha expuesto en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2004, ya el derecho consuetudinario aragonés inspiró el Título de la Observancia única *De aqua pluviali arcenda* incluida en el Libro VII de la Compila-

ción de las Observancias del Reino de Aragón, elaboradas por Martín Díez de Aux en 1437, donde se permite, conforme al uso del Reino y a la buena voluntad, en su Observancia VI, reguladora de la materia relativa a las luces y vistas, la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquel de quien es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común; Observancia que fue recogida en lo esencial en los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral de 1925 así como en los Anteproyectos aragoneses de 1961, 1962 y 1963 y Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1965, y en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón.

La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el artículo 144 de la Compilación, en cuanto permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, ha sido objeto de decisiones jurisprudenciales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 afirma: «sin dejar de reconocer el incuestionable derecho que el propietario del fundo sobre el que aparecen abiertas las ventanas tiene a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna respecto de dichos huecos, conforme establece el párrafo 3.º del citado artículo de la Compilación aragonesa, de cuyo derecho podrá usar en cualquier momento en la forma indicada, o sea, mediante una construcción o edificación,

pues la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta (Sentencias de esta Sala de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983; 12 de diciembre de 1986), sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos, tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación, que, en el caso que nos ocupa, le viene prohibida hasta ahora por la autoridad municipal, sino estrictamente mediante un simple tabicón levantado con esa única y exclusiva finalidad, pues la expresada conducta, como la entidad actora, aquí recurrida, adujo en su demanda como uno de los fundamentos jurídicos de su pretensión, configura una clara y típica situación de abuso de derecho, proscrita por el artículo 7.º del Código civil de indudable aplicación a este supuesto (art. 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983; 23 de mayo de 1984; 14 de febrero de 1986, entre otras).»

Noveno: En el caso de autos los demandados han realizado, en predio propio, una edificación de nueva planta, y en ella se incluye un patio de luces, a fin de dotar de luz a los huecos de la casa propia, de mantener en él un tendedero

de ropa y de sujetar a una de las paredes de cierre de dicho patio una chimenea de salida de humos. El cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos.

La obra de cierre del patio, que necesariamente causaba el cegamiento de los huecos abiertos en la casa del actor, se realizó para lograr fines objetivamente permitidos, como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria. Se afirma en la sentencia de primera instancia que el patio de luces «no es sino una parte más de toda la unidad constructiva derivada del proyecto de edificación», y en la dictada por la Audiencia que «la construcción de un patio de luces es necesaria para dotar a la vivienda de los demandados de ventilación vertical adecuada, luz y para sustentar dichos elementos accesorios: chimenea de calefacción y tendedero interior».

Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. 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: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de marzo de 1999 recogía como abuso de derecho un caso en que «la construcción llevada a cabo por D. B. en el patio o corral de su propiedad y en la colindancia del mismo con la pared de la casa de la actora, que da al citado patio, consistente en una pared o tabique de ladrillos, de la misma anchura y altura que la aludida pared, de manera tal que la oculta en su totalidad, cerrando los tres huecos de ventanas existentes en la misma, con reja remetida, para tomar luces desde el aludido patio, pared a la que se adosa en una parte sólo de la misma un cobertizo de igual mate-

rial, destinado a leñera, no tiene otra finalidad, en lo que excede de dicha leñera, de cegar los citados humos de ventana de la casa de la actora, lo que configura una clara y típica situación de abuso de derecho, que proscribe el artículo 7.2 del Código civil»; y la sentencia de la misma Audiencia de 23 de diciembre de 2000 expresa —sentenciando en un proceso posesorio— que constituye perturbación posesoria la consistente en la construcción de un muro adosado a la fachada, pues es clara la posesión de la misma por la demandante y su derecho a no ser perturbada en ella, sin que tal actuación pueda verse amparada por el precitado artículo de la Compilación, que no autoriza actos como el descrito.

Por consiguiente, no se puede exigir a los demandados la realización de correcciones constructivas en la forma establecida en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia recurrida. La sentencia de la Audiencia Provincial trata de llevar a cabo una bienintencionada conciliación de los intereses en conflicto, pero lo hace sin tener presente que no puede reconocerse un interés —que no derecho, como dice expresamente la sentencia— a costa de vulnerar la plenitud de ejercicio legítimo del derecho del titular del predio vecino. Es de tener en cuenta, por lo demás, que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.2 del Código civil la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita, lo que no sucede en el caso de autos.

Décimo: Por todo ello procede la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra confirmación del fallo dictado en primera instancia.

Con las consecuencias prevenidas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, respecto de las costas de primera instancia; y sin que proceda hacer especial declaración sobre las costas de este recurso y de la apelación.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso de casación núm. 6/2003, interpuesto por la representación procesal de don Francisco B. B. y doña María Ángeles G. G., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha 18 de octubre de 2003, y en su consecuencia casamos la resolución impugnada, debiendo estarse a los pronunciamientos recaídos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Teruel; sin que se haga especial pronunciamiento respecto de las de este recurso y del recurso de apelación.

Líbrese a la Audiencia Provincial de Teruel la certificación correspondiente, con remisión de los autos y del rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el 31 de marzo del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 6/2003, procedente de la Audiencia Provincial de Teruel.

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 ser la siguiente:

SENTENCIA

En Zaragoza a treinta y uno de marzo de dos mil cuatro.

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las últimas reformas del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, movidas por la necesidad de aliviar la carga competencial desmesurada del Tribunal Supremo, imposible de afrontar con la deseable prontitud, estuvieron presididas por el propósito de limitar el elenco de supuestos en que aquél procedía; dichas reformas operaron, principalmente, sobre el elemento de la cuantía litigiosa, elevando su tope mínimo, lo que dio lugar a que, mientras ciertos temas se repetían sin fruto alguno para el enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial, había numerosas cuestiones jurídicas, algunas de relevancia, que permanecían excluidas del ámbito de la casación; con lo que se privaba al recurso de cumplir de manera adecuada su primordial función de *unificar* la aplicación de las normas, cometido que en los últimos años resulta más necesario toda vez que el derecho privado ha experimentado cambios importantes merced a la publicación de nuevas leyes en parcelas de gran repercusión social.

Consciente de este panorama, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ensaya una nueva fórmula de acceso a la casación que sin entrañar una apertura exagerada del recurso, permite que lleguen al mismo aquellos asuntos que, si bien no rebasan el tope cuantitativo fijado —veinticinco millones de pesetas—, merecen recibir un pronunciamiento en este grado jurisdiccional máximo.

Dicha fórmula significa la innovación más saliente en la nueva regulación del recurso de casación, y consiste, según señala el artículo 477.2, apartado 3.º, en admitir también dicho recurso cuando la resolución del mismo presente «interés casacional», cuya apreciación no queda confiada a la discrecionalidad del tribunal, sino que se objetiva, concretándose en el núm. 3 de dicho artículo sus dos hipótesis.

Segundo: Según tiene declarado el Tribunal Supremo, en caso de recurso

por interés casacional basado en la existencia de divergencias judiciales en la interpretación de una norma, al recurrente no le basta con afirmar que la sentencia impugnada se opone a la jurisprudencia sentada en otras resoluciones, mencionando éstas y recogiendo parte de su contenido o aportándolas, sino que es necesario expresar su «*ratio decidendi*» y razonar de qué modo se produce la contradicción jurisprudencial, pues lo que constituye interés casacional no es la mera diferencia entre sentencias, sino la existencia de jurisprudencia contradictoria, la cual se da cuando una misma cuestión jurídica es resuelta con disparidad de criterios, quedando circunscrito el recurso de casación por interés casacional a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos haya realizado el Tribunal de instancia.

Sólo si se da interés casacional, que queda referido exclusivamente a las normas sustantivas, es posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal del párrafo 2º de la regla 5.ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien autoriza a incluir en el recurso por interés casacional motivos del artículo 469, supedita el eventual examen de estos motivos a la admisibilidad de la casación en que se insertan, casación que se admitirá atendiendo únicamente a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que quepa atacar la valoración de la prueba por la vía del artículo 469.1.2º de la mentada Ley Procesal Civil para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial (véanse los autos del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre y de 27 de noviembre del 2001, entre otros).

Tercero: La mayoría de esta Sala ha acogido en materia de admisibilidad del recurso de casación por interés casacio-

nal una postura que se halla en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo; en un primer momento la sentencia de la que discrepo expresa que dicho recurso «queda circunscrito a la estricta función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, sobre la subsunción y la consiguiente aplicación al caso de la norma jurídica sustantiva», pero luego asevera que cabe alterar la apreciación de los hechos probados realizada por el tribunal de instancia si se trata de «hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia», citando a favor de su postura jurisprudencia de las Salas Segunda y Primera del Tribunal Supremo (véase el fundamento jurídico sexto).

Obviamente, ningún valor tiene la referencia que se hace a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, toda vez que aquí nos hallamos ante una casación civil, y en cuanto a la jurisprudencia de la Sala Primera que se cita, debe tenerse en cuenta que la misma se refiere al recurso de casación ordinario, en el que sí cabe, dentro de estrictos límites, la revisión de los hechos probados, actualmente por la vía del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (véanse los autos del Tribunal Supremo de 22 de enero y 3 de diciembre de 2002 y el de 8 de julio de 2003, entre otros); por el contrario, en el recurso por interés casacional no cabe, como ya dijimos, atacar la valoración de la prueba por la vía del artículo 469.1.2º para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial.

A este respecto el auto del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2003, relativo a un supuesto en que también se discutía la existencia o no de abuso de derecho, dice lo siguiente:

«No nos encontramos ante un supuesto en que, sentado el carácter abusivo del acuerdo, no se halla declarado su nulidad, ..., sino que en este caso fue rechazada la declaración de nulidad de

los acuerdos, por entender la Audiencia Provincial que resulta clara ausencia de abuso de derecho o fraude de ley en la adopción de los acuerdos impugnados.

En conclusión, no se puede estimar un efectivo interés casacional, porque se alegue oposición a una doctrina jurisprudencial genérica, cuya vulneración por la Audiencia Provincial hubiera exigido la previa apreciación de la existencia de fraude de ley o abuso del derecho; por el contrario lo que concurre en el presente caso es la falta de acreditación por los demandantes del presupuesto de tal nulidad, esto es, la conducta abusiva del órgano social, lo que ha entendido la Audiencia Provincial que no acontece.»

Ciertamente, dicha resolución se refiere a un supuesto distinto, pero la doctrina que sienta es plenamente aplicable, «mutatis mutandis», al caso de autos.

El criterio adoptado por la mayoría de la Sala va en contra de la propia naturaleza y ámbito del recurso por interés casacional, que se circunscribe a la estricta función revisora del juicio jurídico, o sea, al juicio sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en esta modalidad de casación alterar o sustituir la apreciación que de los hechos probados realizó la sala de instancia, y conduce a resultados inaceptables, pues confiere a este cauce de impugnación una extensión desmesurada, aproximándolo a la casación ordinaria, ya que basta con atacar la valoración de los hechos para generar la admisibilidad del recuso por interés casacional, toda vez que la revisión del juicio fáctico permite defender la infracción de doctrina jurisprudencial, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, pues el recurrente fundamenta su tesis sustantiva sobre la base de cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada: la resolución de instancia carece de interés casacional, pero se le dota del mismo sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba de la sentencia recurrida.

La consecuencia sería una equiparación casi total a la casación ordinaria, con el consiguiente incremento de la litigiosidad y de los gastos a soportar por las partes, al tiempo que se generaría una carga competencial imposible de afrontar por el Tribunal Supremo.

Por último, es de señalar que la sentencia de la que disiento ni crea jurisprudencia ni la unifica; tanto la resolución de esta Sala como la de la Audiencia Provincial parten de la noción de abuso del derecho contenida en el artículo 7.2 del Código civil, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, divergiendo únicamente en la valoración de la prueba, por lo que aquélla carece de interés casacional.

Cuarto: Lo anteriormente razonado conduce a la inadmisión del presente recurso, lo que exonera de entrar a examinar el fondo del asunto, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del presente recurso núm. 6/2003 por carecer de interés casacional, interpuesto por la Procuradora doña Pilar Balduque Martín, en nombre y representación de don Francisco B. B. y doña M.^a Ángeles G. G., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en fecha 18 de octubre de 2003, recaída en autos de juicio ordinario sobre servidumbre núm. 240/2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Teruel, y en su consecuencia se declara la firmeza de dicha resolución, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse los autos a la Audiencia Provincial de Teruel, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

NÚM. 5

S. TSJA de 23 de junio de 2004.

51: FUENTES: CODIGO CIVIL: Derecho supletorio: *No es correcto mezclar normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código civil, que únicamente serían de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa.*
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PAC-CIONADO: CAPITULACIONES: Efectos retroactivos: *Los cónyuges decidieron dejar sin efecto su régimen económico de separación de bienes; pactar a partir de entonces régimen económico consorcial aragonés y otorgar a dicho pacto efectos retroactivos (conforme posibilita la Compilación aragonesa del Derecho Civil) y «para mayor claridad» concretan que son consorciales todos los bienes por ellos adquiridos a título oneroso tras la celebración del matrimonio: todo ello es válido en Aragón.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 1.2, 37 Comp.; arts. 1.346 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 3/2004, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 31 de octubre de 2000, recaída en el rollo de apelación núm. 198/2000, dimanante de autos de juicio ordinario de menor cuantía núm. 389/1999, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Doce de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, A. F. D., representada por el Procurador don José Manuel Pastor Eixarch y dirigida por la Letrado doña Altamira Gonzalo Valgañón, y como recurrido, M. M. M. E. M., representado por la Procuradora doña María Pilar Serrano Méndez y dirigido por la Letrado doña Gloria Labarta Bertol, y de cuantía suficiente para el conocimiento de este recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por el Procurador de los Tribunales Sr. Pastor Eixarch se presentó

ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, demanda de juicio de menor cuantía en nombre y representación de A. F. D. sobre nulidad de capitulaciones matrimoniales y subsidiariamente sobre reconocimiento y extinción de derechos sobre el piso de la de esta ciudad, en base a los hechos y fundamentos que en la misma expresa, suplicando al Juzgado dicte sentencia declarando la nulidad de la escritura de rescisión de capítulos matrimoniales otorgada en fecha 7 de agosto de 1996 y para el supuesto de su desestimación, declare que el piso en cuestión corresponder pro indiviso a la sociedad consorcial y a la demandante con carácter privativo, en una proporción del 44,3 y 55,7% respectivamente. Emplazado el demandado compareció en las actuaciones contestando a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando reconvencción, en base a los hechos y fundamentos que expresa, suplicando que teniendo por contestada la demanda, se desestime la misma, se tenga por formulada demanda reconvenccional en solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales y se declare que el inventario de bienes de dicha sociedad disuelta por sentencia de separación se compone de todos y cada uno de los enumerados en la demanda reconvenccional a los que habrá que sumar, si los hubiere, los que pudieran existir sin conocimiento del demandado y se proceda al reparto de los mismos al 50% entre ambos cónyuges.

Dado traslado de la reconvencción a la parte demandante, ésta interpuso recurso de reposición contra la resolución por la que se tenía por formulada reconvencción, por falta de competencia del Juzgado para conocer de tal demanda reconvenccional, acordando remitir los autos al Juzgado Decano para su posterior reparto a los Juzgados de Familia; la parte reconviniente impugnó el recurso, y por Auto de 6 de septiembre de 1999 se acordó, dando lugar al recurso de reposición, no admitir la reconvencción formulada y

se alar para la comparecencia establecida en la ley.

Segundo: Con fecha 25 de febrero de 2000, el Juzgado dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: FALLO: Que estimando la demanda formulada por A. F. D. contra M. M. M. E. M. debo declarar y declaro que corresponde pro indiviso a la sociedad consorcial y a la actora con carácter privativo, en una proporción del 44,3% y 55,7%, respectivamente, el piso sito en esta Ciudad, Plaza ..., descrito en la demanda y la nulidad de la inscripción registral que se oponga a la declaración de la propiedad mencionada y en cuanto exprese un carácter ganancial y con imposición de costas a la parte demandada .

Contra dicha sentencia, fue presentado recurso de apelación por la representación legal del demandado, que se tuvo por interpuesto acordándose el emplazamiento de las partes por diez días para ante la Audiencia Provincial a usar de sus derechos.

Tercero: Recibidas las actuaciones en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial y comparecidas las partes, se recibió el procedimiento a prueba, como se había solicitado, y practicada la misma y celebrada la vista, se dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2000 cuya parte dispositiva es del siguiente literal: FALLAMOS: Que estimando el recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Serrano Méndez, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día 25 de febrero de 2000 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de los de Zaragoza, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la revocamos, y, en su consecuencia, desestimando la demanda entablada por A. F. D. contra M. M. M. E. M., absolvemos a éste de las pretensiones en su contra ejercitadas, sin costas en ninguna de las dos instancias.

Cuarto: Por el Procurador Sr. Pastor Eixarch, en nombre y representación de A. F. D. se presentó escrito manifestando

la intención de interponer recurso de casación contra la sentencia antes mencionada, que se tuvo por preparado por auto de 20 de noviembre del mismo año, acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo.

Quinto: Recibidas las actuaciones en el Alto Tribunal y formalizado el recurso, dictó auto de fecha 24 de febrero de 2004 por el que declara la competencia de esta Sala para el conocimiento del mencionado recurso de casación, acordando el emplazamiento para ante este Tribunal. Comparecidas las partes en esta Sala y recibidas las actuaciones, viéndose que no constaban en las mismas ni el recurso de casación interpuesto ni la fecha de su presentación ante el Tribunal Supremo, se reclamaron las actuaciones a ese Tribunal, y una vez recibidas por testimonio, se dictó auto en fecha 30 de abril de 2004 por el que se admite a trámite el mismo, confiriéndole traslado a la parte recurrida por el plazo de 20 días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 16 de junio a las 10,30, en que se llevó a efecto con el resultado que obra en las actuaciones.

Sexto: La parte recurrente basa su recurso en los siguientes motivos: *Primero*, al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.355 del Código civil; *Segundo*, al amparo del mismo artículo que el anterior, porque la sentencia infringe, por violación, los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta; *Tercero*, igual que el precedente, porque la sentencia recurrida infringe, por inaplicación, el artículo 1.347.3 del Código civil; *Cuarto*, con amparo en el mismo artículo, porque estima que la sentencia recurrida infringe por violación, por inaplicación, el artículo 1.354 en relación con el artículo 1.346.2, ambos del Código civil, así como el

artículo 38.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Resulta de lo actuado, siquiera expresado de manera sintética, que A. y M. —aquí recurrente y recurrido— contrajeron matrimonio canónico en Cella (Teruel) el día 4 de octubre de 1980. Con anterioridad a la celebración, en concreto el día 22 de septiembre de 1980, otorgaron capítulos matrimoniales de separación de bienes, pactando la más absoluta separación.

El 7 de agosto de 1996 firmaron escritura de rescisión de dichos capítulos dando al pacto efectos retroactivos, conviniendo que para el futuro el régimen económico del matrimonio fuese el de comunidad de bienes o legal de Aragón.

En lo que aquí interesa, en dicha escritura, otorgada ante el Notario don José Andrés García Lejarreta, los cónyuges pactaron lo siguiente:

Que, de mutuo y completo acuerdo, **REVOCAN** y dejan sin ningún valor ni efecto todo lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, autorizada en 22 de septiembre de 1980 por el Notario que fue de Zaragoza, Sr. Pazos, bajo el núm. 727, deseando expresamente que en lo sucesivo su régimen económico matrimonial sea el de comunidad de bienes o legal de Aragón; y que se reconozcan mutua y recíprocamente el derecho expectante de viudedad foral, conforme a lo pactado en el núm. 1 del artículo 72 de la vigente Compilación del Derecho Foral de Aragón.

Asimismo, y para mayor claridad hacen constar que reconocen el carácter de bienes comunes a cuantos hayan podido adquirir cualquiera de los cónyuges hasta el día de hoy, y los que adquirieran en lo sucesivo, por título oneroso.

Afirmando que dicho instrumento fue otorgado bajo coacciones y amena-

zas, el 4 de julio de 1999 don A. dedujo la demanda que ha dado origen a estas actuaciones. Según relata en ella tales coacciones y amenazas consistieron en que su esposo, M., con ocasión de un viaje que la familia realizó a Jordania en junio de 1996, impidió que los hijos salieran de aquél país, poniendo como condición para autorizar su salida que A. anulara los capítulos matrimoniales de 1980, viéndose obligada a prometerle que así lo haría cuando los hijos estuviesen en España.

La demanda se refería a la propiedad del piso sito en esta ciudad de Zaragoza en la Plaza, sosteniendo la actora que fue comprado con dinero que sus padres le dieron y con ahorros que ella tenía.

Con base en todo lo anterior interesaba del Juzgado lo siguiente:

1. La nulidad de la escritura de rescisión de capítulos matrimoniales otorgada por M. M. M. E. M. y A. F. D. en fecha 7 de agosto de 1996 ante el Notario de esta ciudad don Andrés García Lejarreta.

2. Para el supuesto negado de que por el Juzgado se desestimase la petición de nulidad de la escritura anteriormente indicada, se declare que corresponderá pro indiviso a la sociedad consorcial y a mí representada con carácter privativo, en una proporción del 44,3 y 55,7%, respectivamente, el piso en el que se ubicó el domicilio familiar sito en la Plaza y una participación de seis enteros y sesenta y dos centésimas por ciento en el solar y demás cosas de uso o propiedad común. Ocupa una superficie de ciento sesenta y dos metros y un decímetro cuadrado.

3. La nulidad parcial de cualquier inscripción de la expresada finca, practicada en el Registro de la Propiedad de Zaragoza en virtud de la escritura citada, en la parte que expresen o se haga constar en ella que la finca comprada por mí representada es un bien ganancial.

M. se opuso a la pretensión de la actora asegurando que no hubo coacciones ni amenazas, que todo obedecía a una invención de su esposa, y que la fir-

ma de los nuevos capítulos matrimoniales no fue debida ni a coacciones ni amenazas, sino que ambos siempre pensaron que el piso en cuestión era de los dos porque los dos, y sobre todo él, habían contribuido a su adquisición, sin que sus suegros, carentes de fortuna, ayudaran a la compra.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Doce dictó sentencia considerando que no se había acreditado el vicio de consentimiento alegado por la actora, pues habiendo regresado los hijos de Jordania el día 28 de julio de 1996, la escritura ahora atacada no se otorgó sino hasta el día 7 de agosto siguiente, por lo que no apreció la concurrencia en su firma de un mal inminente y grave, dando consecuentemente plena validez a tal escritura, y de acuerdo con la petición subsidiaria de la demanda declaró que el piso objeto de litigio corresponde pro indiviso a la sociedad consorcial y a la actora con carácter privativo, en una proporción del 44,3 y 55,7%, respectivamente.

La actora no impugnó dicha sentencia y sí lo hizo M. y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimando su recurso, desestimó la demanda entablada por A. al entender que, de conformidad con el artículo 1.355 del Código Civil, actora y demandado dieron el carácter de comunes a todos los bienes que hubieran podido adquirir, cualquiera que fuera la procedencia del dinero con el que se hubiese satisfecho el precio del piso.

Frente a esta resolución se alza la actora-recurrente mediante el recurso que ahora se pasa a examinar.

Segundo: Con correcto amparo procesal en el núm. 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —vigente en el momento de interposición del recurso—, la recurrente articula cuatro motivos de recurso. En el primero denuncia infracción del artículo 1.355 Código civil por aplicación indebida. El segundo imputa a la sentencia recurrida infracción por violación de los artículos 1.281 y

1.282 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta. El tercero pone de manifiesto la violación por inaplicación del artículo 1.347.3 del Código civil. Finalmente, en el cuarto motivo, la recurrente entiende que la sentencia recurrida ha infringido por violación por inaplicación el artículo 1.354 en relación con el artículo 1.346.2 ambos del Código civil, así como el artículo 38.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Por razones de rigor lógico parece razonable examinar en primer lugar el motivo segundo dedicado a la interpretación de la escritura de 7 de agosto de 1996 en la que los cónyuges pactaron el régimen de comunidad de bienes o legal de Aragón, dejando sin efecto la separación de bienes inicialmente convenida.

Tercero: El motivo segundo denuncia infracción por violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil; la recurrente entiende que los términos de la escritura en la que se pactó el régimen legal de Aragón son claros: decidieron dejar sin efecto su régimen económico de separación de bienes; pactar a partir de entonces régimen económico consorcial aragonés y otorgar a dicho pacto efectos retroactivos (conforme posibilita la Compilación aragonesa del Derecho civil) y para mayor claridad concretan que son consorciales todos los bienes por ellos adquiridos a título oneroso tras la celebración del matrimonio.

Partiendo de esta postura considera que la interpretación que hace la sentencia de la Audiencia es claramente errónea al considerar que pactaron hacer comunes los bienes adquiridos por cualquier título, incluyendo el dinero donado por los padres de la esposa a ésta.

Algunas precisiones con respecto a la articulación del motivo.

En primer lugar no debe olvidarse que la interpretación de los contratos es función que corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia, sin que quepa posibilidad de revisarla en casación, a no ser que resulte ilógica, absurda o contra-

ria a derecho. Basta la cita de sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1999 y 20 de enero de 2000.

También resulta obligado recordar que no pueden mezclarse los dos párrafos del artículo 1.281 porque contienen una regla interpretativa diferente, de suerte tal que su párrafo segundo ha de citarse como infringido en un motivo autónomo, poniéndolo en relación con el artículo 1.282 (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo y 28 de septiembre de 2000), y que la investigación de la intención de las partes tan solo cabe, de conformidad con el artículo 1.281.2, si parecieren contrarias a tal intención las palabras expresadas; así lo enseñan, entre otras muchas, las sentencias de 18 de diciembre de 1982 y 19 de septiembre de 2000.

Se impone pues el examen de lo pactado en la escritura de referencia.

En ella convinieron de mutuo y completo acuerdo la revocación de los Capítulos de separación de bienes de 22 de septiembre de 1980 y pactaron para lo sucesivo que su régimen económico matrimonial fuera el de comunidad de bienes o legal de Aragón. También dijeron: Asimismo, y para mayor claridad hacen constar que reconocen el carácter de bienes comunes a cuantos hayan podido adquirir cualquiera de los cónyuges hasta el día de hoy, y los que adquieran en lo sucesivo, por título oneroso. Nada dijeron sobre la procedencia del dinero.

Resulta meridianamente claro que la Audiencia no interpretó erróneamente lo convenido, pues de su literalidad resulta: a) que el régimen pactado es el legal de Aragón; b) que reconocen como comunes todos los bienes que cualquiera de los cónyuges hubieran adquirido hasta la firma de la escritura (hasta el día de hoy, dijeron) y los que en lo sucesivo adquieran a título oneroso, y c) que solamente serán privativos los que en adelante puedan adquirir a título lucrativo.

Por tanto, la interpretación que hizo la Audiencia es correcta y ha de ser man-

tenida pues el piso objeto de este pleito, por voluntad de las partes, y con independencia de la procedencia del dinero —cuestión esta que no puede ser objeto de examen en este recurso— pasó a ser bien común.

El motivo se desestima.

Cuarto: Entiende la parte recurrente en su motivo 1.º que al fundamentar la Audiencia su fallo en el artículo 1.355 del Código civil incurre en infracción por su indebida aplicación porque, según sostiene, en este caso lo que se ha producido es un cambio de régimen económico, de separación a comunidad consorcial aragonesa, cambio al que los cónyuges atribuyen efectos retroactivos, como si desde el principio hubieran pactado este último régimen y dicen que, para mayor claridad, consideran comunes todos los bienes adquiridos por ellos a título oneroso desde la fecha de celebración del matrimonio. Su pacto no consiste en atribuir condición consorcial a bienes adquiridos a título lucrativo y por eso no es de aplicación el artículo 1.355 del Código Civil.

El motivo carece de base. Los bienes y derechos que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el núm. 1.º del artículo 1.346 del Código civil, pero apareciendo que de mutuo y completo acuerdo M. y A. revocaron sus capítulos de separación, y reconocieron el carácter de bienes comunes a cuantos pudieron haber adquirido hasta la firma de los nuevos capítulos y a los que en lo sucesivo puedan adquirir en adelante, a título oneroso, es visto que el Tribunal sentenciador no ha cometido la infracción denunciada y que la recurrente no interpreta correctamente lo convenido, pues olvida que en Aragón no cabe hablar de comunidad de gananciales sino de comunidad consorcial.

El motivo se desestima.

Quinto: El motivo tercero denuncia infracción por inaplicación del artículo 1.347.3 del Código civil, cuyo contenido

establece que son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

Refiere la recurrente que quedó probado en la primera instancia, sin que se haya modificado el relato de hechos probados de la misma que el 55,7% se pagó con dinero donado por los padres de su mandante y afirma: resuelve la sentencia recurrida que el piso adquirido por mi representada, en parte con dinero suyo y en parte con dinero donado de sus padres, es común.

No es así.

Hay que recordar que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a tener en cuenta, que no es una tercera instancia, cual si de nueva apelación se tratara donde quepa plantear todo tipo de cuestiones, y que este especial recurso se da contra la sentencia de la Audiencia, sin que al recurrente le sea dado confrontar esta con la de primera instancia.

Desde el momento en que la parte recurrente se está refiriendo a lo que el Juzgado consideró probado, sin tener en cuenta que la Audiencia Provincial no aceptó los fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, está incurriendo en una evidente infracción de técnica casacional, cuando, además, no ha articulado motivo alguno tendente a demostrar que la resolución recurrida había incidido en alguna clase de error.

Pero en el fondo, tampoco el motivo puede sostenerse pues no fue la sentencia de la Audiencia la que resolvió que el piso era común, sino los cónyuges, quienes al suscribir la escritura de 7 de agosto de 1996 quisieron expresamente darle tal carácter, por lo que no se entiende la infracción denunciada.

El motivo perece.

Sexto: En un último motivo —el cuarto— se denuncia violación por inaplicación del artículo 1.354 en relación con el

artículo 1.346.2 del Código civil, así como del artículo 38 de la Compilación del Derecho civil de Aragón y en el desarrollo del motivo aún se refiere al artículo 39 de la Compilación.

La defectuosa formulación del motivo hubiera sido suficiente para no superar la fase de admisión, puesto que no es correcto agrupar cuatro preceptos en un solo motivo, máxime cuando se mezclan normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código civil, que únicamente serán de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa, si bien en aras a la tutela judicial efectiva se entra en el examen del motivo, para su desestimación.

Cual sucediera en el motivo anterior —en realidad en todo el recurso la recurrente sostiene que el piso fue pagado en parte por la esposa y en parte con el dinero que sus padres le entregaron, estando vigente la separación de bienes, de donde concluye que en lo referente al piso de la Plaza el nuevo pacto sobre régimen consorcial aragonés, transformó en consorcial o ganancial la parte adquirida por la esposa a título oneroso, pero no la adquirida a título lucrativo (con dinero de sus padres).

Sin embargo la Audiencia, interpretando con absoluta corrección la escritura de 7 de agosto de 1996, como se ha declarado en el fundamento tercero, consideró ociosa toda reflexión sobre las aportaciones realizadas por uno u otro cónyuge, porque declaró, con referencia a dicha escritura, que: El contenido de tal escritura no puede ser más claro y contundente, pues en su primera parte los otorgantes revocan y dejan sin efecto aquella anterior escritura por el que pactaban el régimen de separación, bajo cuyo mandato el piso en cuestión fue comprado, para seguir diciendo que en lo sucesivo el régimen adoptado será el de comunidad, y terminar con la rotunda e inequívoca afirmación de que reconocen el carácter de bienes comunes a todos los que hayan podido adquirir los

cónyuges hasta la fecha de otorgamiento de esta escritura, en la que por fuerza ha de comprenderse el piso repetido, cualquiera que pudiera haber sido la procedencia del dinero con el que éste hubiere sido satisfecho, sobre el que en consideración a tan definitiva expresión se hace innecesario todo razonamiento.

No se han producido las violaciones denunciadas que sólo serían sostenibles si los planteamientos de la recurrente fueran correctos, pero en esta ocasión, cual sucediera en el motivo anterior hace supuesto de la cuestión al presentar unos hechos que no se corresponden con lo realmente probado, y con olvido constante de que en Aragón los cónyuges, en cualquier momento, pueden pactar lo que estimen oportuno en orden al régimen económico de su matrimonio, por lo que el motivo no puede prosperar.

Séptimo: La desestimación de los cuatro motivos comporta la del recurso, lo que acarrea la expresa imposición de costas a la parte recurrente así como la pérdida del depósito en el caso de que se haya constituido.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Manuel Pastor Eixarch en nombre y representación de A. F. D., contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza con fecha 31 de octubre de 2000 en autos de juicio de menor cuantía 389/99 del Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de aquella ciudad, con condena en costas de este recurso a la parte recurrente.

Librese a la Audiencia de procedencia certificación de esta sentencia con devolución de los autos y rollo de apelación que en su día remitió.

Lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

NÚM. 6

S. TSJA de 14 de julio de 2004

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: CASACION FORAL:

Interés casacional: *La casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma. Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación. A mi criterio, tanto la calificación de unos actos posesorios como posesión en concepto de dueño, como la consideración de que —por el contrario— se trataba de actos meramente tolerados, constituyen cuestiones jurídicas, revisables en casación, a partir de unos hechos incontrovertidos, en cuanto han sido fijados de modo inalterable en la sentencia recurrida, dada la vía impugnativa escogida. (Voto particular: Ilmo. Sr. Zubiri).*

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: CASACION FORAL:

Interés casacional: *La existencia de interés casacional debe quedar acreditada de modo suficientemente mínimo en la fase de preparación, pesando sobre la parte recurrente la carga de explicar el interés casacional y de acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos. Asimismo el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el Juzgador de instancia (voto particular: Ilmo. Sr. Fernández Álvarez).*

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: *La*

Compilación, en su artículo 147, permite la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes de toda clase de servidumbres, sin necesidad de título ni buena fe; pero habrá de convenirse en que solamente pueden usucapirse aquellos bienes o derechos que se disfrutaban "unidos a la intención de haberla cosa o derecho como suyos", según reza el artículo 430 del Código Civil, que resulta de aplicación. En el caso que ahora se resuelve, habiendo quedado probado que el actor no tenía intención de hacer suyo el derecho de paso, y, además, los propietarios del fundo sirviente nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso.

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: *La norma aragonesa, artículo 147 de la Comp., permite la usucapión de las servidumbres, aun las no aparentes, aunque no haya buena fe, ni justo título. Basta la posesión; posesión que, desde luego, habrá de reunir los requisitos que el Código Civil exige para serlo ad usucapionem, no bastando la que sea oculta, no pacífica, o interrumpida: Nec vi, nec clam, nec precario. En el caso de autos, la existencia de la posesión pública, pacífica y no interrumpida por más de diez años es hecho indubitado. También lo es, en mi opinión, que se ejercitase en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia (voto particular: Ilmo. Sr. Zubiri).*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 147 Comp.; 430, 444, 1942 CC; art. 477.2.3º LEC/2000; arts. 123.1 y 152.1 CE

PONENTE: Ilma. Sra. doña Rosa Banderés Sánchez Cruzat.

Votos particulares: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas e Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 2/2004, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta

de la Audiencia Provincial de esta ciudad, en fecha 16 de julio de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 206/2003, dimanante de autos de Juicio Ordinario núm. 437/2002, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, de la una, como recurrentes, doña M.ª J. C. C. y don J. M. V. G. representados por el Procurador don E. P. C. y dirigidos por el Letrado don A. J. T. R., y de la otra, como recurrido, G. C. R., S. A., representado por el Procurador don J. L. G. F. y dirigido por la Letrada don M. J. F. V., versando el juicio sobre reclamación de cantidad, estableciéndose la cuantía del procedimiento en 3.305,57 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales Sr. P. C., en nombre y representación de don JM. V. G. y doña M. J. C. C. formuló en fecha 9 de mayo de 2002 demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de paso frente al representante legal de la empresa C. G. R. S.A., en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se reconozca la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho como hasta ahora lo venían haciendo. Se condene a la demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de mis patrocinados, por la calle Hermanos Cubel, adoptando las medidas necesarias para ello, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Segundo: Por auto de fecha 10 de abril de 2002 se acordó la medida cautelar consistente en que por la demandada se deje libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar propiedad de los demandantes, adoptando las medidas que resulten necesarias para la ejecución de lo acordado, incluida la paralización de parte de las obras que se están ejecu-

tando, condenando a la demandada al pago de las costas procesales, ejecutándose la anterior medida una vez que la solicitante preste la caución de 6.010,12 euros, quedando dicha medida sin efecto si en el plazo de veinte días no se interpone la demanda. Por auto de 23 de mayo se admitió a trámite la demanda presentada por el Procurador Sr. P. dándose traslado y emplazando por veinte días a la parte demandada para la contestación de la demanda. Compareciendo en tiempo y forma el Procurador don J. G. F., en nombre y representación de G.C.R., S. A., quien se opuso a la demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con condena en costas y respondiendo asimismo de los perjuicios que resultasen producidos a consecuencia de la paralización parcial de la obra instada por los demandantes en las medidas cautelares origen del presente procedimiento. Acordando asimismo la continuación de las obras de construcción en el solar propiedad de mis mandantes hasta su total finalización en toda la extensión proyectada.

Tercero: Por providencia de 24 de junio se tuvo por presentada la contestación a la demanda celebrándose audiencia previa el día 18 de octubre a las 10,30 horas, en la que se señaló el día 22 de noviembre para la celebración del juicio y recibido el pleito a prueba, se practicó la prueba admitida con el resultado que obra en autos, ratificándose las partes en sus respectivos pedimentos y quedando el procedimiento visto para sentencia. En fecha 26 de noviembre de 2002 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO. Que estimando la demanda promovida en Juicio Ordinario núm. 437/C-2002, instado por el Procurador Sr. P. en nombre y representación de don JM. V. G. y doña M. J. C. C., contra G C R, S. A., representada por el Procurador Sr. G. debo reconocer y reconozco la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión a favor

de los actores a través del solar de la propiedad de la demandada, para acceder a la calle Hermanos Cubel de la localidad de Fuentes de Ebro —Zaragoza—, en las dimensiones suficientes para ejercer el derecho tal y como se venía haciendo, asimismo, debo condenar y condeno a la demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda propiedad de los actores por la calle Hermanos Cubel, adoptando las medidas necesarias para ello, condenando a la demandada al pago de las costas procesales.

Cuarto: Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación por el Procurador Sr. G., en nombre y representación de la parte demandada, y presentado por la actora escrito de oposición al recurso se tuvo por formalizado el trámite de oposición al mismo, se elevaron los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, —desglosándose el procedimiento de Medidas Cautelares 204/2002-C, y quedando unido el testimonio del mismo—, con emplazamiento de las partes, donde se tramitó el recurso por el procedimiento de los de su clase, dictándose sentencia en fecha 16 de julio de 2003, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por G C R, S. A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. once de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario núm. 437/02, con revocación de la misma debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra la recurrente por don J. M. V.G. y doña M. J. C. C. sin hacerse una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Quinto: Por el Procurador Sr. P. C., en nombre y representación de don J. M. V.G. y doña M. J. C. C. se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta ciudad, y por auto de fecha 2 de septiembre de 2003 se acordó no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación interpuesto. Por el

Procurador Sr. P. se presentó escrito preparando recurso de queja e interponiendo recurso de reposición contra el citado auto, teniéndose por preparado el mencionado recurso de queja y dándose traslado a la parte contraria quien presentó escrito de impugnación. Por auto de 14 de octubre de 2003 se desestimó el recurso de reposición preparatorio del de queja y se remitieron las actuaciones a esta Sala que por auto de 12 de diciembre acordó, con un voto particular, estimar el recurso de queja interpuesto por el Procurador Sr. P. C, revocando el auto de 2 de septiembre y ordenando a la citada Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta ciudad la tramitación del recurso de casación interpuesto. Posteriormente el Procurador Sr. P. formuló el oportuno escrito de interposición del recurso de casación, en el que articuló los siguientes motivos: Primero y único. El presente recurso de casación se interpone al entender que en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada por la Sección Quinta de la A. P. de Zaragoza, se ha infringido lo preceptuado en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Aragonés, que expresa con claridad 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 terminó suplicando que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos, se sirva admitirlo, en la representación que ostento de don J. M. V.G. y doña M. J. C. C., y por él tenga por interpuesto, en tiempo y forma, Recurso Extraordinario de casación por interés casacional contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en Rollo de Apelación 206/03, admitiéndolo y, en su día, y previos los trámites pertinentes dicte Sentencia por la que, dando lugar al Recurso extraordinario de Casación por interés casacional, case y anule la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurrida, dictando en su lugar otra, ajustada a Derecho, por la que estimando íntegra-

mente la demanda de juicio ordinario que dio inicio a estas actuaciones, se reconozca la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a favor de mis patrocinados a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho como hasta ahora lo venían haciendo; se condene a la empresa demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de mis patrocinados, por la calle Hermanos Cubel, adoptando las medidas necesarias para ello y se condene a la empresa demandada al pago de las costas derivadas del presente juicio.

Sexto: Por providencia de 9 de marzo se tuvo por presentado el escrito de interposición del recurso preparado por la parte apelada, emplazándose a las partes por término de treinta días para su comparecencia ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecidas las partes y recibidas las actuaciones, se dictó en fecha 6 de mayo del presente año auto, con un voto particular, admitiendo el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición por plazo de 20 días a la parte recurrida, quien formalizó en tiempo y forma escrito de oposición, en el que, tras rebatir el motivo articulado de contrario, terminó suplicando se dicte resolución desestimando el recurso y declarando asimismo la firmeza de la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de julio de 2003, con imposición de costas a la parte recurrente, y por providencia de fecha 16 de junio se señala el día 7 de julio para votación y fallo, al no considerarse necesaria la celebración de vista.

Es Ponente la Magistrado Ilma. Sra. doña Rosa M. Bandrés Sánchez Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La actora, ahora recurrida en casación, ejercitó en su escrito de

demanda acción confesoria de servidumbre de paso. Invocó en el hecho primero de la demanda, que es propietaria de una vivienda unifamiliar sita en Fuentes del Ebro en la calle de Huesca, que cuenta con otro acceso por la calle Hermanos Cubel, objeto de la presente litis, que dicho acceso ha venido siendo utilizado de manera pública y notoria con conocimiento del anterior dueño, don M. P. D., así como de sus actuales propietarios, desde el año 1985, existiendo, en la pared que linda con el predio sirviente, una puerta desde hace casi 20 años que verifica el acceso a la vivienda, a través del solar de la actora y hasta la vía pública.

Son hechos acreditados en autos los siguientes:

Primero.-Que los demandantes son propietarios desde el 8 de noviembre de 1985 de la vivienda, objeto del presente procedimiento. *Segundo.*-Que en fecha 17 de octubre de 1985 fue interesada y obtuvieron licencia municipal para la apertura de una puerta en el corral de la vivienda que da a la calle Hermanos Cubel, hecho acreditado por prueba testifical de las vecinas de la localidad de la que son también vecinos los actores y mediante documentos consistentes en fotografías. *Tercero.*-Que la demandada se encuentra construyendo unas viviendas unifamiliares y las identificadas con la letra A, es de mayor dimensión que las otras y la que impide el acceso al corral de la vivienda de los actores.

Segundo: La sentencia de primera instancia estima la demanda, al reconocer «la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a favor de los actores a través del solar de la propiedad de la demandada, para acceder a la calle Hermanos Cubel de la localidad de Fuentes de Ebro —Zaragoza— en las dimensiones suficientes para ejercer el derecho tal y como se ven a haciendo». Y condena a dichos demandados «a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda propiedad de los actores por la calle Hermanos Cubel adoptando las medidas necesarias para ello».

La sentencia de apelación revoca la de primera instancia desestimando la demanda al considerar en el fundamento de derecho segundo, sustancialmente, que: el demandante aportó unos datos relevantes, a saber, precisa que pretendió comprar el terreno que integraba el paso y que ambos propietarios intermedios rechazaron la petición, lo que pretendieron no fue permitir la consolidación de derechos, sino una mera licencia tolerante del paso, estimando que no hay título, para la constitución de la servidumbre ni tampoco título para la usucapión ni posesión en concepto de dueño para usucapir.

Tercero: El recurso de casación se ha interpuesto por la vía prevista en el artículo 477, núm. 2, apartado 3..., de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender el recurrente que la resolución del recurso presenta interés casacional. Tras el trámite legalmente establecido, que se llevó a efecto ante el Tribunal Provincial, esta Sala por Auto de 6 de mayo de 2004 acordó la admisión del recurso de casación, por entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, toda vez que no existe doctrina de este Tribunal.

El único motivo de recurso se interpone al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3... de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al entender los recurrentes que la sentencia de 16 de julio de 2003 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha infringido el artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón por lo que interponen el presente recurso extraordinario, al considerar que ejercieron el derecho de paso en concepto de dueños o titulares del derecho de paso, por cuanto así fue consentido por los sucesivos propietarios del terreno, durante casi 20 años, realidad, dicen, que no obsta, a que pretendieran comprar el terreno a través del cual se llevaba a cabo dicho paso.

Antes de entrar en el examen del recurso se hace preciso referirse, siquiera sea de forma somera, a las causas de inadmisibilidad alegadas por la parte recurrida, que en este momento procesal

no serían de inadmisibilidad, sino de desestimación. En la fase de admisión, mediante el correspondiente auto, ciertamente con voto particular de inadmisión de uno de los Magistrados que componen la Sala, ya se dijo que procedía su admisión a trámite por las razones que allí quedaron expuestas y ahora se dan por reproducidas, sin que ello pueda ser obstáculo para que, si del examen del recurso en este momento, se apreciara la concurrencia de alguna de las causas propuestas por la recurrida, se procediera a la desestimación del mismo.

Cuarto: Los recurrentes consideran que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 147 de la Compilación, cuyo tenor literal es el siguiente: «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».

Para fundamentar su denuncia se refieren a los hechos debatidos a lo largo del pleito que consideran fijados por la sentencia del Juzgado, y dicen: Y entre tales hechos, considerados ya debida y plenamente acreditados se encuentra que mis patrocinados han venido ejerciendo el derecho de paso desde su finca hasta la calle Hermanos Cubel por el solar de los demandados desde el año 1985, cuando menos.

Pero olvidan que en el extraordinario recurso de casación no son los hechos probados por la sentencia del Juzgado los que han de ser tenidos en cuenta, sino los que el Tribunal de apelación consideró acreditados. Y lo que la Audiencia consideró probado y la parte recurrente no ha combatido en debida forma, fue lo siguiente: Pero el demandante aportó unos datos relevantes para la Sala a los efectos que ahora interesan, a saber, precisó que pretendió comprar el terreno que integraba el paso y que ambos propietarios intermedios rechazaron tal petición. Y esta idea es reveladora de que los mencionados sucesivos propietarios lo que nunca pretendieron era permitir la consolidación de derechos de los deman-

dantes y sí solo mera licencia tolerante del paso, pues en otro caso aquella consolidación hubiera sido tan perjudicial tratándose de fincas urbanas.

Es pues de estos hechos —insistimos, no combatidos adecuadamente por la parte recurrente— de donde hay que partir para determinar si la Sala de instancia cometió o no la infracción que los recurrentes le achacan.

La Compilación, en su artículo 147, permite la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes de toda clase de servidumbres, sin necesidad de título ni buena fe; pero habrá de convenirse en que solamente pueden usucapirse aquellos bienes o derechos que se disfrutaban unidos a la intención de haberla cosa o derecho como suyos, según reza el artículo 430 del Código Civil, que resulta de aplicación.

En el caso que ahora se resuelve, habiendo quedado probado que los demandantes pretendieron comprar el terreno que integraba el paso a los anteriores propietarios del mismo, es claro que no tenían intención de hacer suyo el derecho de paso, y, además, tales propietarios nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso.

Así las cosas es visto que la Audiencia no infringió el precepto que los recurrentes consideran vulnerado y con absoluta corrección tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 444 y 1.942 del Código civil: que los actos meramente tolerados no afectan o aprovechan a la posesión.

Procede pues la desestimación del recurso interpuesto y por imperativo legal la imposición de las costas a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación inter-

puesto por el Procurador de los Tribunales don E P C, en nombre y representación de don J. M. V.G. y doña M. J. C. C. contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 16 de julio de 2003 que confirmamos. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas. Líbrese a la mencionada Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza la certificación correspondiente con remisión de los autos y rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el catorce de julio del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 2/2004, procedente de la Sección Quinta 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 ser la siguiente:

SENTENCIA

En Zaragoza a quince de julio de dos mil cuatro.

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las últimas reformas del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, movidas por la necesidad de aliviar la carga competen-

cial desmesurada del Tribunal Supremo, imposible de afrontar con la deseable prontitud, estuvieron presididas por el propósito de limitar el elenco de supuestos en que aquél procedía; dichas reformas operaron, principalmente, sobre el elemento de la cuantía litigiosa, elevando su tope mínimo, lo que dio lugar a que, mientras ciertos temas se repetían sin fruto alguno para el enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial, había numerosas cuestiones jurídicas, algunas de relevancia, que permanecían excluidas del ámbito de la casación, con lo que se privaba al recurso de cumplir de manera adecuada su primordial función de unificar la aplicación de las normas, cometido que en los últimos años resulta más necesario toda vez que el derecho privado ha experimentado cambios importantes merced a la publicación de nuevas leyes en parcelas de gran repercusión social.

Consciente de este panorama, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ensaya una nueva fórmula de acceso a la casación que sin entrañar una apertura exagerada del recurso, permite que lleguen al mismo aquellos asuntos que, si bien no rebasan el tope cuantitativo fijado—veinticinco millones de pesetas—, merecen recibir un pronunciamiento en este grado jurisdiccional máximo.

Dicha fórmula significa la innovación más saliente en la nueva regulación del recurso de casación, y consiste, según señala el artículo 477.2, apartado 3.º, en admitir también dicho recurso cuando la resolución del mismo presente interés casacional, cuya apreciación no queda confiada a la discrecionalidad del tribunal, sino que se objetiva, concretándose en el núm. 3 de dicho artículo sus dos hipótesis.

Segundo: Según tiene declarado el Tribunal Supremo de forma reiterada, la existencia de interés casacional debe quedar acreditada de modo suficientemente mínimo en la fase de preparación, pesando sobre la parte recurrente la carga de explicar el interés casacional y de acreditar su efectiva existencia, debiendo facili-

tar los datos precisos para que el Tribunal pueda constatar la efectiva presencia del interés casacional, que ha de resultar real y no meramente artificial o instrumental, pues de no ser así ello equivaldrá a admitir el recurso de casación por la simple y unilateral afirmación de existencia de interés casacional, algo que no resulta conciliable con la naturaleza de recurso extraordinario.

Asimismo el Tribunal Supremo ha manifestado que el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el Juzgador de instancia; así en el auto de fecha 3 de diciembre de 2002 se dice lo siguiente:

«El recurso de casación, en su nueva regulación, se ha circunscrito al examen de la corrección jurídica de las normas referidas al fondo del asunto, esto es, a la cuestión sustantiva o material que constituye el objeto del proceso, según es inherente a su función nomofiláctica, correspondiendo las cuestiones procesales al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que el interés casacional en modo alguno puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a temas de naturaleza adjetiva, habiéndose precisado por esta Sala que las cuestiones procesales deben entenderse, a los efectos del ámbito de los recursos extraordinarios, en un sentido amplio, que abarque no sólo las infracciones de las normas reguladoras de los presupuestos del proceso —entendidos como aquellos que impiden su inicio, su continuación o una resolución sobre el fondo— y de los actos procesales que conformen sus sucesivos trámites hasta llegar a la resolución que le pone término, sino también todas aquellas que ordenan la actuación del titular del órgano jurisdiccional encaminada a permitir el juicio jurídico sobre la cuestión que se le somete, así como las orientadas a resolver todas las cuestiones que

tengan su origen o su causa en el proceso y que no se circunscriben a las que enumera el artículo 416 LECiv/2000, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, por lo cual aspectos tales como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los distintos medios de prueba, y de ésta en su conjunto, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando la casación depurada en la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídica de los hechos probados» (en igual sentido los autos de 21 de enero, 13, 20 y 27 de noviembre y 18 y 28 de diciembre de 2001, de 22 de enero, 8 y 15 de octubre y 30 de diciembre de 2002, 21 de enero, 6 de mayo y 1 y 8 de julio de 2003, entre otras).

Sólo si se da interés casacional, que queda referido exclusivamente a las normas sustantivas, es posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal del párrafo 2... de la regla 5ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien autoriza a incluir en el recurso por interés casacional motivos del artículo 469, supedita el eventual examen de estos motivos a la admisibilidad de la casación en que se insertan, casación que se admitirá atendiendo únicamente a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que quepa atacar la valoración de la prueba por la vía del artículo 469.1.2... de la mentada Ley Procesal Civil para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial (véanse los autos del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre y de 27 de noviembre del 2001, entre otros).

Tercero: Todos los miembros de esta Sala admitimos que cabe recurso de casa-

ción por interés casacional en los asuntos cuya cuantía no exceda de veinticinco millones de pesetas; la discrepancia surge porque la mayoría considera que en dicho recurso se puede alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el tribunal de instancia y además porque vienen admitiendo la revisión del juicio fáctico sin necesidad de denunciar la norma valorativa de prueba que se considera infringida, o sea, como si se tratase de un recurso de apelación.

Lo que se discute en el presente recurso es la valoración fáctica efectuada por la Audiencia, quien tras la apreciación del material probatorio obrante en el juicio considera acreditado que nos hallamos ante una posesión de mera tolerancia, que, por tanto, no aprovecha para la usucapión, conforme resulta de los artículos 1.942 y 444, ambos del Código civil; por el contrario, la parte recurrente sostiene que estamos ante una *possessio ad usucapionem*, apta para la adquisición de la servidumbre.

Lo que en definitiva hacen los recurrentes es discrepar de la valoración probatoria de la sentencia impugnada, por lo que el interés casacional resulta artificioso, «en la medida en que descansa en un supuesto de hecho distinto al de dicha sentencia, cuyos pronunciamientos se basan sobre la circunstancia de que» se trataba de un paso meramente tolerado (véanse los autos del Tribunal Supremo de 8,15 y 22 de octubre y de 30 de diciembre de 2002, entre otros).

La postura adoptada por la mayoría de la Sala va en contra del ámbito propio del recurso por interés casacional y conduce a resultados inaceptables, pues confiere a este cauce de impugnación una extensión inadecuada, ya que basta con atacar la valoración de los hechos para generar la admisibilidad del recurso por interés casacional, toda vez que la revisión del juicio fáctico permite defender la infracción de doctrina jurisprudencial, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, pues el recurrente fundamenta su tesis sustantiva sobre la base de cuestio-

nar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada: la resolución de instancia carece de interés casacional, pero se le dota del mismo sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida; como señala el Tribunal Supremo se trata de un interés casacional artificioso (autos ya citados de 8, 15 y 22 de octubre y de 30 de diciembre de 2002, entre otros).

La consecuencia de la mentada postura de este Tribunal es el incremento de la litigiosidad y de los gastos a soportar por las partes, que en muchos casos rebasarán el valor de lo discutido en el proceso; por otro lado, el pronunciamiento que se dicte sobre la cuestión litigiosa aquí planteada, ni crea jurisprudencia ni la unifica, pues la divergencia entre las partes se circunscribe a la valoración de la prueba, sin que mantengan discrepancia alguna acerca del sentido de la norma sustantiva.

Al admitir esta Sala la revisión del juicio fáctico en el recurso por interés casacional se separa abiertamente de la doctrina del Tribunal Supremo, cuando los Tribunales Superiores de Justicia deben aplicar las normas del Estado conforme a la interpretación que de las mismas resulta de las resoluciones dictadas por aquél, a tenor de lo prevenido en el artículo 123.1, en relación con el 152.1, ambos de la Constitución Española; cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del ámbito propio del recurso por interés casacional no es vinculante de modo absoluto y este Tribunal, al tener que decidir en el ejercicio de su potestad jurisdiccional conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código civil), puede discrepar y separarse de ella de forma motivada, pero debe señalar con precisión los criterios a seguir para conocimiento de las partes, de sus Letrados y de los Tribunales de esta Comunidad Autónoma; en concreto deberá pronunciarse sobre los dos puntos siguientes: a) Si admite la revisión de la valoración probatoria con la amplitud de un recurso de casación ordinario, expresando, si le da distinto ámbito, en qué

supuestos la admite, y b) El cauce procesal que ha de seguirse para modificar los hechos probados.

Cuarto: Si se admite la revisión del juicio fáctico en el recurso por interés casacional al menos debe exigirse que se articule un motivo de casación específico en el que se mencione la norma de valoración de prueba que se estime infringida.

El recurso de casación no es una tercera instancia y si bien la valoración probatoria puede excepcionalmente acceder a la casación, ello requiere un soporte adecuado, ora en la doctrina constitucional sobre el error patente o la arbitrariedad, ora en la mención de una norma concreta valorativa de prueba que se considere infringida por el Tribunal de instancia, sin que pueda aceptarse el criterio de aducir una errónea apreciación probatoria, que de admitirse obligaría a esta Sala a realizar un nuevo examen de todo el acerbo probatorio para verificar la veracidad de la afirmación, contrariando con tal comportamiento la esencia de este recurso extraordinario, además de ignorar la técnica casacional y apartarse de una doctrina jurisprudencial uniforme en este aspecto (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril, 10 de mayo y 31 de diciembre de 1999, 26 de abril de 2000, 16 de julio de 2001, 25 de enero y 19 de diciembre de 2002, 20 de febrero de 2003, entre otras).

Pues bien, en el desarrollo del motivo único de casación los recurrentes no alegan norma alguna de valoración de la prueba, por lo que el recurso debió ser inadmitido; es de señalar que en la sentencia de la mayoría se dice que la parte recurrente no ha combatido en debida forma los hechos que el tribunal de apelación considera probados, lo que puede significar un cambio de criterio.

Quinto: Lo anteriormente razonado conduce a la desestimación del recurso, pues según reiterada jurisprudencia las causas de inadmisión no acogidas oportunamente se convierten en causa de desestimación en el momento de dictar sentencia (véanse las sentencias del Tribunal

Supremo de 14 de mayo de 1992, 5 de septiembre y 14 de diciembre de 1996, 22 de septiembre de 1997, 8 de noviembre de 2001, etc.), sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso núm. 2/2004 por carecer de interés casacional, interpuesto por el Procurador D E P C, en nombre y representación de don J. M. V.G. y doña M. J. C. C., contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta ciudad en fecha 16 de julio de 2003, recaída en autos de juicio ordinario sobre servidumbre núm. 206/2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. Once de Zaragoza, y en su consecuencia se declara la firmeza de dicha resolución, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta ciudad, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excelentísimo Señor Presidente don Fernando Zubiri de Salinas a la Sentencia de esta Sala dictada el 14 de julio de 2004, en el rollo de recurso de casación núm. 2/2004, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

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 mi voto particular en forma de Sentencia, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la Sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La representación procesal de la parte actora, ahora recurrente en casación —no recurrida, como quizá inadvertidamente se dice en la sentencia mayoritaria— ejercita en su escrito de demanda acción confesoria de servidumbre de paso, en la que solicitaba se reconociera la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho en la forma como hasta ahora lo venía haciendo, y solicita que se condene a la demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de sus patrocinados, por la calle Hermanos Cubel.

Para la resolución del recurso, la sentencia de la mayoría declara hechos acreditados en autos los siguientes: *Primero.* Que los demandantes son propietarios desde el 8 de noviembre de 1985 de la vivienda, objeto del presente procedimiento. *Segundo.* Que en fecha 17 de octubre de 1985 fue interesada y obtuvieron licencia municipal para la apertura de una puerta en el corral de la vivienda que da a la calle Hermanos Cubel, hecho acreditado por prueba testifical de las vecinas de la localidad de la que también son vecinos los actores y mediante documentos consistentes en fotografías. *Tercero.* Que la demandada se encuentra construyendo unas viviendas unifamiliares y la identificada con la letra A, es de mayor dimensión que las otras y la que impide el acceso al corral de la vivienda de los actores (fundamento de derecho primero).

Con independencia de que en tal declaración fáctica se desliza un error, ciertamente subsanable, como el que la

vivienda identificada con la letra A es una sola, me parece imprescindible destacar como hecho también comprobado en las instancias que los actores han venido utilizando la puerta abierta en la tapia del corral de su vivienda como salida a la calle Hermanos Cubel, a través del predio que hoy pertenece a la demandada, y anteriormente a sus causahabientes. En la sentencia de la Audiencia Provincial ni siquiera se pone en duda la posesión del paso: aquella posesión desde 1985 está acreditada, se afirma en el fundamento de derecho segundo, aunque se niega que lo sea en concepto de dueño, por entender la Sala que se trata de actos de mera tolerancia, que conforme al artículo 1.942 del Código civil no aprovechan para la usucapión.

Segundo: Me muestro de acuerdo con la mayoría en la consideración de la admisibilidad del recurso, pese a la más que probable existencia de un defecto formal en el planteamiento del recurso de casación.

Realmente, la parte recurrente no denuncia exclusivamente la infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sino la indebida consideración por la Sala sentenciadora del concepto de hechos meramente tolerados, que no afectan a la posesión y que no sirven para la adquisición por usucapión del derecho así utilizado.

Esta infracción debió hacerse valer mediante el recurso extraordinario de infracción procesal, medio idóneo para combatir las infracciones de orden adjetivo y las relativas a la valoración de la prueba: Como afirmábamos en la Sentencia de 31 de marzo de 2004.

La Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto la existencia de una doble instancia para los procesos ordinarios, y de dos recursos extraordinarios frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales: el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación.

Ambos recursos existen en la legislación procesal vigente, si bien el primero de ellos no ha adquirido la plenitud de

eficacia, en los términos previstos en los artículos 468 y siguientes de la Ley procesal, al no haberse abordado la reforma competencial en la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitadora y necesaria para que los Tribunales Superiores de Justicia pudiesen conocer del citado recurso extraordinario, y ello a pesar de que recientemente ha sido reformada dicha Ley, por Ley Orgánica 19/2003. Ante ello, la disposición final 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció un régimen transitorio de viabilidad del recurso extraordinario de infracción procesal, que restringe su ejercicio a supuestos en que la sentencia de que se disiente sea susceptible de recurso de casación, y que ordena que, en los casos en que la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia, deban interponerse conjuntamente ambos recursos, pero con la debida separación de motivos, ya que uno y otro de los recursos juegan papeles diferentes en el proceso y están diseñados para fines diferentes.

El recurso extraordinario de infracción procesal es la vía para denunciar la existencia de infracciones de naturaleza adjetiva, como la vulneración de las reglas legales sobre valoración, apreciación o distribución de la carga de la prueba —vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de marzo de 2003—. Conforme al Auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2003, y los que en él se citan, dicho recurso es el instrumento procesal apto para denunciar las infracciones de naturaleza adjetiva, entendidas en sentido amplio, por lo que se incluyen en su ámbito no sólo las comprendidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la legitimación, así como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, por lo que el juicio sobre los hechos se encuadra dentro de la actividad procesal.

De este modo la casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados,

su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación: así lo ha mantenido la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materias relativas al nimo o la voluntad de realizar un acto típico—Sentencia de 22 de octubre de 2001, entre muchas otras—; y lo ha realizado la jurisprudencia de la Sala Primera, al revisar la existencia de buena o mala fe, o de abuso de derecho, en la actuación de una de las partes: Sentencias de 1 de febrero de 1990, 31 de mayo de 1993 y 26 de febrero de 2000.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el excesivo formalismo en la interpretación de las normas jurídicas reguladoras del acceso a la casación puede constituir un obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, procediendo por tanto entrar a resolver sobre la cuestión de fondo como, en definitiva, hace también la sentencia de la mayoría. Pues bien, en el caso de autos existe claramente lo que el Tribunal Supremo viene denominando voluntad impugnativa, que debe ser atendida aunque la vía procesal no sea la correcta, revisando no aquellos elementos fácticos fijados en las instancias, lo que es ciertamente ajeno a la casación, sino la valoración de determinados hechos por parte del tribunal *a quo*.

Como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002, la fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la *questio facti*, por lo que su apreciación corresponde al

juzgador de instancia, la cual sólo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en la conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de «en concepto de dueño» (concepto jurídico indeterminado) constituye una *questio iuris*, y, por ende, es susceptible de revisión en casación. En tal sentido debe entenderse la doctrina jurisprudencial cuando alude a la posesión en concepto de dueño como cuestión de hecho.

A mi criterio, tanto la calificación de unos actos posesorios como posesión en concepto de dueño, como la consideración de que —por el contrario— se trataba de actos meramente tolerados, constituyen cuestiones jurídicas, revisables en casación, a partir de unos hechos incontrovertidos, en cuanto han sido fijados de modo inalterable en la sentencia recurrida, dada la vía impugnativa escogida.

Tercero: En el caso de autos no puedo entender que estemos en presencia de actos meramente tolerados, que no constituyen posesión apta para la adquisición por usucapación del derecho reclamado. Y ello por las razones siguientes: A) La sentencia de la Audiencia Provincial fundamenta la estimación del recurso de apelación y la revocación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia porque los sucesivos propietarios nunca pretendieron permitir la consolidación de derechos de los demandantes, y sí solo mera licencia tolerante del paso, argumentación que es acogida, e incluso en parte reforzada mediante el subrayado, por la sentencia de la que me veo obligado a disentir. Pero la existencia de actos tolerados, en los términos en que se expresa el artículo 444 del Código civil, o como afirma el artículo 1.942, no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, no equivale a la simple voluntad o intención del propietario de la finca colindante, por la que

transitaban los actores, sino que la posesión se constituye como tal, se hace objetiva, independientemente de que los dueños del predio del que se sirve el poseedor de la servidumbre considerasen que se trataba de una mera tolerancia, o relación de buena vecindad. La tolerancia consiste en el beneplácito del poseedor ante la realización de ciertos actos sobre el objeto poseído, y generalmente deriva de unas relaciones de buena vecindad, de amistad o de parentesco. En este caso no consta especial relación entre los actores y los sucesivos titulares del predio por el que aquellos pasaban, y únicamente en la buena vecindad podría fundarse la consideración de que disiento.

B) La tolerancia suele contraerse a situaciones transitorias, y difícilmente habrá de considerarse como de mera tolerancia el frecuente paso por la finca propia durante largo tiempo, como pone de relieve la doctrina interpretadora del artículo 1.942 que analizamos, y no deben ser considerados como actos de carácter posesorio meramente tolerados los que suponen un poder de hecho sobre la finca mediante la construcción de edificaciones estables, como es en este caso la apertura de la puerta, abierta y mantenida a ciencia y paciencia de los sucesivos titulares del predio sirviente. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2002, los referidos actos han de encuadrarse entre aquellos excesos e intromisiones soportables que a veces se producen en las relaciones de vecindad o de comunidad y que, por no causar perjuicios sustanciales, son tolerados por los demás interesados en dichas relaciones, lo que, en sentido contrario, impide considerar que estos actos, reiterados en el tiempo, hechos públicos mediante la apertura de una puerta y claramente perjudiciales, sean encuadrables en esa mera tolerancia.

C) La Sentencia de la Audiencia estima como hechos relevantes para llegar a la estimación del recurso de apelación, con la consiguiente desestimación de la demanda, los aportados por la actora con-

forme a los cuales pretendió comprar el terreno que integraba el paso, y que ambos propietarios intermedios rechazaron tal petición —fundamento de derecho segundo—. Creo que de ese hecho no puede extraerse la consecuencia jurídica de que existía mera tolerancia, pues el frustrado intento de contrato se refiere a la compra del terreno, no de la adquisición onerosa del derecho de servidumbre.

D) La norma aragonesa, artículo 147 de la Compilación, permite la usucapión de las servidumbres, aun las no aparentes, aunque no haya buena fe, ni justo título. Basta la posesión; posesión que, desde luego, habrá de reunir los requisitos que el Código civil exige para serlo *ad usucapionem*, no bastando la que sea oculta, no pacífica, o interrumpida. *Nec vi, nec clam, nec precario*.

En el caso de autos, la existencia de la posesión pública, pacífica y no interrumpida es hecho indubitado. También lo es, en mi opinión, que se ejercitase en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia.

Cuarto: Por todo ello procedería, a mi criterio, la estimación del primer y único motivo de recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra confirmación del fallo dictado en primera instancia.

Con las consecuencias prevenidas en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las costas.

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador don E. P. C. en la representación que ostenta en estos autos, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 16 de julio de 2003, que casamos y anulamos; confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia en fecha 26 de

noviembre de 2002 por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 11 de Zaragoza.

Procediendo la imposición de las costas de 1.^a Instancia a la parte demandada; y sin hacer expresa declaración sobre las causadas en la apelación y en el recurso de casación.

Voto particular que firmo en Zaragoza, a 22 de julio de 2004.

7

NÚM. 7

A. Presidente del TSJA de 30 de julio de 2004

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: LEY APLICABLE: *La sucesión se rige por la legislación civil aragonesa, conforme a las normas establecidas en los artículos 9.8 y 14.1 del Código civil. Dentro de aquélla, es de aplicación la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, pues según su disposición transitoria primera, «las sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de apertura de la sucesión», pero conforme a la Disposición Transitoria Segunda: «Validez de los actos por causa de muerte anteriores a la Ley. 1.: 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».* **722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCION RECIPROCA DE HEREDEROS: Fideicomiso de residuo:** *La institución realizada en el testamento tiene los efectos que establece la propia norma aragonesa en el párrafo 2.^a del artículo 104 Lsuc. Se trata de una institución semejante al fideicomiso de residuo en su modalidad si aliuid superit, en la que el primer llamado a la herencia no está obligado a conservar todos los bienes, ya que puede disponer por actos jurídicos intervivos, pero si fallece sin haber realizado tal disposición, lo que quedase forma parte de la herencia del premuerto y los terceros designados como herederos le sucederán directamente. Ahora bien, no esta-*

mos ante una auténtica sustitución fideicomisaria, en su modalidad de fideicomiso de residuo, sino una institución propia del Derecho aragonés, que se rige por sus propias normas y que opera como una limitación a las facultades de disponer mortis causa de los bienes recibidos en virtud de institución recíproca, precisamente porque el testador ha querido que esos bienes no enajenados por actos intervivos pasen a quiénes el ha designado como herederos en el testamento. **722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INTERPRETACION DEL TESTAMENTO:** *1. A tenor del artículo 3 de la Lsuc., el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio «standum est chartae». 2. Conforme a lo establecido en dicha norma, y en el artículo 69.2 en cuanto sea de aplicación, la voluntad real del testador es el criterio de interpretación del testamento, según lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código civil, aplicables en Aragón como derecho supletorio. A tenor de este último precepto, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». 3. Las disposiciones del testamento han de ser interpretadas, para su recta comprensión, en su conjunto, las unas por las otras, conforme establece el artículo 1285 del Código civil, en regulación referida a los contratos pero también aplicable a estos negocios jurídicos de derecho sucesorio.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 3, 69.2, 104, DT 1.^a y 2.^a Lsuc. arts. 9.8, 14, 668, 675 Cc., arts. 114 y 115 Rh.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.

AUTO

En Zaragoza a treinta de julio de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Con fecha 7 de noviembre de 2003 fue interpuesto Recurso Gubernativo por don Francisco Javier S. G., contra la calificación negativa de la Registradora de la Propiedad de Borja, de fecha 13 de agosto de 2003, relativa a la escritura autorizada el 19 de julio de 2003 por don Fernando Jiménez Villar, Notario de Tarazona, núm. de protocolo 1.137. Dicho recurso se interpuso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que lo remitió a esta Presidencia por estimar que es de su competencia.

La referida nota de calificación es del tenor literal siguiente: «Prevía calificación del precedente documento y en unión de la copia autorizada del testamento de la causante, he inscrito el dominio de las fincas o participaciones de fincas descritas bajo los números 1, 2, 3 y 4 a favor de don Francisco Javier S. G., donde indican los cajetines puestos al margen de sus respectivas descripciones, pero sólo en cuanto al pleno dominio de una mitad indivisa en las fincas 1, 2 y 3; y suspendo la inscripción de la otra mitad indivisa por no cumplirse lo dispuesto en la cláusula «segunda» del testamento que se reseña en la escritura y que se acompaña al presente documento, conforme al artículo 104 de la Compilación Civil de Aragón.— La finca número 1, en el Registro de la Propiedad consta inscrita con la siguiente descripción: «urbana: casa y corral sitos en el término municipal de Luceni, en la calle barrionuevo, número uno, antes número dieciocho, y anteriormente Barrio de Abarquillos-Matilla, calle Nueva, sin número, de cuatrocientos noventa y cinco metros cuadrados, según el Registro. El edificio mide sesenta y tres metros cuadrados y el resto está destinado a corral y pajar cubierto. la construcción es de adobes, con pilares de ladrillo, cimientos de

hormigón y la cubierta de teja árabe. Consta de una sola planta. Linda: a la izquierda entrando, riego; a la derecha, Pedro Lacosta; y al fondo, riego y Ricardo Echervarne.— He extendido notas de afectación fiscal por plazo de cinco años al margen de las inscripciones y he cancelado las notas de afectación fiscal que estaban caducadas. Los asientos practicados, en cuanto se refiere a los derechos inscritos, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá los efectos prevenidos en nuestra legislación, especialmente en los artículos 17, 20, 32, 34, 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en ella.— No se expide la nota simple prevenida en el artículo 253.2 de la Ley Hipotecaria por no diferir el estado de cargas de las fincas del que expresa el precedente documento, salvo en lo que resulta de la presente nota.— Contra esta nota cabe interponer recurso gubernativo conforme a los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación, sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir ante los Tribunales de Justicia para que declaren la validez e inscribibilidad del presente documento a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados. Asimismo, conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria y artículo 5 del Real Decreto 1039/2003 de 1 de Agosto, se pone en su conocimiento el derecho que le asiste a instar en el plazo de quince días hábiles la intervención de un Registrador-Sustituto, conforme al cuadro de sustitución que está a su disposición en este Registro de la Propiedad».

Segundo: Por Providencia de 13 de abril de 2004, se tuvo por recibido el recurso y, a la vista de lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y de lo establecido en el artículo 9.6 de dicha LOP], se acordó oír a las partes en el procedimiento y al Ministerio Fiscal por diez días para infor-

me sobre la jurisdicción de esta Presidencia para conocer del citado recurso, emitiendo los mismos el oportuno informe en sentido favorable. Por Auto de fecha 6 de mayo de 2004, se declaró la competencia de esta Presidencia para conocer del recurso, admitiéndose a trámite, y librándose comunicación al Registrador, para la práctica, en su caso, de la anotación a que se refiere el artículo 114 del Reglamento Hipotecario y emisión del informe prevenido en el artículo 115.

Tercero: El Registrador extendió nota al margen del asiento de presentación, y dio traslado a la Sra. Registradora doña Clara María Jover Hernando, autora de la nota de calificación. Ésta emitió informe en los siguientes términos: «El presente recurso se basa única y exclusivamente en la interpretación de la cláusula segunda del citado testamento abierto mancomunado que dice lo siguiente: *segunda:* Para el caso de que el último de los testadores no haya dispuesto por acto intervivos de sus propios bienes y de los que adquieran por esta institución y también para el supuesto de conmoriencia o muerte simultánea de los testadores disponen lo siguiente: El testador instituye herederos universales a sus sobrinos... La testadora instituye herederos universales a sus sobrinos...— 1°. Estamos ante la situación prevista en el apartado segundo del artículo 104 de la Ley de Sucesiones, debiendo ser sus efectos los mismos que dicho apartado establece. Nos encontramos ante una «Institución recíproca entre otorgantes», tratando de averiguar quién sucede «en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores». En el Testamento ya hay unos terceros designados herederos «en esos bienes».— En la «Institución recíproca entre otorgantes» la Ley de Sucesiones distingue dos grupos de «bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores». a) Los bienes que no procedan del primeramente fallecido, es decir, los que no ha heredado del premuerto, sobre los que no hay regulación especial, pasando por tanto a sus sucesores. Así ocurriría con respecto a sus bie-

nes propios y a los que le corresponden en la participación de la disuelta sociedad consorcial (Finca núm. 4 y la mitad indivisa de las fincas 1, 2 y 3). b) Los bienes que procedan del primeramente fallecido, es decir, los bienes propios del cónyuge premuerto y los que les correspondan por herencia tras disolver la sociedad consorcial. (La otra mitad indivisa de las fincas 1, 2 y 3). ¿Quién sucede respecto a éste último grupo de bienes?. Para el párrafo 2° del artículo 104 de la Ley de Sucesiones no hay duda alguna: «los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento», previsión que en este testamento no se da.— 3°. En este caso, a mi juicio no se trata de averiguar si la disposición testamentaria implica una sustitución vulgar o fideicomisario de residuo. Nos encontramos ante una regulación específica en la legislación aragonesa de la institución recíproca entre otorgantes, en este caso entre cónyuges cuyos efectos son los siguientes: a) Producida una primera transmisión hereditaria del cónyuge premuerto al sobreviviente, fallecido éste sin disposición ulterior de los bienes, bien por actos intervivos o por una nueva disposición testamentaria, hace que los bienes originarios del premuerto (que son los señalados en el punto 2°, apartado b), vuelvan: —si éste designó herederos, a ellos, supuesto que se da en este testamento— si éste no designó herederos, a sus herederos legales o abintestato, como recoge el apartado 3° del artículo 104 de la Ley de Sucesiones.— b) A esta sustitución no se le puede atribuir como efectos específicos propios los de la sustitución vulgar ni los de la fideicomisario, sino sus propios efectos y características que son los que establece la propia norma reguladora.— 4°. Otro criterio que a mi juicio es erróneo es el de apoyar la tesis de que sólo se podría aplicar mi criterio de calificación del testamento citado en el caso de conmoriencia o muerte simultánea de

los testadores.— 5°. Otra cuestión es determinar qué legislación le es aplicable a este testamento. El testamento mancomunado se otorga el 10 de octubre de 1997, antes de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones, pero los fallecimientos de ambos cónyuges se producen estando en vigor la Ley de Sucesiones. —Don Federico V. G. fallece el 8 de diciembre de 1999. —Doña Hipólita S. L. fallece el 21 de febrero de 2003, en estado de viuda, sin descendientes, ni ascendientes, sin haber dispuesto de los bienes y bajo la vigencia del mismo testamento mancomunado que en su día otorgó con su esposo. El testamento es válido antes y ahora, y así lo recoge la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Sucesiones. La legislación aplicable a esta sucesión es la Ley de Sucesiones y no la Compilación como indica la Disposición Transitoria Primera de la Ley cuando establece: «Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión».— 6°. Incluso para el caso de que se entienda que rige la Compilación de Aragón, ésta ya recogía en el apartado 3° del artículo 108 el mismo criterio del artículo 104 de la Ley de Sucesiones, que implica que, de no existir ulterior disposición del sobreviviente, los bienes del premuerto pasarán a las personas llamadas en tal momento (es decir, en el testamento mancomunado) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, y no a los herederos de la rama jurídica de su cónyuge fallecido con posterioridad.— La Ley de Sucesiones ha querido reforzar una institución tan propia de Aragón que ya recogía el apartado 3° del artículo 108 de la Compilación realizando una formulación expresa de la institución recíproca entre otorgantes (art. 104 de la Ley de Sucesiones) reflejado también el apartado 2° del artículo 80 de la Ley al regular la sustitución recíproca de heredero o pacto al más vivientes formalizados en pacto sucesorio.— Por otro lado, en el propio recurso gubernativo, en su página cuarta, y en el apartado segundo, se dice que «Las diferencias de regulación entre la Compilación y la Ley de Sucesiones de

las instituciones estudiadas («pacto al más viviente» y «sustitución fideicomisaria») no conllevaría diferentes conclusiones en relación a lo aquí debatido». Todo ello, teniendo en cuenta que «los principios generales en los tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico —el de Aragón— constituye fuente del Derecho de aplicación anterior al Derecho civil General del Estado, el cual sólo se aplica como Derecho Supletorio, y siempre de acuerdo con los principios que lo informan —las normas aragonesas—».

Cuarto: Habiéndose dado traslado del recurso al notario autorizante de la escritura, para informe, en los términos prevenidos en el artículo 115 del R.H. lo emitió en el sentido de que, a su parecer, la escritura objeto de la calificación puede y debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad, al cumplir íntegramente la voluntad de los testadores, expresada en el reseñado testamento.

De acuerdo con lo solicitado por la parte recurrente en escrito de fecha 19 de mayo pasado, por providencia de 29 de junio del año en curso se acordó que fuera evacuado el trámite prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario por la Sra. Notaría de Borja doña Ana Cristina Payrós Faltó, fedataria autorizante de la escritura de testamento, informe que emitió en el sentido de considerar que la escritura autorizada por el Notario de Tarazona, don Fernando Jiménez Villar, el día 19 de julio de 2003, núm. 1.137 de protocolo, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad ya que cumple lo dispuesto en la cláusula segunda del repetido testamento.

Quinto: Recibidos los oportunos informes, emitidos de conformidad con lo prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, por providencia del 16 de julio del corriente año se acordó dejar el recurso sobre la mesa para la resolución procedente.

Sexto: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Es objeto del presente recurso gubernativo la calificación de la Registradora de la Propiedad de Borja, de fecha 13 de agosto de 2003, que suspendió la inscripción en el Registro de la mitad indivisa de las fincas núm. 1, 2 y 3, de las descritas en la escritura autorizada por el Notario de Tarazona don Fernando Giménez Villar, en fecha 19 de julio de 2003, de aceptación de herencia de la causante doña Hipólita S. L., núm. 1.137 de su protocolo, por no cumplirse lo dispuesto en la cláusula segunda del testamento de la citada señora, que se reseña en la escritura y se acompañó al documento de cuya inscripción se trataba.

El recurso fue interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en fecha 22 de marzo de 2004 lo remitió a esta Presidencia, por considerar que era competente para la decisión, al tratarse de una cuestión relacionada con el derecho sucesorio de Aragón (art. 104 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, Ley 1/1999, de 24 de febrero).

Recibido el recurso, y tras aceptar la competencia para su decisión, se evacuaron los informes preceptivos, tanto de la Registradora de la Propiedad firmante de la nota de calificación impugnada, como del Notario autorizante de la escritura. Igualmente, a instancia de la parte recurrente y por acuerdo del proveyente, se dio traslado del expediente para informe de la Notario autorizante de la escritura en la que doña Hipólita S. L. otorgó testamento abierto mancomunado, juntamente con su cónyuge, escritura que fue autorizada por la entonces Notario de Borja doña Ana Cristina Payrós Faltó, en fecha 10 de octubre de 1997, al núm. 1.235 de su protocolo.

Segundo: Para la ajustada resolución del recurso gubernativo es útil consignar los siguientes hechos relevantes: 1º) los cónyuges don Federico V. G. y doña Hipólita S. L., mayores de edad, de vecindad civil aragonesa, otorgaron testamen-

to abierto mancomunado en escritura pública autorizada por el Notario de Borja doña Ana Cristina Payrós Faltó, en fecha 10 de octubre de 1997; 2º) lo verificaron conforme a las siguientes cláusulas: Primera. Ambos testadores se instituyen mutua y recíprocamente herederos el uno al otro, de todos sus bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones, facultándose para que el sobreviviente disponga libremente por actos entre vivos. Segunda.- Para el caso de que el último de los testadores no haya dispuesto por actos intervivos de sus propios bienes y de los que adquiriera por esta institución y también para el supuesto de conmorien- cia o muerte simultánea de los testadores disponen lo siguiente: El testador instituye herederos universales a sus sobrinos, don José Antonio V. S., don Elías L. V., su sobrina nieta Montserrat, doña Amelia y doña Victoria L. V., don Ignacio y Vic-Mari L. V., don Manuel y doña Josefina V., todos ellos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y en su defecto con derecho de acrecer, en forma cuya transcripción no resulta necesaria a efectos de este recurso. *La testadora* instituye herederos universales a sus sobrinos don Javier S. G., don Daniel y doña Rosa María G. S., todos ellos sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y en su defecto con derecho de acrecer, en forma que tampoco se transcribe, por la razón apuntada. 3º) El día 8 de diciembre de 1999 falleció el esposo. 4º) El día 6 de abril de 2000, la cónyuge sobreviviente doña Hipólita otorgó ante el Notario de Mallén don Ramón García-Atance Lacadena, al núm. 219 de su protocolo, escritura por la que aceptó la herencia de su esposo fallecido, disolvió la sociedad conyugal y se adjudicó las fincas y el metálico, haciéndolo respecto de las fincas por mitades indivisas, por su mitad de consorciales, y la otra mitad como heredera de su finado esposo. 5º) Doña Hipólita S. L. falleció el 21 de febrero de 2003. 6º) Mediante escritura de 19 de julio de 2003, autorizada por el notario don Fernando G. V., al núm. 1137, sus herederos don Francisco Javier

S. G., don Daniel G. S. y doña Rosa María G. S. relacionaron la totalidad de las fincas pertenecientes a la fallecida, y se las adjudicaron como herederos de ella.

Tercero: Tanto la Registradora de la Propiedad de Borja, autora de la nota de calificación impugnada, como la del distrito hipotecario de La Almunia de Doña Godina, que ha actuado en aplicación del cuadro de sustituciones y conforme al artículo 19 de la Ley Hipotecaria, entienden que no era posible la inscripción de la escritura en los términos en que venta redactado el otorgamiento, por entender, bien que se está en presencia de una regulación específica aragonesa de institución recíproca entre otorgantes, con los efectos establecidos en el artículo 104, segundo párrafo, de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte —la primera de ellas—, bien que estamos en presencia de un fideicomiso de residuo —la segunda—, produciéndose en todo caso una extralimitación en el inventario de bienes que se describen en la escritura de aceptación de herencia antes referenciada, por incluir en el mismo participaciones de bienes que no corresponden a los otorgantes como herederos de doña Hipólita.

Frente a esta calificación, tanto el recurrente como los Notarios autorizantes de las escrituras públicas mantienen que se está en presencia *de una sustitución vulgar*, y que la redacción de las escrituras correspondía a la voluntad real de los testadores, deseosa de que todos los bienes fuesen a parar a los familiares del último que fallezca.

Cuarto: Los cónyuges don Federico V. G. y doña Hipólita S. L., de vecindad civil aragonesa, otorgaron testamento en Borja el 10 de octubre de 1997. Falleció en primer lugar el marido, el 8 de diciembre de 1999, y el 21 de febrero de 2003 muere la mujer.

La sucesión se rige por la legislación civil aragonesa, conforme a las normas establecidas en los artículos 9.8 y 14.1 del Código civil. Dentro de aquélla, es de

aplicación la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, pues según su disposición transitoria primera, «las sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de apertura de la sucesión», pero conforme a la Disposición Transitoria Segunda, «Validez de los actos por causa de muerte anteriores a la Ley. 1. 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».

Para valorar la corrección o incorrección en derecho de la nota de calificación objeto del presente recurso, son de tener en cuenta los siguientes criterios exegéticos: 1. A tenor del artículo 3 de la Ley citada, el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio «*standum est chartae*». 2. Conforme a lo establecido en dicha norma, y en el artículo 69.2 en cuanto sea de aplicación, la voluntad real del testador es el criterio de interpretación del testamento, según lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código civil, aplicables en Aragón como derecho supletorio. A tenor de este último precepto, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». 3. Las disposiciones del testamento han de ser interpretadas, para su recta comprensión, en su conjunto, las unas por las otras, conforme establece el artículo 1.285 del Código civil, en regulación referida a los contratos pero también aplicable a estos negocios jurídicos de derecho sucesorio.

Quinto: Resulta conforme a derecho la calificación recurrida. En efecto, se trata de una institución recíproca entre cón-

yuges, con facultad de disponer *inter vivos*, pero que a falta de dicha disposición, hace aplicable la disposición expresa contenida en la cláusula segunda del testamento, en la que para ese caso el testador hace disposición de sus bienes y la testadora de los suyos, cada uno a favor de sus parientes.

No es, como pretende el recurrente, que aplicada la cláusula primera, ya no sea de aplicación la segunda, ni que ésta actúe solamente para los casos de premoriencia o conmoriencia. Las cláusulas del testamento, rectamente entendidas, llevan a esta conclusión: cada uno de los instituidos, caso de efectiva delación en su favor de la herencia de premuerto, estaba facultado para la posesión y el disfrute de los bienes recibidos por título hereditario, y para disponer de ellos por actos entre vivos, y para el caso de que no hubiera dispuesto por actos entre vivos de los adquiridos por la disposición recíproca, y también para el supuesto de muerte simultánea, se efectuaban sendas instituciones a favor de los respectivos sobrinos.

Sexto: La institución realizada en el testamento que es objeto de calificación, mediata, tiene los efectos establecidos en la propia norma aragonesa, artículo 104, párrafo segundo, de la Ley aragonesa 1/1999, según el cual «los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento». Se trata de una institución semejante al fideicomiso de residuo en su modalidad *si aliquid supererit*, en la que el primer llamado a la herencia no está obligado a conservar todos o una parte de los bienes, ya que puede disponer por actos jurídicos entre vivos, pero si fallece sin haber realizado tal disposición, lo que quedase forma parte de la herencia del premuerto y los terceros designados por él como herederos le suceden directamente.

Tal norma actúa «salvo previsión contraria en el testamento», previsión en contra que no existe en el caso examinado. No puede afirmarse que la voluntad de los testadores fuera otra, cuando resulta claramente expresada en el testamento; ni tampoco que se tratase de establecer una sustitución, en los términos prevenidos en los artículos 19, 20, 21 y 25 de la Ley aragonesa, similares a los de la sustitución vulgar del artículo 774 del Código civil. Tal sustitución actuaría para el caso de muerte simultánea, como expresamente se recogía en la cláusula segunda del testamento, que claramente incluía dos supuestos para su aplicación, y no uno solo. Además, es de tener en cuenta que en el propio testamento se establece la sustitución vulgar, en las instituciones a favor de sobrinos antes enunciadas, por lo que si así hubieran querido hacerlo los testadores para el caso de no disposición entre vivos lo hubieran manifestado.

Séptimo: Tampoco es argumento que sirva para la prosperabilidad del recurso que los fideicomisos han de ser expresos, y que han de interpretarse en forma restrictiva, al tratarse de un gravamen. Como se ha expuesto, no estamos en presencia de una auténtica sustitución fideicomisario, en su modalidad de fideicomiso de residuo, sino de una institución propia de derecho aragonés, que se rige por sus propias normas, y que opera ciertamente como limitación de disponibilidad *mortis causa* de los bienes recibidos en virtud de la institución recíproca, precisamente porque el testador ha querido que estos bienes, no enajenados por actos entre vivos, pasen a quienes ha designado como herederos, sus sobrinos, en la forma que se expone en el testamento.

Finalmente, las alegaciones que se realizan en búsqueda de la última intención de los testadores, tratando de argumentar a favor de la disposición de todos los bienes para los parientes del sobreviviente, porque serían quienes habrían de cuidar de éste, frente a los derechos que

podrían corresponder a los parientes consanguíneos del primeramente fallecido, no son sino una voluntarista apreciación, que no resulta de la voluntad expresada en el testamento ni puede tener relevancia a los efectos de la calificación del documento.

Octavo: El Notario Sr. Giménez Villar hace constar en su informe que la calificación de la Registradora titular, y la inscripción de una mitad indivisa de las fincas inventariadas, no es congruente con el título presentado, ya que en todo caso procedería inscribir dicho título o denegar la inscripción. Esta argumentación no puede ser acogida en los estrechos márgenes en que debe resolverse el recurso interpuesto, ya que el recurso gubernativo instaba la estimación de la inscripción de las fincas a favor del recurrente, conforme al título presentado. Es de tener presente que, como con reiteración viene sosteniendo el centro directivo, el recurso gubernativo está limitado a los casos en que la calificación desfavorable del Registrador motiva la denegación o la suspensión del asiento —Resolución de la Dirección General de los Registros y del

Notariado de 22 de abril de 1996—, y que el recurso gubernativo solo cabe contra la suspensión o denegación de alguna inscripción, pero no contra la forma de realizar dicha inscripción —Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 1999—.

Noveno: En consecuencia, procede acordar la confirmación de la nota recurrida en todo su contenido, con desestimación del Recurso interpuesto contra la misma; sin efectuar especial imposición de las costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 130 del Reglamento Hipotecario.

Por las razones expuestas, el Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón acuerda:

Desestimar el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Javier S. G. y confirmar la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Borja, de fecha 13 de agosto de 2003.

Notifíquese a las partes, conforme a derecho.

Así lo acuerdo y firmo.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

NÚM. 8

STS de 8 de marzo de 2003

74: FIDUCIA SUCESORIA: HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN: *Listisconsorcio: Como se desprende del art. 113 Comp., fiduciaria y fideicomisarios o cónyuge supérstite e hijos forma parte de la comunidad hereditaria, por lo que la afectación común y solidaria deviene ineludible, siendo entonces el litisconsorcio postulado superfluo.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 110 y 113 Comp.; art. 199, 299 bis, 1124, 1084 CC; art. 24 CE.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.*

RECURSO DE CASACIÓN núm. 2509/1997.

PONENTE: *Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.*

Votación y Fallo: *18/03/2003*

SECRETARIA DE SALA: *Sr. García Vega*

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N.º 315/2003

Excmos. Sres.: *Don Alfonso Villagómez Rodil/Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.*

Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

En la Villa de Madrid, a dos de abril de dos mil tres. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de Casación contra la Sentencia dictada en grado de Apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño —La Rioja—, como consecuencia de autos de Juicio de Menor Cuantía, núm. 73/94, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, sobre otorgamiento de Escritura Pública de Contrato Privado; cuyo recurso fue interpuesto por don José Alfonso, don Antonio María, doña María del Pilar, don Carlos María, don Francisco Javier y don Alejandro de A. A., representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Pulgar Arroyo; siendo parte recurrida doña María Luz M. M. Y don Jesús R. M., en calidad de hijo y heredero de la causante demandante María Práxedes M. M. y en beneficio de la Comunidad hereditaria de ésta, representados por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, fueron vistos los autos, Juicio de Menor Cuantía, promovidos a instancia de doña María P. y doña María Luz M. M., contra don Antonio María A. M., que a su fallecimiento se subrogaron sus hijos don Francisco Javier, doña Pilar, don José Alfonso, don Antonio María, don Carlos María y don Alejandro María de A. A., sobre otorgamiento de escritura pública de contrato privado.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia por la que, se declare el derecho de los actores a que por parte del demandado se otorgue escritura pública de permuta conforme a los términos del documento privado de 28 de junio de 1985 o, en su caso, se protocolice este último documento elevándolo a escritura pública, condenando a

dicho demandado a estar y pasar por tal declaración, así como al otorgamiento de dicha escritura pública ante el Notario correspondiente y al pago de las costas.

Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, se desestimara la demanda, absolviendo a los demandados de la petición realizada en la misma y planteó reconvencción instando la declaración de resolución del contrato de permuta de fecha 28 de junio de 1985, siendo dicha resolución en virtud de la notificación realizada por los demandados a los actores el 26 de octubre de 1993 y se condena a los citados actores a estar y pasar por dicha declaración y al pago a los demandados, en concepto de indemnización por daños, perjuicios, intereses y gastos, de la cantidad que el Juzgado considere más ajustado en función de la repercusión económica negativa sufrida de los gastos ocasionados y del resultado de la prueba, y todo ello con expresa imposición de las costas correspondientes en su demanda principal y a la reconvencción.

Conferido traslado a la parte actora del escrito de reconvencción, contestó ésta a la mencionada reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes para terminar suplicando sentencia en la que solicitaba la desestimación íntegra de la misma y con imposición de las costas a la parte reconviniendo.

Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron en respectivos escritos en los que solicitaron se dictase sentencia de acuerdo con lo que tenían interesado en los autos.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Estimo la demanda presentada por el Procurador doña C. Miranda Adán en nombre y representación de doña María P. y doña María Luz M. M. y desestimo la reconvencción planteada por el Procurador don José Luis Varea Arnedo en nombre y representación de don José Alfonso, don Antonio María, doña María Pilar, don Carlos María, don Francisco Javier y don Alejandro María de A. A., y declaro el derecho de los actores a que por parte de los demandados otorguen escritura pública de permuta conforme a los términos del documento privado de 28 de junio de 1985, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tal declaración, así como al otorgamiento de dicha escritura pública ante el Notario correspondiente. No ha lugar a lo solicitado en la reconvencción. Las costas serán abonadas por los demandados tanto las de la demanda principal, como las de la demanda reconvenccional.

DEDÚZCASE testimonio de la presente Sentencia, así como del examen judicial de la actora obrante en el folio 382 del Informe Forense del folio 383 y del Informe del Ministerio Fiscal del folio 397 a los efectos de interponer, en su caso, demanda de incapacidad y haciéndole saber la aplicación de lo dispuesto en el artículo 299 bis del Código civil».

Segundo: Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de Apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Logroño, Sala de lo Civil, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1997, cuyo Fallo es como sigue: «Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don José Luis Varea Arnedo, en representación de don José Alfonso, don Francisco Javier, doña Pilar, don Antonio María, don Carlos María y don Alejandro María de A. A., contra la Sentencia de fecha 20 de mayo de 1996, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, en el Juicio de Menor Cuantía núm. 73/94, del que

dimana el presente rollo de apelación núm. 346/96, la que debemos confirmar y confirmamos. Todo ello con imposición de las costas causadas en este recurso de apelación a la parte apelante».

Tercero: El Procurador de los Tribunales, don Luis Pulgar Arroyo, en nombre y representación de don José Alfonso, don Antonio María, doña María del Pilar, don Carlos María, don Francisco Javier y don Alejandro de A. A., formalizó recurso de Casación que funda en los siguientes motivos: *Primero:* «Al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, se denuncia la vulneración de los artículos 238.3 y 240 de la LOPJ y artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 2 de la LEC y jurisprudencia concordante, por conculcar el principio de tutela judicial efectiva provocando indefensión y fraude procesal, al no haberse declarado la nulidad de actuaciones, tanto en primera instancia como en apelación, después de constatarse la incapacidad mental de la codemandante doña María Práxedes M.». *Segundo:* «Al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, se denuncia la vulneración de los artículos 238. 3 de la LOPJ y artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 862.2 ^º de la LEC y jurisprudencia concordante, debiéndose declarar la nulidad de actuaciones, al conculcar el principio de tutela judicial efectiva y el principio de defensa provocando indefensión, al no admitir en segunda instancia la práctica de una prueba admitida en primera instancia y no practicada por causas no imputables a la parte». *Tercero:* «Al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, se denuncia la vulneración de los artículos 238.3 de la LOPJ, artículo 24 de la Constitución y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con el artículo 203 o alternativamente con el 299 bis del Código civil, por conculcar el principio de seguridad jurídica provocando efectiva indefensión y nulidad de actuaciones, al no haber sido cumplido o haber sido indebidamente cumplido el fallo de la sentencia dictada en primera instancia en lo referente a la representa-

ción procesal de la codemandante incapaz mental doña María Práxedes M. por el Ministerio Fiscal». *Cuarto*: «Al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1.084 del Código civil y Jurisprudencia concordante en relación con los artículos 110 y 113 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón con resultado de indefensión e infracción del artículo 24 de la Constitución al entender erróneamente la Sentencia recurrida bien constituida la litis y no estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesaria al haber sido demandados únicamente los hijos del causante a los que indebidamente les atribuye un vínculo de solidaridad frente a las obligaciones de la herencia al no apreciar la existencia de una fiducia aragonesa sin realizar en la que esta designada como fiduciaria la viuda usufructuaria lo que constituye una herencia yacente sin herederos conocidos». *Quinto*: «Al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y Jurisprudencia concordante al no declarar resuelta la permuta por incumplimiento o cumplimiento tardío por parte de las actoras y haber incurrido en mora tras haberse producido el correspondiente requerimiento notarial». *Sexto*: «Al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la LEC se denuncia la infracción por la inaplicación de la doctrina de la equivalencia de las prestaciones y principio de equidad consagrados en la jurisprudencia, en relación con el enriquecimiento injusto que obtendría el demandante en el caso de que se condenase al demandado a cumplir el contrato de permuta de 28 de junio de 1985».

Cuarto: Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, el Procurador de los Tribunales, don Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de doña María Luz M. M. y de don Jesús Ruiz M., impugnó el mismo.

Quinto: No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración

de Vista Pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de marzo de 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calahorra, de fecha 20 de mayo de 1996, se estima la demanda y se declara el derecho al otorgamiento de Escritura Pública de permuta del Documento Privado 28-6-1985, con desestimación de la reconvencción de adverso y, con el final dispositivo «Dedúzcase testimonio de la presente Sentencia, así como del examen judicial de la actora obrante en el folio 382 del Informe Forense del folio 383 y del Informe del Ministerio Fiscal del folio 397 a los efectos de interponer, en su caso, demanda de incapacidad y haciéndole saber la aplicación de lo dispuesto en el artículo 299 bis del Código civil». Por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño, se confirma la misma en su Sentencia de 12 de junio de 1997. Frente a la que recurre en Casación la parte demandada.

Segundo: Son «facta» de partida, F. J. 3.º Sala:

1º) Entre las actoras y el padre de los codemandados comparecientes y reconvinentes se suscribió un contrato de permuta en fecha 28 de junio de 1985, unido a los folios 7 y ss. y admitido en la contestación a la demanda en el hecho primero de la misma, al folio 118, con el objeto de permutarse las parcelas que se indicaban entre las partes, sin que posteriormente se hubiese elevado a escritura pública tal documento privado, por lo que, se llevaron a cabo diferentes requerimientos.

2º) Después del referido contrato de permuta se llevó a cabo un requerimiento notarial por el padre de los demandados, don Antonio de A. M., (folio 10), respondiendo por las actoras el 17 de

enero de 1992 (folios 11 al 15), con comunicación posterior en 29 de enero por parte del demandado en el sentido de que había cumplido, mientras las actoras incurrían en mora (folio 16), que después dio lugar a una comunicación notarial de las demandantes en 7 de febrero de 1992 (folio 18), para comunicar que, los documentos se encontraban en la notaría de Alfaro con el fin de que fuesen elevados a escritura pública con una comunicación siguiente en 18 de octubre, también al demandado, con el mismo fin (folio 48), con comunicación posterior por parte de los demandados en 26 de octubre de 1996, en el sentido de que resolvían el contrato, contestada por la parte demandante en 4 de noviembre de 1993 requiriendo a los demandados para que compareciesen en la notaría con el fin de elevar la escritura a documento público (folios 54 y 55), con conversaciones también entre las partes respecto del primer documento privado y su elevación a escritura pública y las obligaciones de ambas, aunque sin que se hubiese efectuado el otorgamiento de la escritura pública.

Tercero: En el *motivo primero*, se denuncia al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, la vulneración de los artículos 238.3 y 240 de la LOPJ y artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 2 de la LEC y jurisprudencia concordante, por conculcar el principio de tutela judicial efectiva provocando indefensión y fraude procesal, al no haberse declarado la nulidad de actuaciones, tanto en primera instancia como en apelación, después de constatare la incapacidad mental de la codemandante doña María Práxedes M.; razonando que, del resultado de la prueba de confesión de la codemandante doña María Práxedes M. (folio 269), del examen judicial de dicha Sra. (folio 282) y del informe del médico forense (folio 283), quedó acreditado que su capacidad civil era completamente nula infiriéndose del referido informe médico que la coactora tenía la misma falta de capacidad el día

25 de febrero de 1994, fecha en la que su esposo otorgó en su nombre poderes notariales a procuradores para la iniciación del presente procedimiento manifestando en los mismos (folio 4), «la subsistencia de las facultades y capacidad de la poderdante», constituyendo tal manifestación una indudable falsedad, y la ocultación maliciosa por parte de sus familiares de su estado mental incumpliendo lo preceptuado en el artículo 202 y concordantes del Código civil y permitiendo la substanciación del procedimiento en tales condiciones en auténtico fraude procesal. Y se agrega que, ante la evidencia, de la falta de capacidad de dicha Sra. fue solicitada por esta parte al Juez de Instancia mediante varios escritos (folios 320 y ss., 393 y ss. y 401 y ss.) que o bien admitiera la falta de capacidad de la coactora para litigar y declarase la nulidad de actuaciones o, si estimaba que era capaz de declararse *confesa* al no haber sido posible practicar la prueba de confesión, porque declararla capaz para unos actos del proceso e incapaz para otros, como así ha sucedido, supone una irregularidad procesal inadmisibles que lleva a la más absoluta indefensión a la parte que la soporta. También se pusieron en conocimiento del Juez las manifestaciones del oficial de la notaría de Alfaro (La Rioja) sobre el rechazo al otorgamiento de poderes por doña María Práxedes a favor de su esposo en el año 1992 que el notario titular había efectuado al considerar que la citada Sra. manifestaba evidentes síntomas de falta de capacidad mental, y que meses después, estando vacante la referida notaría, dichos poderes fueron autorizados por el notario de Calahorra (La Rioja).

En el *segundo motivo*, igualmente se reproduce esa petición de nulidad de actuaciones al denunciarse al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, la vulneración de los artículos 238.3 de la LOPJ y artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 862.2º de la LEC y jurisprudencia concordante, debiéndose declarar la nulidad de actuaciones, al

conculcar el principio de tutela judicial efectiva y el principio de defensa provocando indefensión, al no admitir en segunda instancia la práctica de una prueba admitida en primera instancia y no practicada por causas no imputables a la parte. Al igual que en el motivo tercero, si bien ahora en relación con la declaración final de la instancia, denunciando al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC, la vulneración de los artículos 238. 3 de la LOPJ, artículo 24 de la Constitución y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en relación con el artículo 203 o alternativamente con el 299 bis del Código civil, por conculcar el principio de seguridad jurídica provocando efectiva indefensión y nulidad de actuaciones, al no haber sido cumplido o haber sido indebidamente cumplido el fallo de la sentencia dictada en primera instancia en lo referente a la representación procesal de la codemandante incapaz mental doña María Práxedes Medrano por el Ministerio Fiscal.

Todos los Motivos se rechazan, porque, partiendo de que la nulidad de actuaciones interesada, exige una categórica observancia de los requisitos del artículo 238 LOPJ, y justificar *sine qua non* el fundamento de la misma, que en el caso del litigio, se reconduce, en resumen, a entender que se permitió la actuación de la codemandada en persona o a través del poder otorgado a favor de su esposo don Blas R. M., cuando la misma adolecía de incapacidad mental, y que, por ello, estaba impedida para el ejercicio de su derecho en la instancia judicial en que lo había postulado, ha de subrayarse que, esos alegatos no son de recibo, porque, como es sabido, esa ineptitud jurídica proviene en todo caso, de una declaración expresa y formal de incapacitación judicial, en los términos del artículo 199 Código civil, de tal modo que, por su sentido restrictivo de personalidad en su proyección actuatoria, su alcance o entendimiento ha de hacerse con sentido estricto o, en otras palabras, que en tanto no exista esa incapacitación *ope sententiae*,

la persona cuestionada es capaz, y a ello conduce cuanto se expone por la Sala en su F. J. 1º: «... en lo que respecta a la nulidad de actuaciones interesada se ha de indicar que, la Procuradora que comparece en autos, doña Carmen Miranda Adán, lo hace en virtud de poder otorgado por la codemandante doña María Luz M. M. y don Blas R. M., que lo hace en representación de su esposa, doña María Práxedes M. M., en virtud de poder de representación otorgado en escritura de 16 de noviembre de 1992, ante Notario de Calahorra don Carlos Higuera Serrano, núm. 1231 de protocolo, (folios 4 y ss., de las actuaciones), por ello teniendo capacidad en dicha fecha de 16 de noviembre de 1992, para otorgar poder ante Notario sin que conste que en dicha fecha sufriese enfermedad alguna que la incapacitase, aunque posteriormente y según se determina por el informe forense practicado —al folio 382— en relación con la diligencia negativa de confesión judicial de doña María Práxedes M. M., consta —al folio 270— que parecía incapaz de entender y responder preguntas, en el que consta la incapacidad apreciada por el médico forense de la referida doña María Práxedes M. M., con la realidad de una importante sintomatología de su enfermedad en 9 de marzo de 1994, ya se encontraría importantemente afectada por la enfermedad con su capacidad mental alterada, si bien, con imposibilidad de determinar el grado de afectación, ha de entenderse que, no se da motivo de nulidad, como se pretende por la parte recurrente en base al artículo 238 de la LOPJ, pues, el Procurador lo hace en virtud de representación otorgada en forma antes de la propia presentación de la demanda en 9 de marzo de 1994, legitimación que además, incluso, la propia parte demandada reconoce en su contestación a la demanda al folio 13 de la misma, y 129 de los autos, en el que, en el apartado final de dicho folio, viene a admitir la validez del poder indicado de 16 de noviembre de 1992...». Y sin que, tampoco lo denuncia el Motivo 3º, sobre la declaración final de la Sen-

tencia de Primera Instancia sea relevante a esos efectos, porque, sin dudar que responde a una cautela que el Juzgado apreció en su día, su cumplimiento o falta de observancia no trasciende para equipar un motivo casacional por ese particular alegato.

Cuarto: El *motivo cuarto*, se articula al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la LEC, denunciándose «la infracción por interpretación errónea del artículo 1.084 del Código civil y Jurisprudencia concordante en relación con los artículos 110 y 113 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón con resultado de indefensión e infracción del artículo 24 de la Constitución al entender erróneamente la Sentencia recurrida bien constituida la litis y no estimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al haber sido demandados únicamente los hijos del causante a los que indebidamente les atribuye un vínculo de solidaridad frente a las obligaciones de la herencia al no apreciar la existencia de una fiducia aragonesa sin realizar en la que está designada como fiduciaria la viuda usufructuaria lo que constituye una herencia yacente sin herederos conocidos».

Se reitera, pues, la denuncia de no apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado también a la madre de los demandados y esposa del causante, la cual, en virtud del testamento de éste, de 14-2-1961, devino en usufructuaria universal de todo su patrimonio y, que en aplicación de los artículos 110 y 113 de la Compilación de Aragón, ello debe prevalecer sobre la aplicación del artículo 1.084 del Código civil, que para la Sala funciona en prioridad para, acogiendo la solidaridad implícita que alberga este precepto sustantivo sobre la comunidad hereditaria eximir de esa llamada al litigio de la citada viuda. *El Motivo tampoco se acoge*, porque se confirma —aparte de cuanto luego se añade— lo expuesto por la Sala *a quo* en su F. J. 2º que, con todo pormenor, responde a esa incidencia al expresar: «Por lo que respecta a la excep-

ción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada, se ha de indicar que, pretendida en el recurso esta excepción al haberse planteado en el mismo sin referencia a la misma en el trámite de primera instancia, cuando ya se podía haber efectuado por la parte demandada en base al propio testamento en el que se apoya esta excepción... No obstante, también resulta que esta excepción puede ser apreciada de oficio... Y una vez determinado que el Tribunal puede conocer de la excepción en cuanto a la misma, ha de indicarse que, resulta determinado por el referido testamento de don Antonio de A. M. que, el mismo dejó el usufructo sobre sus bienes tanto muebles como sitios, créditos derechos, acciones y obligaciones con expresa relevación de formalizar inventario y prestar fianza a favor de su esposa doña Pilar A. H., a la que facultó, para que mientras que se conservase viuda del otorgante distribuyese los bienes de éste, entre los hijos y demás descendientes del matrimonio en la proporción, tiempo y forma que tuviese por conveniente, en una o más veces, tanto por actos inter vivos como mortis causa, lo que constituye, como se señaló en la vista del recurso, la existencia de una comunidad hereditaria de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 110 y 113 de la Compilación del derecho civil de Aragón, Ley 3/85 de 21 de mayo aplicable, como admitieron ambas partes en la vista del recurso, dada la vecindad civil foral del otorgante en el referido testamento y que, conduce al rechazo de esta excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues cuanto que, como señala la Sentencia de 11-2-94, debe decretarse la improcedencia de la concurrencia de esta excepción, pues, se da un vínculo de solidaridad, impuesto por imperativo legal, entre todos los herederos, que opera para excluir toda posibilidad de surgimiento de litisconsorcio pasivo necesario (también en este sentido la S. de 22-3-90), de modo que, al no haberse llamado a la esposa usufructuaria, designada como tal en dicho testamento, no obstante, y a

pesar de ello, no se hace necesaria su llamada al procedimiento, al no ser precisa la misma para una correcta constitución de la litis, con la consiguiente desestimación de la pretendida excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario».

Quinto: Y es que, parece pertinente declarar, en refuerzo de esa tesis, que en la posible pugna que el Motivo plantea entre citados preceptos, *artículos 110 y 113* de la Ley 21 de mayo de 1985 de Compilación de Aragón y el referido artículo 1.084 del Código civil (empero, silenciado «nominatim» por la recurrida) sobre la afectación solidaria de los coherederos mientras la partición, al pago de las deudas u obligaciones remanentes del causante —en el caso de autos el otorgamiento de la escritura de permuta— ha de mantenerse la tesis de la Sala *a quo* que, por lo demás, no pugna en ese particular con la normativa foral, no ya porque *aquel usufructo universal* ratifica el sentido hereditario de los hijos o causahabientes del causante, sino porque hasta admitiendo que la usufructuaria fiduciaria aún no hubiese efectuado su encargo de distribución, y que resta una situación de pendencia, ello explica que en esa situación acontezca una ineludible comunidad hereditaria entre todos los interesados —como señala citado art. 113 Compilación— a cuyo régimen ordenador remite expresamente el citado precepto, pues, todos, según su posición jurídica y respectiva cualidad hereditaria distribuida por el *de cuius*, —fiduciaria y fideicomisarios o cónyuge supérstite, e hijos— forman parte de la misma, por lo que, su afección común o solidaria deviene ineludible, siendo pues entonces el litisconsorcio postulado superfluo. Se decía en Sentencia de 23-7-02: «... La figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, tiene su justificación última en una indebida constitución de la relación procesal, con base en la situación jurídico-material que se ventila en la litis, es decir, se pretende la presencia de todos los interesados en esta situación,

únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios, pues los que no fueron parte en el contrato cuya ejecución se discute, carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto, y no hay razón alguna para llamarles obligatoriamente a un proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo (art. 1.257 del Código civil). Importa poner de relieve, como ya tiene declarado la jurisprudencia, que no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión (SS., entre otras 16-12-86, 23-2-88, 4-10-89, 23-10 y 24-4-90, 25-2-92 etc.)... A lo que cabe añadir, que esa afectación o acatamiento a lo ya resuelto por los no llamados (eficacia de cosa juzgada), en fase de ejecución no se cohestaría con la imposibilidad de condena INAUDITA PARTE, por lo que, sería un obstáculo para la ejecución de la sentencia así pronunciada al no poderse imponer a quien pese a su conexión con la relación material controvertida no fue llamado al proceso y, que asimismo, cuando concurre un vínculo de solidaridad —art. 1.144, 1.084 del Código civil— no cabe apreciar la figura del litisconsorcio pasivo necesario. SS. 18-9-96; 14-3-2000; 28-6-2001, 1-7-93, 11-2-94, 11-3-94.

Sexto: En el *motivo quinto*, se denuncia al amparo del núm. 4 del artículo 1.692 de la LEC, la infracción por interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y Jurisprudencia concordante al no declarar resuelta la permuta por incumplimiento o cumplimiento tardío por parte de las actoras y haber incurrido

en mora tras haberse producido el correspondiente requerimiento notarial.

Se trata, pues, de demostrar que fue la parte actora la que incumplió lo pactado, *que no prospera*, porque, tras los *facta* transcritos, el no cumplimiento queda reflejado en el F. J. 3.º: «... no puede entenderse que por la parte demandante se incurriese en incumplimiento de su obligación y que, por lo tanto, concurra la causa de resolución del artículo 1.124 del Código civil, que de haber concurrido, y a su vez haberse determinado que por los demandados y reconvinentes habían cumplido con su obligación, habría permitido estimar la resolución del contrato instada por los demandados en su demanda reconventional como se desprende de constante doctrina jurisprudencial que exige que, para instar la resolución es preciso que el solicitante haya cumplido con su parte (SS. de 3-2-89, 20-12-93, 10-1-94 y 9-5-94) con verdadero incumplimiento además por la contraparte (SS. 11-10-82, 7-3-83, 6-7-89 y 2-4-94), como ya venía a apreciar el Juez de Instancia en su resolución, en la que se señalaba la falta de existencia de incumplimiento por la actora, que impedía estimar la reconvencción y por el contrario dar lugar a la estimación de la demanda, y que se ha de mantener en esta alzada conforme a lo expuesto, sin que la alegación efectuada en el sentido de que mientras que por los demandados conforme al informe o certificado del Ayuntamiento de Rincón de Soto se había interesado licencia de autorización de segregación, solamente por una de las actoras, por doña María Práxedes M. M. se había interesado también licencia o división de segregación de solares (oficio del Ayuntamiento de Rincón de Soto de 15 de julio de 1996, obrante en el rollo de apelación), por cuanto que no puede olvidarse que, se está resolviendo sobre un contrato privado-civil que ha de entenderse ajeno a requisitos administrativos, en relación con la Ley del Suelo, independiente de la cuestión controvertida entre las partes consistente en un con-

trato privado de permuta, independiente a cuestiones de urbanización o de carácter administrativo, de ahí que, en definitiva, se deba de resolver con el mantenimiento de la sentencia de instancia cuyos fundamentos se admiten y dan por reproducidos en la presente, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación, pues, en definitiva, estimada la demanda, la consecuencia inmediata debe ser la del rechazo de la reconvencción en todos sus puntos, pues no procede declarar la resolución contractual pretendida en la misma ni como su consecuencia dar lugar a la indemnización por daños, perjuicios e intereses y gastos solicitados, así como el mantenimiento de la sentencia recurrida y el rechazo del recurso de apelación».

Tesis de la recurrida que ha de prevalecer según Sentencia de 18-3-03: «...Siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (SS. 22-7-95, 20-7-96, 9-12-97) el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el núm. 4 del artículo 1.692 LEC (tras la reforma de la Ley 10/92 de 30 de abril como error de derecho en la apreciación de la prueba) pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (S. del T.S. de 10-3-83), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (S. del T. S. 18-11-83), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS. 31-5 y 13-11-85), se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala *a quo* auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado...». SS. 18-3-91; 22-7-95; 20-7-96; 9-12-97; 5-4-99; 30-11-99; 25-10-2000; 15-3-2001; 5-4-2001; 20-9-2001; 20-3-2002; 17-5-2002; 27-7-02. Sin que tampoco se acoja el *motivo sexto*, que denuncia al amparo del núm. 4 del

artículo 1.692 de la LEC la infracción por la inaplicación de la doctrina de la equivalencia de las prestaciones y principio de equidad consagrados en la jurisprudencia, en relación con el enriquecimiento injusto que obtendría el demandante en el caso de que se condenase al demandado a cumplir el contrato de permuta de 28 de junio de 1985; planteando sin duda una «res nova» sobre el enriquecimiento injusto, cuya inclusión «ex post» en esta vía casacional es inviable, se decía en Sentencia de 18-3-02: «...Se trata de una cuestión nueva, y por tanto no examinable en casación por no tener acceso a ella, por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, puesto que como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia, no cabe resolver tesis ni problemas jurídicos que no fueron propuestos oportunamente al juzgador de instancia... Hay que asegurar asimismo el derecho de defensa a la otra parte, porque no es posible revisar o resolver en esta vía casacional una cuestión no enjuiciada, ya que son las cuestiones discutidas en la litis las que en este recurso extraordinario puedan resolverse. Otra cosa acarrearía la más completa indefensión de la parte contraria y no sólo se vulneraría y conculcaría la legalidad ordinaria, sino también el derecho fundamental de la persona que proscribe para toda clase de juicios cualquier atisbo de indefensión. Las cuestiones nuevas van, además, contra los principios de audiencia bilateral y de congruencia. — Sentencias por todas, de 27-1; 1-3; 2; 29 y 30-6; 13, 14 y 16-7; 10-10; 3, 15, 17 y 18-12-1984; 20-2; 4-3; 28-5; 10, 20, 21-6; 13-7; 7-11; 10 y 20-12-1985; 28-1; 24-2; 14-3; 16 y 30-5; 12-7; 8, 22, 28-10; 27-11-1986; 3, 16-3; 3-4; 12, 14, 25-5; 27-6; 28-9; 2-10; 30-11; 14-12-1987; 31-10; 6-11; 15-12-1989; 5-6; 20-11-1990; 3-4; 28-10; 23-12-1992; 8-3; 3-4; 26-7-1993; 2-12-1994; 28-11-1995 y 7-6-1996»; asimismo, en Sentencia de 21-9-2001: «...por tratarse de una cuestión nueva, que no es admisible en casación,

ya que no permite a la parte contraria oponerse a la misma, pudiendo dar lugar a una verdadera indefensión, como han mantenido entre otras muchas anteriores, las sentencias de esta Sala de 14-6-2000, 4-12-2000, 12-2-2001, 8-3-2001, 20-3-2001; 30-3-2001; 12-3-02; por lo que se desestima el recurso con los demás efectos legales.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de don José Alfonso, don Antonio M^a, doña Pilar, don Carlos M^a, don Fco. Javier y don Alejandro de A. A., frente a la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Logroño en 12 de junio de 1997. Condenamos a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal y, a su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los Autos y Rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Alfonso Villagómez Rodil.— Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.— José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.— Rubricado. Publicación.— Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

B) RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGON (2001-2002)

HUESCA, 2001

9

NÚM. 9

S. APH de 25 de enero de 2001

74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA: Nulidad del acto de disposición: *La escritura de ejecución de fiducia es nula porque la voluntad de las fiduciarias está viciada por el error consistente en creer que por ley o por disposición expresa de los causantes estaban obligadas a nombrar heredero al hermano mayor y, además, porque las fiduciarias no exteriorizaron ante el notario su auténtica voluntad incurriendo en una radical divergencia entre la voluntad interna y la declaración.*
74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA: Fiduciarios no determinados: *Se ejercita acción de nulidad de la escritura de constitución de fiducia entre otras cosas por considerar que no han intervenido los parientes idóneos para constituir la fiducia. En la escritura de decía que deben concurrir «el pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad de cada contrayente», esta expresión no debe interpretarse en el sentido de que el pariente debe ser el más próximo en grado y que sólo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad, sino que ambos criterios deben aplicarse a la vez. Por ello, aunque existe un pariente más cercano en grado (un hermano del causante) que una de las fiduciarias (sobrina del causante),*

tiene 90 años y reside, desde hace más de treinta y cinco años, en la Argentina. Además, en Aragón siempre ha pesado, junto a la proximidad en grado, la relación estrecha con la Casa, y ésta la tiene la sobrina fiduciaria y no el tío de la Argentina.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 114 y 115 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el JPI nº 1 de Huesca comparece Víctor R. S. interesando la nulidad de una escritura de ejecución de fiducia frente a los que de ella resultan ser herederos: sus hermanos Fernando R. S y Pascual R. S. así como contra las fiduciarias María Jesús R. S y María Josefa C. R. Esta última se allana a las pretensiones del actor.

El Juzgado, en sentencia recaída en los autos 350/99, estima la demanda.

Los demandados interponen recurso de apelación ante la APH. formado el rollo 235/2000, la Sala desestima el recurso de apelación interpuesto confirmando sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Todos los demandados apelantes discrepan del pronunciamiento

emitido en la precedente instancia y sostienen que la demanda debería quedar íntegramente desestimada, al tiempo que defienden que la cuantía del asunto debería quedar fijada en sesenta millones de pesetas, en lugar de los veinte millones de pesetas señalados por el actor.

En lo que concierne a la cuantía del asunto nada procede decir ahora pues este Tribunal, en este trámite, debe limitarse a resolver si procede o no mantener la estimación de la demanda decretada en la primera instancia, con el subsiguiente pronunciamiento en costas, sin perjuicio de que, en su momento, si la determinación de la cuantía llegara a ser transcendente, por ejemplo, a los efectos de la interposición de una eventual casación, por la entrada en acción de la transitoria tercera de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 477 de dicha Ley, necesariamente habrá de determinarse la cuantía por este Tribunal, siquiera sea a los efectos indicativos que preveía el artículo 1.694 de la ya derogada Ley de Enjuiciamiento Civil pues aunque la nueva norma procesal parte de la premisa, en el artículo 255, de que la cuantía se habrá determinado en la audiencia previa o en la vista siempre que sea discutida y tenga transcendencia para la determinación del procedimiento o para la procedencia del recurso de casación, con la Ley procesal derogada era posible que se llegara al trámite de casación sin estar determinada la cuantía, que es lo que ha sucedido en el presente caso, que hasta ahora se ha sustanciado bajo la Ley derogada, pues en él no se ha determinado la cuantía por conformidad de las partes o por resolución judicial.

Segundo: En lo que interesa a la viabilidad misma de la demanda la nulidad en ella solicitada no creemos que pueda sustentarse en el caso por no haber intervenido parientes idóneos para cumplir con la fiducia. Desde luego que, en abstracto, la intervención de parientes no llamados a cumplir con el personalísimo encargo que la fiducia representa debe dar lugar

a la nulidad del otorgamiento, pero en el caso creemos que las dos fiduciarias sí que eran los parientes idóneos designados por los causantes. Éstos designaron, para el cometido fiduciario, en lo que a los familiares concierne, a «un pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad de cada contrayente» y las familiares que intervinieron son efectivamente los parientes «más cercanos en grado y vecindad». Esta expresión no creemos que deba interpretarse en el sentido de que el pariente tiene que ser el más próximo en grado y que sólo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad sino que ambos criterios deben actuar combinadamente, conforme a la voluntad de los causantes expresada en la carta quienes, al decir lo que dijeron, señalaron: primero, que a la función fiduciaria llamaban a los parientes más cercanos; y, segundo, que para determinar la cercanía había que estar a los dos criterios dichos (la cercanía en grado y la cercanía en vecindad). Es cierto que, en no pocas ocasiones, al ponderar y valorar la cercanía de los familiares conforme a los dos criterios dichos, el grado, que actúa con precisión matemática, pesará más que la vecindad, susceptible de muchos matices, pero en el caso la verdad es que habría sido extraordinariamente difícil encontrar un supuesto más claro pues aunque existe un pariente más cercano en grado (un hermano del causante) que una de las fiduciarias (sobrina de aquel) el mismo, de noventa años de edad, reside en la Argentina desde hace más de treinta y cinco años y no consta que haya mantenido con la Casa más contacto que el ponerse al habla telefónica, con la causante, tres o cuatro años por Navidad. En Aragón siempre ha pesado, junto con la proximidad en grado, la relación más o menos estrecha existente con la familia, con su entorno, con su problemática y con su realidad social, económica y jurídica, buscando la mayor inmediación posible, que es lo que los causantes querían al emplear la fórmula antes indicada que, como es obvio, no quiere decir que ante una mínima distancia haya que saltar de

grado pero que permite que ante un gran distanciamiento se pueda considerar más cercano a un pariente más lejano en grado, como en este caso sucede, en el que la vecindad es tan remota, tan exageradamente distante, que justifica sin duda el salto en grado. En similar sentido la doctrina cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de marzo de 1958 y hasta el mismo demandante visitó, en su calidad de fiduciaria, a la pariente que intervino en lugar del hermano del causante residente en Argentina, reconociendo así su idoneidad para ejercer la fiducia en lugar de aquel (posición segunda del folio 358). Es decir, tanto el demandante como sus hermanos demandados tenían reconocida la idoneidad de las fiduciarias también demandadas para desempeñar dicho cargo sin la intervención del familiar emigrado a Argentina.

Tercero: Tampoco creemos que en el caso pueda afirmarse que no existió absolutamente deliberación entre las dos fiduciarias. Hasta la fiduciaria allanada admitió al folio 358 que habló con la otra fiduciaria antes de firmar la escritura. Las mismas actuaron de consuno y de hecho tenían poco que discutir pues estaban de acuerdo en proceder como lo hicieron, muy influenciadas, desde luego, por las presiones que los aspirantes a la herencia hicieron entrar en acción, lo cual trajo consigo cuanto más adelante veremos pero no creemos que el motivo de nulidad sea la inexistencia de una deliberación, como tampoco lo es que una de las fiduciarias «no se enterara de nada» al cumplir con el encargo fiduciario ante el notario. Como muy bien dicen los apelantes, la intervención notarial garantiza que las fiduciarias manifestaron ante el notario cuanto se recoge en el acta del otorgamiento y no tenemos ninguna duda de que la voluntad conscientemente manifestada ante el notario fue la que efectivamente se recoge en el acta que, en lo sustancial, consiste en que las fiduciarias nombran heredero universal a Fernando, legan una mitad indivisa a Pas-

cual y cinco mil pesetas al demandante. Como muy bien dijo la parte que lo propuso, el testimonio del notario era y es innecesario hasta el punto de que, ponderando la fe pública y el resto de las pruebas practicadas en este proceso, no tenemos ninguna duda de que son ciertos todos y cada uno de los hechos afirmados en las preguntas que el notario habría tenido que contestar como testigo, obrantes al folio 350 de los autos, con la obvia precisión, para la pregunta tercera, de que la voluntad conocida por el notario no era otra sino la voluntad que ante él se exteriorizó.

Cuarto: A la luz del conjunto de las pruebas practicadas en este proceso, entre las que cabe destacar la escritura pública que documenta, bajo la fe pública, la ejecución del encargo fiduciario, cuya validez está en discusión, las diferentes manifestaciones de la fiduciaria allanada, las declaraciones de los folios 281, 282, 283, 287, 288, 307, 308, 458 y 516, el haber manifestado implícitamente los hermanos demandados, al formular la pregunta 24 del pliego de posiciones del folio 312, que están dispuestos a entregar al actor un tercio del montante de la herencia como pago de las mejoras que éste reclamaba, la respuesta dada al folio 382, por la fiduciaria apelante a la pregunta séptima de las posiciones que absolvió (aun teniendo también en cuenta el resto de las contestaciones y, en particular, las evasivas respuestas dadas a las preguntas 33, 34, 39 y 47 y la negativa a la 50), pensamos que los hechos sucedieron de un modo que en lo sustancial son los afirmados por el demandante y la fiduciaria allanada pero resulta obvio que la versión de esta última incurre en algunas exageraciones que entran en abierta colisión con la fe pública notarial, debiendo prevalecer esta última sobre aquellas manifestaciones. Lo que realmente aconteció en el caso es que llegado el momento de cumplirse la fiducia, los hermanos hoy litigantes comenzaron a discutir sobre cual deberían ser sus derechos hereditarios, como si fuera ellos mismos

los llamados a cumplir el encargo fiduciario. Como quiera que el actor pretendía una mayor participación que la de sus dos hermanos y éstos defendían que lo procedente era llegar a terceras e iguales partes, los hermanos demandados llegaron a temer que si la fiducia se ejecutaba asignando a los tres hermanos iguales partes el actor podría entablar luego contra ellos una reclamación por la dedicación que decía haber prestado en el patrimonio familiar introduciendo mejoras. Para eludir dicha situación los dos demandados pensaron que la crisis familiar podría superarse si la fiducia se ejecutaba asignando a cada uno de los dos demandados una mitad del haber hereditario a título de herencia y legado, legando al actor una suma simbólica (las cinco mil pesetas), asumiendo ambos, verbalmente, el compromiso de donar luego al actor, entre los dos, un tercio de la herencia, tan pronto como el actor renunciara a reclamar por las atenciones que decía haber prestado al patrimonio familiar. Seguidamente los dos demandados convencieron a las fiduciarias de que lo mejor para la familia era actuar conforme al indicado plan y al hacerlo, deliberada o inadvertidamente, hicieron creer a las fiduciarias que por Ley o por disposición expresa de los causantes tenían que nombrar heredero al hermano mayor y las fiduciarias, convencidas de que necesariamente tenían que nombrar heredero al mayor y confiadas en que los dos demandados harían llegar luego un tercio de la herencia al actor, se avinieron a otorgar la escritura de ejecución fiduciaria en los términos que finalmente la otorgaron para lo que el propio Fernando, que es quien habría de ser designado heredero universal, encargó al notario la redacción de la escritura y, una vez estuvo preparada, las dos fiduciarias, personas capaces y sin ninguna limitación conocida en sus facultades de conocer y querer, otorgaron ante el notario la escritura, que había sido preparada respetando lo previamente convenido entre las fiduciarias y los dos hermanos demandados, favorecidos por su designación, pues

de lo contrario las fiduciarias no la habrían otorgado. En dicha escritura, como estaba previsto, no se hacía ninguna mención a la ulterior obligación de donar al actor un tercio de la herencia aunque ambas fiduciarias confiaban en que tal cosa tendría lugar más tarde de forma que, terminada toda la operación diseñada, los tres hermanos litigantes acabarían teniendo una tercera parte de la herencia, tal y como con tanta insistencia como sinceridad lo viene defendiendo la fiduciaria allanada. Es decir, las fiduciarias, querían hacer llegar un tercio de la herencia para cada hermano hoy litigante pero, por las razones que han quedado expuestas, fue otra cosa lo que quisieron manifestar y manifestaron ante el notario en la escritura litigiosa la cual motivó la indignación del actor, ante cuyas protestas recapacitó la fiduciaria hoy allanada, al darse cuenta de que «sobre el papel» había dejado al actor sin nada cuando en realidad quería dejarle un tercio de la herencia de sus difuntos padres, razón por la que, dudando acaso que finalmente llegara a tener lugar la ulterior donación en favor del actor (mientras que la otra fiduciaria, hoy apelante, «confía plenamente en la rectitud y buen hacer» del heredero y legatarios designados tal y como consta al folio 245 vuelto), se avino a colaborar con el actor formando los documentos aportados con la demanda (folios 139 y siguientes) para lograr la anulación de la escritura otorgada, en los que, no obstante, insistimos, la repetida fiduciaria relató con sinceridad la esencia de lo acontecido aunque la consciente divergencia entre la voluntad interna y la declarada (para que más tarde entrara en acción una futura donación en favor del actor), por razones que ignoramos, se quisiera disimular con la alegación de que dicha fiduciaria no se enteró de lo que firmaba cuando compareció ante el notario y que creía que había repartido ante dicho notario la herencia entre los tres hermanos, en tres partes iguales, afirmaciones esta últimas que no consideramos que puedan desvirtuar la fe pública notarial y que, por lo

tanto no nos creemos lo cual, por otra parte, puesto en relación con el resto de las pruebas, nos refuerza la convicción de que en el caso hubo una auténtica reserva mental de forma que no es que la fiduciaria allanada haya decidido revocar su decisión sino que nunca quiso lo que dijo querer ante el notario.

Así las cosas, aunque el notario cumpliera escrupulosamente con todas las facetas de su función, tenemos que la escritura fiduciaria es efectivamente nula pues la voluntad de las fiduciarias estaba viciada por el error consistente en creer que por Ley o por disposición expresa de los causantes estaban obligadas a nombrar heredero al hermano mayor y, además, resulta que las fiduciarias no exteriorizaron ante el notario su auténtica voluntad, incurriendo en una radical divergencia entre su voluntad interna y la que declararon ante el notario lo cual hace nula la ejecución fiduciaria pues en realidad no existe la voluntad declarada ante el notario, dado que las fiduciarias tenían otro deseo, que se reservaron para sí. Al propio tiempo, la mecánica elegida determina que las fiduciarias no cumplieron con su personalísimo encargo por sí mismas sino que de hecho, al prestarse al plan diseñado por los dos demandados, delegaron en éstos el cumplimiento de la voluntad fiduciaria real (la que nunca se llegó a manifestar ante el notario) pues que la donación tenga lugar es algo que ya no depende de las fiduciarias pese a que su voluntad era que los tres hermanos recibieran terceras e iguales partes, aunque no fuera eso lo que declararon ante el notario. Es decir, en la ejecución fiduciaria hubo una disociación entre la voluntad interna y la manifestada y para que finalmente tenga realidad la voluntad fiduciaria auténtica, la que las fiduciarias se reservaron ante el notario, será preciso que los beneficiados por la voluntad manifestada donen un tercio al actor lo cual es tanto como hacer una delegación del ejercicio de las facultades fiduciarias de forma que si éstas consideraban que el actor, por todas las circunstancias que en

él concurrían, incluida su dedicación al patrimonio familiar, debía recibir un tercio de la herencia, no tenían más que declararlo así, sin supeditar la realización de dicha voluntad a que sus hermanos tengan a bien donarle dicho tercio.

Por todo ello, aunque sea por razones distintas a las consignadas en la sentencia apelada, cuyo fundamento octavo, no obstante, aceptamos y damos por reproducido en esta ocasión procesal, procede ratificar el pronunciamiento controvertido.

Quinto: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

NÚM. 10

S. APH de 17 de febrero de 2001

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: NULIDAD: Usucapión de las cosas poseídas: Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias y al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño.

Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la Usucapión, debido al tiempo transcurrido. 74: FIDUCIA SUCESORIA: CÓNYUGE FIDUCIARIO: Pérdida de la condición de fiduciario: Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño.

10

Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la Usucapión, debido al tiempo transcurrido.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 53, 110. 2 Comp.; arts. 670 y 1.380 Código civil.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el Juzgado de JPI nº 1 de Huesca, doña MJPL interpone demanda contra sus hermanos y otros parientes, ejercitando entre otras acciones, la nulidad de los testamentos y ejecución de fiducia realizada para ordenar la herencia de su difunta madre. A ello se oponen parte de los demandados, reconviniendo alguno de ellos.

El Juzgado, en sentencia recaída en los 309/99 estima parcialmente la demanda y la reconvención formulada por una parte de los demandados, y declara la nulidad de uno de los testamentos.

Los demandados no reconvinientes así como éstos, interponen recurso de apelación ante la APH.

Formado el rollo de la apelación 289/2000, la APH estima el recurso de apelación interpuesto por los primeros y en parte el interpuesto por lo segundos, declarando la nulidad de los testamentos a través de los que se ordenaba la sucesión de la causante, y confirmando en el resto la Sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Debe comenzarse por el análisis del recurso interpuesto por Purificación P. P., Isabel P. L. y Jesús P. L., dadas las cuestiones procesales que el mismo suscita. Así dichos recurrentes sostienen, en primer lugar, que debe declararse la nulidad de lo actuado desde que se admitió a la parte actora el cambio de demanda. En este particular el recurso no debe prosperar. Es cierto que la demandante incurrió en una patente *mutatio libelli*, modificando sustancialmente sus pre-

tensiones, pasando a pedir la nulidad de los dos testamentos individuales cuando inicialmente sólo pidió la declaración de nulidad del segundo. Ahora bien, teniendo en cuenta la existencia de la reconvencción, en la que se pedía también la nulidad de ambos testamentos, en el caso, dadas sus particulares características, puede afirmarse que la indicada irregularidad procesal, al admitirse el cambio de demanda, no ha producido efectiva indefensión a estos recurrentes pues al contestar a la reconvencción pudieron alegar y debatir sin limitación alguna sobre los particulares introducidos en el cambio de demanda por lo que la reposición de las actuaciones al instante procesal en el que se admitió dicha mutación sólo se traduciría en una mera dilación que en nada favorecería a ninguna de las partes pues todas las pretensiones a las que se da lugar, si no estaban en la demanda original sí que lo estaban en la reconvencción. Y en sentido contrario no puede alegarse con éxito que la reconvencción también es nula. Los recurrentes defienden que la reconvencción es nula pues, según sostienen, los demandados reconvinientes no llegaron a contestar a la demanda. Tal premisa no se ajusta a la realidad pues dichos demandados sí que contestaron a la demanda. Lo que sucede es que al hacerlo, al contestar a la demanda, no se limitaron a pedir su estimación o desestimación, íntegra o parcial, sino que introdujeron nuevas peticiones, las consideradas reconconvencionales, de las que se dio traslado a todas las partes, también a estos recurrentes, quienes la contestaron mediante el escrito obrante a los folios 267 y siguientes. Es cierto que la indicada reconvencción presenta la particularidad de que no sólo va dirigida contra los codemandados hoy recurrentes pero, aparte de que los mismos no han fundado en esta circunstancia su petición de nulidad, no puede desconocerse que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no sea aplicable al caso, sí que permite esta situación en su artículo 407. Además, ya en nuestra sentencia de 17 de

abril de 2000 admitimos, incluso con la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil, esta clase de reconvencciones contra personas distintas del actor, como medida de subsanar la falta de presupuestos procesales, como los que representa el litisconsorcio pasivo necesario. En dicha resolución ya indicamos que, como decía la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992, que se apoya en la de 22 de julio de 1991, en el derecho actual el defecto litisconsorcial puede ser corregido mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, criterio que ha dado lugar a una consolidada doctrina jurisprudencial, reiterada en las sentencias del alto Tribunal de 29 de junio y 28 de julio de 1999. Para dicha subsanación puede utilizarse (en los juicios de menor cuantía) la comparecencia obligatoria del artículo 693 LEC, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. Por ello, siguiendo la expresada indicación jurisprudencial, de la que ya nos hicimos eco en nuestras sentencias de 26 de abril y 10 de julio de 1993, 27 de abril de 1994 y 20 de febrero de 1997, en los juicios de menor cuantía, en los casos de apreciación en sentencia de la excepción, deben reponerse las actuaciones al acto de la comparecencia inicial, propia de los juicios de menor cuantía. Por todo ello, si la reconvencción sólo se hubiera dirigido contra la actora inicial, habría que haber apreciado la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y procedería acordar la reposición de las actuaciones al acto de la comparecencia, para que la acción reconvenzional fuera dirigida contra los codemandados, sin que tal subsanación pudiera verse impedida por el hecho de que estamos ante una demanda reconvenzional pues también con las demandas reconvenzionales debe ser posible la subsanación de la carencia de presupuestos procesales, aunque para

ello sea preciso llamar a sujetos no demandantes, posibilidad que, por otra parte, como hemos dicho, viene expresamente admitida en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 406 y 407. Además, si la anterior no se estimara la tesis correcta, estaríamos ante una mera irregularidad procesal que no ha ocasionado indefensión pues los codemandados recurrentes han podido contestar y han contestado la demanda reconvenzional con la misma amplitud a la que habría sido posible si los codemandados, en lugar de reconvenir, hubieran interpuesto una nueva demanda para luego solicitar la acumulación de ambas actuaciones.

Segundo: Resueltos los óbices procesales suscitados por las partes, sin perjuicio de los que luego analizaremos de oficio en lo que concierne a las operaciones particionales, procede entrar en el análisis de la validez de las disposiciones testamentarias en discusión. Los recurrentes Purificación P. P., Isabel P. L. y Jesús P. L. consideran que ambos testamentos *son válidos* pues quien los otorgó tenía plena capacidad para testar por sí mismo, por su propia herencia, y ha prescrito, según sostienen, la acción para instar la nulidad de las disposiciones que hizo como *fiduciario* de su primera esposa, después de haber perdido tal condición de fiduciario, por haber contraído nuevas nupcias conforme a lo reglado en el artículo 110.2 de la Compilación de Derecho civil de Aragón. Por su parte, Mariano P. L., Pilar P. L. y Lourdes P. L. defienden, con la actora, que no existe tal prescripción y además, sostienen que tales testamentos no son nulos sólo por la ejecución fiduciaria, por la herencia de Pilar L. S. sino que, además, también son nulos en cuanto ordenan la sucesión de su otorgante Jesús P. A.

Los testamentos en discusión documentan, en un único instrumento, dos actos distintos, la ordenación de la herencia de Jesús P. A. y la ordenación de la herencia de Pilar L. S. La primera la ordena el causante por sí mismo; la

segunda la ordena él mismo como fiduciario de su difunta esposa, después de haber perdido tal condición de fiduciario por haber contraído nuevas nupcias, conforme al artículo 110.2 de la Compilación Aragonesa. Por la primera, sin necesidad de entrar en la discusión de cual sería el plazo prescriptivo, nos parece patente que no existe vicio alguno en la voluntad del otorgante en los términos que tiene explicados el Juzgado, cuyos argumentos aceptamos y damos por reproducidos en todo lo que concierne a este particular, siendo de resaltar que el testador no fue objeto de fraude alguno y que ejerciera la fiducia cuando ya no era fiduciario sólo puede afectar a la herencia de su esposa no a la suya propia. En sentido contrario no puede decirse que en el testamento mancomunado ambos cónyuges instituyeron a sus seis hijos por partes iguales pues tal cosa sólo era así si el sobreviviente no lo contradecía con ulteriores disposiciones. Y tampoco puede alegarse que el artículo 1.380 del Código civil no sería aplicable por estar ya disuelta la sociedad conyugal pues, aparte de que tal cuestión no afectaría a la validez de los testamentos sino a la de los legados, lo cierto es que la doctrina viene entendiendo que tal precepto es también aplicable cuando la sociedad ya está disuelta pero pendiente de liquidación. Del mismo modo, no puede decirse con éxito que no es aplicable el artículo 1.380 del Código civil alegando que en ejecución fiduciaria la disposición consorcial siempre es válida pues al ser nula la disposición fiduciaria es como si no existiera la misma. Es decir, al ser nula la ejecución fiduciaria el fiduciario dispuso sólo de su propia herencia.

Por el contrario, tales testamentos, los dos, en cuanto ordenan la herencia de Pilar L. S., son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de la causante. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias

y al ejecutar no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño. El que fue fiduciario ya había perdido entonces la potestad para concretar la voluntad de la causante, por lo que sus disposiciones en modo alguno pueden servir para integrar la voluntad de aquella que, de este modo, está completamente ausente en los testamentos litigiosos, no existe. Es decir, no es que la voluntad de la causante estuviera viciada, simplemente no existe en los testamentos litigiosos, por lo que éstos en absoluto pueden servir para ordenar la sucesión de aquella, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que los mismos se otorgaron. Además, conforme al artículo 670 del Código civil, tenemos que el testamento es un acto personalísimo, lo que quiere decir que no puede otorgarse por un tercero. Es cierto que en Aragón se puede ordenar la sucesión mediante la institución de la fiducia, neutralizando así la citada norma del Código civil, pero tal neutralización sólo opera hasta donde alcanza la fiducia, es decir, para los actos otorgados por el fiduciario de forma que el testamento otorgado por quien no es fiduciario vulnera el citado artículo 670, haciendo que tal testamento sea nulo de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código civil.

Ahora bien, como hemos dicho tales testamentos, en lo que concierne a la herencia de la esposa, son nulos los dos. El Juzgado sólo ha declarado la nulidad del segundo, probablemente por partir de la consideración de que el primero había quedado revocado por el segundo, pero la declaración de nulidad debe emitirse en relación con los dos, tal y como se solicitó por la reconvencción, aunque sin alcanzar en ningún caso a las disposiciones testamentarias que Jesús P. hizo ordenando su propia herencia, tal y como lo tiene acordado el Juzgado. De no hacerse así por entender que el segundo testamento individual revocó al primero, tendríamos que al declarar sólo

la nulidad del segundo, éste ya no podría revocar al primero por lo que éste, pese a ser nulo de pleno derecho en lo que concierne a la ejecución fiduciaria, seguiría apareciendo como válido en el tráfico jurídico.

Tercero: Determinadas así las reglas por las que deben regirse las dos herencias de los causantes, llegamos a la discusión sobre los bienes que deben integrarlos lo cual nos lleva ya a un problema de partición que no debería haberse discutido en este proceso ordinario pues, aunque la jurisprudencia haya vacilado en este particular, el legislador tenía expresamente previsto que el juicio universal de división del patrimonio hereditario, de ser precisa la intervención judicial, debía hacerse por los trámites de las testamentarias en la que la intervención jurisdiccional propiamente dicha sólo podría entrar en acción mediante el juicio previsto en el artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy derogada, después de haberse agotado todas las frases de esta especie de intento de conciliación y cuasi arbitraje obligatorio en que consistía la testamentaria, que culminaba, a falta de acuerdo, con el nombramiento y consiguiente dictamen o cuadero particional del contador-partidor dirimente, frente al cual es cuando surgía la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo, conforme al artículo 1.088 de la hoy derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando ya había completamente formada una partición sobre la que discutir, imposición que, como tenemos repetidamente declarado junto con un importante sector doctrinal, no obedece sólo al deseo de conciliar a las partes para evitar el declarativo ordinario, sino también, sobre todo, a la conveniencia de que si se llega al juicio ordinario, exista ya formada una partición sobre la que se discuta. Entonces y sólo entonces es cuando podía recabarse la obtención de un determinado pronunciamiento jurisdiccional para modificar la partición previamente efectuada de

forma que antes de tal partición no es que el procedimiento ordinario fuera inadecuado para discutir las operaciones particionales de la herencia sino que, más bien, la cuestión previamente estaba sometida a una suerte de arbitraje obligatorio y especial (la primera fase de la testamentaria, que culmina con las operaciones particionales del contador dirimente), aunque tal arbitraje especial, porque así lo quiso el legislador, era susceptible de ser revisado jurisdiccionalmente mediante el trámite ordenado por el artículo 1.088, en el que se remitía, precisamente al juicio ordinario, por lo que como decimos, no es que el juicio ordinario sea propiamente inadecuado sino que, más bien, para la partición, venía legalmente propuesto hasta la conclusión de un arbitraje obligatorio y especial a realizar por el contador partidor dirimente.

Y lo anterior no quiere decir que las partes tuvieran necesariamente que iniciar el juicio universal a sabiendas de que no iban a llegar a ningún acuerdo en él en relación con determinados bienes. Que exista una partición pendiente de hacer no quiere decir que los interesados no puedan promover un juicio no universal reivindicando o pretendiendo la declaración de propiedad de un determinado bien, o pidiendo la declaración de la existencia de un determinado crédito en beneficio de la comunidad, a sustanciar por los cauces del juicio ordinario que correspondiera. Es decir, cualquier comunero, actuando en beneficio de la comunidad, podía en cualquier momento reclamar judicialmente a otro comunero o, en su caso, a un tercero, un determinado bien que el demandado pretendiera de su propiedad cuando, según el demandante, tal bien debía considerarse perteneciente a la comunidad hereditaria. Lógicamente, tales acciones reivindicatorias, meramente declarativas del dominio o declarativas, con o sin condena, de la existencia de un determinado crédito a favor de la comunidad, sustan-

ciadas por el cauce de un declarativo ordinario, más tarde, mediante la entrada en acción del efecto positivo de la cosa juzgada, podía tener su efecto reflejo en el juicio universal de testamentaría (hoy sustituido, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por los procedimientos creados por el legislador para lograr la división judicial de patrimonios). Pero que tales acciones individuales, sustanciadas por el cauce de un juicio ordinario, pudieran zanjar la controversia que más tarde se temía en el juicio universal no quiere decir que el juicio universal pudiera hacerse directamente por el cauce de un juicio ordinario. En la práctica lo que está sucediendo con demasiada frecuencia es que las partes en lugar de promover, en juicio ordinario, el ejercicio de una o varias acciones individuales acumuladas para reivindicar, para la comunidad, unos determinados bienes o para obtener el reconocimiento de unos créditos lo que hacen es pretender realizar dentro de este juicio ordinario el juicio universal de división de las herencias lo cual no es posible legalmente, por las razones que hemos visto, y sólo da lugar a procedimientos farragosos e interminables en los que, con frecuencia, se puede decir que no terminan cuando se dicta la sentencia sino que empiezan con ella, dando lugar en ejecución a múltiples incidentes, después de una fase declarativa de muy compleja tramitación (piénsese en varios coherederos accionando y reconviniendo todos contra todos para conseguir, desde la nada, la realización de una partición).

No obstante lo anterior, como quiera que el resto del inventario no es discutido por nadie, tenemos que en la controversia suscitada en esta alzada únicamente se discute si un grupo de herederos ha usucapido la industria de panadería, y el ajuar así como si existe o no un crédito a favor de la primera comunidad conyugal y a cargo de la segunda. Es decir, lo que empezó siendo un juicio universal de división hereditaria mal sustanciado por

los cauces de un juicio ordinario (juicio que era ineludible para discutir la validez de las disposiciones testamentarias), por lo que ahora se discute en esta segunda instancia, se ha transformado en la reivindicatoria, a favor de la comunidad hereditaria, de unos determinados bienes y en la pretensión del reconocimiento de un determinado crédito, por lo que, siendo que con ello no se produce indefensión a ninguna de las partes, procede resolver los indicados puntos controvertidos y dejar que sea ya en ejecución cuando las partes, de no llegar a un acuerdo, sigan el juicio universal por los trámites previstos por el legislador para la división judicial de patrimonios.

Así las cosas, tenemos que el Juzgado ha resuelto correctamente las expresadas cuestiones. No creemos que los demandados poseyeran la industria de panadería en nombre propio en vida de su padre. Aunque ejercieran en nombre propio el negocio, la utilización de la maquinaria e instalaciones no la hacían entonces como dueños sino porque les dejaba su padre. Ahora bien, tras la muerte de su padre se produjo una patente modificación pues entonces, en virtud de las disposiciones testamentarias que ahora se anulan en lo que concierne a la ejecución fiduciaria, Jesús e Isabel pasaron a servirse del negocio y sus máquinas en concepto de dueños y así han venido poseyendo dicho negocio desde entonces, con todos sus elementos muebles, llegando incluso a liquidar el impuesto de sucesiones el 29 de julio de 1991, comprendiendo dicho negocio. Por ello, nada podemos objetar a la usucapación del negocio apreciada por el Juzgado, pues la usucapación se habría producido igualmente aunque el plazo se contara desde la indicada fecha. Por otra parte, el Juzgado ha estado acertado al negar la usucapación del ajuar, muebles y enseres de la vivienda familiar pues no existe razón alguna para suponer que el mismo fuera poseído en concepto de dueños, sino como unos coherederos

más. Por último, tampoco puede prosperar la apelación cuando pretende el reconocimiento del dinero existente en 1976. En este particular los recurrentes pretenden que al menos habría que entender que siete décimas partes de lo invertido dos años después en la adquisición de la nave industrial pertenecía a la primera comunidad. Lo cierto es que no se ha demostrado que en 1976 la primera comunidad tuviera ahorrada alguna suma de dinero y si alguno había, debe presumirse aprovechado en beneficio del consorcio, como lo tiene dicho el Juzgado en aplicación del artículo 53.4 de la Compilación y no puede partirse sin más de que todo o parte del dinero invertido dos años más tarde en la adquisición de una nave industrial procedía de la primera comunidad pues, aparte de que las siete décimas partes los recurrentes, en su contestación-reconvención, las referían a la nave misma y no al dinero invertido en su adquisición (folios 116 y 120) lo cierto es que no hay prueba alguna de que la misma se adquiriera con dinero procedente de la primera comunidad. Es más, Jesús P., en prueba de confesión (folio 265), admitió que siempre había oído que tal nave fue adquirida con dinero dado por el esposo de la actora, de forma que se puso a nombre del padre de los litigantes pese a que el propietario real era el esposo de la actora, a cuyos hijos fue finalmente donada mediante escritura de 5 de abril de 1983.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto por Purificación P. P., Isabel P. L. y Jesús P. L., procede condenar a dichos recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada con su recurso, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley Procesal civil. Y procede omitir todo pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso interpuesto por Mariano P. L., Pilar P. L. y Lourdes P. L., que es parcialmente estimado al declararse la nulidad de los dos testamentos y no sólo del posterior.

NUM. 11

S. APH de 19 de febrero 2001

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: *La «procedencia» sigue siendo el hecho fundamental en que se asienta la responsabilidad de la ley de caza, y la misma debe conectarse con el tipo de explotación cinegética desarrollada por el coto, sin que baste con que los animales que allí no pueden ser cazados (por ejemplo la caza mayor en un coto de caza menor) encamen en el coto si cerca existe otra explotación cinegética dedicada a dar caza a esa clase de animales (caza mayor). Todo ello afecta a la sociedad deportiva demandada, pues el coto que explota está próximo al lugar en el que ocurrió el accidente, de forma que los animales podían proceder del lugar en que desarrolla una actividad peligrosa, cual es la promoción o favorecimiento, de la crianza o presencia de jabalíes. Es indiferente que haya otros cotos de caza mayor cercanos, pues la demandada está obligada a reparar el daño con carácter solidario.*

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Concepto de procedencia: *Por «procedencia» no debe entenderse una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza. Por el contrario, este concepto hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases y, en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona. Respecto de la responsabilidad establecida para la administración, es cierto, que el concepto jurídico que venimos defendiendo para los titulares de explotaciones cinegéticas no tiene necesariamente que coincidir con el concepto jurídico de procedencia para la responsabilidad de la administración prevista en la ley de caza de Aragón. Cuando no es titular de una explotación cinegética la DGA responde no porque haya causado daños, sino porque lo impone la ley, cuando los daños producidos por los animales salvajes o, siendo susceptible de explotación cinegética, proceden de un terreno no cine-*

gético. El orden jurisdiccional competente, entonces, es el contencioso.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 72 Ley de caza aragonesa.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

Ante el JPI de Monzón, don GGJ interpone acción de responsabilidad fundada en el ley de caza aragonesa frente a una sociedad deportiva y su aseguradora por los daños sufridos en su vehículo al colisionar con un jabalí. el juzgado, en autos 267/2000 estima la demanda.

Las demandadas recurren la sentencia. Formado el rollo de la apelación 32/2001, la APH dicta sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradichos.

Segundo: En el primer motivo del recurso, las demandadas alegan infracción del artículo 39.1 y 2 del Decreto 108/1995, de 9 de mayo, de la Diputación General de Aragón, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de Caza de la Comunidad Autónoma. Las apelantes parecen sostener que la responsabilidad del siniestro recae en la Diputación General de Aragón y que la Asociación deportiva Peña Santiago queda excluida de la aplicación del citado artículo 39 (sic), todo ello con fundamento en que cerca del punto kilómetro en donde se produjo la colisión con los jabalíes hay terrenos no cinegéticos —la Universidad laboral de Huesca— y cotos de caza menor cuyos titulares no han realizado actividad alguna para evitar la procreación de caza mayor. Asimismo, aducen error en la apreciación de la prueba, pues, según su criterio, toda la zona puede considerarse el hábitat natural del jabalí y el coto más cercano al lugar es el HU-10227-D.

Sin embargo, no podemos aceptar que los animales pudieran proceder de un terreno que no fuera el coto de caza mayor gestionado por la asociación demandada u otro de igual naturaleza cercano, como aquél, al punto en que ocurrió el siniestro. Hemos dicho en otras ocasiones, en doctrina relativa a la Ley de caza estatal (sentencias de 30-IV-98, 26-IV-00 y 30-XI-00 y las que allí se citan): A) Que el primer presupuesto que debe concurrir para la apreciación de esta responsabilidad, conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Caza, en relación con el artículo 35 de su Reglamento, es que el animal causante de los daños proceda del coto cuyo titular es el demandado. B) Que por *procedencia* no debemos entender una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza. Por el contrario, este concepto hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases, y en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona. C) Que esta actividad peligrosa es la que fundamenta la especial responsabilidad regulada en la Ley de Caza. D) Que, como es difícil determinar la exacta procedencia o hábitat del animal, el artículo 35.1.b) del Reglamento de Caza determina que, en los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad de los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible *solidariamente* de todos los titulares acotados que fueren *colindantes*. E) Que el término *colindante* debe interpretarse en sentido amplio y equipararlo a *proximidad*, pues en otro caso quedarían excluidos de responsabilidad los titulares de acotados cercanos al lugar del siniestro, y no sólo colindantes, de los que podría proceder la pieza de caza, lo que en modo alguno es admisible dentro del sistema de responsabilidad objetiva que consagra la Ley de Caza. F) Que la procedencia sigue siendo el hecho fundamental en que se asienta la responsabilidad de la Ley de Caza, al igual que la que regula el

artículo 72 de la Ley de Caza aragonesa 12/1992, de 10 de diciembre (modificada por Ley 10/1994, de 31 de octubre). G) Que, para evidenciar que la *procedencia*, al menos en la responsabilidad por el riesgo creado exigible a los cotos, debe conectarse con el tipo de explotación cinegética desarrollada por el coto, sin que baste incluso con que los animales que allí no pueden ser cazados (por ejemplo caza mayor en un coto de caza menor) encamen en el coto si cerca existe otra explotación cinegética dedicada a dar caza a esa clase de animales (caza mayor), hemos de recordar una vez más que, como dijo el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de julio de 1982, el hecho de que un número de animales, rebasando el terreno del coto, hubieran pasado (en el caso entonces resuelto) a las fincas limítrofes, abriendo o instalando madrigueras y permaneciendo establemente fuera del perímetro cinegético no altera el concepto jurídico de su procedencia pues «por evidente ha de tenerse que esos animales que invadieron las parcelas de los recurrentes, haciendo sus cubiles fuera de superficie acotada, de ésta salieron [...], ya que en definitiva se traza de piezas procedentes de los terrenos acotados, que se desplazaron por excesiva multiplicación, no combatida en forma por quienes venían legalmente obligados a ello».

Los anteriores razonamientos afectan a la sociedad deportiva demandada, pues el coto que explota está próximo al lugar en donde ocurrió el accidente, de forma que los animales podía proceder del lugar en que desarrolla una actividad peligrosa, cual es la promoción o favorecimiento, de un modo u otro, de la crianza o presencia de jabalíes. Es indiferente que haya otros cotos de caza mayor cercanos, pues la demandada está obligada a reparar el daño con carácter solidario.

Respecto a la responsabilidad establecida para la Administración, es cierto que el concepto jurídico de procedencia que venimos defendiendo para los titulares

de explotaciones cinegéticas no tienen necesariamente que coincidir con el concepto jurídico de procedencia para la responsabilidad de la Administración prevista en la Ley de Caza de Aragón. Cuando no es titular de una explotación cinegética, la DGA responde no porque haya causado daños, sino simplemente porque se hace cargo, por Ley, de los producidos por los animales salvajes o que, siendo susceptibles de explotación cinegética, proceden de un terreno no cinegético, aparte de los demás supuestos previstos en el artículo 72 de la Ley de Caza que ahora no vienen al caso. Pero en el presente caso no está probado que los jabalíes pudieran proceder, incluso en sentido amplio, de una zona no cinegética, cual es la Universidad de Huesca. Además, si así fuera, la solución adecuada no habría sido la absolución de las demandadas, sino declarar la incompetencia del orden jurisdiccional civil en favor del contencioso administrativo. Y, en cuanto a los cotos de caza menor, no podemos considerarlos hábitat propio de los jabalíes, con independencia de si sus titulares han realizado o no algún tipo de actividad para evitar la procreación de caza mayor, por lo que, de acuerdo con el criterio anticipado, los animales no podían proceder, en sentido estricto, de esa zona. La anterior conclusión se entiende sin perjuicio de que los tribunales del orden contencioso administrativo defiendan que, para declarar la responsabilidad de la DGA, basta con que el animal, en el instante de provocar los daños, pase por el terreno no cinegético y de que los cotos de caza menor se equiparan a los terrenos no cinegéticos, como dijimos en nuestra sentencia citada de 30-XI-00; más hasta la fecha no consta que hayan sostenido tales criterios.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Tercero: Por imperativo de lo dispuesto en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debemos imponer a las apelantes las costas de esta alzada.

12

NÚM. 12

S. APH de 28 de febrero de 2001

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACION Y DIVISION: LIQUIDACION ORDINARIA: Reintegros y reembolsos: *Según el apelante el crédito reconocido debe ascender al coste real de la obras acreditado en la prueba pericial, y no a la diferencia de valor que tiene la casa con las reformas y las que le corresponde sin ellas. La pretensión debe ser desestimada, confirmando la sentencia del juzgado por cuanto no se trata de reintegrar los gastos satisfechos con dinero común para la reforma de una casa privativa, ya que el cónyuge premuerto también se lucró de tales inversiones mediante el uso de la vivienda familiar, al igual que el resto de sus miembros. Por lo tanto, lo justo y equitativo, no es partir de un crédito en abstracto, sino de la situación posesoria que ha dado lugar al gasto común, lo que conlleva una liquidación teniendo en cuenta la diferencia de valor entre la vivienda sin reformas y su actual valor con reformas, como así lo hizo el juez a quo y así se desprende del artículo 47 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 47 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

Ante el JPI número 3 de Huesca d. MGL solicita la liquidación y división de la sociedad de «gananciales» frente a su hermana al cónyuge supérstite. Los demandados reconviene. El Juzgado, en sentencia recaída en los autos 166/99 estima en parte la demanda y desestima la reconvencción.

El actor interpone recurso de apelación. La APH (rollo 314/2000) desestima el recurso interpuesto confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El demandante principal sólo impugna en su recurso el importe

del crédito de 9.795.625 pesetas reconocido a la sociedad de gananciales contra el cónyuge sobreviviente, Nicolás G. B., por el importe actualizado del numerario ganancial empleado en la reforma de la vivienda de su propiedad situada en la calle del Medio, número 6 de Bolea, hoy número 12. Según el apelante, el crédito así reconocido debe ascender al coste real de las obras acreditado en la prueba pericial, y no a la diferencia entre el valor que tiene la casa con las reformas y el que le corresponde sin ellas.

Segundo: De forma previa, hemos de indicar que los precedentes de la Sala en materia de disolución y liquidación de la comunidad conyugal o sociedad de gananciales señalan que el procedimiento adecuado para ello no es el juicio de menor cuantía aquí tramitado, sino el juicio incidental, por los trámites correspondientes, previsto en el artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y, además, después de haber agotado todas las fases de esta especie de conciliación o arbitraje obligatorio en que consiste la testamentaria, principalmente el nombramiento y consiguiente dictamen o cuaderno particional del contador-partidor dirimente, frente al cual surge la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo. El demandante intentó la solución procesal en su auto de 19 de abril de 1999, después de constatar la oposición de una de las partes. En la actualidad, el juicio universal de testamentaria ha sido sustituido en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil por los procedimientos para lograr la división judicial de patrimonios, en donde se prevé la resolución de conflictos mediante un incidente tramitado como juicio verbal (art. 809.2).

No obstante, siguiendo nuestra reciente sentencia de 17-II-01, debemos decir que, como quiera que sólo se discute un extremo del inventario, lo que empezó siendo un juicio universal de división patrimonial mal sustanciado por los cauces de un juicio ordinario se ha

transformado, por lo que ahora se discute en esta segunda instancia, en la pretensión del reconocimiento de un determinado crédito hasta una cantidad superior a la declarada en primera instancia. Por tanto, siendo que con ello no se produce indefensión a ninguna de las partes, procede resolver el indicado punto controvertido.

Tercero: En cuanto al fondo del asunto, entendemos adecuada la cuantificación dada por el juzgador de instancia al crédito reconocido a favor de la sociedad de gananciales. No se trata, en sentido estricto, de reintegrar los gastos satisfechos con dinero común para efectuar las reformas en la casa privativa del esposo, pues evidentemente el cónyuge premuerto también se lucró de tales inversiones mediante el uso de la vivienda familiar, al igual que el resto de sus miembros. Por tanto, lo justo y equitativo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 47 de la Compilación, no es partir de un crédito en abstracto, sino de la situación posesoria que han dado lugar el gasto común, lo que conlleva una liquidación teniendo en cuenta la diferencia entre el valor originario de la vivienda (sin reformas) y el actual (con reformas), como dictaminó el perito (folio 260), que es lo que el juez *a quo* denomina el importe actualizado del numerario ganancial empleado en las reformas.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Cuarto: Al desestimarse el recurso, debemos imponer al apelante las costas de esta alzada (art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

obligación de proteger las ventanas con reja y red, (salvo en el caso de la ventana de reciente construcción), puesto que bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna en huecos abiertos en pared común divisoria. La única excepción a ello era la costumbre del lugar, pero la misma hubiera correspondido probarla a la actora. En el presente caso, además, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de edificios que colinden con finca ajena. 83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: Respecto de la segunda pretensión (demolición del saliente, solarete o vierte aguas), en contra de lo indicado en la sentencia apelada, el voladizo de unos 15 cm. de fondo no puede considerarse signo aparente apto para usucapir una servidumbre de luces y vistas conforme a los arts. 145 y 147 Comp. Para ello haría falta que tuviera una anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de vistas sacando el torso, lo que no permite el referido alféizar. Ahora bien, como el vierte aguas vuela sobre el predio colindante, la actora tiene derecho a que el mismo sea demolido con fundamento en el dominio que ostenta sobre su finca, el cual también constituye una causa de pedir. Confirmando en este punto, aunque con otro fundamento, la sentencia de instancia.

DISPOSICIONES CITADAS: DT del Apéndice de 1925; DT 9ª y 12ª Comp. de 1967, Observancia 6ª «De Aqua pluviali arcenda»; arts. 145 y 147 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate

NÚM. 13

S. APH 31 de marzo de 2001

51: FUENTES: COSTUMBRE: 83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTÓRICO: *El demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la*

Ante el JPI n.º 2 de Jaca doña CBS interpone acción sobre protección de huecos y otras obligaciones reales frente a su vecino JAF. El juzgado en sentencia de 3 de julio de 2000, estima en parte la demanda y condena al demandado, entre otras cosas, poner reja y red de alambre en las ventanas.

La parte demandante recurre en apelación solicitando que, con base en el Derecho históri-

co, sea reconocido su derecho a no poner ni reja ni red. La APH estima en parte el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La demanda que ha dado origen al presente pleito planteaba las siguientes peticiones: *a)* la colocación de reja y red de alambre u otra protección semejante en las ventanas abiertas en la casa del demandado que no guarden las distancias marcadas por el Código Civil respecto a la propiedad de la actora; *b)* la demolición del saliente, solarete o vierteaguas recientemente construido sobre una de tales ventanas; y *c)* la retirada del tejadillo y alero que invade la propiedad de la demandante y la obligación del demandado de recoger las aguas pluviales que por allí discurren y de conducir las por medio de canalones o por el sistema más adecuado a su propiedad o a la vía pública.

La sentencia de primer grado estima la primera y la segunda de tales pretensiones (*a* y *b*) y rechaza la tercera (la *c*). Como la demandante se ha aquietado a lo así resuelto, nuestra decisión sólo se extenderá a las peticiones primera y segunda.

Segundo: En cuanto a la protección de las ventanas, hemos de valorar que todas ellas, excepto una, se abrieron con la construcción de la casa, la cual data, cuando menos, del año 1852, como acreditada la prueba documental y testifical.

Partiendo de este hecho, para la resolución de la controversia hemos de aplicar el Derecho histórico vigente en esa época, las *Observancias del Reino de Aragón*, de acuerdo con las normas transitorias que rigen esta materia: la disposición transitoria del *Apéndice foral de Aragón* de 1925 y las disposiciones transitorias 9.^a y 12.^a de la *Compilación del Derecho Civil de Aragón* de 1967.

La disposición transitoria del Apéndice no estableció una retroacción absoluta de su nuevo régimen (la protección de

los huecos: art. 15), pues se remitió a las disposiciones transitorias del Código Civil para la aplicación de lo establecido en el Apéndice respecto a hechos o actos anteriores a su vigencia; y las disposiciones transitorias 1.^a y 4.^a del Código Civil (aparte de lo dispuesto en su art. 1.939) respetan los derechos nacidos según la legislación anterior, los cuales se rigen por la norma precedente. Por tanto, a partir de 1925, las Observancias siguieron vigentes sobre el tema que nos ocupa.

La anterior conclusión es aplicable a partir de 1967, pues, en primer lugar, la disposición transitoria 12.^a de la Compilación se remite también al Código Civil, en los términos indicados; y, en segundo lugar, su disposición transitoria 9.^a alude literalmente, conforme a una obvia interpretación gramatical, a las paredes ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación, no a los huecos ya existentes.

Pues bien, frente a lo argumentado en la sentencia apelada, bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna (reja o red) en los huecos abiertos en pared común (divisoria). La observancia 6.^a, *de aqua pluviali arcenda* (libro VII) señalaba, según traducción del latín de doctrina autorizada, lo siguiente: «cualquiera puede, según sea su voluntad, abrir ventanas en pared común, no sólo para luces, sino también para vistas, si bien el dueño de las casas vecinas puede cerrar aquéllas, edificando a mayor altura de las mismas [...] si no se deja privada de luz a la casa», supuesto excepcional también regulado en las Observancias. Tal disposición era totalmente congruente con el principio general consagrado en la Observancia 1.^a, a saber: «cualquiera puede utilizar a su discreción la posesión ajena con tal que no lo haga en daño del poseedor». La única excepción era la costumbre del lugar. Pero la carga de probarla recae en la actora; y, en el presente caso, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de los edificios que colin-

den con finca ajena, sino más bien todo lo contrario, según la prueba testifical. La juzgadora *a quo* argumenta, con fundamento en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9-IX-1996, que el Apéndice, al establecer la obligatoriedad de defensas en los huecos, vino a sancionar lo que defendía la doctrina (por ejemplo, Vidal de Canellas) y los tribunales. Pero creemos que este criterio sólo puede defenderse cuando exista una costumbre del lugar que lo establezca, tal como parece reconocer la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza cuando utiliza la expresión «dentro de la costumbre». Además, la exposición de motivos del Apéndice no alude a ninguna concesión a la doctrina o a la jurisprudencia, sino a que la legislación aragonesa hace un esfuerzo por aproximarse a la común con el fin de llegar a la unidad de la legislación nacional.

En suma, el demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la obligación de proteger las ventanas del modo solicitado por la actora, salvo en cuanto a la ventana de reciente construcción, respecto a la cual el hoy apelante ya expresó que se allanaba parcialmente a la demanda.

A mayor abundamiento, ya sea una u otra la legislación aplicable, la acción real ejercitada para la colocación de tales defensas habría prescrito por el transcurso del plazo de diez años determinado en el artículo 1.963 del Código Civil.

Por todo ello, procede estimar el recurso sobre el motivo analizado.

Tercero: Respecto a la segunda pretensión (demolición del saliente, solarete o vierteaguas), en contra de lo indicado en la sentencia apelada, el voladizo, de unos 15 centímetros de fondo, no puede considerarse signo aparente apto para usucapir una servidumbre de luces y vistas al amparo de los artículos 145 y 147 de la Compilación. Para ello, haría falta que tuviera la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de

las vistas sacando el torso, lo que no permite un alféizar de 15 centímetros de fondo. Esta es la tesis que mantiene las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15-X-90 y 12-XI-93 y el Tribunal Supremo en su sentencia de 20-X-87 con relación a un alféizar de 30 centímetros de anchura que permitía mirar hacia fuera y que el torso del observador pudiera avanzar sobre la ventana.

Ahora bien, como declara la misma sentencia apelada, el vierteaguas vuela sobre el predio colindante, por lo que la actora tiene derecho a que sea demolido con fundamento en el dominio que ostenta sobre su finca, el cual también constituye la causa de pedir.

Sobre este aspecto, procede confirmar la sentencia de primer grado.

Cuarto: Por imperativo de lo dispuesto en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

NÚM. 14

S. APH de 16 de mayo de 2001

73: SUCESIÓN PACCIONADA:

PACTO DE PRESENTE: Efectos: *Nos encontramos ante una institución de heredero de presente, en la que los padres de la contrayente en capítulos matrimoniales otorgados el 27 de agosto de 1947 la instituyen heredera universal de bienes presentes y futuros, reservándose los instituyentes el señorío mayor, usufructo y administración. Institución contractual típica realizada al amparo del art. 100 Comp., mediante la cual el instituido heredero adquiere el dominio de los bienes del disponente siquiera limitado a las restricciones pactadas. Por lo tanto, con posterioridad el instituyente no podía disponer mortis causa de estos bienes que ya habían sido transmitidos de presente. En su caso, podía revocar el pacto, si para ello había causa legal o pactada.* **73: SUCESION PACCIONADA: REVOCACIÓN: Convivencia familiar:** *El abandono por parte de la instituida de*

sus obligaciones de convivencia y asistencia de sus padre y hermana incapaz es el que el demandante alega para considerar válido el testamento otorgado con posterioridad al pacto, pero ello no puede mantenerse porque, los efectos del incumplimiento vienen determinados en los capítulos y a ellos habrá que estar, y además, la modificación o revocación de los pactos sucesorios sólo es posible por las mismas personas que los otorgaron o sus herederos, art. 103.1, y sin perjuicio de las causas de indignidad o desheredación que puedan afectar al instituido o la revocación por el disponente, según parecer de la Junta, si hubo incumplimiento grave de condiciones o cargas.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 100 y 103 Comp.; DT 1ª Lsuc.

PONENTE: Ilmo Sr. don Santiago Sereña Puig.

Ante el JPI del Boltaña, D. MSB ejercita una acción declarativa de propiedad fundada en un testamento de 1982 frente a su hermana CSB, que fue instituida heredera contractual en 1947.

El juzgado, en autos 61/2000 desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación, que es igualmente desestimado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La acción declarativa de dominio que ejerce el demandante adolece de la falta del presupuesto básico del título dominical. Ciertamente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que mantiene que el simple título de heredero no es suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio, aunque este principio admita excepciones. Así las sentencias de 5 de noviembre de 1992, 31 de enero de 1994, 9 de mayo de 1997, 15 de febrero de 1999, 16 de mayo de 2000, señalan que el testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liqui-

dación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente. Hasta que no se efectúa la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva, artículo 1.068 del Código civil, lo que recalca la sentencia de 16 de mayo de 1991 en el sentido de que, como dice literalmente, una atribución en el testamento no basta para que el heredero se declare propietario. Entre las excepciones cabe destacar la sentencia de 16 de febrero de 1987 que contempla la hipótesis de heredero único y la 21 de julio de 1986, la partición de la herencia hecha por el testador, artículo 1.056 del mismo Cuerpo legal.

Segundo: En este caso tenemos que el demandante, Martín S. B., ejercita en la demanda contra su hermana una acción real declarativa de dominio en reclamación de trece fincas, apoyando su petición en un testamento otorgado en Boltaña el 6 de febrero de 1982 por su difundo padre Martín S. P., fallecido el 22 de febrero de 1991, por lo que la sucesión se registrará por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, disposición transitoria primera de la Ley 1/1999, de 22 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. En dicho documento, aportado en copia simple, declara que, junto con su esposa, otorgaron escritura de institución de heredero en favor de su hija Concepción S. B. (demandada) el 27 de agosto de 1947, en la que los instituyentes, la instituida y su futuro esposo se obligaban a vivir juntos. Reconocía en la cláusula segunda del testamento que, «como consecuencia del fallecimiento del esposo de doña Concepción S. B. y movida por causas de necesidad la instituida, se vio obligada a ausentarse del domicilio familiar y fijar su residencia en Barcelona, donde reside en la actualidad». A causa de la situación creada quedaron «al amparo y protección de su hijo don Martín S. B. con el que en la actualidad convive desde el 9

de marzo de 1951». Y «el testador, respetando las legítimas y la institución de heredero antes mencionada reconoce en favor del ya citado hijo Martín S. B. la existencia de una deuda alimenticia, con carácter conjunto al matrimonio (extensiva a las atenciones a que presta a su hermana incapaz, cláusula quinta) en pago o compensación de la ayuda y asistencia prestada por su hijo desde el 9 de marzo de 1951». En reconocimiento de dicha deuda, y como complemento de legítima, le cede las fincas de su propiedad a excepción de dos viñas en la partida «Lupera» —sexta—. El título presentado no es suficiente para dar lugar a la demanda, no tanto porque se haya aportado una copia simple de la disposición testamentaria, sino porque el testador, es decir, el padre de los litigantes, no podía disponer de los bienes a que se refiere. Se trata (el testamento de 6 de febrero de 1982) de una disposición testamentaria de bienes transmitidos con anterioridad a su hermana, merced a una institución contractual de heredera con entrega de presente de los bienes, sobre los que los instituyentes sólo se habían reservado el señorío mayor, usufructo y cierta facultad de disposición *inter vivos*.

Tercero: En efecto, mediante la escritura otorgada el 27 de agosto de 1947 con motivo del proyectado matrimonio de Concepción con Antonio B. B., los padres de la contrayente la instituyeron heredera universal de bienes presentes y futuros, reservándose los instituyentes el señorío mayor, usufructo y administración. Se trata de una institución contractual típica realizada al amparo del artículo 100 de la Compilación, en la que, conforme a la mejor doctrina, el instituido de presente adquiere, además de la condición de heredero, el dominio de los bienes del (o de los) disponente(s), siquiera sea limitado, según las restricciones o limitaciones pactadas, en este caso, como veremos a continuación, recibió la nuda propiedad. «Para asegurar esos derechos —dice la cláusula segunda—, la instituida no podrá enage-

nar (sic) ni gravar los inmuebles que procedan de la institución, mientras vivan los instituyentes o cualquiera de ellos, sin el consentimiento de ambos o del que sobreviva. Muertos los usufructuarios, se consolidará el dominio en la persona de la aquí instituida heredera». Esa disposición dio lugar a la inscripción registral correspondiente a los derechos reconocidos en la referida escritura, completada por otra inscripción relativa a la adquisición posterior de cuatro fincas más, adquiridas con posterioridad a la escritura de capitulación matrimonial —folios 79 a 88—. Contempla la obligación de «vivir juntos a una misma mesa y hogar, prestándose respeto y alimentos» los instituyentes, instituida y el futuro esposo de ésta; «a tener en su compañía (la instituida), cuidar alimentar sanos y enfermos, mientras deseen estar y trabajar en la casa, a sus hermanos... y al tomar estado queda obligada la heredera a dotarlos, en pago de sus derechos legítimos paterno y materno, con arreglo al haber y poder de la casa». En esta escritura, auténtico código hereditario de la familia, aparte de otras disposiciones testamentarias, también acordaron que un hijo o hija del matrimonio sería el heredero, así como lo necesario para el caso de fallecer sin hijos o sin testar, etc. En particular convinieron qué sucedería en caso de abandono o necesidad de los instituyentes o para el caso de que unos y otros «no pudieran congeniar y quisiera aquella (la instituida) separarse de la vida en común con estos (los instituyentes)».

Cuarto: Este último supuesto, el abandono por parte de la instituida de sus obligaciones de convivencia y asistencia de sus padres y hermana incapaz, es el que alega el demandante en toda su argumentación y en la justificación del testamento que presenta como título, aunque no pida formalmente la declaración de validez del mismo, pues, no lo olvidemos, ejercita una acción real pidiendo la declaración de dominio de las fincas y la correspondiente cancelación de la inscripción de dominio. Con-

forme a lo convenido en la cláusula tercera de la escritura de capitulaciones, si la heredera pretendiera dejar la casa (separarse de la vida en común), precisaría justificar las causas de la disensión ante dos parientes, el más cercano de cada parte, y el Cura párroco de Sieste, «y estos señalarán en justicia la pensión, que según su calidad y estado deben recibir los instituyentes para atender a su subsistencia». El efecto no es la ineficacia o la revocación de la institución, sin perjuicio de que le afecten las causas de indignidad o desheredación, artículo 103.2 de la Compilación de 1983, que, caso de que concurriesen, no se actuaron por el testador. Tampoco los instituyentes podían actuar libremente, puesto que si bien previnieron la posibilidad de vender, hipotecar o permutar los bienes, quedaba limitada al caso de necesidad debida al abandono o cualquier otra causa, previa justificación de la misma ante las personas mencionadas —cláusula tercera de la escritura de capitulaciones matrimoniales—, modo de proceder que no utilizó el padre de los litigantes. Desde la perspectiva legal, la modificación o revocación de los pactos sucesorios sólo es posible por las mismas personas que los otorgaron o sus herederos, artículo 103.1, sin perjuicio de que puedan afectar al instituto las causas de indignidad o desheredación, según hemos adelantado, o de la revocación por el disponente mediando, según parecer de la Junta de Parientes, incumplimiento grave de condiciones o cargas. Pero lo cierto es que, supuesto el incumplimiento de la heredera, que sólo indirecta o instrumentalmente es materia de este pleito, cuya finalidad es la declaración del dominio del apelante sobre determinadas fincas, reiteramos una vez más, de nada podía disponer el padre de los litigantes por sí solo y sin acudir a los expedientes pactados o legales a que nos venimos refiriendo. Y no lo hizo, ya que las manifestaciones que recoge el señor notario ante el que otor-

gó testamento abierto el 6 de febrero de 1982, indican que no se produjo un abandono unilateral e injustificado de la casa familiar, sino que «movida por causa de necesidad de la instituida, se vio obligada a ausentarse» según reconoce el testamento.

Quinto: Por todo cuanto acabamos de exponer, procede la desestimación del recurso y la condena del recurrente al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

NÚM. 15

S. APH de 14 de junio de 2001

716: COLACIÓN Y PARTICIÓN:

No es aplicable en Aragón el artículo 1035 del CC, norma en la que funda su derecho la demandada principal, y ello porque la causante gozaba de vecindad civil aragonesa. Por ello se ha de estar a la norma específica del artículo 140 Comp., vigente en el momento de fallecer la causante, a cuyo tenor la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley. En igual sentido se pronuncia ahora el artículo 47 Lsuc. 73: SUCESIÓN PACCIONADA: DONACIÓN MORTIS CAUSA: El pacto no escrito al que hace referencia la demanda para reclamar determinados bienes, habría supuesto una donación mortis causa, para cuya eficacia es preciso el requisito ad solemnitatem exigible en los testamentos o disposiciones de última voluntad como señala el artículo 620 CC, y corroboran los artículos 101 Comp., y 68.2 Lsuc.

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 101, 140 Comp.; 47, 68.2 Lsuc.; artículos 620, 1035 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate.

Ante el JPI n.º 3 de Huesca, doña ML.N.B. en su propio nombre y en el de la Comunidad hereditaria del causante, ejercita

(autos 5/2000) una acción de petición de herencia frente a I. N. B. Ésta contesta y reconviene. El Juzgado, en fecha de 10 de enero de 2001, estima en parte tanto la demanda como la reconvencción.

La demandada interpone recurso de apelación solicitando que determinados bienes se incluyan en el haber hereditario. Formado el rollo de la apelación (85/2001), la APH dicta sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

Segundo: La demandada principal, Isabel N. B., defiende en su recurso la necesidad de traer a la herencia y partición de los bienes de su madre, Leonor B. G. —fallecida el 28 de junio de 1987—, los inmuebles donados por ésta, mediante escritura pública de 26 de mayo de 1987, a su hijo Ramón N. B., que murió el 23 de abril de 1994. Basa su petición en el artículo 1.035 del Código Civil.

Sin embargo, dicho precepto no es aplicable al presente caso, pues la causante gozaba de la vecindad civil aragonesa. Por ello, hemos de estar a la disposición específica contenida en el artículo 140 de la Compilación, que estaba vigente en el momento de la muerte de la causante, a cuyo tenor la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley, aunque puede ordenarse en testamento u otro documento público. En igual sentido se pronuncia ahora el artículo 47 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

Tercero: De forma contradictoria, si no se entendiera que es una alegación subsidiaria, la apelante sigue sosteniendo la realidad del «pacto» no escrito consistente en que su hermano iba a adquirir los inmuebles de la familia, todos ellos privativos de la madre, conforme a la

indicada escritura de donación, mientras que ella debía quedarse con el dinero de las cuentas corrientes en el momento de la muerte del padre, Ramón N. A., tal como efectivamente hizo pocos días después de su muerte, que acaeció el 14 de febrero de 1999.

Las pruebas más relevantes para demostrar el hecho en cuestión son las declaraciones de dos testigos, las cuales entendemos insuficientes a tales efectos, de acuerdo con la valoración de la prueba defendida por el juzgador de instancia. Tampoco encontramos decisivo que las cuentas corrientes estuvieran abiertas a nombre del padre y de la demandada principal, máxime teniendo en cuenta que no consta la fecha en que la segunda pasó a tener la condición de cotitular.

Siguiendo con la contradicción apuntada, lo que nos podría llevar a la teoría de los actos propios, no parece que la apelante cumpla el supuesto pacto cuando, aparte de la colación de los inmuebles, ha instado y conseguido en primera instancia que en la herencia de uno u otro de sus progenitores se computen partidas tales como un préstamo del padre en favor del hijo y la mitad de los saldos bancarios a fecha 28 de junio de 1987.

A mayor abundamiento, el pacto en cuestión habría supuesto una donación del padre *mortis causa*, para cuya eficacia es preciso el requisito *ad solemnitatem* exigible en los testamentos o disposiciones de última voluntad, como señala el artículo 620 del Código Civil y corroboran los artículos 99 y 101 de la Compilación y 68.2 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Cuarto: Al desestimarse el recurso, procede imponer a la apelante las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000).

16

NÚM. 16

S. APH de 22 de junio de 2001

683: USUFRUCTO VIDUAL: INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD: *La anulabilidad de la aportación del negocio denominado E. C. debe ser estimada por cuanto la demandada era usufructuaria del mismo, careciendo de facultades para poder aportar a la empresa dicho negocio. Y ello, porque aún cuando sí es posible enajenar el derecho de usufructo, artículo 480 y 490 CC, no lo es el usufructo vidual aragonés ex art. 83 Comp. sólo, y en su caso, se podría haber enajenado el negocio entero, si junto a la viuda hubieran concurrido el resto de los nudo propietarios, pero no ha sido así.*

683: USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN: *El usufructo vidual aragonés sólo se extingue por las causas que señala la ley aragonesa, y no puede ser rescindido en atención al ejercicio abusivo o antisocial que alega el demandante, pues esta circunstancia no se haya entre la causas legales de extinción del usufructo.*

DISPOSICIONES CITADAS: *artículos 83, 86.1 Comp., artículos 436, 437, 447, 480, 490, 513, 1941, 1955 CC*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Tomás García Castillo.*

D. SCS, en autos 273/98, seguidos ante el JPI de Barbastro ejercita, entre otras, una acción solicitando la nulidad de una aportación a una mercantil, frente a la viuda CAC, sus nietos V y ECS, así como frente al mercantil E.C., S. L.

El juzgado en sentencia de 30-11-1999 desestima la demanda. La parte demandante interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (18/2000), la APH estima parcialmente el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las dos representaciones de las partes demandadas y hoy apeladas

reprodujeron durante la vista del recurso las excepciones que habían formulado en sus respectivos escritos de contestación a la demanda y que fueron rechazadas por el Juzgado de Primera Instancia, bien durante la comparecencia del juicio (folio 235) o bien en la propia sentencia impugnada. Hemos declarado al respecto en nuestra reciente sentencia de 11 de abril de 2001 que, según se establecía en la del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1992, los pronunciamientos de primera instancia que hayan sido consentidos (no apelados) por la parte a quienes perjudiquen deben ser tenidos por firmes y con autoridad de cosa juzgada (art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), del mismo modo que, conforme se señalaba en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995 (en donde se citaban las de 21 de abril y 4 de junio de 1993), «si bien es cierto que los Tribunales de alzada tienen competencia para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias inferiores, y también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, también lo es que por ello no es posible en aquellos aspectos en los que, por conformidad o allanamiento de las partes, algún punto litigioso ha quedado firme y no es, consiguientemente, recurrido», expresándose en similares términos las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986, 2 de octubre de 1987, 24 de febrero de 1993 y 10 de diciembre de 1999. Dicha doctrina legal, seguíamos diciendo en nuestra referida sentencia de 11 de abril de 2001, «no ofrece duda alguna cuando la sentencia de primer grado rechaza todas las excepciones procesales en sentido estricto, o que determinan una absolución en la instancia, y el demandado que las ha opuesto pretende hacerlas valer desde su condición de apelado, pues entonces es claro que dicha parte ha aceptado que la resolución judicial entre sobre el fondo del asunto». Es así como, volviendo al presente caso, no debemos entrar ahora a examinar las excepciones procesales de

inadecuación de procedimiento, acumulación indebida de acciones y defecto legal en el modo de proponer la demanda que fueron desestimadas durante la comparecencia del juicio, pues hay que entender que las partes demandadas han consentido dicha desestimación ya que ni han apelado la sentencia (lo cual es lógico, pues en primera instancia se les absuelve respecto de todos los pedimentos formulados por la parte actora) ni han formulado adhesión a la vista del recurso interpuesto de contrario.

Con relación a las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción que también eran invocadas por los codemandados y que fueron rechazadas en la propia sentencia, pues se trataba de cuestiones íntimamente relacionadas con el fondo del asunto, debemos compartir el criterio de la señora juez de Primera Instancia, y asumir en consecuencia los argumentos por los que en la sentencia impugnada se desestiman dichas excepciones, a lo que habríamos de añadir que difícilmente se puede afirmar por vía de excepción que el actor hoy apelante carece de acción frente al negocio de su padre, denominado Ernesto C., cuando a la vez se está reconociendo que dicho actor, del mismo modo que lo son sus dos hermanos codemandados y hoy apelados, es nudo propietario de una tercera parte del expresado negocio. Podría decirse, en cambio, que los apelados tienen razón respecto a la falta de legitimación del actor para reclamar una participación en una entidad mercantil de la que no es socio, que no es otra que Ernesto C., S. L., mas este extremo carece de relevancia ya que, por los motivos que a continuación explicaremos, no cabe entrar a examinar una petición subsidiaria del demandante si se estima su petición principal.

Segundo: Solicita en primer término el apelante que se declare la nulidad de la aportación del negocio denominado Ernesto C. que la codemandada María Cruz A., a la sazón usufructuaria de

dicho negocio, llevó a cabo en favor de la mercantil Ernesto C., S. L., cuyos únicos socios son la propia Sra. A. y sus nietos Ernesto y Virginia, siendo a su vez estos últimos nudos propietarios por terceras partes del negocio Ernesto C. junto con su hermano Simón, actor y hoy apelante.

Al no haberse cuestionado por las partes que los tres hermanos C. S. son nudos propietarios del negocio Ernesto C. y que su abuela María Cruz A. es usufructuaria, lo primero que debe determinarse es si, como sostiene la parte actora, la Sra. A. aportó a la nueva sociedad limitada un negocio respecto del cual sólo ostentaba el usufructo y no la propiedad. En la escritura notarial de 30 de diciembre de 1991 por la que se amplía el capital social de la empresa Ernesto C., S. L., que había sido constituida en junio del mismo año por la Sra. A. y por sus nietos Ernesto y Virginia, se hace constar que la ampliación se lleva a cabo «mediante la aportación de un negocio en funcionamiento, que giraba a nombre de doña María Cruz A. C. dedicado a la venta de elementos sanitarios y de construcción, sito en Barbastro, plaza de la Diputación 2» (folio 154), en tanto que en la correspondiente inscripción del Registro Mercantil se habla, en términos muy similares pero no completamente idénticos, de «la aportación de un negocio a nombre de doña María Cruz A., dedicado a la venta de elementos sanitarios y de construcción, sito en Barbastro, plaza de la Diputación 2» (folio 325). En ningún momento se hace referencia al negocio del que la Sra. A. es usufructuaria, que es el conocido como Ernesto C., y alegan en este sentido las partes codemandadas que lo que se aportó a la nueva sociedad limitada fue otro negocio perteneciente en pleno dominio a la Sra. A. y que estaba constituido por los frutos y beneficios que ésta había obtenido a través de la explotación durante cinco años del negocio original.

Entendemos que la tesis patrocinada por las partes hoy apeladas no es asumible, pues no ha quedado acreditado que exista un negocio propio de la Sra. A. e independiente de Ernesto C. En prueba de confesión manifestó la Sra. A. que «el negocio de su hijo quedó aparcado y la sociedad (limitada) se formó con el negocio de la confesante», más no hay indicio alguno de que la empresa original haya seguido manteniendo una existencia independiente de la nueva sociedad tras la constitución de ésta. Resulta revelador en este sentido el informe emitido por el Ayuntamiento de Barbastro (folios 399 a 403), a partir del cual se deduce que es un mismo negocio el que ha sido explotado primero por Ernesto C. G. hasta 1968, después por su hijo Ernesto C. A. hasta 1986, a continuación por María Cruz A. (viuda del primero y madre del segundo) hasta 1991 y finalmente por la entidad Ernesto C., S. L. hasta el día de hoy. El dato de que hasta 1991 el epígrafe de la Licencia Fiscal fuera de venta menor de vigas-cementos o de maquinaria, y que a partir de tal fecha el epígrafe del Impuesto sobre Actividades Económicas lo sea de comercio mayor de materiales de construcción, debe ceder ante el hecho de que no existe ninguna constancia de que el negocio original Ernesto C., haya continuado, aún hallándose «aparcado», después de 1991. También es sintomático que se haya seguido manteniendo como domicilio de la actividad del negocio explotado tanto por la Sra. A. como por la sociedad limitada el del número 2 de la plaza Diputación, que era también el domicilio de Ernesto C. con la única particularidad de que la plaza se llamaba entonces Barrio Nuevo. En el propio informe del Ayuntamiento se hace constar que en la actualidad hay un negocio de materiales de construcción denominado Ernesto C., S. L. con entrada por la plaza Diputación, añadiéndose que ha venido a existir una continuidad entre las tres personas que han llevado a cabo la explotación del

negocio original Ernesto C. hasta 1991. De todo ello se desprende que la Sra. A. no ha tenido un negocio propio y distinto del que fue sucesivamente de su esposo y de su hijo, sino que fue este último negocio el que aquélla comenzó a explotar en 1986 y aportó a Ernesto C., S. L. en 1991.

No creemos que a través del resto de las pruebas practicadas en este pleito sea posible extraer conclusiones distintas a la que acaba de exponerse. Nada aclara la prueba testifical, pues la mayoría de los testigos han mantenido relaciones comerciales primero con la Sra. A. y después con la sociedad limitada pero no han llegado a conocer el negocio original como Ernesto C., lo cual es obvio que no quiere decir que hayan existido dos negocios distintos. Tampoco es decisivo el hecho de que algunos de los testigos digan que la sociedad limitada está domiciliada en un polígono industrial y no en el casco urbano de Barbastro, pues hay que entender que el nuevo emplazamiento, y decimos nuevo porque la sociedad limitada nunca se ha desvinculado por completo de la antigua ubicación del negocio original, obedece a una simple ampliación de las actividades de la empresa. En cualquier caso, ninguno de los testigos (con la salvedad de quien resultó ser trabajadora de la sociedad limitada, circunstancia que ha de ser necesariamente tenida en cuenta a la hora de valorar su testimonio) ha expresado con claridad que el negocio conocido como de la Sra. A. fuera distinto del que había venido desarrollándose en la plaza Diputación —antes Barrio Nuevo— hasta el año 1986, y también habríamos de insistir en que el testigo representante de la Asesoría de Empresas tan sólo dijo que el negocio original y la nueva sociedad realizaban actividades diferentes basándose en los epígrafes del Impuesto de Actividades Económicas a los que ya hemos aludido. De todo ello se deduce que el negocio que la Sra. A. aportó a Ernesto C., S. L. no era otro que el origi-

nal Ernesto C., respecto del cual sólo tenía un derecho de usufructo.

Tercero: Dicho lo que precede, hemos de concluir que la Sra. A. carecía de facultad para aportar el negocio original Ernesto C. a la nueva empresa Ernesto C., S. L., pues ni podía enajenar su derecho de usufructo ni tampoco el propio bien del que disfrutaba. Así ha de desprenderse forzosamente del artículo 83 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Conforme al párrafo primero de dicha norma, el derecho de viudedad es inalienable. Sí es posible enajenar el derecho de usufructo conforme a los artículos 480 y 498 del Código civil, y así lo señalaron los codemandados, mas olvidan dichas partes que el usufructo que le correspondía a la Sra. A. sobre el negocio que en un principio perteneció a su esposo en el usufructo viudal regulado específicamente en el Capítulo III del Título VI del Libro I de la Compilación, al cual le es de aplicación el precitado artículo 83.1 de la Ley Aragonesa y no el Derecho común. El párrafo segundo por su parte, contempla la posibilidad de enajenar la plena propiedad de bienes determinados si concurren el viudo usufructuario con el nudo propietario, mas no es en absoluto éste el supuesto que ahora examinamos. Podemos admitir que, aún cuando la aportación del negocio original a la nueva sociedad la realizó únicamente la usufructuaria, concurrieron dos de los tres propietarios, ya que éstos también son socios de Ernesto C., S. L., mas entendemos igualmente que debieron concurrir los tres hermanos C. S., y no solamente dos de ellos, ya que lo que se estaba aportando a la sociedad limitada no eran dos terceras partes del negocio original sino todo él en su conjunto.

En cualquiera de los casos, pues a estos efectos resulta indiferente que se aportara el derecho de usufructo o la propiedad del negocio original, la consecuencia debe ser, como postula el apelante, la nulidad de la aportación, ya

que en ambos casos se estaría contraviniendo una norma imperativa, cual es el artículo 83 (párrafo primero o segundo, según los casos) de la Compilación Aragonesa. Ninguno de los argumentos invocados por las partes apeladas para oponerse a la nulidad debían ser acogidos. Superada la cuestión relativa a la no inclusión del negocio denominado Ernesto C. en la escritura de aceptación de la herencia —que de hecho ya fue rechazada por la propia juzgadora de instancia—, hemos de negar también que el hoy recurrente hubiera conocido y aceptado la aportación del negocio a la sociedad limitada al haber trabajado para ésta durante varios años, pues ni el apelante lo reconoció en sede de confesión ni existe ninguna otra prueba de dicho extremo. Tampoco sería fácil entender que la sociedad limitada haya adquirido por usucapión el dominio del negocio original al haberlo poseído durante más de seis años (art. 1.955 del Código civil). Aún salvando la aplicabilidad de la norma de prescripción de los muebles a un complejo patrimonial integrado por bienes que tienen la condición legal de inmuebles, cuales son los instrumentos y utensilios destinados a la industria o explotación (art. 334.5 del Código civil), cuando no por elementos inmateriales respecto de los cuales sería cuanto menos discutible plantear una aprobación (art. 437 del Código civil), resultará difícil asumir que quien sin duda es consciente de que posee como usufructuaria, pues tal es el derecho que ha ostentado sobre el negocio original antes y después de la aportación, pueda prescribir sobre la base de una posesión en concepto de dueño (arts. 436, 447 y 1.941 del Código civil). Finalmente, y si hemos entendido que habría sido necesario el concurso de los tres nudos propietarios para enajenar la plena propiedad de los bienes usufructuados, no podemos admitir que la declaración de nulidad se limite a una tercera parte del negocio aportado. Procede por todo lo expuesto la íntegra estimación del pri-

mero de los pedimentos del recurrente, lo cual debe eximirnos del análisis de la siguiente de sus peticiones (el reconocimiento de la existencia del derecho del actor a participar en un tercio de la sociedad limitada) ya que, dada su incompatibilidad con la anterior, se terminó formulando de forma subsidiaria a ésta.

Cuarto: La última de las pretensiones planteadas en vía de recurso se refiere a la extinción del derecho de usufructo de la Sra. A. sobre el negocio indebidamente aportado a la sociedad limitada. Hemos de asumir en esta ocasión el argumento empleado por la Sra. Juez de Primera Instancia para rechazar esta petición. Entiende el apelante que el usufructo debe ser rescindido en atención al ejercicio abusivo o antisocial que de su derecho ha llevado a cabo la Sra. A., mas dicha circunstancia no se halla entre las causas legales de extinción del derecho de usufructo. Hemos de señalar, en cualquier caso, que desde un principio solicitó el recurrente la rescisión del usufructo sobre el negocio denominado Ernesto C., al respecto de lo cual hay que recordar que el artículo 86.2 de la Compilación dispone que la extinción del usufructo sobre bienes determinados se regirá no por el artículo 86.1 de la Ley Aragonesa sino por el artículo 513 del Código civil. Aún cuando pueda discutirse si la conducta de la Sra. A. sería subsumible en alguno de los apartados del expresado artículo 86.1, está claro que no lo es en ninguna de las causas reguladas en el homólogo artículo 513 de la Ley común, lo que debe conducir directamente a la desestimación de la última de las pretensiones que el apelante ha formulado en vía de recurso.

Quinto: Conforme a los artículos 523 y 710 de la Ley Procesal Civil de 1881, y al existir estimación parcial tanto de la demanda como del recurso, hemos de omitir cualquier declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

NÚM. 17

S. APH de 11 de julio de 2001

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: *Signos aparentes: Si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las leyes aragonesas.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 144 145 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Tomás García Castillo.*

Ante el JPI de Boltaña, en autos 62/00, d. JA.S.B. sigue juicio de interdicto de obra nueva frente a M. D. G. y A. M. F. solicitando la suspensión de las obras que éstos están realizando.

El Juzgado, en sentencia de 31 de julio de 2000 desestima la demanda levantando la suspensión de la obra.

La parte actora recurre la sentencia. Formado el rollo de la apelación 344/2000, la Sala desestima el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los razonamientos expuestos en la Sentencia recurrida.

Segundo: Solicita el actor hoy recurrente la íntegra estimación de su demanda interdictal y la consiguiente suspensión de la obra que se está realizando en la propiedad de los demandados y que prácticamente ha tapiado dos de las ventanas de la casa del apelante. A partir de la prueba practicada, que ha puesto de

manifiesto la inexistencia de salientes o voladizos en la edificación del actor sobre el fundo contiguo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 144 de la Compilación de Derecho civil de Aragón establece en su párrafo primero la facultad de abrir en pared propia o medianera huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, añadiendo en el párrafo tercero que dicha facultad no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. El artículo 145, por su parte, señala que no son signos aparentes de servidumbre la falta de las protecciones (reja de hierro y red de alambre), a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior.

Como decíamos en nuestra Sentencia de 25 de enero de 1996, no hay en principio inconveniente alguno en que con el interdicto de obra nueva se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en consecuencia, existe o no el derecho a construir. Ello no obstante, y como también mencionábamos en la expresada resolución, la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como

una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo 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 únicamente 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. De esta manera, al igual que la parte actora 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, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las leyes aragonesas. En el presente caso, y excepción hecha de la interposición de la propia demanda interdictal, no se discute que no ha existido por parte del actor acto obstativo alguno hacia la construcción de los demandados.

Haciendo ahora una breve alusión al resto de los motivos del recurso, hemos de decir en primer término que la parte actora no ha probado en absoluto que la casa —hay que entender que en su totalidad— haya quedado a oscuras como con-

secuencia de la nueva construcción, que sólo ha tapiado dos ventanas del edificio del actor, como tampoco se ha acreditado de modo suficiente a qué clase de dependencia de la vivienda corresponden dichas ventanas. Por otra parte, los acuerdos que haya podido adoptar el Ayuntamiento de Benasque con relación a las obras que lleven a cabo los demandados constituyen una cuestión de legalidad administrativa que no debe tener ninguna incidencia en la resolución de este pleito, por lo que no vemos ninguna necesidad de acordar para mejor proveer la práctica de prueba alguna relacionada con dicho extremo. Finalmente, la alegación de daños consistentes en filtraciones en la pared del actor, que supuestamente derivarían de las humedades y la acumulación de aguas procedentes a su vez de la nueva construcción, constituye una cuestión que no fue alegada en momento procesal oportuno por la hoy recurrente, de modo que debe ser directamente rechazada en virtud del principio «pendente appellatione nihil innovetur». Como dijimos en nuestras Sentencias de 30 de abril de 1998, de 16 de febrero de 1999 y de 30 de abril de 2001, el recurso de apelación, aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia pues, si se permitiera que las partes planteen cuestiones nuevas con base en afirmaciones diferentes de las efectuadas en los escritos rectores del proceso, se causaría indefensión a la otra parte, quien vería resuelta la controversia conforme a hechos sobre los que no tuvo ninguna oportunidad de proponer prueba en primera instancia. Todo lo expuesto debe conducir a la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley Procesal Civil de 1881.

NÚM. 18

S. APH de 28 de noviembre de 2001

711: DERECHO DE SUCESIONES

EN GENERAL: ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESION: Límites: *La demandante considera que debe ser la heredera de la Casa Barbenuta, pero ello sólo lo puede determinar el titular de la misma por sí o a través de fiduciarios. Dicha institución a su favor nunca se produjo, y, además, ello chocaría con los derechos legitimarios de los hijos del primer matrimonio y con lo estipulado en los capítulos de 1935, en los que se convino que sería un hijo del primer matrimonio el que, por los cónyuges de común acuerdo o por el sobreviviente, habría que ser designado heredero universal de ambos cónyuges, y aunque también se contemplaba la posibilidad de mantener y dotar a los hijos del segundo matrimonio contraído en casa, hijos entre los que se encuentra la demandante, no puede por su sola voluntad desplazar a los hijos del primer matrimonio, que son los únicos que pueden ser llamados a la herencia de su padre (Casa Barbenuta).* **722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS:** *En 1982 los cónyuges otorgan testamento mancomunado. En 1990, el cónyuge supérstite otorga nuevo testamento, y el demandado apelante sostiene que este segundo otorgamiento revocó disposiciones correspondientes en vigor.*

Ello no fue así, por cuanto el cónyuge supérstite modificó sus propias disposiciones testamentarias, que no eran correspondientes respecto las de su difunto cónyuge.

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 97.3 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.*

N. A. A, ante el JPI nº 1 de Jaca ejercita diversas acciones sucesorias frente a determinados parientes.

El Juzgado, en sentencia de 22 de marzo de 2001, estima parcialmente la demanda,

reconociéndole determinados derechos legítimos, pero no los que solicita sobre Casa Barbenuta.

La actora impugna la sentencia de instancia y uno de los demandados, la apela también por considerar que existen cláusulas correspondientes en el testamento mancomunado a través del que se ordena la sucesión, la APH desestima ambos recursos de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Discrepa la actora de la sentencia apelada por entender que es ella quien debe heredar los bienes que integran la denominada Casa Barbenuta. Tal pretensión ha sido correctamente rechazada en la sentencia apelada. La recurrente, en su extenso alegato está olvidando que la cualidad de heredero no se la puede autoasignar una persona, como la apelante está haciendo. El heredero ha de ser instituido como tal por el causante (por sí o mediante su fiduciario) o por la Ley, en el caso de la sucesión intestada, y lo cierto es que por muchos méritos que la apelante crea haber hecho para merecer su designación como heredera lo cierto es que nunca fue instituida como tal, en lo que a Casa Barbenuta concierne, pues su madre únicamente la nombró heredera universal en cuanto a la participación que aquella ostentaba en los bienes comunes con su difunto esposo Domingo pues en el testamento del 5 de enero de 1990 dejó inalterado su testamento anterior en su letra A), en donde se disponía que por los bienes de Casa Barbenuta quedaba instituido heredero su hijo Benedicto con la obligación de entregar a su hermana Ángeles la mitad y debiendo ambos hermanos tener y mantener en la casa a su tía Elena, aparte de tener que entregar a sus hermanas cinco mil pesetas. Es decir, de Casa Barbenuta no hay más institución hereditaria que la efectuada en favor de Benedicto, con las cargas antes vistas. Pese a que en realidad estamos ante una mera carga modal en la que ni siquiera consta que la tía Elena hubiera sobrevivido a Bárbara, si la anterior institución hereditaria se considerara

sin efecto por incumplimiento de una condición, la consecuencia no sería otra sino la apertura de la sucesión intestada tal y como lo tiene dicho el Juzgado, con la particularidad de que el titular de Casa Barbenuta, meramente usufructuada por su viuda, no era otro sino el causante Vicente A. que tuvo dos hijos, entre los que no se encuentra la demandante, que es hija del segundo matrimonio de Bárbara, siendo preciso resaltar ahora que ninguno de los dos hijos del primer matrimonio ha sido desheredado. En cualquier caso, la actora, como ha quedado dicho, sólo fue nombrada heredera por su madre en los bienes comunes con Domingo, aparte de la institución que éste le hizo también en los citados bienes comunes, junto con sus otros hermanos. Nunca ha sido la actora instituida heredera de los bienes integrantes de Casa Barbenuta, que era patrimonio privativo de Vicente, el primer marido de Bárbara, fiduciaria del citado Vicente. La recurrente es muy libre de pensar que había hecho méritos para ser instituida heredera de tales bienes, pero tal institución nunca se produjo, aparte de que, de haber tenido lugar, chocaría con los derechos legítimos de los hijos del primer matrimonio y con lo estipulado en los capítulos de 1935, en los que se convino que sería un hijo del primer matrimonio el que, por los cónyuges de común acuerdo o por el sobreviviente, habría de ser designado heredero universal de ambos cónyuges, aunque también se contemplara la posibilidad de mantener y dotar a los hijos del segundo matrimonio contraído en casa, entre los que se encuentra la demandante, quien no puede por su propia voluntad desplazar a los únicos hijos que Vicente tuvo, que son los únicos que pueden ser llamados a la herencia de su padre (Casa Barbenuta), tanto si se aplica la institución fiduciaria que en definitiva se hizo en la cláusula segunda a) del testamento mancomunado de 1982 como si se acude a la sucesión legal por incumplimiento de una condición o hasta por ser nula tal institución, como sostuvo la actora al oponerse

al recurso de Benedicto, trámite que, contra toda buena fe procesal, aprovechó la demandante para dar nuevos argumentos a su propio recurso, en lugar de limitarse a impugnar el articulado por Benedicto, trámite que, contra toda buena fe procesal, aprovechó la demandante para dar nuevos argumentos a su propio recurso, en lugar de limitarse a impugnar el articulado por Benedicto. Además, llama la atención que esta recurrente tan pronto considere que Bárbara ejecutó la fiducia como que afirme que Vicente murió intestado (folio 55 vuelto).

Segundo: Por su parte el demandado Benedicto discrepa también de la sentencia apelada por considerar que debe cumplirse en sus propios términos la cláusula 2 letra B) del testamento mancomunado de 1982, sin que pueda surtir efectos la revocación efectuada por Bárbara en 1990, cuando ya había muerto su segundo esposo, con el que otorgó el citado testamento mancomunado. El recurrente sostiene que en este segundo testamento la causante revocó disposiciones correspondientes que se encontraban en vigor, vulnerando así el artículo 97.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. En el testamento mancomunado de 1982 los cónyuges, en los bienes comunes de su matrimonio, instituyeron herederos a partes iguales a Benedicto, Ángeles, María del Carmen y Nuria pero, en atención a que sólo Bárbara era madre de todos ellos mientras que su cónyuge, el otro otorgante, sólo era padre de las dos últimas, como si fuera una *cautela socini* funcionando sobre dos herencias en lugar de sobre una sola, los otorgantes del testamento mancomunado precisaron que «si en la herencia de su padre sus hijas María del Carmen y Nuria solicitaran los dos tercios que por legítima les corresponde, su participación en la herencia de su madre quedaría reducida a un tercio, acreciendo el resto a los otros dos hijos. Este mismo criterio se aplicará en el supuesto de que fuera una de las hijas la que lo solicitare». Posteriormente, en el testamento de 1990, estan-

do ya viuda de nuevo, Bárbara revocó su anterior voluntad y en los bienes comunes de su matrimonio con Domingo, instituyó heredera universal a su hija Nuria, asignando a sus otros tres hijos mil pesetas a cada uno en pago de sus derechos legitimarios. Pues bien, creemos que la disposición revocada por Bárbara no condicionaba ni influía de ningún modo en la disposición que hizo su consorte en el testamento mancomunado. Domingo estaba legalmente obligado a respetar los derechos legitimarios de sus dos hijas cualquiera que fuera la forma en la que su esposa (Bárbara) ordenara su propia herencia la cual, por otra parte, era muy libre de disponer como hizo en el testamento mancomunado en el que, sin corresponsividad alguna con las disposiciones de su cónyuge, dejaba a sus dos últimas hijas una cuarta parte de su cuota en los bienes comunes, con la condición de que no reclamaran la legítima íntegra de su padre, los dos tercios, pues si lo hacían, entonces, Bárbara sólo les dejaba un tercio de su participación en los bienes comunes. Pero tal disposición podía perfectamente ser revocada por Bárbara, como hizo en el testamento posterior, en el que decidió dejar toda su participación en los bienes comunes a su hija Nuria, asignando a los demás mil pesetas en pago de sus derechos legitimarios. Es decir, Bárbara puso una condición a su primera disposición, la efectuada por ella en el testamento mancomunado, pero esta disposición no dependía de la que hizo Domingo, ni la de este último dependía de ningún modo de la de Bárbara. Ya hemos dicho que Domingo estaba legalmente obligado a respetar los derechos legitimarios de sus hijas con total independencia de la forma en la que su esposa ordenara su propia sucesión. Mientras su esposa Bárbara mantuviera la condición que ella misma puso en su propia herencia las dos hijas de Domingo podían estimar no conveniente reclamar la integridad de sus derechos legitimarios en la herencia de su padre, pero Bárbara no estaba obligada en modo alguno a mantener semejante con-

dición, ni el resto de la ordenación de su propia sucesión, que no condicionaba en modo alguno la ordenación que hizo su difunto esposo. Y no hay disposiciones correspectivas aunque las dos hijas de Domingo ya no se vean incentivadas por su madre para no reclamar la integridad de sus derechos legítimos en relación con la herencia de su padre. Por todo ello, siendo que Bárbara sólo revocó su propia disposición y siendo que la disposición de Bárbara no era correspectiva con la de su esposo, no podemos sino desestimar también este recurso de apelación.

Tercero: Al desestimarse los recursos interpuestos 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.

9.2 del Código civil vigente, también el régimen debería ser el legal catalán, pues la residencia común inmediatamente posterior a la celebración fue en dicha Comunidad autónoma. El hecho de que con posterioridad se trasladarán a vivir a Aragón, y adquirieran dicha vecindad, no hace mutar el régimen económico, salvo que hubieran otorgado capítulos.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 9.2, 15 y 320 CC; art. 225 Reglamento del Registro civil.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

En primera instancia se condena al esposo por un delito de apropiación indebida del que es absuelto en Apelación.

Para considerar si hay o no apropiación indebida interesa saber la calificación de los bienes entre cónyuges.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: No nos parece evidente, desde el punto de vista jurídico, que los bienes objeto de apropiación pertenecieran, en su totalidad o en una parte, a María Dolores, de acuerdo con los siguientes argumentos:

A) El convenio de separación favorece más bien la tesis del encartado, pues sólo considera bien privativo el local en donde se hallaba instalado el bar y declara que el marido es el «titular» de este establecimiento (cláusula undécima).

B) El correlativo contrato de arrendamiento se extendió sólo —según su cláusula primera— al local, no al negocio en él abierto, si bien hemos de reconocer que su cláusula segunda alude, en contradicción con lo dispuesto anteriormente, a que el arrendamiento comprende el local y también «sus instalaciones».

C) Es verdad que los esposos no fijaron pensión compensatoria en favor de la mujer («al haber alcanzado los acuerdos que a continuación se reseñan, y no producirse desequilibrio económico en

NÚM. 19

S. APH (sala de lo penal) de 11 de diciembre de 2001

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: *El régimen económico que regía el matrimonio era el de separación de bienes legal de Cataluña, ya que ambos cónyuges tenían vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo. El esposo, aún natural de Granada residía en Sabadell desde los 9 años y se casó a los 25 con Dolores. Tenía entonces vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo (art. 320 y 15 del Código civil, en la interpretación de la STS de 21 de septiembre de 2000, que contradice lo dispuesto en el art. 225 RRC). La mujer también residía en Sabadell desde 1963, por ello también sería catalana; es más, aunque ella no hubiera adquirido por residencia dicha vecindad, así se le hubiera considerado, pues a la fecha de contraer matrimonio, la ley aplicable decía que ella seguiría la vecindad del marido. Por otro lado, de aplicarse el*

relación con la posición que mantenían durante el matrimonio», a tenor de lo pactado en la estipulación octava de convenio); pero no consta que la contraprestación por ese acuerdo hubiera sido la adjudicación a María Dolores del negocio de bar y de los elementos patrimoniales que lo integraban, aparte del local en sí mismo. A tal efecto, el inculpado sólo admitió que pactaron el alquiler en lugar de la pensión compensatoria.

D) A pesar de la limitada prueba practicada en este procedimiento, creemos que el régimen económico que regía el matrimonio era el de separación de bienes legal en Cataluña, pues ambos cónyuges tenían la vecindad civil catalana cuando contrajeron matrimonio en Sabadell en 1963. En efecto, el esposo, natural de Granada, estaba residiendo en Sabadell desde los 9 años, a tenor de sus propias manifestaciones (no cuestionadas), cuando, con 25 años de edad, se casó con M.^a Dolores. Esto quiere decir que tenía la vecindad civil catalana en ese momento, pues debió de seguir la de su madre viuda (con igual residencia en Cataluña) desde los 19 o 20 años, cuando aún era menor de edad (arts. 15, penúltimo párrafo, y 320 del Código civil, ambos en su redacción originaria). En defecto de este modo de adquisición de la vecindad, también es defendible la aplicación directa del plazo de diez años aún dentro de la minoría de edad, en contra de lo sostenido por el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil y conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada por el apelante, de 21 de septiembre de 2000. La mujer, natural de Biver de Cinca, también residía en Sabadell en 1963, y, aunque no sabemos desde cuándo, siguió la vecindad del marido (art. 15, penúltimo párrafo, del Código civil, en su redacción originaria). La hipótesis de una distinta vecindad civil entre los consortes nos llevaría a la misma solución, pues fijaron su primera residencia en Cataluña y allí se celebró el matrimonio, como ahora señala el artículo 9.2 del Código civil. Desde

luego, y en contra de lo declarado en el convenio de separación, el régimen económico fue el mismo desde la celebración del matrimonio, a pesar de que los cónyuges parece que consiguieron nuevamente la vecindad civil aragonesa, pues dicho régimen legal es inmutable, salvo pacto en contrario formalizado en capitulaciones matrimoniales. La escritura de segregación y compraventa de 7 de julio de 1987 (folio 176) corrobora la anterior tesis, pues en ella la propia M.^a Dolores que tenía la condición civil catalana en régimen de separación de bienes (*sic*).

E) Este dato hemos de ponerlo en relación con otro no menos importante, cual es que fue el marido el que ejecutó las obras necesarias para la instalación del bar, como se deduce de los documentos acompañados al escrito de conclusiones de la defensa y, en especial, del unido al folio 155, mediante el que la hoy acusadora particular autoriza a su marido a realizar los trabajos pertinentes en la finca de su propiedad. Por otro lado, no constan que las obras se costearan a cargo a fondos o cuentas comunes, todo ello sin perjuicio de los posibles efectos derivados de la figura de la adhesión.

En conclusión, aun suponiendo que la mujer era propietaria de los bienes y que el acusado tenía obligación de devolvérselos a la finalización del contrato de arrendamiento, la cuestión debatida debe ser calificada de meramente civil, dada su complejidad. Por tanto, en esa hipótesis, José no actuó con dolo o con el conocimiento de que los objetos pertenecían a su mujer, sino en la creencia de que eran de su propiedad; y el posible error cometido, aun siendo vencible, excluiría la responsabilidad criminal (art. 14), pues el delito de apropiación indebida no puede cometerse por imprudencia, como en un caso parecido indica la sentencia del Tribunal Supremo de 26-III-1999.

Sobre la base de todo lo expuesto, debemos estimar el recurso y absolver al acusado del delito de apropiación indebida objeto de imputación.

TERUEL, 2001

20

NÚM. 20

S. APT 2 de febrero de 2001

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: *Signos aparentes: No lo son los vierteaguas colocados en una ventana, ni la falta de reja o red en la misma. Usucapión: La Compilación no dice, a efectos de Usucapión qué se ha de entender por ausentes, de manera que resulta aplicable (art. 1.2 Comp.) de forma supletoria el Código civil, y en concreto del artículo 1958 del Código civil, que afirma que a los efectos de prescripción se considera ausente «al que reside en el extranjero o ultramar».*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 1.2, 144, 145, 146 y 147 Comp.; 530, 532, 537, 582, 598, 1958 C.c.;*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández*

Ante el JPI nº 1 de Alcañiz, los cónyuges X ejercitan una acción confesoria de servidumbre frente a sus vecinos Y. Estos a su vez reconviene-

nen.
El juzgado, en sentencia de 30 de diciembre de 2000 desestima la demanda y la recon-

vienección.
La parte actora recurre en apelación, a lo que se opone el demandado, aquietándose a lo resuelto por el juzgado respecto a la demanda recon-

reconventional.
La APT, dicta sentencia desestimando el recurso, y confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso de apelación que formalizan los esposos doña Sofía Z. V. y don Antonio M. G. contra la sentencia de instancia que desestima la demanda que dirigen contra los también cónyuges doña Alicia T. M. y don Pedro R. T., así

como la reconvencción que éstos formulan contra los primeros, lo fundan, en síntesis, en que, como mantienen en su demanda, no hay duda de la existencia de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas sobre la finca vecina y que el derecho a la servidumbre dicha lo adquirieron por el transcurso del plazo legalmente establecido para hacerlo por usucapión, dado que, entre los años 1982 y 1984, se realizaron en la casa de los recurrentes obras de reforma que supusieron la modificación de algunas ventanas existentes y la apertura de otras nuevas, con salientes voladizos que oscilaban entre los diez y treinta centímetros; en que se trata de grandes ventanas y no de simples huecos de ventilación; en que, incluso, existe una barandilla en una de las ventanas superiores, que sirve de apoyo para asomarse al fundo vecino y en que, para el cómputo del tiempo para la adquisición del derecho de usucapión, no puede estimarse que no residan en Belmonte de San José, por cuanto, cuando viven en Barcelona, se desplazan a dicha localidad en vacaciones y puentes.

Segundo: Los demandados se aquietan ante la desestimación de su demanda reconventional por la juzgadora de instancia de impugnarla en extremo alguno, limitándose a oponerse al recurso formalizado de contrario, negando la existencia de la servidumbre pretendida y de signos de la misma, por el solo hecho de la apertura de huecos y ventanas; resaltando que un vierteaguas no puede ser estimado «voladizo» en manera alguna; que los actores no viven en Belmonte sino en Barcelona, por lo que, en cualquier caso, el plazo para la adquisición por usucapión sería de 20 años; ante lo cual, determinada la apertura de los huecos en 1984, no han transcurrido aún; discrepando, pero sin formular formalmente impugnación alguna, sobre la apreciación de la juzgadora de instancia en

orden a las distancias entre la pared en que los huecos se han abierto y su finca, e interesando la confirmación de la sentencia.

Tercero: La Compilación Aragonesa, sobre la base de la Observancia 6.^a, «De aqua pluviali arcenda» regula la materia de esta litis, en los artículos 143 y 144, las denominadas relaciones de vecindad; en los 145 a 148 las servidumbres y en los artículos 530 y ss. del Código civil por remisión que hace el núm. 2, artículo 1 de la Compilación, en defecto de regulación específica en la misma.

En este sentido, es de ver que el artículo 144 de la Compilación, regulador del régimen normal de luces y vistas, viene a facultar a todo propietario o cotitular de una pared medianera para abrir huecos, a cualquier distancia de un predio ajeno, a fin de recibir luz o tener vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, si bien, si estos huecos se encuentran a menos de 2 metros de la línea divisoria con la finca vecina en línea recta o de 60 centímetros en las oblicuas o de costado, dichos huecos carecerán de balcones y otros voladizos y, además, deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente; pudiendo, por otra parte, el titular del fundo vecino edificar o construir sin sujetarse a distancia alguna aunque con ello cubra o tape los repetidos huecos o ventanas.

Respecto a la apertura de huecos en pared propia o medianera con otra finalidad, nada contempla la Compilación; por lo que habrá de estarse a las disposiciones del Derecho general.

Por otro lado, la limitada jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a establecer las líneas básicas de interpretación en este campo, al establecer en la Sentencia de 30 de junio de 1969 que, si bien en materia de apertura de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo, tratándose de balcones y otros voladizos se adopta una tónica restrictiva; criterio éste que estimamos debe pre-

conizarse para cualquier hueco que no tenga por finalidad la prevista en primer lugar (luces y vistas). A su vez las SSTs de 30 octubre y 23 de noviembre de 1983, 12 de diciembre de 1986 y 3 de febrero y 20 de julio de 1989, vienen a precisar que la permisión de abrir huecos y ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º artículo 144 de la Compilación 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.

En consecuencia y respecto a los huecos que tengan por finalidad un uso distinto a la de dar vista o luz a una determinada dependencia, sólo puede abrirse sobre o inmediatamente a propiedad ajena, mediante la constitución de la oportuna servidumbre por cualquiera de los títulos que recogen los artículos 537 y ss. y 598 del Código civil.

De otro lado, en orden al concepto de «voladizo», al no definirse ni en la Compilación ni en el Código civil, la Sentencia de 11 de diciembre de 1985, estima que es todo lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio, negando tal condición a un vierteaguas.

Del mismo modo, en orden a quien o quienes deben considerarse ausentes, el artículo 1.958 del Código civil, aplicable en Aragón por la ya dicha remisión general del artículo 1.2 de la Compilación, que no define tal situación, establece que «para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero o en ultramar».

Por su parte, la STS de 12 de julio de 1984, sienta que la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa anterior contenida en el Apéndice del Código civil, prescinde, como dice su exposición de motivos, de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción

entre aparentes y no aparentes, 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 1.2º 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).

Finalmente, los signos de una naturaleza o clase determinada sólo pueden ser indicativos de una presunta clase de servidumbre. Así la existencia de un paso asfaltado en finca ajena y para uso de otra, es signo de una presunta servidumbre de paso; la existencia de balcones y otros voladizos de naturaleza semejante, de una de luces y vistas, etc., etc.; sin que puedan extenderse a otro tipo o clase distinta de servidumbre. Por ello, la existencia de vierteaguas en las ventanas de un edificio, cuya finalidad no es otra que evitar que el agua resbale directamente sobre la pared en la que se abre la misma y así obtener una mayor protección de la misma, no puede utilizarse para defender la existencia de una presunta servidumbre de luces y vistas, cualquiera que sean las dimensiones del hueco o ventana, su colocación en el muro y la función para la que se haya construido.

Cuarto: Llegados a este punto y haciendo aplicación de la doctrina expuesta, es indiscutible que la existencia de tres nuevas ventanas de considerables dimensiones, para iluminar naturalmente unas habitaciones y en las que se han colocado, como dice en su informe pericial el arquitecto Sr. Rueda Insa (folios 147 a 159), baldosas de 30 x 30 cm. no puede estimarse que éstas constituyan voladizos, ya que son piezas cubremuros que hacen la función de vierteaguas «pudiendo volar parte del mismo, más o menos, en este caso 3 centímetros en la

segunda planta y aproximadamente 10 centímetros en las ventanas de la primera planta».

Pero es que, además, lo que silencian los actores recurrentes, es que precisamente, en las ventanas de la primera planta —donde el vierteaguas sobresale unos diez centímetros del muro o pared, fotos 19 y 20, folio 33— hay unas barras metálicas —como se ve en las mismas fotos y aun mejor en las que aportan los demandados, folios 50 a 52— dispuestas horizontalmente, de un lado al otro de las ventanas, de modo que impiden sacar el cuerpo fuera y además, hay otra que está con red, al parecer, metálica que hace imposible asomarse a la misma.

Consiguientemente, podemos concluir que no sólo son existentes los pretendidos signos o señales de la posible existencia de una servidumbre de luces y vistas sobre la finca de los demandados sino que, por el contrario, existen señales y signos en la propia finca de los actores/recurrentes que indican lo contrario: la inexistencia de servidumbre alguna de luces y vistas.

Quinto: Esta conclusión hace innecesario el examen del tiempo transcurrido desde que se abrieron los huecos referidos y se instalaron las ventanas litigiosas, por cuanto cualquiera que sea la finalidad e importancia estructural de las mismas, carecen de voladizos auténticos o propios como viene a establecer el artículo 582 del Código civil, cuando habla de «balcones u otros voladizos semejantes», como puede ser una terraza, una azotea, etc., etc., siempre que, en todo o parte, «vuelen» sobre la finca ajena (SSTS de 15 de diciembre de 1996, 10 de diciembre de 1980 y 8 de abril de 1988, entre otras) y, por ende, no pueden servir de base o fundamento para la adquisición por usucapión de la servidumbre pretendida.

Sexto: Procediendo desestimar el recurso, por todo lo expuesto, las costas de esta alzada, en armonía con lo prevenido en los artículos 398 en relación con el 394 de la Ley Procesal Civil, deben ser impuestas a los recurrentes.

21

NÚM. 21

S. APT 7 de abril de 2001

6631: CONSORCIO CONYUGAL: **ACTIVO: BIENES SITIOS:** *La diferencia entre bienes muebles y sitios viene fijada entendiendo que estos últimos, los sitios, comprenden no sólo los inmuebles por naturaleza o incorporación, sino todos aquellos que por su adscripción a un ciclo productivo, su diferenciabilidad o su permanencia los hacen fácilmente diferenciables, en tanto que los primeros, los muebles, son o se deben incluir en dicho concepto, todos los demás bienes.*

En resumen, los muebles pueden ser ordinarios o especiales. Los primeros son los normales, muebles por naturaleza o los que siendo inicialmente «sitios», por pacto ex artículo 29, les atribuyen la condición de muebles. Los segundos, especiales, son los que también se estiman de significación extraordinaria (art. 39 Comp.), salvo pacto en contrario. BIENES PRIVATIVOS: El coche debe ser considerado adquirido como sitio, constante matrimonio, a título oneroso y con dinero, no de la comunidad, sino en la mayor parte aportado por la mujer y en parte por el marido, en consecuencia, el vehículo es propiedad de ambos litigantes, pero en la proporción que resulte de las respectivas aportaciones.

Ahora bien, el valor del vehículo no es el mismo hoy que el que tenía hace cuatro años, cuando se compró, por ello se ha de fijar el valor que el vehículo tenía en el momento en que se decretó la disolución de la sociedad conyugal, así como el porcentaje que corresponde a cada uno de los propietarios sobre la base principal de su respectiva aportación a fin de que a quien le sea adjudicado indemnice al otro en la parte correspondiente a dicho valor.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 23, 36, 37, 38, 39, 40 y 41, 42 y 47 comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández.

La discusión se centra en la calificación que deban tener determinados bienes en orden a la disolución de la sociedad conyugal. La demanda la interpone la esposa y es estimada en parte (S. JPI nº1 d Teruel en autos 263/2000).

Ambos partes apelan la sentencia, y la APT estima parcialmente el recurso formulado por el marido y desestima el la mujer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El artículo 23 de la Compilación Aragonesa determina que el «régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebran acerca de los bienes, así presentes como futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación».

En su defecto se estará a lo dispuesto en el Capítulo III del Título IV.

Así en el artículo 36 establece que el «régimen económico del matrimonio, en defecto del pacto, se regulará por las disposiciones de este capítulo» es decir por los artículos 37 a 59.

En el presente caso, no constando la existencia de capitulaciones ni pactos, es claro que el régimen económico-matrimonial que rige las relaciones de los litigantes hasta su disolución ha sido y sigue siendo —al estar en período de liquidación— el legal denominado «comunidad de muebles y adquisiciones o ganancias».

Como presupuestos de los problemas que plantean los recurrentes hemos de establecer, a modo de premisas, la diferenciación entre bienes muebles y «sitios» que, como dice E., viene a fijarse entendiendo que estos últimos —los sitios— comprenden no sólo los inmuebles por naturaleza o incorporación, sino todos aquellos que, por su adscripción a un ciclo productivo, su diferenciabilidad o su permanencia, los hacen fácilmente diferenciables; en tanto que los primeros —los muebles— son o se

deben incluir en dicho concepto, todos los demás bienes.

En resumen, los muebles pueden ser ordinarios y especiales. Los primeros son los normales, muebles por naturaleza o los que, siendo inicialmente «sitios», por pacto expreso de ambos cónyuges (art. 29 CA), les atribuyen la condición de muebles. Los segundos —especiales— son los que también se estiman de significación extraordinaria (art. 39 CA) salvo pacto en contrario.

A su vez, tendrán la consideración y tratamiento de bienes sitios, no sólo los inmuebles por naturaleza sino los muebles de especial significación —especiales dichos, art. 39 CA)e), incluso, los muebles ordinarios que, por pacto (art. 29 CA), se califiquen como sitios.

De otro lado y en orden a la determinación del carácter consorcial o común y privativos, habremos de estar a lo que disponen los artículos 37 —bienes comunes— y 39 —bienes privativos— teniendo presente la denominada presunción de muebles por sitios, que recoge el artículo 39 y, sobre todo, el artículo 40, precepto de carácter residual, que establece la presunción de comunidad, según el cual «se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse»; así como la de que «la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, constante matrimonio, se considerará hecha a costa del caudal común».

En este sentido, E., estima que para la determinación del carácter común o privativo de los bienes, el criterio legal atiende a los siguientes factores:

- a) Su naturaleza de mueble o sitio.
- b) Momento y causa de la adquisición.

Resalta, además, que utilizando la ficción permitida por la Observancia 43, *De iure dotium*, se han sustraído hoy de la comunidad los bienes de naturaleza mueble o incorporeal de mayor significación económica —especiales, art. 39

CA— quedando en el patrimonio consorcial los demás bienes muebles, salvo excepciones, cualquiera que sea su origen y tiempo —anterior o posterior al matrimonio— de su adquisición.

Por el contrario en orden a los «sitios», el artículo 37 considera comunes los adquiridos a título oneroso, constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común. Consiguientemente, si el bien inmueble o sitio se adquirió antes del matrimonio, por cualquier título, o después de celebrado por título lucrativo o de forma oneroso pero no a costa del caudal común, serán privativos del cónyuge que los haya adquirido a su costa y cargo.

Finalmente, debemos tener presente los artículos 41 a 47, que se ocupan de las cargas y deudas comunes, de la responsabilidad personal, de distintas clases de derechos y en particular de las relaciones entre patrimonios, de los que se ocupa el artículo 47, según el cual, los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros.

El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede exigirse, antes de la liquidación de la comunidad, cuando así se hubiese pactado o mediante justa causa. Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.

Segundo: Así las cosas, hemos de estimar como bienes comunes, además de los inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges —y por ello constante matrimonio— a costa del caudal común; los obtenidos con su trabajo o actividad; los frutos tanto de los bienes comunes como privativos; los muebles, en general y cualquiera que sea su origen, tiempo y modo de adquisición, salvo que se trate

alguno de los comprendidos en el artículo 38, que recoge el catálogo de bienes privativos y en el 39, que relaciona, a los efectos del 38, los bienes que se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario. Hemos de tener también presente, como ya hemos dicho, que según el artículo 29, en virtud de pacto, consignado en escritura pública, aun fuera de capítulos, y a los efectos de extender la comunidad, los cónyuges pueden estipular que un bien sitio, sea considerado como mueble, a todos los efectos.

Finalmente, no debemos olvidar, a estos efectos, las presunciones a favor de la comunidad o consorcio que recoge el artículo 40 de la reiterada Compilación.

Tercero: Llegados a este punto, hemos de hacer aplicación de la doctrina expuesta a las cuestiones objeto de los recursos que formalizan ambos cónyuges: doña Esther y don Julio.

A) La pretensión de la Sra. P. no puede acogerse, por cuanto, como ya se ha dejado expuesto todos los bienes muebles, en general, son comunes, así los aportados al matrimonio por cualquiera de los cónyuges, como los adquiridos, una vez celebrado éste, por cualquier título (núm. 4 del art. 37), salvo los recogidos en el artículo 38, los muebles de especial significación que se determinan en el artículo 39 y los que, por pacto (art. 29), sean calificados como «sitios».

En consecuencia, siendo muebles todos los que la misma reclama —documentos 5 a 13 de los aportados con la demanda— y no estando incluidos en las excepciones dichas, no puede atenderse su petición, debiéndose confirmar en este punto la sentencia de instancia.

B) El esposo Sr. C. pretende que el turismo, TE...G, sea declarado como bien de la comunidad o consorcio y, por ende, que no se considere como deuda de la sociedad conyugal el dinero apor-

tado por su esposa para la adquisición del mismo; así como que, en otro caso, se de el mismo tratamiento a la aportación que él hizo, con la misma finalidad, mediante la entrega de su turismo Peugeot 505, SRD, CS...J.

La pretensión debe ser acogida, pero sólo parcialmente, sobre la base de lo que dispone el núm. 2 del artículo 39 de la Compilación y de lo manifestado por el recurrente, en su confesión judicial, al absolver las posiciones 8a y 9 (folios 168 a 171) y confesión judicial de la esposa (folios 237 a 240 y 243 a 245).

En armonía con lo expuesto, es indudable que el coche debe ser considerado adquirido como sitio, constante matrimonio, a título oneroso y con dinero no de la comunidad sino en la mayor parte aportado por doña Esther (1.625.000 ptas. + la mitad del valor del Peugeot 86.628 pesetas) y en parte de don Julio (otras 86.628 ptas.). En consecuencia, el reiterado vehículo es de la propiedad de ambos litigantes, pero en la proporción que resulte de las respectivas aportaciones.

Ahora bien, lo que entendemos es que el valor del mismo hoy, después de más de cuatro años —se compró en septiembre de 1996— no puede ser sea de 1.798.256 pesetas, que fue lo que les costó a los litigantes; ante lo cual, estimamos debe, en ejecución de sentencia, fijarse el valor que dicho vehículo tenía en el momento en que se decretó la disolución de la sociedad conyugal —16 de septiembre de 1998—, así como el porcentaje que corresponde a cada uno de los propietarios, sobre la base de su inicial y respectiva aportación para su adquisición, a fin de que, a quien le sea adjudicado, indemnice al otro en la parte correspondiente a dicho valor; por cuanto hemos de entender que ambos se aprovecharon del mismo, en tanto convivieron juntos y a partir del momento en que se decretó la separación, lo habrá usado y disfrutado uno u otro.

C) Por lo que se refiere a las cuotas satisfechas por el Seguro de vida, concertado por doña Esther con la entidad Mutua General de Seguros (folios 153, 154, 216 y 217), es de ver que dichas cuotas se pagan por anualidades anticipadas, es decir, la de 1995/1996 se satisfizo en 12 de mayo de 1995 (folio 75 en relación con los anteriores); la correspondiente a 1996/1997 se pagó el 12 de mayo de 1996 (folio 77 en relación con los primeros) y la relativa a la anualidad 1997/1998 se abonó el 12 de mayo de 1997 (folio 82 y los ya citados), última que se pagó antes de que se produjera la separación y la disolución de la sociedad conyugal.

A la vista de los datos que resultan de la documental citada y de la confesión judicial de la esposa (folios 237 a 240 y 243 a 245), las cuotas correspondientes a las anualidades de 1995/1996 y 1996/1997, fueron satisfechas con cargo a la cuenta corriente que dicha señora y su madre tenían abierta en «I», en tanto que la última se satisfizo con cargo a la cuenta que ambos cónyuges abrieron en dicha entidad en octubre de 1996; por lo que, sin más discurso, se impone también en este punto, la ratificación de la sentencia de instancia y la desestimación del recurso que formaliza el Sr. C.

Cuarto: Dada la naturaleza del proceso —de familia— aun cuando se haya seguido por el que se denomina juicio declarativo de menor cuantía y se haya rechazado la única pretensión de la recurrente Sra. P., en armonía con lo que previene hoy el artículo 398 en relación con el 394 de la vigente Ley Procesal Civil, al acogerse, por otro lado, parcialmente el que formaliza el también recurrente Sr. C., las costas de esta alzada deben ser satisfechas por ambos en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

NÚM. 22

S. APT de 30 de abril de 2001

84: SERVIDUMBRES: DE SALIDA DE HUMOS: Usucapión: *La servidumbre de salida de humos por chimenea presenta un carácter de positiva, continua y aparente, por lo que con arreglo a los artículos 537 y 538 Cc y 147 Comp. puede adquirirse en virtud de título o por la prescripción de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de título ni de buena fe; contándose el tiempo de la posesión desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente.*

En este caso, la misma ha sido adquirida pues lleva la chimenea colocada sobre la pared del vecino más de 30 años.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 147 Comp.; arts. 348, 537, 538, 539, 545, 590, 1908 Cc.

PONENTE: Ilma. Sra. doña María Teresa Rivera Blasco.

Ante le JPI núm. 3 de Teruel el actor ejercita una acción negatoria de servidumbre frente a su vecino. El juzgado en sentencia de 16 de enero de 2001 estima la demanda, declara la inexistencia de la servidumbre y condena al demandado a retirar el tubo de salida de humos.

La parte demandada apela la sentencia de instancia, y la APT (rollo 154/00), estima el recurso de apelación declarando la existencia de la servidumbre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda formulada por el Sr. G. S. declara que su finca no es predio sirviente de servidumbre de tubos de salida de humos de la finca de la demandada Sra. G. M., se alza ahora ésta reproduciendo en primer lugar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda que ya plantea-

ra en la instancia, alegando por otra parte incongruencia de la sentencia de instancia y error en la apreciación de la prueba.

El artículo 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, aplicable al supuesto que nos ocupa por la fecha de iniciación de las presentes actuaciones, establece los extremos que debe contener la demanda de los Juicios de Cognición, entre ellos la fijación de la cuantía litigiosa, pudiendo alegar el demandado en su escrito de contestación la falta de cualquiera de dichos requisitos en cuyo caso el Juez resolverá lo procedente en la sentencia definitiva, previamente al examen del fondo del asunto. Sobre la base de este precepto, en relación con el artículo 533.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada pero aplicable al caso enjuiciado, el demandado plantea la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda por entender que el demandado no ha determinado la cuantía del procedimiento sino que se ha limitado a manifestar de «forma arbitraria una cantidad disponiendo unilateralmente del proceso». Sin embargo, es lo cierto que el actor fijó como cuantía del procedimiento en su demanda la de 200.000 ptas., cumpliendo así el requisito legal (núm. 6 del indicado art. 29), y si el demandado no estaba de acuerdo con dicha cuantía debió acudir al incidente previsto en el artículo 47 de las Normas Procesales aplicables en la Justicia Municipal para impugnar la cuantía señalada en la demanda. Debe ser por lo tanto desestimado el recurso en este punto.

Segundo: Tiene razón el apelante cuando alega en cuanto al fondo del asunto que la acción ejercitada por el actor fue la de negatoria de servidumbre de salida de humos con base en los artículos 348 del Código civil (que define la propiedad como el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes) y 539 de dicho cuerpo legal (según el cual las servidumbres discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse por

título), por lo que, acotado así el litigio por el propio actor, el Juzgador no puede variar —en virtud del principio de congruencia— la causa de pedir y condenar al demandado en base a una acción de cesación de toda inmisión perjudicial que tiene su fundamento en el artículo 1.908 del Código civil, pues esta última, basada en una responsabilidad por culpa o negligencia, es totalmente diferente a la efectivamente ejercitada por el actor. El supuesto va más allá de la facultad de los Tribunales de basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los alegados en los escritos de las partes (principio *iura novit curia*).

Tercero: Se formula demanda en ejercicio de solicitud de declaración de inexistencia de servidumbre de conducción de humos a favor de la finca de la demandada que grave la propiedad del actor y para que sea condenada la demandada a pasar por tal declaración retirando la conducción.

La chimenea puede justificarse en una relación de vecindad, que tiene mayor ámbito que una relación jurídica y debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 590 del Código civil, o bien en la existencia de una servidumbre, regulada por los artículos 530 y siguientes del Código civil y en los correspondientes de la Compilación Aragonesa. La servidumbre es una carga o gravamen impuesta sobre un inmueble en favor de otro y que obliga al propietario del fundo sirviente a sufrir de parte del dominante ciertos actos de uso, o de abstenerse, por su parte, de ejercer ciertos derechos inherentes a la propiedad. En concreto, la servidumbre de salida de humos por chimenea presenta un carácter de positiva, continua y aparente, por lo que con arreglo a los artículos 537 y 538 del Código civil y 147 de la Compilación Aragonesa puede adquirirse en virtud de título o por la prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de título ni buena fe, contándose el tiempo de la posesión desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprove-

chado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente.

Se han probado en autos los siguientes extremos: a) la existencia de una chimenea que parte de la cocina de la casa de la demandada y transcurre oblicua a la fachada de la vivienda del actor, junto a uno de los balcones de ésta; b) por esta chimenea extrae la Sra. G. M. los humos de la cocina; c) el vertido de los humos se realiza directamente a la fachada y balcones del actor; d) la chimenea lleva en el mismo lugar más de treinta años.

No ha formulado el demandado reconvencción solicitando la declaración de existencia de la servidumbre en cuestión, lo que impide al Tribunal pronunciarse sobre dicha cuestión. No obstante, la prueba de que el tubo que da salida a los humos de la cocina de la actora lleva colocado más de treinta años en el mismo lugar impide declarar que el predio del actor no está gravado con una servidumbre de salida de humos al existir una apariencia de dicho gravamen.

Cuarto: Tal como se ha visto en el segundo fundamento de derecho de esta resolución, el perjudicado podría haber reaccionado contra la causación del deterioro instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones nocivas en base a los artículos 590 y 1.908 del Código civil, pues es indudable que el tubo en cuestión expelle humos perjudiciales como resulta del hecho mismo de su procedencia. Sin embargo, se ha limitado a formular una acción negatoria de servidumbre, por lo que queda limitada esta Sala a pronunciarse sobre dicha cuestión en los términos ya indicados anteriormente, sin que pueda tampoco resolverse en esta resolución, pese a su evidencia, el tema relativo a la variación de la supuesta servidumbre conforme dispone el artículo 545 del Código civil cuando la misma resulte incómoda e insalubre para el dueño del predio sirviente, al no haberse

pedido por ninguna de las partes y por lo tanto no haber sido objeto del pleito.

Quinto: Todo ello lleva a la estimación del recurso formulado y consecuentemente a la desestimación de la demanda, debiendo ser condenado el actor al pago de las costas causadas en primera instancia. Al estimarse el recurso no procede hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 23

S. APT de 7 de junio de 2001

92: DERECHO DE ABOLITORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: Prueba: *Como establecía el art. 1214 hoy derogado y ahora dispone el 217 LEC, corresponde a los demandantes (ahora apelantes) probar los hechos que constituyen la base de su pretensión, en síntesis: a) que son parientes colaterales del o de los enajenantes; b) que estén dentro del cuarto grado de o de los enajenantes, y c) que pertenecen a la línea familiar de la que proceden los bienes.*

Respecto de los bienes; a) que son inmuebles; b) que tienen carácter de troncales de abolitorio o, lo que es lo mismo, que han permanecido en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del disponente; c) que se transmitan en virtud de venta o dación en pago y d) que se enajena a un extraño o a un pariente más allá del cuarto grado.

Finalmente, en cuanto a la forma y al tiempo es preciso que el derecho se ejercite en los plazos y forma que señala el artículo 150 Comp. PLAZO DE EJERCICIO: La venta de las fincas en favor de los demandados se efectuó el 29 de diciembre de 1997. Las 11 primeras fincas estaban ya matriculadas y se practicó la inscripción el 27 de abril de 2000; la cuatro restantes no lo estaban y se inmatricularon el 26 de junio de 2000. La demanda se presentó el 6 de septiembre de 2000. En cualquier caso, y por aplicación de los artículos 149 y 150, el derecho de los actores caducó por el transcurso del plazo

desde la enajenación (29-12-97), esto es el 29 de diciembre del 1999.

DISPOSICIONES CITADAS: artículos 149 y 150 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández.

Ante el JPI de Calamocha se ejercita por determinados parientes (tíos de la enajenantes) retracto de abolorio. El juzgado, en sentencia de 28 de febrero de 2001, desestima la demanda y declara no haber lugar al retracto de abolorio.

Los actores impugnan la sentencia, que es confirmada por la APT.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los recurrentes, doña Rosa, don José y doña Isabel V. V., formalizan recurso de apelación contra la sentencia de instancia que desestima la demanda en que ejercitan el derecho de retracto de abolorio sobre determinadas fincas propiedad de los demandados, basándolo, en síntesis, en que ha quedado acreditado que las fincas objeto del litigio han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la de las propietarias vendedoras así como el carácter de agricultores de los actores, si bien lo hacen por medio de terceros y tienen en explotación diferentes fincas; que no se les comunicó de forma fehaciente, como parientes directos de don Amado V. V. (padre y esposo de las vendedoras) la enajenación de dichas fincas; que están de acuerdo en que el artículo 150.2 de la Compilación Aragonesa establece como plazo para el ejercicio del derecho el de 90 días a partir de la fecha de la inscripción del título, si bien entienden que dichas fechas —27 de abril de 2000 respecto de las fincas 1 a 11 y 26 de junio de 2000 con referencia a las números 12 a 15 inclusive— son provisionales hasta tanto no se acredite la publicación del edicto conforme a lo establecido en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, por lo que estima que

dichas fechas no adquirieron el carácter de definitivas —el edicto se publicó el 20 de julio de 2000— hasta un mes después, es decir el 20 de agosto de 2000; en que la demanda se presentó el 6 de septiembre de dicho año, dentro de los 90 días siguientes, por lo que entienden fue en plazo; en que no es aplicable al caso el plazo de caducidad de los dos años desde la fecha de la venta —29 de diciembre de 1997— por cuanto en dicha escritura se estableció un pacto de retracto por 30 meses que finalizaba el 29 de septiembre del año 2000, y que la inscripción se practicó pocos meses antes, en abril y junio del mismo año, por cuanto la juzgadora de instancia deja de lado la condición resolutoria antedicha que implica que dicho plazo de caducidad debe contarse desde el 29 de junio del 2000, en que la misma quedó sin efecto y que, en consecuencia, la venta no se consumó hasta el 29 de junio de 2000, por lo que su derecho no ha caducado.

Segundo: El derecho de saca, de abolorio o retracto gentilicio, como ya lo denominó las sentencias de la entonces Audiencia Territorial de Zaragoza de 24 de enero y 12 de febrero de 1912 y de 11 de mayo de 1959 o del TS de 27 de abril de 1967 tiene, según el Fuero 4 «De comuni dividundu», una doble virtualidad, estimamos según se haya hecho o no la notificación a los familiares del deseo de vender y las condiciones de la venta: antes derecho a «retener» las fincas en la familia, hoy derecho de tanteo, o después de la venta, derecho a recuperar o retracto actual, según estima José Luis Merino Hernández, que se caracteriza, en definitiva, como un derecho de adquisición preferente, basado en el interés familiar, con conexiones de tipo hereditario, personalísimo, renunciable y prioritario frente a otros similares, aun cuando su aplicación debe ser restrictiva «por tratarse de un derecho limitativo de la libre circulación de la propiedad inmobiliaria, tanto en lo que se refiere a sus elementos subjetivos (limitando las personas que pueden ejercitarlo), a sus elementos

objetivos (excluyendo del derecho ciertos inmuebles) como a los negocios de transmisión que pueden dar origen a la cosa»; finalmente y en esta línea el artículo 149.2 de la Compilación faculta a los Tribunales para moderar equitativamente el ejercicio de este derecho.

Tercero: Llegados a este punto hemos de aceptar, en lo fundamental, las razones y argumentos de la sentencia de instancia, que damos aquí por reproducidos, si bien hemos de hacer unas puntualizaciones.

Como establecía el artículo 1214 del Código Civil, hoy derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y ahora, por ello, el artículo 217 de la misma, corresponde a los demandantes/apelantes doña Rosa, don José y doña Isabel V. V. probar los hechos que constituyan la base de su pretensión. En concreto y en síntesis, los siguientes:

a) Que son parientes colaterales del o de los enajenantes; b) Que están dentro del cuarto grado de o de los enajenantes, y c) Que pertenecen a la línea familiar de la que proceden los bienes.

Respecto de los bienes: a) Que son inmuebles. b) Que tienen el carácter de troncales de abolorio o, lo que es lo mismo, que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente (art. 149.1 de la dicha Compilación). c) Que se transmitan en virtud de venta o dación en pago, y d) Que se haga a un extraño o pariente más allá del cuarto grado.

Finalmente en cuanto a la forma y tiempo, es preciso que el derecho se ejercite en los plazos y forma que señala el artículo 150 de dicho texto legal; esto es en el caso que nos ocupa, por lo que luego diremos:

a) Que se ejercite el derecho entregando o consignando el precio en el plazo de treinta días siguientes a la notificación fehaciente. b) A falta de dicha notificación, a los noventa días a partir de la fecha de la inscripción del título en

el Registro de la Propiedad (en este caso la hay), y c) Que en todo caso no hayan transcurrido dos años desde la erlajación o dación en pago.

Cuarto: Establecida la doctrina que antecede, la Sala tras examinar la prueba practicada, en particular la testifical de las vendedoras de las fincas a los demandados, folios 196 a 198, 207 a 210, tiene el convencimiento moral que efectivamente ofrecieron a los actores las fincas, en un principio, y que éstos no aceptaron el precio; pero efectivamente no hay prueba fehaciente del hecho.

Ahora bien y como hemos establecido, a los actores les corresponde la prueba de los hechos en los que basan su pretensión y de lo actuado se desprende que hay dos grupos de fincas entre las vendidas, la una a la once, respecto de los que no existe contienda de que tienen el carácter troncal de abolorio que se les atribuye y la doce a la quince, respecto de las que hemos de estimar no existe prueba alguna de dicha naturaleza, por lo que sin más discurso deben quedar al margen del objeto de esta «litis».

Corroboramos este aserto el hecho de que las fincas una a once estuvieran inscritas en el Registro de la Propiedad (folio 178 a 188), en tanto que las 12 a 1: en (folios 189. a 192) no estuvieran inmatriculadas: lo que implica ya un aparente origen distinto de las mismas, habiendo dado lugar la transmisión de las primeras a una tercera inscripción y otorgado a los adquirentes el carácter de terceros protegidos por la fe pública registral, en tanto que las otras son inscripciones matriculadoras.

En este mismo sentido es revelador que todas las fincas que los actores adquirieron de sus padres por donación en 1964 fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que nos lleva a deducir que todos los inmuebles de los que eran propietarios los padres de los actores y de su fallecido hermano, don Amado V., tuvieron acceso al Registro; por lo que es significativo que las fincas 12 a 15, de las compradas por los demandados, no fue-

ran inscritas en su momento si también procedían de los padres de los actores y hermano dicho.

No hay pues cuestión en orden a los denominados elementos personales para que se dé el retracto que nos ocupa, pero sí surge en cuanto a los reales que hemos dejado reflejados.

Las fincas se vendieron en fecha 29 de diciembre de 1997, las once primeras se inscribieron en el Registro de la Propiedad el 27 de abril del año 2000 y las cuatro restantes, tras la rectificación de datos no esenciales, el 26 de junio de 2000 fueron inmatriculadas. Este hecho fue el que motivó la fijación del Edicto en el Ayuntamiento de Bello (folios 170 a 172) y no el otorgamiento de la venta por las once primeras fincas, al ser realizada la inmatriculación a los efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, que no son otros, conforme a dicho precepto y a los 298 y siguientes, que avisar a los que se crean con derecho a los bienes inmatriculados por dicho procedimiento para acudir ante los Tribunales y ejercitar los derechos que crean asistirles.

En consecuencia, tal formalidad para nada influye en la fecha de la inscripción, sea o no inmatriculadora; la fecha es la que sea, independientemente de la publicación del edicto, de modo que no cabe para nada hablar de fecha provisional y definitiva de la inscripción correspondiente, ni para las once fincas ya inmatriculadas ni para las cuatro últimas —12 a 15 de la escritura— que se inmatricularon por el referido procedimiento.

Quinto: Llegados a este punto, es pues indiscutible que la venta de las fincas en favor de los demandados —de todos— se llevó a efecto en virtud de escritura de compraventa de fecha 29 de diciembre de 1997 (folios 75 a 81).

Las once primeras fincas estaban ya matriculadas y se practicó la inscripción (tercera) en favor de los compradores en fecha 27 de abril de 2000 (folios 176 a 188).

Las cuatro restantes no lo estaban y se inmatricularon a favor de los mismos en

fecha 26 de junio del 2000 (folios 189 a 192).

Finalmente la demanda se presentó en el juzgado el 6 de septiembre del año 2000 (folio 1 de los autos) y se consignó el precio de venta fijado en la escritura de compraventa (folio 65).

Las conclusiones en armonía con lo dispuesto por los artículos 149 y 150 de nuestra Compilación no pueden ser otras que las siguientes:

1.º Respecto de las once primeras fincas comprendidas en la escritura de venta en favor de los demandados, cuyo carácter troncal de abolorio nadie discute, el plazo de noventa días precluyó el 27 de julio del 2000.

2.º Con referencia a las cuatro últimas, ninguna virtualidad tiene el retracto ejercitado, al no haberse acreditado en forma, a juicio de la Sala, el carácter antedicho: Troncal de abolorio.

3.º En cualquier caso, celebrado el contrato de compraventa en fecha 29 de diciembre de 1997, el derecho de los actores caducó por el transcurso de dos años desde la enajenación esto es el 29 de diciembre de 1999.

4.º No queremos dejar sin respuesta la cuestión de la cláusula de la venta con pacto de retro o a carta de gracia. Tal condición como recoge el ya citado comentarista de nuestro Derecho Foral, señor Merino Hernández y en su día se pronunció la antigua Audiencia Territorial de Zaragoza, en sentencias de 5 de abril de 1865, 6 de julio de 1874 y 11 de diciembre de 1897, nada impidió a los recurrentes ejercer dicho derecho desde que la venta se efectuó y consumó sin otra particularidad que la adquisición lo hubiera sido «sujetos a la posibilidad de un recobro de los mismos por parte de los vendedores en las condiciones en que la carta de gracia fue pactada».

5.º Finalmente, analizadas todas las particulares circunstancias que han concurrido en el presente caso, incluso el convencimiento moral que esta Sala tiene en orden a que a los actores les fueron ofrecidas las fincas y que no acepta-

ron por el precio que realmente se ha pagado por ellas, sobre seis millones de pesetas, al estar todos jubilados y por ello no ser agricultores directos y personales, la Sala no hubiera dudado en hacer uso de la facultad que le confiere el número 2 del artículo 149 referido para moderar el ejercicio del derecho pretendido por los actores, por cuanto en atención a esas circunstancias no estima equitativo su ejercicio, en particular si resalta el ánimo de hacerse con unos bienes por menos de la mitad de su valor real, hecho censurable donde los haya, cuando se realiza por personas que no han acreditado en modo alguno su interés en adquirir dichas fincas en ningún momento hasta ahora.

Sexto: Procediendo rechazar el recurso, las costas de esta alzada en armonía con lo prevenido por los artículos 398 en relación con el 394 de la Ley Procesal Civil, deben ser impuestas a los recurrentes.

24

NÚM. 24

SAPT de 19 de junio de 2001

51: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: **Límites:** *La división material que se pretende resultaría contraria al artículo 21.2 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, tal y como destaca el informe emitido por el ayuntamiento de Cella, pues aun cuando el principio standum est chartae contenido en el artículo 3 consagra el principio de libertad de pacto, el mismo está supeditado a que no sean contrarios a las normas imperativas del Derecho aragonés.*

DISPOSICIONES CITADAS: *artículo 3 Comp.; artículos 400, 402, 1.255 CC; artículo 21.2 Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística de Aragón.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Francisco Fermín Hernández*

Ante el JPI número 2 de Teruel uno de los comuneros ejercita la acción de división de la cosa común con oposición de los otros.

El Juzgado, en sentencia de 8 de marzo de 2001 desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación.

La APT desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Frente a la sentencia de instancia, que desestima la pretensión de la demanda tendente a que se declare judicialmente la división de la finca de la que son copropietarios los litigantes, conforme a lo acordado por los mismos en documento privado, y se proceda a materializar dicha división y adjudicación a cada uno de ellos de sus porciones respectivas, mediante la realización de las obras necesarias para la independización de cada una de las participaciones, al estimar dicha resolución que tal división merece considerablemente la finca, y resulta contraria a la Ley, se alza la parte demandante denunciando error de la Juzgadora de instancia en la calificación jurídica de los hechos, por entender que dicha resolución vulnera lo preceptuado en el artículo 402 del Código civil que establece que la división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, tal y como ha ocurrido en el presente caso, por lo que no puede rechazarse la pretensión de la demanda, cuando la división de finca ya se llevó a efecto por los interesados en documento privado de fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete, y lo que se pretende en el presente procedimiento es el cumplimiento de lo pactado en aquel documento. Por otra parte entiende que la sentencia incurre en incongruencia omisiva en cuanto que no resuelve sobre la petición de la demanda de que se retiren por el demandado unos suplementos de cemento que se instalaron en el local litigioso para colocación de las jaulas de la granja de conejos que en el mismo explotaban los demandados.

II. Para resolver la cuestión planteada en la demanda, y en este recurso, hay que partir de la distinción entre lo que es la división jurídica de la cosa común, y lo

que es la división material de la misma, ya que, en lo que atañe al caso debatido, si bien resulta posible la división jurídica de la finca de la que son copropietarios los litigantes, y es igualmente legítimo que la división se lleve a efecto por los propios interesados, pues así lo autoriza el artículo 402 del Código civil, no es factible materializar aquella división en la forma pactada por los comuneros en el documento privado de fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete, y ello porque, aun dejando de lado el hecho, resaltado por la sentencia recurrida, de la que la finca resultante desmerecería en su valor, pues la parte adjudicada al demandado se vería privada de servicios básicos como el agua o la luz, porque tal división material resultaría, por ahora, contraria al artículo 21.2 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, tal y como destaca el informe emitido por el Ayuntamiento de Cella (folios 67 y 68 de los autos), pues aún cuando el artículo 1255 del Código civil consagra el principio de libertad de pacto, que en nuestro derecho civil propio tiene su expresión en principio «*standum est chartae*», contenido en el artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, tanto uno como otro precepto supeditan la validez de los pactos establecidos entre las partes a que los mismos no sean contrarios a la Ley o «a las normas imperativas del Derecho Aragonés»; no pudiendo ser objeto de tutela judicial el cumplimiento de unas obligaciones derivadas de un pacto contrario a la Ley, sin perjuicio de lo que pudiera resultar de un eventual cambio en la consideración urbanística de los terrenos donde se asienta la cosa común, o de que los comuneros puedan materializar la división en forma distinta, singularmente en cualquiera de las formas previstas en el artículo 404 del Código civil.

III. En lo que concierne al segundo de los motivos de impugnación esgrimidos, esto es el relativo a la posible concurrencia incongruencia omisiva derivada de la falta de pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre la retirada por el

demandado unos suplementos de cemento que se instalaron en el local litigioso para colocación de las jaulas de la granja de conejos que en el mismo explotaban los demandados, sin perjuicio de señalar que, como reiteradamente tiene señalado la Jurisprudencia (sentencias del T. Supremo de 24 de febrero de 1992, 1 de mayo de 1993 y 23 de octubre de 1997, entre otras), la incongruencia no es predicable de las sentencias absolutorias, en cuanto que las mismas resuelven, en sentido negativo, sobre todos los pedimentos de la demanda, dicha cuestión está íntimamente relacionada con el resto de los pedimentos de la demanda, pues si en principio la colocación de aquellos suplementos de cemento constituyó un uso, tolerado por todos los comuneros, de la cosa común, no resulta procedente por ahora ordenar dicha retirada cuando la división material de la finca en la forma pretendida en la demanda no resulta posible, y por ello todavía no se ha determinado sin la porción de finca donde se han instalado aquellos suplementos ha de adjudicarse al demandante, que pretende su eliminación, o al demandado que los instaló; lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

IV. La total desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de la totalidad de las costas causadas en segunda instancia, por aplicación del criterio establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 25

S. APT de 14 de julio de 2001

51: FUENTES: «*STANDUM EST CHARTAE*»: *La constitución de una comunidad germánica de bienes entre las partes es válida conforme al principio «Standum est chartae», y en consecuencia todos los bienes que integran la comunidad pertenecen a la totalidad de los comuneros, no hay cuotas, no son susceptibles de transmi-*

sión, y no cabe pedir la división material y sólo cuando se extinga la comunidad puede procederse a su disolución. Por ello cualquier comunero está legitimado en defensa de la comunidad, pues es propietario de todos los bienes que la constituyen.

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 3 Comp.; artículos 33 y 334 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández

Ante el JPI de Calamocha un comunero reclama a determinados sujetos una cantidad en concepto de daños. El Juzgado, en sentencia de 30 de diciembre de 2000, absuelve a los demandados en la instancia sin entrar a conocer del fondo del asunto por considerar que carece legitimación, ya que entiende el juzgador que todos los comuneros debían de haber iniciado la acción de reclamación, por ser su comunidad de corte germánico y no romana.

La parte actora recurre en apelación y la APT, entrando a conocer del fondo de asunto, reconoce legitimación activa individual a cada comunero y además estima la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Interpone recurso de apelación don Alberto C. C. contra la sentencia que, acogiendo la excepción de falta de legitimación activa en el actor/recurrente, absuelve en la instancia sin entrar en el fondo de la cuestión objeto de la litis, fundando su impugnación, en síntesis, en que él, en unión de su hermano don José Miguel y de la madre de ambos, doña Flor C. F., son copropietarios de una serie de bienes que constituyen una unidad de explotación agropecuaria, unidad económica que no se correspondía con la situación jurídica de dicho conjunto patrimonial, que se hallaba fraccionado en una diversidad de comunidades de bienes correspondientes, de tipo de comunidad romana o por cuotas, pactando al amparo del artículo 3 de la Compilación Aragonesa, cambiar la naturaleza

de la comunidad de bienes, por una sola comunidad de bienes del tipo germánico o en mano común, que se denomina C. C., Comunidad Germánica de Bienes, cambio que se produjo por escritura pública de fecha 21 de julio de 1992 (folios 17 a 22): que el día 16 de diciembre y a consecuencia de una ráfaga de viento, cayó un tejado de chapa que tenían instalados los demandados don Domingo T. V. y su esposa, doña Ventura S. S., en su propiedad sobre la granja del recurrente y familia, afectando a la instalación eléctrica de la misma y produciendo daños que se han estimado en 133.129 pesetas; resaltando además, que los únicos destrozos que el viento causó ese día en la población fueron los descritos y que habiendo tratado de solucionar amistosamente la cuestión con los demandados no ha sido posible ante la negativa de estos de llegar a ninguna solución.

Segundo: También recurren la sentencia los demandados don Domingo T. V. y doña Ventura S. S. el pronunciamiento sobre las costas, al entender y solicitar deben ser impuestas al actor al desestimarse la demanda.

Tercero: Como primera cuestión que hemos o debemos abordar es que el pacto contenido en la escritura, ya citada, de fecha 21 de julio de 1992 constituyendo una comunidad germánica de bienes es perfectamente válido a la luz del principio «standum est chartae» que recoge el artículo 3 de nuestra Compilación, al cual nos referiremos al final al haber sido impugnado por los demandados en cuanto a su validez.

Consecuencia de lo anterior y conforme con la doctrina y jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de tal sociedad —sobre todo cuando se estudia la sociedad conyugal de gananciales entre otras las SSTs de 29 de diciembre de 1987 y 12 de junio de 1990— es que a diferencia de la comunidad romana o por cuotas, los bienes que la integran pertenecen en su totalidad a todos los comuneros, no hay cuotas, no son sus-

ceptibles de transmitir por lo tanto, no cabe pedir la división material y sólo cuando se extinga la comunidad puede procederse a su liquidación.

Otra de las cuestiones, es que todo lo que se aporte a la comunidad o se adquiera por y para ella por los comuneros pasa a integrar el patrimonio de la misma bajo el régimen que la regula.

Así las cosas, ya hemos de establecer que todos los bienes, que a la fecha de la constitución de la comunidad —21 de julio de 1992— se aportaran a la misma, quedaron integrados en ella y, obviamente, la explotación agropecuaria que se formó con todos los bienes que se recogen en dicha escritura, entre los que obviamente figuraba como elemento importante tanto la instalación como el suministro de energía eléctrica que contrató, no doña Flor C. A., como se dice en la sentencia, sino su esposo y padre del recurrente, don Joaquín C. A. (folio 13), en el mes de octubre de 1990, como consta en el documento obrante a dicho folio.

Es más, todos los bienes que pasaron a integrar la comunidad dicha eran o provenían del matrimonio de don Joaquín C. A. y doña Flor C. F. (folios 17 a 22).

Llegados a este punto, el que el boletín de instalaciones eléctricas que obra al folio 12 esté firmado por doña Flor, es algo anecdótico, si tenemos en cuenta que la instalación ya existía y en cualquier caso, si no hubiera existido sería una aportación a la sociedad de un bien mueble para incorporarlo un inmueble que, por su naturaleza y destino permanente, adquiriría según el artículo 334 del Código civil, en relación con el 1.º-3 de la Compilación, la naturaleza inmueble y permanente a la comunidad desde el momento de su incorporación.

La conclusión pues, no puede ser otra que, siendo el actor, don Alberto C. C., propietario de todos los bienes que constituyen la comunidad, lo mismo que los otros comuneros, su legitimación para litigar en defensa de la misma es indiscutible, máxime si tenemos en cuenta que,

en la comunidad romana, un solo comunero que es sólo propietario de una cuota del bien y no de la totalidad, lo está para actuar en defensa de la comunidad, incluso aunque ni siquiera lo exprese al hacerlo (SSTS 7 de diciembre de 1987, 15 de enero de 1988 y 21 de julio de 1989).

Como habíamos anticipado hemos de analizar brevemente la validez del documento obrante a los folios 17 a 22, copia simple, expedida por la Notaría de Maella (Zaragoza), de la escritura pública de fecha 21 de julio de 1992 de constitución de comunidad y definición de su naturaleza jurídica, impugnado por los demandados.

Lo primero que hemos de resaltar es que un documento notarial, bien apliquemos las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy derogadas, bien apliquemos las de la Ley Procesal vigente, en concreto los artículos 596 y siguientes de la antigua y 1.220 del Código o los 333 y 334 de la vigente, la cual en sus disposiciones transitorias segunda y especialmente la tercera vienen a entender aplicable desde que se dicte la sentencia de instancia, para la apelación, segunda instancia, ejecución, recursos extraordinarios, a todos los efectos la nueva ley. Los propios apelados al formalizar su oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario hacen la aplicación de la vigente ley en esta alzada.

Así las cosas, estimamos que los impugnantes, bien nos atengamos a la legislación derogada bien a la vigente, han debido expresar en qué punto o puntos y por qué motivo o causa no están conformes con un documento que, además, para ellos ninguna trascendencia práctica tiene, supuesto que se refiere a un cambio de naturaleza de la comunidad hereditaria existente entre la madre doña Flor y sus hijos, herederos de su esposo, puesto que bien sea una comunidad por cuotas o romana, bien lo sea la germánica que han pactado en el documento impugnado, cualquiera de los comuneros está legitimado para ejercitar las acciones que benefician a la comunidad.

Pues bien, los demandados se han limitado a impugnar la copia sin negarle inexactitud alguna, como impone el artículo 334, por lo que habrá de dársele el valor adecuado con las demás pruebas practicadas y de éstas, tanto de forma indirecta (confesiones de los demandados, folios 118 a 126) como de manera directa (testifical de ambas partes, folios 98 a 102, 196 a 206, 209 a 217 y los 177 a 182 y 186 a 188), resulta sin ningún género de dudas unos datos inconfundibles: que las fincas que sufrieron el daño en su instalación eléctrica, incluida ésta eran del padre del actor, don Joaquín C. A., de su madre y esposa de este último, doña Flor C. F. y de don Juan Lorenzo C. T.; que al morir don Joaquín la comunidad se modificó por la inclusión de los hijos de éste en su lugar, el actor don Alberto y don José Miguel C. C., y que la finca de la que se desprendió el tejadillo y causó los daños es de los esposos demandados (posiciones primera y extremo c) de la 12.^a, folios 118 a 124).

Consecuentemente, bien exista una comunidad romana o por cuotas, bien la germánica o en mano común, el actor está activamente legitimado para actuar en defensa de la comunidad, como ya hemos dicho, por lo que la excepción debe decaer.

Cuarto: El artículo 465.4 de la Ley Procesal viene a establecer que la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación así como sobre la eventual oposición a ésta.

Teniendo presente tal mandato y vistos los escritos del recurso y oposición al mismo, hemos de entrar a conocer directamente sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda, supuesto que la oposición al recurso prescinde de reproducir otras defensas que la ya resuelta de falta de legitimación activa.

En este sentido no hay duda alguna, según la prueba ya parcialmente expuesta, que la causa del daño en la propiedad

del recurrente y demás copropietarios fue la caída del tejado de chapa, propiedad de los demandados sobre el tendido eléctrico de los primeros; que tal desprendimiento por el viento, más que a la fuerza del mismo, se debió a la mala instalación y aseguramiento del reiterado tejado, como afirman directa o indirectamente todos los testigos al reconocer que ese día no se produjeron en la localidad ningún otro desperfecto semejante; lo ratifica el informe del Observatorio de Calamocha, que viene a precisar que la racha máxima de viento fue de 58 kilómetros a la hora en la zona el día 16 de diciembre de 1999 (folio 24) y lo confirman los propios demandados al reconocer, en confesión judicial (folios 118 a 126) no ya el desprendimiento del tejadillo y su caída sobre las instalaciones del actor (posición 5.^a) sino que también causaron otros daños a otros vecinos y que ellos los repararon (posiciones 8.^a y 9.^a), lo cual demuestra que ellos mismos estaban convencidos de su responsabilidad, la diferencia es que unos daños fueron escasos y otros, los que ahora se les reclaman, de cierta entidad.

Quinto: La cuantificación de los deterioros sufridos y su reparación ni siquiera se impugna en el escrito de oposición al recurso; esto no obstante están perfectamente determinados y además, la reclamación es inferior a los daños efectivamente determinados, según resulta de la factura presentada (folio 25), que asciende a 133.129 pesetas; lo ratifica su expedidor y quien hizo la separación (folios 100, 112 y 114 a 117) y lo confirma el informe pericial obrante a los folios 105 y 106, ratificado después por el perito que lo emitió en declaración testifical, don José Ángel Aznar Ubieta (folio 220, 229, 231 y 232), quien reitera, como ya hemos dicho, que la factura girada es «ligeramente inferior a los previos medios de mercado».

Sexto: Finalmente, respecto a la relación causal entre la situación negligente de los demandados por tener la instalación del tejadillo mal acondicionado y el

daño, resulta de todo lo expuesto hasta el momento, en particular de su propia actuación ya resaltada, reparando los daños de otro vecino causados por el mismo hecho.

Séptimo: Abandonada por el Tribunal Supremo la línea que marcaba el brocardo jurídico en materia de daños y perjuicios «in iliquidis non fit mora» (SSTS de 5 de marzo de 1992, 18 de febrero y 21 de marzo de 1994 y 8 de noviembre del año 2000), procede acceder igualmente a la condena de los demandados a que satisfagan los intereses legales de la suma reclamada.

Octavo: Por todo lo expuesto el recurso que formalizan los demandados don Domingo T. V. y su esposa, doña Valentina S. S., cae por su base, teniendo forzosamente que ser desestimado, al acogerse íntegramente la demanda contra ellos formalizada.

Noveno: Acogiéndose el recurso interpuesto por don Alberto C. C. las costas de esta alzada, conforme resulta de lo dispuesto en los artículos 398 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser satisfechas por ambas partes en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84, de 6 de agosto, y en cuanto a las de la primera instancia deben imponerse, al ser procedente estimar la demanda, a los demandados.

de la herencia y, por ello, para arrendarlos si así lo estima conveniente.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 72 Comp.; arts. 398, 480 Cc.; arts. 114 LAU/1964

PONENTE: Ilmo. Sr. don Fermín Hernández Gironella

Ante el JPI nº 2 de Teruel don Pompeyo interesa la resolución de un contrato de arrendamiento alegando, entre otras cosas, la nulidad del mismo por no haber prestado el consentimiento la viuda y no los herederos. La parte demandada reconviene y alega entre otras cosas falta de legitimación.

El Juzgado, en sentencia de 22 de marzo de 2001 acoge la excepción y absuelve a las partes en la instancia.

La parte actora recurre en apelación. La APT (rollo 125/2001) revoca la sentencia de instancia y estimando en parte la demanda declara resuelto el contrato de arrendamiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que acoge la excepción de falta de litisconsorcio pasivo opuesta por la parte demandada, y absuelve a la misma, así como el actor reconvenido, de las pretensiones respectivas de la demanda y la reconvenición, se alzan ambas partes litigantes denunciando la improcedencia de la excepción en relación con sus respectivas pretensiones; y tienen razón en ello las partes, pues la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que acoge la sentencia recurrida, con fundamento en que no ha sido llamado al proceso don A. I., cedente de la vivienda y local cuya recuperación se pretende en esta litis, a los actuales demandados, afectaría en todo caso a unas de las causas resolutorias alegadas en la demanda (la cesión inconstituida de la vivienda y el local, y en su caso la realización de obras inconstituidas en aquel, por ser esta causa subsidiaria de aquella), pero no afectaría a la pretensión de nulidad del contrato

NÚM. 26

S. APT de 24 de julio de 2001

683: USUFRUCTO VIDUAL:

DERECHOS Y OBLIGACIONES: *El arrendamiento no constituye un acto de disposición, sino de administración de los bienes, y además, la vivienda y local fueron adquiridas por su padre constante matrimonio, y por ello al fallecimiento del mismo su madre además de convertirse en cotitular del bien, adquirió el usufructo vidual del mismo en virtud del artículo 72 Comp., condición que le faculta ampliamente para administrar los bienes*

por falta de consentimiento, o por extinción del usufructo, ni a la pretensión reconvencional de que se condene al propietario de la vivienda a reparar el tejado de la misma. Por otra parte, la demandada opuso la prescripción de las acciones que se ejercitan en la demanda, cuestión esta que debió ser resuelta previamente, pues resulta obvio que si las acciones ejercitadas estuviesen prescritas, en nada afectaría al resultado del proceso que no hubieran sido llamados todos los interesados en la relación jurídica discutida; por lo que resulta inadmisibile el planteamiento adoptado en la sentencia recurrida de, partiendo de la estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por los demandados, obviar todo pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas en la demanda y en la reconvención.

Segundo: Cuatro son los motivos en los que la parte demandante fundamenta su pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento objeto del presente litigio: la nulidad del contrato en cuanto que a dicho arrendamiento no habrían prestado su consentimiento el actor y sus hermanos, que en aquel momento eran cotitulares de la vivienda; la extinción del contrato por la muerte de la usufructuaria que concertó el mismo; la cesión inconsentida del local de negocio por parte del arrendatario a un tercero; y finalmente la realización por el arrendatario de obras que modificaron la configuración del local, sin obtener para ello autorización del arrendador. Frente a ello estima la parte demandada, en primer término, que tales acciones se encuentran prescritas, habida cuenta que el actual derecho del arrendatario viene del año mil novecientos sesenta y nueve. Para la resolución de la cuestión planteada hay que partir del hecho de que el actual ocupante de la vivienda y local litigiosos adquirió su derecho en virtud de traspaso operado mediante documento privado otorgado en fecha uno de abril de mil novecientos noventa y nueve (folio 159 de las actuaciones), hecho éste que es reconocido por el actor en su

escrito de demanda (hecho segundo, folio 3); de igual modo, y en lo que se refiere a las obras realizadas en el local, la prueba documental aportada en la contestación a la demanda (folio 160), como la testifical practicada a instancia del actor (folio 195) ponen de manifiesto que las obras en que la parte actora fundamenta la causa de resolución alegada en la demanda se llevaron a efecto en el año mil novecientos setenta y tres. Tales hechos llevan necesariamente a estimar prescrita la acción resolutoria del contrato de arrendamiento ya sea con fundamento en la cesión inconsentida de la vivienda y el local (causa quinta del art. 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964), ya con fundamento en la realización de obras sin autorización (causa 7.^a del citado precepto), y ello porque en ambos casos habría transcurrido con creces el plazo de quince años que el artículo 1.964 del Código civil establece para aquellas acciones de carácter personal que no tengan señalado un plazo especial de prescripción; subsistiendo sin embargo la vigencia de las acciones ejercitadas con fundamento en la nulidad del contrato de otorgamiento del contrato de arrendamiento por falta de consentimiento de los titulares, por ser esencialmente imprescriptible y la acción de resolución con fundamento en la extinción del usufructo, cuyo plazo de prescripción comenzaría a computarse desde la fecha de la muerte de la usufructuaria, acaecida en el año mil novecientos noventa y ocho, por lo que el plazo no habría transcurrido.

Tercero: Entiende la parte demandante que los contratos de arrendamiento otorgados por su madre doña Genoveva S. I. a favor de don Generoso M., como el que pudiera haberse otorgado en favor de los hoy demandados, son nulos, en cuanto que a los mismos debieron prestar consentimiento sus hijos, cotitulares de la vivienda, la cual habían adquirido por herencia de su padre ya fallecido don Ramón G. M. Sin embargo olvida la parte recurrente, en primer lugar, que el arrendamiento no constitu-

ye en sí un acto de disposición sino de administración de los bienes, y en segundo lugar que la vivienda y local litigiosos fueron adquiridas por su padre constante matrimonio, y por tanto al fallecimiento del mismo su madre además de convertirse la misma en cotitular del bien, adquirió el usufructo viudal del mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, condición esta que le facultaba ampliamente para administrar los bienes de la herencia, y por ello para arrendarlos si así lo estimaba conveniente (arts. 398 y 480 del Código civil).

Cuarto: Sostiene en último término la parte recurrente la resolución del arrendamiento por extinción del usufructo constituido en favor de su madre y arrendadora, conforme al artículo 480 del Código civil, y a la causa 12.^a del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 tal pretensión resultaría improsperable, ya que dicho precepto establece taxativamente que el derecho a la prórroga forzosa será exigible «aún cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones...» y «se aplicará igual norma incluso en los casos de extinción del usufructo» salvo que el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad (art. 114 causa 12.^a); prueba que en este caso no ha existido. Ahora bien, no puede pasarse por alto que el contrato de arrendamiento objeto de esta litis se concertó inicialmente con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por más que los hoy demandados se convirtiesen en arrendatarios con posterioridad a la vigencia de la misma (el 1 de abril de 1969) en virtud del traspaso efectuado por don Alpidio I. (documento núm. 44 de la contestación a la demanda); por lo que resultaría de aplicación al presente supuesto la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 en virtud del cual el

ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación precedente, cuando se hubiese iniciado extrajudicialmente o judicialmente antes de la vigencia de la presente Ley, se regirá en todos los aspectos y consecuencias por aquella legislación; lo que aplicado al caso debatido supone la vigencia en el presente supuesto de la previsión del artículo 480 del Código civil, cuya aplicación a los arrendamientos urbanos fue ya proclamada por la Jurisprudencia anterior a la vigencia de la LAU de 1964 (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1952 y 27 de julio de 1958, entre otras); lo que necesariamente debe llevar a acoger la pretensión resolutoria ejercitada en la demanda, y consecuentemente a estimar el recurso planteado por la demandante, declarado resuelto el contrato de arrendamiento existente entre las mismas, y condenando a los demandados a desalojar dicho inmueble y entregar su posesión al actor; lo que se llevará a efecto en la forma prevista en los artículos 703 y 704 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Quinto: La estimación de la pretensión resolutoria del contrato de arrendamiento ejercitada en la demanda, hace inviable la pretensión reconventional de la parte demandada en orden a que se condene al arrendador a realizar las obras de conservación necesarias en el inmueble, que debe por ello ser rechazada sin más discurso.

Sexto: Previene el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aplicable al caso debatido, en lo que se refiere a las costas de primera instancia, por virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que las costas procesales se impondrán a los litigantes cuyos pedimentos fueron totalmente rechazados, salvo que el Tribunal, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición. De igual modo, en artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil señala que las costas de primera instancia se

impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o derecho; criterio igualmente aplicable a las costas de la apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 de la citada Ley; y en el caso debatido, al margen de que no se han estimado la totalidad de las pretensiones de la demanda, tanto la oposición formulada por el demandado a las pretensiones de aquélla, como su pretensión reconvenional tendiente a obtener del actor la realización de las obras necesarias para la conservación de la vivienda arrendada, gozaban de un serio fundamento, como lo prueba el hecho de que las cuatro causas de resolución alegadas en la demanda tan sólo una de ellas era prosperable, y ésta tan sólo por el hecho de que el contrato de arrendamiento litigioso había sido concertado con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por lo que estima la Sala que no debe hacerse imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

Ante el JPI de Alcañiz la mercantil x ejercita frente a Francisco y Silvia una acción confesoria de servidumbre.

El Juzgado, en sentencia de 25 de abril de 2001 estima la demanda y declara la existencia de la servidumbre de luces y vistas en favor de la actora.

La parte demandada interpone recurso de apelación. La APT desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Frente a la sentencia de instancia, que acoge la pretensión de la parte demandante de que se declare existente una servidumbre de luces y vistas a favor del inmueble de su propiedad, constituida al amparo de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, e integrada por dos huecos o ventanas abiertas sobre el jardín de la vivienda del demandado, que éste ha cegado mediante la construcción de un muro adosado a las mismas, se alza la parte demandada denunciando error de la juzgadora de instancia en la apreciación de las pruebas, por estimar que ni se dan las condiciones necesarias para que se haya producido la constitución de dicha servidumbre en la forma prevista en el artículo 541 del Código civil, ni la construcción efectuada por el demandado, que ha servido para clausurar aquellas ventanas puede ser calificada de abusiva, por lo que la demanda debe ser desestimada.

II. El régimen ordinario de la propiedad inmobiliaria en Aragón, recogido esencialmente en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil Foral, admite que cualquier persona pueda abrir en pared propia o medianera huecos sobre el fundo propio o el ajeno contiguo, sin sujeción a distancia alguna, si bien cuando aquellos huecos se encuentran a menos de dos metros del fundo ajeno, en vistas rectas, o de sesenta centímetros, en oblicuas, tales huecos deben carecer de balcones u otros voladizos, y deben estar provistos de reja de hierro y red de alambre remetida en la pared, sin

NÚM. 27

S. APT de 6 de septiembre de 2001

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Aplicación del artículo 541 Cc.: Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el artículo 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al artículo 541 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: artículos 144 y 145 Comp.; artículo 541 CC

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fermín Francisco Hernández Gironella.

que esta facultad limite el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir sin sujeción a distancia alguna. Ni la apertura de huecos sobre el fundo ajeno, ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen por tanto signo aparente de servidumbre, y en este sentido se expresa, al menos en lo que a la falta de protección se refiere, el artículo 145 de la Compilación, que sin embargo deja a salvo «lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil», que regula la constitución de las servidumbres «por disposición del padre de familia», y en virtud del cual la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenase una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura. Este último párrafo del artículo 145 de la Compilación, en el que tras señalar que la falta de protección de los huecos abiertos no constituye signo aparente de servidumbre, deja a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, ha sido interpretado por los comentaristas de la misma en el sentido de que, cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen, en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos, en la forma prevista por el artículo 144, constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al artículo 541. Por otra parte, el derecho que al propietario del fundo contiguo reconoce el artículo 144 de la Compilación para edificar o construir sin sujeción a distancia alguna, clausurando si fuese preciso los huecos o ventanas abiertos por su colindante al amparo de dicho precepto, ha de ejercitarse, como

todos los derechos, conforme a las exigencias de la buena fe, lo que implica que el cierre de tales huecos o ventanas debe responder a necesidades de la construcción y no debe ejecutarse con la sola finalidad de perjudicar al adverso, clausurando sin necesidad alguna los huecos o ventanas abiertos por el mismo con apoyo en dicho precepto legal.

III. Partiendo de la doctrina anteriormente expuesta, no cabe duda de que el hecho de que la anterior propietaria del inmueble de la actora, que lo era también del jardín contiguo actualmente propiedad de los demandados, abriese sobre el mismo dos ventanas, carentes de la protección exigida por el artículo 144 de la Compilación (pues no puede considerarse como tal la exclusiva colocación de una reja de protección, habida cuenta que se trata de ventanas situadas en la planta baja) constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas que, al dividirse ambos fundos, determina el nacimiento de aquel gravamen, al no haber efectuado dicha propietaria manifestación alguna en la escritura de venta, ni haber hecho desaparecer aquel signo externo. Pero es que además, a la vista del informe pericial emitido en la demanda donde se pone de manifiesto, de una parte, que el cobertizo construido por los demandados junto al inmueble de la actora pudo haber sido instalado en cualquier otra parte del jardín, y de otra que la ampliación del mismo, dotándole de mayor profundidad hasta palcanzar el muro de la vivienda de la actora, donde se adosó un muro que clausuró las ventanas, resultaba innecesario y se hizo tan solo con la finalidad de tapar aquellos huecos, es forzoso concluir que aquella construcción se realizó al margen de las exigencias de la buena fe, sin que pueda por ello ampararse en el artículo 144.3 de la Compilación; no siendo admisible la impugnación que la recurrente hace del informe pericial emitido en los autos, sobre la base de una pretendida parcialidad del perito, que la misma deduce del hecho de que la fecha que figura en el informe es anterior a la

fecha de aceptación del cargo, cuando a parte no hizo uso de la facultad de recusación que le conferían los artículos 619 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

IV. La total desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de la totalidad de las costas causadas en segunda instancia, por aplicación del criterio establecido en el artículo 398, en relación con el artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Juzgado, en sentencia de 21 de mayo de 2001, desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación, que es desestimado por la APT confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Frente a la sentencia de instancia, que rechaza la pretensión de resarcimiento ejercitada por la demandante, respecto de los perjuicios que afirma haber padecido como consecuencia de la rescisión unilateral del contrato concertado con la Sociedad de Cazadores demandada, en fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho, por entender que dicho contrato es nulo de pleno derecho por ser su contenido contrario a la Ley, se alza la parte actora denunciando error del Juzgado de Instancia en la apreciación de las pruebas, estimando que la sentencia de instancia ha calificado erróneamente el contrato concertado por las partes, que estima dicha parte que es de arrendamiento de caza y no de subarriendo o cesión onerosa de derechos cinegéticos, por lo que no estaría por tanto afectado por la prohibición establecida en el artículo 52 de la Ley de Caza de la Comunidad Autónoma de Aragón, como se afirma en la resolución recurrida.

II. Dispone el artículo 52 de la Ley de Caza de Aragón (Ley 12/1992, de 10 de diciembre) que quedan prohibidos y, por consiguiente, serán nulos los contratos de subarriendo del aprovechamiento de la caza de los terrenos cinegéticos y que, asimismo, es nula la cesión a título oneroso o gratuito de los contratos de arrendamiento celebrados al amparo de la presente Ley o de cualquier otra figura jurídica que pretenda alcanzar las finalidades prohibidas por dicho precepto; frente a ello, entiende la parte recurrente que el contrato concertado con la Sociedad de Cazadores demandada, en fecha dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho, en virtud del cual dicha sociedad cede a la mercantil actora, a cambio de un precio en dinero, el

28

NÚM. 28

S. APT 6 de septiembre 2001

0: DERECHO TRANSITORIO Y

OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Pactos. *El contrato es nulo de pleno derecho por ser contrario a lo dispuesto en la ley de caza tanto en su artículo 52, que prohíbe el contrato de subarriendo de terrenos cinegéticos, así como frente al artículo 19 de la misma, que exige la gestión de dichos terrenos sin ánimo de lucro. Y ello porque las sociedades de cazadores legalmente constituidas por concesión de la DGA, que agrupan a los cazadores residentes en los términos municipales comprendidos en el coto, no ostentan derechos de caza sobre los terrenos cinegéticos que integran tales cotos por ser titulares de los mismos, sino que lo que tienen es una concesión, lo que impide que aquellos derechos puedan ser cedidos onerosamente a terceros.*

DISPOSICIONES CITADAS: *artículos 19 y 52 de la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Fermín Francisco Hernández Gironella*

Ante el JPI número 2 de Alcañiz la mercantil x ejercita frente a una sociedad de cazadores una acción de daños y perjuicios en base a la rescisión unilateral del contrato concertado.

aprovechamiento cinegético de la especie cabra montés en los terrenos comprendidos en los cotos deportivos de caza TE-10192-D y TE-10220-D, no está afectado por dicha prohibición, pues no se trata de un contrato de subarriendo en virtud del cual el arrendatario cede a un tercero los derechos derivados del arrendamiento, sino de arrendamiento de caza, en virtud del cual, el titular del coto cede parte de sus derechos cinegéticos a un tercero a cambio de un precio; sin embargo, tal interpretación no puede ser asumida por la Sala y ello porque, poniendo en relación dicho precepto con el artículo 19 de la misma Ley, que define los Cotos Deportivos de Caza como aquellos en que el ejercicio de dicha actividad se realiza sin ánimo de lucro, y su gestión se lleva a cabo, entre otras entidades «por sociedades de cazadores legalmente constituidas por concesión de la Diputación General de Aragón», que agrupan a los cazadores residentes en los términos municipales comprendidos en el coto, puede colegirse que tales sociedades no ostentan los derechos de caza sobre los terrenos cinegéticos que integran tales cotos por el hecho de ser titulares de los mismos, sino en virtud de concesión efectuada por la Administración a los mismos, lo que impide que aquellos derechos puedan ser cedidos onerosamente a terceros, fuera de los propios socios, tal y como se desprende del informe emitido por el Servicio Provincial de la Diputación General de Aragón, no sólo porque aquella cesión estaría expresamente prohibida por el artículo 52 de la Ley de Caza, sino porque igualmente sería contraria al citado artículo 19 que exige que la gestión de tales se efectúe sin ánimo de lucro, y ello con independencia de que el citado artículo 52 utilice el término «subarriendo», que desde el punto de vista estrictamente civil es aquel contrato en el que el arrendatario cede a un tercero de los derechos derivados del contrato de arrendamiento, y no exactamente los derivados una concesión de la Adminis-

tración, pues el citado precepto extiende sus efectos a «cualquier otra figura jurídica que pretenda alcanzar las finalidades prohibidas por dicho precepto», que no es otra que la de evitar la cesión onerosa de los derechos de caza por quien no sea titular de los mismos; titularidad que en el presente caso corresponde a la Administración, que hace concesión de la misma al titular nominal del coto; lo que necesariamente debe conducir a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

III. La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el 394, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 29

S. APT de 30 de octubre de 2001

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN

NORMAL: Azoteas y terrazas: *La libertad de abrir huecos a cualquier distancia del predio ajeno o en pared medianera no es absoluta precisamente para proteger al propietario colindante su intimidad y la de su familia, por ello la protección de reja y red que establece la ley y la prohibición de que dicha distancia (la que marca el art. 582 CC) los huecos abiertos carezcan de balcones y otros voladizos.*

La construcción realizada por el demandado comprende una construcción con un terrado o azotea que por su extensión equivale a un balcón de grandes dimensiones, por lo que deberá estar protegido y en consecuencia se ordena el cerramiento lateral de dicho balcón.

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 18 CE; artículos 144 y 145 Comp.; artículo 582 CC

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández.

Ante el JPI número 1 de Teruel la parte actora ejercita una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. El juzgado en sentencia de 11 de junio de 2001 desestima íntegramente la demanda así como la reconvencción incoada por el demandado.

La parte actora recurre en apelación, solicitando el demandado la confirmación de la sentencia de instancia y, en consecuencia, oponiéndose al recurso formulado de contrario.

La APT estima el recursos de apelación y estima la demanda interpuesta por la actoras.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Insisten en esta alzada las recurrentes, doña Azucena y doña Pilar P. P., en sus pretensiones formuladas en la demanda que dirigen contra doña Celia del Campo Lozano y sus hijos, Ángel, Pilar y María Isabel F. C., impugnando la sentencia que las desestima, a fin de que la terraza que han construido sobre su propiedad, pero que está junto a la de la actora —sin que exista distancia alguna entre ellas— se cierre lateralmente en la parte de colindancia, en la forma que solicitan, basando su recurso, en síntesis, en un error en la valoración de la prueba, confundiendo el juzgador los términos «Reja» y «Barandilla»; en que se ha infringido el apartado 2.º del artículo 144 de la Compilación Aragonesa, en relación con el artículo 582 del Código civil y en que habiendo, como las hay, vistas directas deben los demandados proteger el balcón/terraza en la forma legalmente establecida.

Por su parte los demandados/reconvinientes aceptan las conclusiones de la sentencia de instancia —desestima la misma— y por ello en esta alzada sólo hemos de ocuparnos de la impugnación de las actoras.

Segundo: Para la adecuada resolución del recurso que se somete a la consideración de esta Sala, hemos de fijar, inicialmente, un dato indiscutible cual es que nos encontramos ante un tema de relaciones de vecindad y no ante un problema de servidumbres, aunque no pueda hablarse de una total desconexión entre

ambos; tema contemplado en los artículos 144 de la Compilación Aragonesa en relación con el artículo 582 del Código civil, por expresa remisión de la misma a este precepto y por otro lado, dilucidar una importante cuestión: la naturaleza o calificación jurídica que merece el «hueco» que para luces y vistas han abierto en su finca los demandados, señora C. L. y sus hijos, señores F. C.

Por lo que respecta al primer tema, hemos de resaltar que el artículo 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 artículo 18 de nuestra Constitución.

En este sentido, la Compilación faculta a cualquier propietario para abrir huecos tanto en pared medianera como en pared propia a cualquier distancia del predio ajeno, para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

El precepto por su claridad no precisa aclaración ni comentario alguno, ya que establece una facultad amplísima para abrir dichos huecos para luces y vistas sin respetar distancia alguna respecto de la finca ajena, ni observar —a diferencia de lo que determina el Código civil— en orden a sus dimensiones, límite alguno, ya que puede ser las que convengan a dicho propietario.

Ahora bien, esa libertad de abrir los huecos dichos a cualquier distancia del predio ajeno o en pared medianera no es absoluta, precisamente para proteger al propietario colindante su intimidad y la de su familia, estableciéndose en el párrafo 2.º que «dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil —dos metros en la vista directa y sesenta centímetros en las de costado u oblicuas— los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remitida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente».

Es decir, que dentro de las distancias dichas, los huecos no pueden tener balco-

nes u otros voladizos, si la distancia entre la línea exterior de los mismos —huecos o voladizos— no hay dos metros hasta la propiedad ajena en las vistas directas o sesenta centímetros hasta la línea de separación de ambas propiedades.

En el caso que nos ocupa, ambas propiedades son contiguas y sin separación alguna, por lo que el hueco abierto en la pared de la casa de los demandados, con su balcón/terraza, está dentro de dichas distancias, bien se estime que las vistas son rectas respecto del patio de la actora y oblicuas en orden a la casa/habitación de las mismas.

Tercero: Por lo que respecta a la otra cuestión —naturaleza del hueco abierto por los demandados en su propiedad— aunque todas las fotografías aportadas y obrantes a los folios 13 a 15 son reveladoras, la que aparece al folio 15 es especialmente ilustrativa: el hueco no es otra cosa que un «balcón» más grande que los normales, con una barandilla metálica por tres de sus lados y sin otra particularidad que la de no volar sobre el predio o finca de las demandantes, señoras P. P., pero que cuenta con vistas rectas sobre el patio de la casa de los mismos y oblicuas o laterales respecto de la casa/habitación, como ya hemos dejado consignado.

Cuarto: Estableciendo lo que antecede y a la vista de lo prevenido por las STS de 18 de julio y 16 de septiembre de 1997, 10 de diciembre de 1980, y en particular las de 6 de junio de 1892 y 15 de diciembre de 1912, según las cuales al prohibirse por el precepto lo menos, se prohíbe lo más, lo que comprende la construcción de un terrado o azotea que, por su extensión, equivale a un balcón de grandes dimensiones, desde el cual se domina fácilmente la casa inmediata, hemos de concluir, como ya ha resuelto esta Sala en otras ocasiones similares, que los demandados han conculcado las relaciones de vecindad que regula nuestra Compilación y por ende, sin un más extenso discurso, debemos acoger el recurso y atenernos a lo suplicado en su demanda por las actoras; petición que ampara el artículo 144 dicho al establecer que los huecos, dentro de las distancias reiteradas, deberán estar provistos de reja de hierro, remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente.

Quinto: En armonía con lo que disponen los artículos 394 a 398, procediendo acoger tanto el recurso como la demanda principal, las costas de primera instancia deben ser impuestas a la demandada y en cuanto a las originadas en esta alzada deberán ser satisfechas por ambas, las comunes por mitad y cada una las causadas a su instancia.

ZARAGOZA, 2001

30

NÚM. 30

S. APZ de 05 de febrero de 2001

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: RESPON-

SABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES: Deudas comunes: *Conforme a lo prevenido en los art. 55 Comp. y 1398 CC se comprenderán en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la comunidad, y como quiera que no existe discusión acerca del crédito de 6 millones de pesetas, que fue contraído por ambos cónyuges durante la vigencia del consorcio —por tanto recae sobre el haber común conforme a lo prevenido en el art. 41.5 y 43 Comp.— y no cabe discutir su adición al inventario como hizo el juez a quo.* **6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN ORDINARIA: Reintegros y reembolsos:** *En el caso de los tres millones producto de la venta de un vehículo propiedad del actor, debe ser considerado común al no constar pacto en contrario cuando fue aportado a una cuenta común mediante documento bancario, pues así lo impone el art. 39.6 Comp. lo que dará lugar al reembolso al tiempo de la liquidación del haber consorcial, pero no a una compensación instantánea de los créditos existentes entre los patrimonios como pretenden los cónyuges, pues ha de ser relegada al tiempo de la liquidación, según dispone el art. 47.2 y 56.1 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 41.4, 43.2, 47, 55 Comp.; arts. 1032, 1073, 1076, 1079, 1269, 1300, 1301, 1398, 1403, 1404, 1410

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado

Ante el JPI núm. 15 de Zaragoza el marido ejercita acción contra su mujer solicitando entre otras cosas la nulidad o rescisión de capítulos matrimoniales porque en ellos se efectuó la liquidación del consorcio dejando

de incluir bienes y deudas o minusvalorando aquellos.

El juzgado, en sentencia de 2 de febrero de 2000, estima la demanda interpuesta.

Ambos litigantes interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia de instancia.

La APZ (secc. 4ª) desestima sustancialmente ambos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida y

Primero: El actor, don Juan Carlos, formuló demanda contra su esposa, doña Silvia, en la que pedía la declaración de nulidad de la liquidación del haber consorcial del matrimonio que contrajeron el día 26-7-1991, pactada en los capítulos matrimoniales otorgados en escritura pública de fecha 25-2-1994, en la que acordaron el régimen de separación de bienes para lo sucesivo. Subsidiariamente, interesaba la rescisión de dicha liquidación por lesión.

En apoyo de su pretensión principal invoca la concurrencia del dolo (art. 1.269 del Código civil), que estaría integrado por la amenaza de su esposa de que no se separaría si no se le adjudicaba todo el patrimonio consorcial, así como en la infravaloración de los bienes inventariados. Igualmente alega en justificación de su pretensión anulatoria la «falta de objeto cierto», que derivaría de que el pasivo consorcial no fue incluido en la liquidación, y de la interpretación conjunta de los artículos 1.032 Cc, 1.403 Cc y 1.404 Cc, y de la aplicación a sensu contrario del artículo 1.079 del Código civil, que se refiere sólo a la omisión de valores, lo que impide a su juicio que sea de aplicación a las deudas.

La rescisión tendría su fundamento en la lesión sufrida por el actor a consecuencia de la desigual adjudicación de

bienes llevada a cabo en los capítulos, en los que la esposa habría obtenido los dos inmuebles y el actor tan sólo tres automóviles y algunos muebles.

Consecuentemente con su pretensión, el actor solicita la formación del «inventario real» del haber consorcial; la inclusión en el pasivo de la comunidad de las cantidades de metálico privativo suyo invertidas en fines gananciales, de las cuotas de los préstamos consorciales que cada uno de los cónyuges haya satisfecho con posterioridad a la disolución al régimen consorcial; que doña Silvia reintegre al activo 2.500.000 ptas. tomadas del haber ganancial para usos privativos; y que, una vez inventariadas las anteriores partidas, se proceda al avalúo de las mismas, al pago de pasivo y la distribución del haber resultante en un 50% entre ambos cónyuges.

Segundo: La demandada se opuso a la demanda negando la concurrencia de los vicios de nulidad alegados, así como lesión alguna para su marido que se derivara de la liquidación pactada, y solicitó su total desestimación.

El juzgador de primer grado rechaza tanto la nulidad como la rescisión de la liquidación convencional del haber consorcial. La primera por entender que el actor no ha probado la amenaza que refiere en su demanda y que la minusvaloración y ocultación de bienes fue debida a la voluntad concorde de ambos otorgantes. La segunda porque no ha sido probada la lesión que se invoca en su apoyo, y además, porque entendió de oficio caducada la acción rescisoria por el transcurso del plazo de cuatro años que señala el artículo 1.076 del Código civil, que por ser de caducidad es apreciable sin necesidad de alegación de parte y no es susceptible de interrupción.

En congruencia con tal posición, dice el juzgador de primer grado, procede a adicionar o completar la liquidación practicada, e incluye como pasivo.

— la suma de 3.000.000 ptas. producto de la venta constante matrimonio de un vehículo privativo adquirido antes de él por el marido, que fue ingresada en una cuenta común.

— las cantidades pendientes de amortizar correspondientes a dos préstamos suscritos por ambos cónyuges constante la sociedad. Concretamente los concertados el día 19-6-1992, por importe de 6.000.000 ptas. en la entidad iberCaja y el día 15-2-1994 por importe de 40.000.000 ptas. en la entidad Caixa de Galicia.

Por lo que se refiere al préstamo de 19-6-1992, entiende que 1.357.798 ptas. fueron aplicadas al pago de un préstamo privativo del actor, mientras que el resto redundó en beneficio de la comunidad. De ello concluye que la deuda ha de imputarse en un 22.6% al esposo con carácter privativo, y en un 77.4% al pasivo común, lo que determina la obligación del esposo de pagar la proporción que le correspondía con carácter privativo de las cuotas abonadas por el consorcio, que hizo frente al 100% de las vencidas durante el mismo.

En lo que toca al préstamo de 15-2-1994, el juzgador de primer grado considera que su importe de 40.000.000 ptas., pendiente de devolución en su integridad mientras duró el consorcio, fue destinado a la adquisición de máquinas industriales privativas del esposo, por lo que la sociedad nada adeuda del mismo, siendo deuda privativa del marido en su totalidad.

Como pronunciamientos ajenos a la liquidación del haber consorcial propiamente dicho, hace referencia a

— un préstamo de 2.000.000 ptas. concertado por ambos esposos el día 29-11-1995, posterior a la liquidación, y que por tanto no debe formar parte del pasivo, sin perjuicio de los reintegros que cada uno de los esposos ha de hacerse entre sí en razón de los pagos efectuados por cada uno de ellos —el actor hizo frente a los vencimientos en su totalidad,

salvo los correspondientes a los meses de marzo de 1997 a junio de 1998, y los meses de agosto, octubre y noviembre de este último año—, pues no se ha acreditado que su importe haya servido a uno solo de los cónyuges.

— dos préstamos, de 200.000 ptas., y 550.000 ptas. cada uno, que fueron concertados exclusivamente por el demandante en fecha posterior a la disolución, cuyo importe no consta haya sido aplicado a fines comunes, por lo que han de ser soportados exclusivamente por el prestatario.

Finalmente, el juzgador de primer grado estima en parte la reclamación formulada por el marido por los daños que su esposa ocasionó en el vehículo matrícula Z-1648-AZ, tenido como privativo del actor por la sentencia de esta Sala de fecha de 15-7-1998 que puso término al procedimiento de separación matrimonial seguido entre ambos esposos, y condena a la esposa al pago de la suma de 75.000 ptas. por daños en chapa y pintura y 29.654 ptas. por cambio de batería y mano de obra, que hace un total, incluido IVA de 121.399 ptas.

Tercero: Contra dicha sentencia se alzaron ambas partes mediante los recursos de apelación de los que conocemos.

El actor interesa la revocación de la sentencia y que se estime la nulidad o rescisión de la liquidación de su sociedad conyugal, insistiendo en los motivos que adujo en sus alegaciones durante la primera instancia —dolo, falta de objeto cierto por omisión de las deudas comunes y lesión—.

Subsidiariamente, el apelante se aquieta con la decisión de complementar la liquidación, pero no con el modo en que ha sido llevada a cabo por el juzgador de primer grado. En concreto, discrepa con el trato dado a la suma de 3.000.000 ptas. producto de la venta constante matrimonio de un vehículo privativo del actor, y al préstamo de 6.000.000 ptas. obtenido por ambos espo-

sos constante la sociedad conyugal el día 19-6-1992. Según su recurso, pese a lo afirmado en la sentencia, nada de dichas sumas fue empleado por el actor para cancelar un crédito privativo, sino que el 1.357.798 ptas. empleado para tal fin procedía de préstamos que le hizo su padre, don José Luis, y, en cualquier caso, lo procedente sería compensar el 1.357.798 ptas., con los 3.000.000 ptas. procedentes de la venta del automóvil, de tal suerte que don Juan Carlos conservaría el crédito por dicha suma en la diferencia de 1.642.202 ptas. y ambos cónyuges debería hacer frente por mitad al crédito de 6.000.000 ptas., y no en la proporción indicada en la sentencia recurrida.

Igualmente dicho recurrente está desconforme con la sentencia porque no computa el importe de la venta de los vehículos que le fueron adjudicados en la liquidación, que fue ingresado en una cuenta común, como crédito del marido frente a la comunidad.

También impugna la sentencia por no dar respuesta a la petición que se contenía en el apartado 6 del suplico de la demanda: «reintegro por doña Silvia de los 2.500.000 ptas. tomados del activo para sus usos privativos», en referencia a desembolso de capital social de la mercantil «C., S. L.», constituida por escritura pública de 25-2-1994, que presume procedentes del caudal común por falta de acreditación de su procedencia.

Finalmente, el último motivo de apelación se refiere a la indemnización por daños en el vehículo de su propiedad privativa durante el tiempo en que lo disfrutó la demandada, pues interesaba por tal concepto la suma de 346.622 ptas. (hecho décimo primero de la demanda), y la sentencia le reconoce tan sólo la cantidad de 104.654 ptas. por tal concepto, en cuya obtención, además destaca un error aritmético en el juzgador *a quo* al computar los trabajos de chapa y pintura.

Cuarto: La demanda también discute los pronunciamientos de la sentencia en cuanto se refiere las sumas de 3.000.000

ptas. producto de la venta de un vehículo privativo de su marido, y al préstamo de 6.000.000 ptas. concertado constante matrimonio.

Por lo que se refiere a la primera suma, afirma que ha de ser compensada con la que, procedente del haber común, utilizó el actor para llevar a cabo el desembolso de acciones de la mercantil A., S. L. constante matrimonio (2.800.000 ptas. + 200.000 ptas. de gastos de constitución). Además, parte del importe de adquisición de dicho vehículo habría sido satisfecho por la comunidad, que hizo frente a los vencimientos del préstamo solicitado por el actor de soltero para su adquisición en un total de 1.598.654 ptas. De todo ello concluye que el pronunciamiento que contiene la sentencia de primera instancia sobre dicha suma ha de ser revocado.

Lo mismo sucede respecto al préstamo de 6.000.000 ptas., pues la recurrente sostiene que dicha suma fue ingresada en una cuenta de disponibilidad exclusiva de su marido, por lo que este ha de acreditar que fue empleada en fines de interés común, sólo en este caso podría ser imputado por mitad a ambos cónyuges.

Finalmente también discrepa con la sentencia en cuanto a los pronunciamientos que exceden del ámbito propio de la liquidación del haber consorcial, por responder a operaciones posteriores a la extinción del consorcio que no pueden ser objeto del presente litigio, a saber, los préstamos de 2.000.000 ptas., 200.000 ptas. y 250.000 ptas. —entendemos 550.000 ptas.—, así como la condena a indemnizar los daños sufridos por el vehículo privativo del actor.

Quinto: En lo que atañe a la pretensión principal que el actor formula en este recurso, esto es, la anulatoria de la liquidación convencional que ambos esposos llevaron a cabo el día 25-2-1994.

Es cierto que conforme a lo prevenido en el artículo 1.073 del Código civil las particiones hereditarias, a las que se remite con carácter general el artículo 1.410 del Código civil, pueden ser rescindidas por las mismas causas de las obliga-

ciones, y que éstas pueden ser anuladas en caso de que concurra el dolo civil contemplado en el artículo 1.269 del Código civil.

Pero éste, conforme dispone dicho precepto, se halla integrado por un comportamiento insidioso de uno de los otorgantes que induce a otro a celebrar un contrato que no hubiese hecho de no haber mediado aquél proceder, y en el presente caso ni del relato que se contiene en la demanda, ni de las alegaciones posteriormente vertidas en el escrito de apelación, resulta elemento alguno que pueda ser reconducido a dicha figura.

Nada se ha probado sobre la supuesta amenaza de la esposa de no admitir la separación, que, además, de ser cierta no integraría dolo, sino intimidación en el caso de que la amenaza lo fuere de un mal inminente y grave, calificativos que no pueden ser predicados de dicha amenaza (STS 31-12-1979, 11-3 y 6-12-1985, 16-7-1991, 5-4-1993, 7-2-1995); y la infravaloración y omisión de activo o pasivo que se indica a la demanda tampoco puede ser achacado a uno solo de los cónyuges, pues nada se ha alegado ni probado sobre que dicha minusvaloración y omisión se deba al comportamiento exclusivo de la esposa, y su carácter unilateral es un requisito jurisprudencialmente exigido para la apreciación del dolo (STS 11-5-1993).

Sexto: No mejor suerte ha de correr la nulidad solicitada por «falta de objeto cierto» por haber dejado de consignar partidas del pasivo en la liquidación, a cuyo efecto se invocan los artículos 1.032 Cc, 1.399 Cc, 1.403 Cc y 1.404 Cc, así como el artículo 1.079 del Código civil a sensu contrario, de los cuales se desprendería, a juicio del recurrente, que las operaciones particionales serían nulas por haberse repartido un activo neto que no existía, sin que en tales casos, a diferencia de lo que ocurre con la omisión de bienes o valores, esté permitida adición alguna.

Tal argumentación no puede ser compartida, pues contradice la doctrina

jurisprudencial que es resumida en la STS núm. 1089/1993, de 20 de noviembre, que aplica la solución que se contiene en el artículo 1.079 del Código civil tanto para la omisión de bienes o valores como para la de deudas comunes:

«Como en el caso que nos ocupa, el esposo demandante no ha invocado sino simple y escuetamente que dejaron de incluirse en ella algunos bienes de tal naturaleza —común— y algunas deudas, es evidente que, como han entendido las coincidentes sentencias de la instancia, la solución adecuada es la de completar o adicionar la liquidación ya hecha con los bienes y deudas que dejaron de incluirse en la misma, máxime cuando, por lo que a las deudas respecta, la no inclusión de algunas de éstas en la liquidación parcialmente practicada no supone perjuicio alguno para los acreedores (que nada reclaman en este proceso, seguido solamente entre los esposos interesados), toda vez que, siempre y en todo caso, habrán de responder de tales deudas ambos cónyuges en la forma determinada en los artículos 1.401 y 1.402 del Código civil (Sentencias de esta Sala de 13-6-1986, 17-6-1987 y 28-4-1988, entre otras)». En el mismo sentido puede ser citada la STS núm. 630/1993, de 16 de junio.

Séptimo: Por lo que se refiere a la impugnación de la liquidación capitular por lesión que el actor ejercita al amparo del artículo 1.074 CC, baste señalar que dicha acción se hallaba extinguida cuando se hizo valer, como concluye el juzgador de primer grado, pues los capítulos fueron otorgados el día 25-2-1994 mediante escritura pública y la demanda presentada el 30-3-1999, esto es superado el plazo señalado en el artículo 1.076 del Código civil.

Al efecto es de advertir que, contrariamente a lo que sostienen ambas partes litigantes, el plazo señalado en el artículo 1.076 del Código civil es de caducidad, y así lo ha entendido constante jurisprudencia (STS núm. 469/1967, de 26 de junio, 6-6-1990 y núm. 728/1992, de 8 de julio).

Además, el *dies a quo* para el cómputo de esta caducidad en modo alguno puede ser diferido a la «consumación de la partición», como pretende la recurrente con base al artículo 1.301 del Código civil, entendiendo por tal actos complementarios como la inscripción registral. Dichos actos únicamente son trascendentes para los que no han participado en el otorgamiento del negocio discutido como medio de publicidad, tal y como se desprende de la doctrina sentada en la 794/1995, de 4 septiembre, invocada por el recurrente pese a que en modo alguno es aplicable al caso que nos ocupa. Por el contrario, la STS de 14-12-1957 señaló como día inicial aquél en el que el cuaderno particional quedó protocolizado, la núm. 728/1992, de 8 de julio, la fecha del auto de aprobación de la partición hereditaria, y la núm. 410/1997, de 16 de mayo la del convenio liquidador.

Octavo: Excluida la nulidad de la división del haber común, procede entrar en el examen de las adiciones que el juzgador de primer grado llevó a cabo con fundamento en el artículo 1.079 del Código civil, y que se dejan reflejadas en el fundamento de derecho núm. 2 de esta resolución, aspecto en que confluyen los recursos presentados por ambas partes.

Pues bien, si conforme a lo prevenido en los artículos 55 Compilación de Derecho Civil de Aragón, 1.398 del Código civil, se comprenderán en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la comunidad, y como quiera que no existe discusión acerca de que el crédito de 6.000.000 ptas. a que se hace referencia en la sentencia fue contraído por ambos cónyuges durante la vigencia del consorcio —por tanto recae sobre el haber común conforme a lo prevenido en los artículos 41.5 Compilación y artículo 43 Compilación— y se encuentra pendiente de pago, no cabe discutir la corrección de la decisión del juzgador de primer grado al adicionarlo al inventario de la liquidación.

Por lo que se refiere a las demás partidas y precisiones que se corresponden con

liquidación, no se trata tanto de pasivo de la comunidad, sino de los reintegros que ha de hacerse entre los patrimonios conforme a lo prevenido en el artículo 47 de la Compilación, a cuyo efecto, habrá que atender además a las normas contenidas en los artículos 41.4 de la Compilación y 43.2 de la Compilación.

A tal efecto es obligado reparar en que se trata ahora de la adición de partidas omitidas en la liquidación precitada en convenio capitular, por lo que para que puedan ser adicionados nuevos elementos es preciso que hubieren sido pedidos en los escritos de alegaciones de las partes y justificados cumplidamente, nada de lo cual, avanzamos sucede con el reintegro de dinero empleado por el actor para el desembolso de acciones de la mercantil A., S. L. que la demandada pretende de su esposo, pues no existe rastro alguno del origen común del importe empleado para llevarlo a cabo.

Lo contrario ocurre en el caso de los 3.000.000 ptas. producto de la venta del vehículo propiedad del actor. Dicho precio pasó a ser común al no constar pacto en contrario cuando fue aportado a una cuenta común mediante documento bancario (folios 56, 960 y 996 de los autos), pues así lo impone el artículo 39.6 de la Compilación, lo que dará lugar a su reembolso al tiempo de la liquidación del haber consorcial, pero no a una compensación instantánea de los créditos existentes entre los patrimonios como pretenden los cónyuges, pues ha de ser relegada al tiempo de la liquidación, según disponen los artículos 47.2 de la Compilación y 56.1 de la Compilación.

Noveno: A modo de apéndice de la anterior petición, el actor solicita en esta alzada que se le reconozca un reembolso de 550.000 ptas. que, procedentes de la venta los tres vehículos que le fueron adjudicados en la liquidación del consorcio, habrían sido aplicadas a fines comunes; afirmación que asienta en el certificado expedido por su esposa que obra al folio 377 de los autos.

Pues bien, en primer lugar es de señalar que la cuestión así planteada no afecta a la liquidación del haber consorcial, al tratarse de operaciones posteriores a su liquidación, por lo que difícilmente puede producir reembolso alguno de los contemplados en los artículos 47 de la Compilación y 56.1 de la Compilación, pese a lo cual y a lo sostenido por la esposa en su recurso, nada impide su conocimiento en los presentes autos, dado el amplio criterio con el que el Tribunal supremo permite la acumulación objetiva de acciones a que se refiere el artículo 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo el motivo de apelación no puede prosperar, no sólo por lo que el pedimento que reitera no se contiene en la demanda —a tal efecto baste la lectura del hecho decimoquinto de la demanda en relación con el suplico de la misma—, aunque sí se contenga en ella alguna referencia a la suma que ahora se pretende, sino también porque del documento a que hace referencia el recurrente no se desprende la conclusión del destino común del dinero que se afirma, pues en él no consta, pese a lo que se dice en la apelación, que haya sido ingresado en una cuenta común, sino que fue empleado para la compra de dos vehículos ninguno de los cuales figura a nombre de los esposos según la documentación obrante en autos.

Décimo: De lo que llevamos dicho se desprende también el mantenimiento de la solución dada por el juzgador de primer grado en cuanto se refiere al préstamo de 6.000.000 ptas. que ambos cónyuges solicitaron de Ibercaja el día 19-6-1992.

Según la sentencia de primer grado, el actor utilizó parte de su importe —1.368.350 ptas.— para cancelar un préstamo que había concertado de soltero, lo que el actor niega en su recurso, y el resto fue destinado a necesidades comunes de la familia, mientras que la demanda sostiene que la totalidad de su importe fue transferido a una cuenta privativa que el actor tenía abierta en la CAI, por

lo que, a salvo de prueba en contrario, ha de entenderse que utilizó su importe en su beneficio exclusivo.

Pues bien, de la prueba documental obrante en autos, concretamente la consistente en los oficios y documentación remitida por iberCaja que obra el folio 995 y ss. (especialmente, folio siguiente al 1001, no numerado, y 1010) y por la CAI (folios 710 y ss.), sí podemos concluir, con el juzgador de primer grado, que efectivamente el actor utilizó parte del dinero prestado para hacer pago de su crédito privativo pendiente —como el de otros contraídos antes del matrimonio, como el concertado con la Caja rural el día 12-2-1991—, pues así lo indican las disposiciones de fecha 22-6-1992 con cargo a la cuenta de abono del préstamo y la cancelación en el mismo día del préstamo anterior pendiente, de ahí que es razonable que don Carlos deba hacer frente a la devolución del préstamo en la mayor proporción que se indica en la sentencia de primer grado, exclusivamente, claro está, en lo que se refiere a las relaciones internas del matrimonio, sin transcendencia alguna a terceros.

No ocurre lo mismo respecto del resto del préstamo. Pese a lo afirmado por D.^a Silvia en su recurso, ninguna prueba documental existe sobre que la suma prestada haya sido transferida la cuenta que dice.

Undécimo: Lo dicho en los anteriores fundamentos da respuesta a los dos primeros motivos de impugnación del actor y a los dos primeros apartados del de la demandada.

Continuando con el recurso del primero de ellos, se impone estudiar el motivo de apelación en el que se insiste en el pedimento de un reembolso por importe de 2.500.000 ptas. que la esposa debería hacer al común por haber cogido dicho importe del común para aplicarlo al desembolso de acciones de la empresa «C., S. L.», constituida el 25-2-1994, según consta a los folios 33 y 34 de los autos.

Pese a los esfuerzos de la parte recurrente, nada consta en la extensa documentación aportada que permita aseverar que la demandada utilizó dinero común para hacer el desembolso de acciones de mención, sino que tal afirmación es producto de las elucubraciones personales del recurrente con base a movimientos de cuenta en las que para nada figura la esposa, por lo que no puede entenderse que exista prueba al respecto.

Duodécimo: El último de los motivos del recurso formulado por la parte actora se refiere a la indemnización solicitada por motivo de los daños que D.^a Silvia ocasionó en el vehículo de su propiedad durante el tiempo que lo tuvo en su poder —marzo de 1997 a 16-12-1998.

Don Juan Carlos reclamaba en tal concepto 346.642 ptas. y se reservaba posibles acciones en cuanto a otros daños —ver hecho décimo primero—. En concreto los daños en cuestión son los que presupuestados en el documento núm. 41 de los de la demanda, que obra al folio 192, y los gastos de grúa que refleja el documento núm. 40 que obra al folio 191.

De dichos daños, el juzgador de primer grado tan sólo concede los relativos a «batería» y «chapa y pintura», por entender que son los únicos que han sido acreditados, el primero por importe de 29.574 ptas. —suma del importe de la batería y la mano de obra de instalación consignados en el presupuesto—, y el segundo por importe de 75.000 ptas. suma de los conceptos chapa y pintura que se contienen en el presupuesto.

El recurrente impugna dicho pronunciamiento por cuanto no incluye los gastos de grúa, cuya exclusión efectivamente no es justificada en la sentencia pese a que parecen congruentes con la avería de la batería que hubo de ser reparada, y por el error aritmético que señala en su recurso respecto en cuanto a la suma de los conceptos chapa y pintura que se contienen en el presupuesto arriba mencionado, cuyo resultado es efectivamente 75.200 ptas. Pero además discute ahora tal pronunciamiento pretendiendo que

se incluyen otros daños diferentes a los reflejados en su demanda, por lo que el motivo de apelación está llamado forzosamente al fracaso en lo que se refiere a estos últimos.

Decimotercero: En lo que atañe al recurso formulado por D.^a Silvia, baste recordar lo dicho en el precedente fundamento de derecho noveno sobre la acumulación objetiva de acciones para desestimar su recurso en cuanto se fundamenta en la imposibilidad de acometer en el presente litigio otras cuestiones que las que atañen estrictamente a la liquidación del haber consorcial.

En lo demás que no ha sido abordado ya al estudiar el recurso del actor, dicha recurrente discute el trato dado al préstamo de 2.000.000 ptas. que ambos cónyuges concertaron con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad el día 29-11-1995 —extinta la comunidad—, cuyo pago es atribuido en iguales partes a ambos cónyuges por el juzgador de primer grado, con el razonamiento de que no ha quedado acreditado que su importe haya sido utilizado en provecho exclusivo del marido como pretende la recurrente, quien sostiene que ha sido invertido en la adquisición de un vehículo de la marca BMW.

Pues bien, la recurrente no ha justificado en modo alguno su discrepancia con el criterio sustentado por el juzgador de primer grado, pues no hace referencia al más mínimo elemento de prueba que sirva de apoyo a su afirmación, por lo que su recurso carece de fundamento.

Finalmente, con carácter novedoso, y por tanto improsperable, la recurrente hace referencia a la suma de 363.482 ptas. que habría pagado con un talón expedido contra la cuenta de su padre a fin de retirar el vehículo de su esposo del taller que lo había reparado.

Decimocuarto: Las costas de esta alzada se rigen por el artículo 710 LEC, debiendo entenderse que las pequeñas precisiones que se introducen en la sentencia en nada afecta a la desestimación sustancial del recurso a los efectos de la debida aplicación de dicho precepto.

NUM. 31

A. APZ de 14 de febrero de 2001

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN: COMUNIDAD POSCONSORCIAL: Naturaleza: *Disuelto el régimen económico del matrimonio, cada cotitular tiene un cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Se puede considerar como un patrimonio separado colectivo en cuanto conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titulaciones singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.* **6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN: COMUNIDAD POSCONSORCIAL:** *Embargo de bienes comunes: En el procedimiento de apremio sólo puede embargarse la global cuota consorcial del deudor y en consecuencia, para que pueda afectar e bienes individuales habrá que proceder a la liquidación del consorcio, de ahí que el art. 541 LEC/00 disponga que «en tanto no se practique la liquidación se suspenderá la ejecución en lo relativo a bienes comunes». Ahora bien, pretende la recurrente que se le entregue en fase de apremio la totalidad del dinero obtenido con la realización de un vehículo común (actuación para la que ambos consintieron), adjudicándose la mitad del valor en pago de las pensiones de alimentos y compensatoria reconocidas en la sentencia de separación y la otra mitad por considerarlo de su propiedad. Pretensiones que deniega el juez a quo. Pues bien, con base en la teleología de lo dispuesto en el art. 53 Comp. se demuestra que el legislador permite que los cónyuges, pendiente la liquidación, se nutran del patrimonio en liquidación para atender a sus necesidades. Por ello, en este punto debe estimarse el recurso.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 53 Comp.; arts. 397, 1058, 1067, 1083, 1401, 1404 CC.; arts. 1, 2, 20, 42.6, 46 Lh.; arts. 166 Rh; art. 541 LEC/2000*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez*

Ante el JPI de la Almunia de Doña Godina se siguen autos (244/1996) de separación conyugal, y se solicita por parte de uno de los cónyuges el embargo de «la parte legal que corresponda» al otro cónyuge sobre dos vehículos consorciales. Por Auto de 1 de junio de 2000, se desestima el recurso de reposición contra la providencia de 16 de mayo de 2000.

La parte recurrente apela el auto desestimatorio, y la APZ (secc. 5ª) estima parcialmente el recurso de apelación acordando que con la enajenación del bien se le satisfagan las pensiones de alimentos y compensatorias debidas, pero no así que le «entregue en pago de la parte correspondiente a su adjudicación».

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Para el cobro de las pensiones por alimentos para los hijos y pensión compensatoria reconocidas en sentencia de separación, la recurrente instó la vía de apremio, en el curso de la cual se embargaron «la parte legal que le corresponda» al ejecutado sobre dos vehículos. Expresión esta que venía impuesta, parece ser, por el carácter ganancial (no consta con claridad en el testimonio de particulares si el régimen económico del matrimonio es el de gananciales o el legal aragonés) de los vehículos embargados, lo que conllevaba la consecuencia de, no estando liquidado el régimen económico del matrimonio, no queda concretado el derecho que los cónyuges tienen sobre cada uno de los bienes que integran la globalidad del patrimonio común.

Según el criterio jurisprudencial dominante, disuelto el régimen económico del matrimonio, cada cotitular tiene una cuota abstracta sobre el conjunto

indiviso, de la que puede disponer, sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos.

No hay una regulación completa de la comunidad postganancial (limitándose la normativa a indicar los trámites que deben preceder a las adjudicaciones, qué elementos componen el activo y el pasivo de la sociedad disuelta, cuáles de las deudas pendientes han de pagarse con cargo a los bienes gananciales y en qué orden y sobre qué bienes tiene cada uno de los cónyuges un derecho de adjudicación preferente, remitiendo a la regulación de la división de la herencia).

Al disolverse la sociedad se modifican las características del patrimonio común y, relativamente, separado del de los cónyuges, pues ahora la cuota es independiente, alienable y embargable por deudas, pero sin que ello suponga que la comunidad se ha transformado en una comunidad de tipo «romano», pues no existen cuotas sobre bienes concretos sino cuotas sobre el conjunto indiviso de bienes.

De estas consideraciones participará la doctrina legal, sentando la sentencia de 25 de febrero de 1997, que «lo que nunca cabe es reclamar la mitad indivisa de un bien ganancial, mientras no se haya liquidado la sociedad y se hayan adjudicado los bienes resultantes, y ello aunque la sociedad de gananciales haya concluido por muerte del esposo en este caso concreto, toda vez que la disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales, en una comunidad formada por el cónyuge supérstite, y los herederos del finado con participaciones «pro indiviso» de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación», para añadir que «entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes posganancial que en el caso es una comunidad entre el

cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de éstos tenga la titularidad del 50 % de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo».

Segundo: El procedimiento de apremio dirigido sólo sobre los derechos patrimoniales de uno de los cónyuges en esa sociedad disuelta y no liquidada, plantea un problema previo de la delimitación de lo que puede ser objeto de embargo.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre de 1998 contendrá unas interesantes consideraciones sobre este problema.

En la línea de la doctrina legal primero recordará las modificaciones que se producen por la disolución del régimen económico del matrimonio, razonando que «disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todas y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titulaciones singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.»

Después distinguirá tres hipótesis en relación a lo que se puede pretender embargar: «en primer lugar de lo anterior se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento regis-

tral. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del Código civil), requiera que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1.067 del Código civil; 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, «in fine» del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.^a, «in fine», del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otras hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que el cónyuge viudo y los herederos del premuerto puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1.404 del Código civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1.410, 1.083 y 1.058 del Código civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especial y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes

sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago a su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.»

Tercero: La conclusión que se alcanzaría con esos razonamientos es que en el procedimiento de apremio, sólo puede embargarse la global cuota ganancial del deudor. Con la inexcusable consecuencia de que el apremio debe parar sus trámites una vez rechazada la afección y, en su caso, adoptadas las medidas de garantía del embargo, que sólo podrán continuarse una vez realizada la liquidación, que es lo que ordena el artículo 541 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en sus apartados segundo (para las deudas sólo aparente o provisionalmente privativas) y tercero (para las deudas verdaderas o definitivamente privativas), disponiendo este último apartado que, en tanto no se practique la liquidación, que se suspenderá «entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes». Aunque no lo hubiera dispuesto la norma no sería viable otra consecuencia legal. Resulta pues inexcusable vinculación entre la ejecución y la liquidación.

Cuarto: Lo razonado podría hacer pensar que se actuó incorrectamente por el Juzgado al ordenar el apremio sobre unos derechos no completamente determinados.

Mas al margen de no ser cuestión del recurso, la anterior conclusión debe matizarse si se repara en que todos los

que tienen una expectativa a la titularidad de esos bienes comunes, de la sociedad disuelta y no liquidada han mostrado su conformidad a la enajenación: uno, la ejecutante, de manera voluntaria, quien ha instado, hasta el final, el proceso de apremio, sobre bienes concretos de ese patrimonio común. Y el otro, el ejecutado, de manera forzosa.

A poco que se repare se observará que ese procedimiento de apremio instado por uno de los cónyuges contra el otro, por deudas de este con aquél, pero sobre bienes comunes de un régimen económico disuelto pero no liquidado, lo que ha venido a producir es un cambio o conversión de un bien determinado integrante del patrimonio ganancial en otro, ultrafungible, como lo es el dinero obtenido con ocasión de la realización de aquél. De manera que ahora el patrimonio común puede tener el mismo valor contable, el mismo, en términos genéricos, activo, pero en el que se ha producido una mutación en la naturaleza de uno de los bienes que lo integraban.

Quinto: Sobre la base de los anteriores presupuestos hay que enmarcar la pretensión de la recurrente, que pretende se le entregue, en fase de apremio, la totalidad del dinero obtenido con ocasión de la realización de un vehículo común. La mitad para pago de las pensiones por alimentos y compensatoria reconocidas en la sentencia de separación y la otra mitad por considerarlo de su propiedad. Pretensión denegada por el Juzgado que ha diferido la entrega a la finalización de los trámites de la liquidación del régimen económico.

Sexto: Aún sin, como antes se ha dicho, una regulación completa del patrimonio común durante el período de liquidación, ni en el Código civil ni en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, ambos cuerpos legales han tenido presente que la estaticidad que se produce en ese patrimonio durante la liquidación no puede privar a los cónyuges de los medios de vida, que se obtendrían normalmente de ese patrimonio común,

disponiendo el primero de los citados cuerpos legales en su artículo 1.408 del Código Civil, que «De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos o rentas», mientras que la Compilación, para el supuesto de disolución por muerte, dispone en su artículo 53 que «disuelta la comunidad y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará; podrá deducir de él alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivan, y atenderá el pago de las deudas exigibles, así como el normal desarrollo de los negocios comunes y a la conversión de los bienes».

Los alimentos que se regulan en estos preceptos no son lo que motivan ahora reclamación, pero ilustra la posición del legislador en orden, no ya a la posibilidad, sino necesidad, de que los cónyuges, pendiente la liquidación, puedan, no obstante la misma, nutrirse del patrimonio en liquidación para atender sus, en términos legales, alimentos. siquiera luego prevengan (art. 1.408) la compensación con los frutos y rentas y la minoración de su haber en cuanto excedan de aquéllos.

Obvio resultará que con mucha más razón podrá uno de los cónyuges apremiar bienes comunes para satisfacer deudas contraídas por el otro cónyuge después de disuelta la sociedad y con mayor razón cuando la naturaleza de esa deuda responde a la misma finalidad que las previsiones del legislador que autorizan a recabar a cualquiera de los cónyuges, a costa del caudal común, lo necesario para sus alimentos, siquiera, para este supuesto y salvo lo que luego se dirá, no se producirá, ni esa compensación ni esa minoración.

No concurre aquí la razón que impone la necesidad de paralizar el apremio cuando la deuda es a favor de un tercero,

pues no hay necesidad de identificar, tras la liquidación, los bienes que corresponden al cónyuge deudor, para así respetar los derechos del no deudor, y tal como hacen, aún con disolución diametralmente diferente, los artículos 1.373 del Código civil y 46 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Si bien, la admisibilidad del procedimiento de apremio a instancia de uno de los cónyuges contra el otro, por deudas contraídas después de la disolución, sin esperar al resultado liquidatorio tiene el reverso de que, en tanto no se produzca esa identificación y determinación de los bienes de cada uno, en la realidad de las cosas, se puede, en alguna medida, estar satisfaciendo su deuda con bienes propios.

No se deja de desconocer que el resultado final, sobre todo en relación al procedimiento de apremio, puede resultar paradójico. Pues en tanto no se realice la liquidación no se sabrán los derechos que cada cónyuge ostentaba sobre los bienes apremiados. Con la consecuencia de que no se sabrá en qué medida el crédito del ejecutante queda o no extinguido con la realización del bien común: se mantiene pues la vinculación entre apremio y liquidación de manera similar a la que se produce cuando es el crédito de un tercero el que se ejecuta. Pero no igual, pues ahora se traslada a la liquidación las consecuencias del apremio, sin suspender el mismo, de modo que sólo cuando el cónyuge ejecutante perciba en el apremio más de lo que hubiera correspondido según la liquidación deberá minorarse su haber en la partición y podrá saberse en qué medida el crédito ejecutado quedó extinguido.

Por tanto el recurso tiene que ser parcialmente estimado, en cuanto se pretende satisfacer las pensiones y por alimentar con cargo al dinero obtenido sobre un bien común, pero no es cuanto pretende se le entregue la mitad «en pago de la parte correspondiente a su adjudicación» pues aquí, sí, debe esperar al resultado final del proceso liquidatorio.

Séptimo: Al estimarse parcialmente el recurso no procede hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

32

NÚM. 32

A. APZ de 19 de febrero de 2001

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS: A efectos de constitución de la tutela, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en el artículo 9 y 10 Comp., pues la autoridad familiar de otras personas de las que habla este último precepto es de carácter facultativo, y ningún interesado ha promovido la designación de quien deba ejercerla ni provocado la constitución de la Junta (art. 20 Comp.), y es común la afirmación de que el término «podrá» que emplea el artículo 10 implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor lo haga más aconsejable. 65: TUTELA, ADOPCIÓN, JUNTA DE PARENTES: TUTELA: Prelación: En lo que se refiere a la prelación que ha de observarse en el discernimiento del cargo de tutor, rige el artículo 234 Cc. y ante la falta de la delación testamentaria, única que regula la Compilación, y el precepto referido establece un orden de llamamientos, tiene como norma de cierre la posibilidad de que el Juez de forma motivada prescinda o altere dicho orden en base al interés del menor.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 9, 10, 20 Comp.; arts. 92, 103, 156, 159, 172.2.4, 234, 239 CC.; art. 2 LO. 1/1996, *Convención de Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989*.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Ante el JPI de Daroca se siguen autos 93/98 sobre constitución de tutela de unas menores por fallecimiento en accidente de tráfico de sus padres. Los abuelos paternos de dos de las menores se oponen a dicha constitución

de tutela, el padre de la otra, ingresado en prisión, no se opone.

Por Auto de Juzgado de 17 de diciembre de 1999 se constituye la tutela sobre la tres menores en favor de la tía accionante. Los abuelos recurren el Auto referido.

La APZ (secc. 4ª) desestima el recurso de apelación confirmando el Auto de constitución de tutela.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución recurrida y

Primero: Se trata de la constitución de la tutela y del nombramiento de tutor de las menores Verónica, nacida el día 10-3-1986, Violeta, el 2-12-1992, y Patricia, el 2-12-1995, cuya madre común, María del Carmen P., y el padre de las dos últimas, don Antonio S., fallecieron en un accidente de tráfico ocurrido el día 18-3-1998. El padre de la mayor de las hijas, don Antonio D., carece de relación alguna con la menor, y ha mostrado su conformidad con la constitución de la tutela en comunicación dirigida al juzgado desde la cárcel de Ceuta donde se hallaba recluso (folio 135).

El expediente fue promovido por la tía materna de las menores, doña María Isabel, con el beneplácito de su marido, don Ángel T., quien tienen su domicilio en Pozuelo de Alarcón, mediante escrito de fecha 29-6-1998 en el que se solicitaba para sí el nombramiento del cargo de tutor.

A dicha petición se opusieron los abuelos paternos de las dos hijas menores, don Emiliano S. y doña Rafaela B., que tienen su domicilio en Villarroja del Campo, en escrito de 17-7-1998, en el que afirman ser las personas idóneas para ejercer la tutela de dichas menores, sin perjuicio del mantenimiento de los lazos fraternales con Verónica, respecto de la que nada dicen en contra de la pretensión de su tía.

La Juzgadora de primer grado constituyó la tutela respecto a todas las meno-

res y confirió el cargo de tutor a doña María Isabel, resolución contra la que se alzarón los abuelos paternos mediante el recurso de apelación del que conocemos.

Segundo: En primer lugar es de señalar que ni la vecindad civil aragonesa de las menores, ni la sobrevivencia del padre de Verónica, son obstáculo alguno para la constitución del organismo tutelar de ninguna de las menores.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en los artículos 9 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (CDCA) y 10 CDCA, pues la «autoridad familiar de otras personas» de que habla el último precepto es de carácter facultativo, ningún interesado ha promovido la designación de quien debe ejercerla, ni provocado la constitución de la junta de parientes del modo previsto en el artículo 20 CDCA, y es opinión común que la expresión «podrá» que emplea el artículo 10 CDCA implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye de la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor la hace más aconsejable.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso señalar que los recurrentes carecen de interés legítimo, y por tanto de legitimación para recurrir la designación de tutor para Verónica, pues ni están unidos a ella por lazos de parentesco, ni pretenden la designación para ellos.

En cualquier caso, parece adecuada la aplicación del artículo 239.2 del Código civil que lleva a cabo la juzgadora de primer grado al apreciar situación de desamparo en dicha menor pese a la pervivencia de su padre biológico. La única noticia que se tiene de él proviene de su estancia como interno en un centro penitenciario, cuando manifestó su conformidad con la designación de tutor que ahora se discute, sin que desde entonces se conozca su paradero, por lo que es clara situación apreciada por la juzgadora de primer grado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 172.2 del Código civil.

Tercero: Dicho lo anterior, la cuestión a debatir queda centrada en deter-

minar quién ha de ejercer la tutela sobre las dos hijas menores, pues nada se ha discutido de que la de la mayor corresponda a doña María Isabel.

En cuanto se refiere a la prelación que ha de observarse en el discernimiento del cargo de tutor, rige el artículo 234 del Código civil ante la falta de delación testamentaria, única que es objeto de regulación en la CDCA, y aunque dicho artículo establece un orden de llamamientos, tiene como norma de cierre en su párrafo último que «Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden establecido en el párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida del tutor», por lo que nada impide el nombramiento que contiene la resolución recurrida en favor de una tía, pese a que tal grado de parentesco no sea contemplado *nominatum* en el artículo de mención.

Dadas las manifestaciones vertidas por la parte recurrente durante el acto de la vista sobre que no puede apreciarse la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan la alteración del orden legal de llamamientos, conviene señalar que para su aplicación no exige la concurrencia de otra circunstancia que la falta de correspondencia del orden legal con el interés del menor en un caso concreto.

En cualquier caso, no puede negarse que la trágica muerte de ambos progenitores en las circunstancias a que se ha hecho mención, la existencia de hermanos y medio hermanos, las diferencias de edad entre los pretendientes a la tutela y, finalmente, la notoria diferencia entre las localidades de residencia que corresponden según la designación que se haga, integran una situación que merece en su conjunto el calificativo que niegan los recurrentes.

Cuarto: Conforme a lo establecido en el artículo 2 LO 1/1996, cuando se trate de decisiones que le afecten, primará el interés superior del menor sobre cual-

quier otro interés legítimo que pudiera concurrir, principio que se reitera con carácter general en los artículos 92, 103, 156 y 159 del Código civil; en el artículo 172.4 del Código civil para los supuestos de guarda y acogimiento; y ya específicamente para el nombramiento de tutor en el ya citado art. 234 del Código civil; principio que se sanciona igualmente en los instrumentos internacionales suscritos por España cual ocurre con la Convención de Derechos del Niño de 20-11-1989.

Se trata pues de determinar cuál de los familiares que pretenden para sí el nombramiento es más conveniente para las menores, con independencia de los intereses de aquéllos, y, obvio es, sin ninguna valoración peyorativa para quien no lo alcance; y menos en el presente caso, en el que ambas familias reúnen un nivel más que aceptable para desempeñar debidamente el cargo, como razona la juzgadora de primer grado. Se trata en definitiva de decidir en el caso concreto que nos ocupa qué es lo más beneficioso para las menores.

Desde esta perspectiva poco puede decirse en contra de la decisión adoptada por la juzgadora de primer grado. Así cabe señalar:

Los mayores equipamientos que presente la localidad de residencia de los nombrados, según se deduce de los datos obrantes a los folios 210, 234, 267, 395, 398 y 403 de los autos, cuya sola lectura excusa cualquier comentario.

La mayor adecuación de la edad de los nombrados para el cuidado de las menores, pues tienen ellos mismos hijas en edades parecidas a las pupilas que aseguran un entorno más propio para niñas de corta edad.

El consejo de mantener unidos a las dos hijas menores con su medio hermana dada por todos cuantos especialistas han informado en los autos (folios 212 y 328 y ss.), en el mismo sentido que la admonición que contiene el artículo 92 del Código civil para el caso de decidir la potestad de guarda en los litigios matrimoniales.

Finalmente, en la exploración acordada en esta alzada, todas las menores han manifestado de forma rotunda su deseo de permanecer unidas en la familia de su tía materna, en la que disfrutaban además de la compañía de sus primos.

En definitiva, no existe dato alguno que justifique la pretensión revocatoria que se contiene en el recurso formulado, por lo que el recurso debe ser rechazado.

Quinto: La especial naturaleza de los intereses en litigio justifican que esta Sala haga uso de las facultades que le otorga el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a las costas de esta alzada.

NÚM. 33

S. APZ de 26 de febrero de 2001

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Indemnización por jubilación: *La suma por la que se discute su calificación, si es común o privativa, se percibió con posterioridad a la separación matrimonial, pero el crédito a ella surgió constante matrimonio, pero ello no conduce a que dicha partida deba ser calificada como bien común. La razón es que dicha cantidad de dinero la percibió el marido en razón de un plan de pre-jubilación promovido por la empresa para la que trabajaba y que se articuló dentro de un expediente de regulación de empleo que motivó la extinción de la relación laboral, y el acogimiento a dicho plan le otorgaba el derecho a una indemnización. Esta cantidad de dinero ha de considerarse privativa del marido, tal y como se desprende del artículo 38. 2º o 5º Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 37.1, 38.2º y 5º Comp.; art. 1346.3 CC

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.*

Ante el JPI nº 6 de Zaragoza se sigue autos de liquidación de la sociedad conyugal de los esposos x. El Juzgado, en sentencia de 26 de febrero de 2001, estima la demanda

interpuesta por la esposa y procede a inventariar el activo y pasivo del consorcio.

Frente a este pronunciamiento se alzaba el marido demandado, pues muestra su disconformidad acerca de la calificación que deba tener la indemnización que él percibió por jubilación anticipada, ya que fue calificada de bien común por el juzgado.

La APZ (sec. 4ª) estima el recurso de apelación incoado por el demandado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y:

Primero: Doña Carmen formuló demanda contra don Eleuterio, de quien se encuentra separada desde la sentencia de separación matrimonial de fecha 9-5-1994 por la que se rechazó el recurso de apelación entablado contra la de primera instancia de 30-6-1993, con la finalidad que se declarara, con miras a la liquidación del haber consorcial, que formaban parte del activo de la comunidad, entre otros bienes, la suma remanente de la cantidad de 5.191.395 ptas. que el segundo percibió como indemnización única por acogerse al plan de prejubilación promovido por la empresa para la que trabajaba, tras haber sido aplicadas 957.686 ptas. al pago de responsabilidades civiles ex delicto del marido, y la deuda del marido por dicha cantidad frente al consorcio.

Igualmente se solicitaba que se declarara que, una vez fijado el haber resultante de liquidación y formadas con él dos partes iguales, tiene la esposa el derecho a deducir de la que corresponde al marido las sumas que éste le adeuda en razón de las sumas debidas por la pensión compensatoria y alimenticia en favor de la hija fijadas en la sentencia matrimonial.

El marido se opuso a la demanda afirmando que el único bien que integra el haber consorcial es el inmueble que cita la esposa en su demanda, en tanto que la suma por prejubilación fue percibida con posterioridad a la disolución del consorcio. De otro lado, niega que puedan ser traídas a colación al presente procedi-

miento el impago de las pensiones debidas en el proceso matrimonial.

La juzgadora de primer grado estimó la demanda y entendiendo que efectivamente la suma percibida por prejubilación formaba parte del haber común, y que la suma de ella detraída por responsabilidades civiles derivadas de comportamientos criminales del marido debían ser tenidas como deudas de éste para con el común.

De igual forma concluyó que antes de proceder a la entrega a cada cónyuge de la mitad del haber partible, la esposa tiene derecho a deducir la suma que su marido le debe en razón de las pensiones fijadas en la sentencia matrimonial que han sido insatisfechas, que importaban 2.745.000 ptas.

Segundo: El ámbito del presente recurso tan sólo alcanza al carácter común o privativo de la indemnización percibida por el esposo, pues es el único extremo que el apelante discutió en su intervención en la vista de apelación.

Sobre tal extremo es necesario señalar que según resulta de los particulares obrantes a los folios 18, 64 a 68, y 152, dicha suma obedece a un plan de prejubilación promovido por la empresa para la que trabajaba don Eleuterio y que articuló dentro de un expediente de regulación de empleo —núm. 159/1992— que motivó la extinción de la relación laboral en fecha 31-3-1993, y el acogimiento de éste a un plan de prejubilación por el que adquiriría el derecho a una indemnización de 5.191.395 ptas. a percibir el día 1-4-1995.

Según ello, no puede dudarse que el crédito surgió constante matrimonio, aunque su percibo se produjo con posterioridad a la separación matrimonial, tal y como razona la juzgadora de primer grado. Sin embargo ello no conduce al carácter privativo que le atribuye la juzgadora de primer grado en base, entendemos, al artículo 37.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

El carácter común o privativo de esta clase de indemnizaciones ha sido tratado recientemente por la STS núm. 1.096/1999,

de 22-12-1999. En ella se razonaba en referencia a una indemnización por la extinción de la relación laboral, establecida dentro del Plan de Bajas Incentivadas de la empresa «FASA-Renault», que «sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (art. 1.346.3 del Código civil)», criterio éste que, trasladado al derecho foral propio de esta comunidad autónoma, conduciría a la aplicación de los núms. 2 o 5 del artículo 38 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, con la consecuencia de atribuir carácter privativo a la suma en discusión, por lo que el recurso debe ser estimado en este punto.

Tercero: Las costas de esta alzada se rigen por el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos entre convivientes no casados en orden a solicitar la custodia de hijos comunes, alimentos y otros extremos.

El Juzgado, en sentencia de 11 de julio de 2000, estima en parte la demanda interpuesta por la convivente.

La parte actora impugna la sentencia de instancia, solicitando que sean acogidos también el resto de sus pretensiones.

La APZ, sec. 2ª, desestima el recurso de apelación confirmado la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente proceso de solicitud de guarda, custodia, visitas, alimentos y titularidad dominical derivada de la convivencia *more uxorio* entre las partes desde septiembre de 1990 a marzo de 1994 la Sentencia de instancia eleva a definitivas las medidas adoptadas en auto de medidas cautelares de 3-3-2000, resolución que únicamente se combate en la alzada por la representación de la parte actora.

Segundo: La recurrente en su recurso solicita que se revoque la Sentencia de instancia dando lugar a la adquisición de la propiedad del piso del demandado sito en la plaza Maya núm. 1-2, 1º de Zaragoza, así como se eleve la pensión alimenticia a 250.000 pesetas al mes.

No prospera el recurso, por cuanto ambas partes estipularon en 1994 una serie de pactos y acuerdos por los que se regularon el cese de su convivencia y aún cuando pudiera aceptarse analógicamente la tesis indemnizatoria por aquella convivencia extramatrimonial que en la actualidad la ley 6/1999 de 26 de marzo de parejas estables no casadas en Aragón la prevé en su artículo 7, no es menos cierto, que desde aquella fecha ambas partes vivieron de manera independiente, le fue entregada a la actora una cantidad de 75.000 pesetas mensuales desde mayo de 1994 a junio de 1995, que en la actualidad la apelante se encuentra trabajando, teniendo una edad y cualificación

NÚM. 34

S. APZ de 7 de marzo de 2001

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Pactos: *No puede prosperar lo solicitado por la demandante, ya que ambas partes estipularon en 1994 una serie de pactos y acuerdos por los que regularon el cese de su convivencia. Podría argumentarse la aplicación analógica del artículo 7 de la ley 6/99, pero es lo cierto que desde aquella fecha ya se habían separado, que sólo convivieron cuatro años, que la mujer tiene cualificación y capacidad de trabajo (de hecho trabaja) y que el ex partenaire paga en concepto de alimentos 75.000 ptas.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 7 Ley 6/1999, de 26 de marzo de parejas estables no casadas.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.*

adecuada para ello, a parte de que el período de convivencia (4 años) tampoco podrán pretenderse alcanzar mayores ventajas patrimoniales dado que a mayor abundamiento, la pensión alimenticia (75.000 pesetas) mensuales más gastos ordinarios y extraordinarios a favor de la hija común es lo suficientemente adecuada (art. 146 del Código civil) para satisfacer las necesidades de la misma por lo que el recurso se desestima y la Sentencia se confirma.

Tercero: No procede dada la naturaleza del litigio hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia.

El Juzgado, en sentencia de 13 de junio de 2000, desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la sec. 5ª de la APZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los siguientes, y

Primero: La circunstancia de que las capitulaciones otorgadas por los esposos demandados lo fueron para perjudicar la solvencia del esposo, fiador del préstamo destinado a financiar la sociedad en la que el mismo ocupaba una posición dominante, puede considerarse, apreciándose las pruebas aportadas a los autos, manifiesta.

La Sociedad administrada por el esposo, se encontraba en una grave situación económica desde, al menos, el año 1994. Afirmará el perito que el patrimonio neto contable de la sociedad es negativo desde el 1 de enero de 1994. Y ello aun advirtiendo que «cabe razonablemente... plantearse la veracidad de las cifras que reflejan las cuentas anuales en cuanto a las cifras de existencias y resultados de explotación». Y aún a pesar de esa circunstancia concluirá que «la situación de desequilibrio deviene, como mínimo, desde 31/12/1993, sin haberse tomado medidas efectivas para subsanarlo. Por ello la sociedad estuvo incurso en causa legal de disolución al ser su patrimonio neto inferior a la mitad de su capital social desde, al menos, un año después, 31/12/1994. Posteriormente, y hasta 31/12/1997, tampoco fue corregido el desequilibrio sino que se incrementó con las pérdidas de cada uno de los ejercicios 1995 a 1997».

Segundo: Con esa situación obtiene un préstamo de 2.000.000 de ptas. de la demandante el 19 de diciembre de 1996 en el que se expresan ya las dificultades del negocio, aunque sí una mejor previsión de futuro y en el que, el patrimonio del fiador se centra en la vivienda, a la

35

NÚM. 35

S. APZ de 28 de marzo de 2001

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES: *Rescisión: La circunstancia de que la modificación de los capítulos sea inoponible frente a terceros que hubieran adquirido derechos antes de la modificación o de su publicidad impide, por regla general, que se articule con éxito la acción rescisoria, al ser ésta subsidiaria. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que las nuevas capitulaciones crean una apariencia y su inscripción registral hace también ineficaz el principio legal de inoponibilidad, sobre todo cuando la deuda que se reclama no es consorcial, sino privativa. Por ello, en estos supuestos puede acogerse la acción rescisoria.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 26, 53 Comp.; arts. 1.291.1., 1.294, 1.317, 1.392, 1.401, 1.402; arts. 541 LEC/2000

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez.*

Ante el JPI núm. 11 de Zaragoza, una entidad de crédito solicita, entre otros, la rescisión de los capítulos matrimoniales otorgados entre los cónyuges demandados por considerar que perjudican la solvencia del esposo.

que se asigna un valor de 20 millones de pesetas, único activo del patrimonio común del matrimonio.

El 28 de abril de 1997 los demandados modifican su régimen económico del matrimonio otorgando escritura de liquidación del régimen que hasta esa fecha rigió sus relaciones económicas, conviniendo que en lo sucesivo regiría el de separación de bienes, procediendo a la liquidación del anterior, de modo que al único activo de la sociedad, el mencionado piso, se le atribuyó un valor coincidente con la cuantía del préstamo hipotecario que tenían en ese momento pendiente de pago (13.561.900 ptas.), adjudicándose todo el activo y el pasivo a la esposa y ningún bien, ni pasivo, a su marido fiador. La pericial practicada en el proceso cifrará en 25.000.000 ptas. el valor de mercado de la vivienda el tiempo de otorgarse las capitulaciones. Es evidente que, aun cuando no se reconozca la existencia de otros activos de la sociedad, un valor real que casi duplicaba el escriturado, suponga una merma de los derechos patrimoniales del marido en la sociedad y, por ende, se perjudicaba su solvencia patrimonial con daño a sus acreedores.

La división practicada con ocasión de la liquidación del régimen económico del matrimonio no respetó el artículo 58 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, pues al atribuirse un valor ficticio al único activo, o al menos al más importante, del patrimonio consorcial, se mermaba la solvencia del cónyuge deudor: si el valor era de 25.000.000 ptas., el pasivo lo era de 13.561.900 ptas., la diferencia con el valor del activo era de 11.438.000 ptas., por lo que al demandante le hubiera correspondido una adjudicación por valor de 5.710.050 ptas.

Tercero: Pese a ello la sentencia de instancia desestimaré la demanda, con base a un razonamiento del que no se había hecho cuestión por las partes: con-

siderando que la deuda es del consorcio, las capitulaciones y la modificación del régimen económico del matrimonio no puede operar en perjuicio de los legítimos derechos de terceros, según dispone el artículo 1.317 del Código civil, lo que posibilitaría (no a nivel registral, dado que la titularidad del bien consta a nombre de la mujer con carácter privativo por mor de esas capitulaciones realizadas con anterioridad al embargo) el apremio directo sobre el bien. De hecho la vivienda está embargada, siquiera la imposibilidad de consumir la medida de garantía de la traba, ésta es la anotación del embargo en el Registro, paralizó el apremio.

Cuarto: En realidad en la sentencia de instancia se ha entrado en una cuestión que no era objeto del proceso, pues no estaba planteada en los escritos de alegaciones. Aún más, el planteamiento implícito que podía existir en los mismos, en cuanto presupuesto de la pretensión contenido en la demanda, era el contrario: si se hubiera partido de la responsabilidad ganancial de la deuda surgida para el marido, fiador en una póliza de préstamo a una sociedad en la que aquél ocupaba una posición dominante, su pretensión se debería haber limitado a pretender la declaración aquélla responsabilidad y de que las posteriores capitulaciones matrimoniales son inoponibles ex-artículo 26 de la Compilación, pues la mutación del régimen económico del matrimonio debe realizarse con respeto a los derechos de terceros, esencialmente los acreedores. Obtenida tal declaración, en proceso seguido contra ambos cónyuges, ningún problema procesal ni obstáculo registral hubiera encontrado para pretender satisfacer su crédito dirigiendo el apremio contra todo el patrimonio común existente al tiempo de las capitulaciones.

Para ello es innecesario entrar a declarar la ineficacia de las capitulaciones. Éste será el supuesto de la sentencia

de 18 noviembre de 1998, en la que tras recordar la doctrina legal de que «la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 del Código civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1.291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como, según el artículo 1.402, conservan los acreedores de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos (art. 1084)», se destacará la singularidad del supuesto: «el problema es muy singular, puesto que son los condenados los que pretenden frente a la actora que se declaren válidas las capitulaciones, porque en nada afectan a la parte actora y tienen razón. Y son los actores los que buscan la ineficacia (no dicen por qué vía) para tener garantizado el cobro con los bienes de los esposos antes de la partición y ello lo tienen asegurado en ambos casos, pero conviene recordar el derecho vigente y jurisprudencia que lo interpreta y aplica».

Lo que le lleva a concluir que «En conclusión, las capitulaciones de los recurrentes en nada alteran ni perjudican a los demandantes para el cobro de su crédito, y en tal sentido, carecen de eficacia alguna, en el presente caso, pero no pueden generar una declaración genérica de ineficacia, como contiene la sentencia de primera instancia, sin haber hecho razonamiento alguno en los fundamentos de su decisión».

Quinto: Pero, se reitera, ese no ha sido el planteamiento de la demanda, ni ha sido objeto del proceso el determinar si la deuda derivada de aquella fianza contraída individualmente por el marido

constante el régimen económico del matrimonio, el legal aragonés, es responsabilidad del consorcio. No cabe pues hacer declaración alguna so pena de incurrir en incongruencia.

Sexto: Ello debe reconducir la cuestión a lo que ha sido planteado en la demanda.

La posibilidad de mutabilidad del régimen económico del matrimonio genera un problema de apariencia de titularidades que hacen difícil cohonestar esa libertad al cambio con el pleno respeto a los derechos de terceros. Sobre todo en el orden registral.

La jurisprudencia inicialmente cuestionó que, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, se pudiera acudir a tal acción cuando el cambio es inoponible al acreedor, señalando la sentencia de 15 de febrero de 1986 que «uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291.1 del Código civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis pues si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1.392 del Código civil)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros —art. 26 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y art. 1.317 del Código civil—, si el artículo 1.401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo, tam-

bién, el cónyuge no deudor con los bienes que le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1.402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (art. 1.084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria».

Sin embargo suavizará su doctrina dada y las evidentes dificultades registrales de su planteamiento: la apariencia que creaban las nuevas capitulaciones y su reflejo registral, hacían profundamente ineficaz el principio legal de inoponibilidad. Por eso la sentencia de 9 de julio de 1990, para un supuesto similar al de autos razonaría que «la expresada doctrina jurisprudencial mayoritaria —la de la inoponibilidad—, correctamente entendida, no excluye de modo absoluto y para todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones matrimoniales, modificativas de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estimen hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción del crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrán de responder de la deuda contraída (arts. 1.401 y 1.402 del Código civil), pero dicho recurso legal previo ya ha sido internado sin éxi-

to en el presente supuesto litigioso... al denegar el Registro de la Propiedad la anotación preventiva del embargo sobre tales bienes por figurar inscritos a nombre de doña Pilar, como de su exclusiva pertenencia, por disolución de la sociedad. Por tanto... ha de considerarse facultada la entidad actora, si contradecir con ello la expresa doctrina de esta Sala, para el ejercicio de la acción revocatoria».

Pues la modificación de las capitulaciones, y más en concreto, la liquidación del régimen económico matrimonial, puede realizarse en perjuicio de terceros acreedores, al margen de que lo sean sólo del cónyuge que contrajo la deuda con una actuación aislada o lo sea del consorcio. Pues aún para el primer caso los acreedores tienen derecho a satisfacer su crédito con los derechos patrimoniales que su deudor tenga en el patrimonio consorcial. Lo que por mor de las nuevas capitulaciones y de la apariencia que las mismas crearon podía quedar privado de toda eficacia.

La diferencia con el supuesto de deuda consorcial es que, para éste, superada la apariencia que crearon las nuevas capitulaciones, el apremio puede seguirse, sin límite, contra todo el patrimonio consorcial. Mientras que para el primer supuesto hay que respetar los derechos del cónyuge no deudor, sea en los del artículo 1.373 del Código civil, sea en los del artículo 26 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

El grave problema que planteaba ese apremio es que, al derivar de un proceso en el que sólo fue parte el cónyuge que contrajo con una actuación aislada, y faltar una norma legal de presunción de ganancialidad pasiva, aquél tenga que someterse a las reglas de la deuda privativa aunque pudiesen existir pocas dudas de la responsabilidad del patrimonio común.

La importante laguna legal que existía sobre esta cuestión ha sido solventada en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

enjuiciamiento civil, en su artículo 541, regulando su apartado dos las deudas aparente o provisionalmente privativas y en su apartado tres las definitivamente privativas.

Séptimo: Por tanto cabe acoger el recurso y estimar la demanda acogiendo la acción rescisoria, si bien siguiendo la jurisprudencia de interés que aúna la indemnidad de los derechos de terceros afectando los bienes adjudicados y el mantenimiento del nuevo régimen capítular, que sienta que «frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto “en la parte necesaria” para satisfacer los derechos de un tercero y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues, parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del “favor negotii” a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues, parece que con la declaración de nulidad, y amortización de efectos que conllevaría, se iría más lejos de lo que ante el fraude de acreedores se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la acción pauliana: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquél recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor; en definitiva, la vulneración del artículo 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnatorio, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6-4 del Código civil, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros» (S. de 19 de febrero de 1992).

Octavo: Al estimarse la demanda procede imponer las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada (art. 523 L.E.C.) y sin que, por la estimación del recurso, proceda hacer una especial imposición de las causadas en esta alzada.

NÚM. 36

S. APZ 31 de marzo de 2001

84: SERVIDUMBRES: DE PASO DE TENDIDO ELÉCTRICO: Usucapión: *Del expediente administrativo se deduce que la línea eléctrica en disputa procede de los años 60, sin que pueda ser discutida su condición de aparente, por lo que conforme a lo dispuesto en el art. 147 Comp. la demandada adquirió el derecho a pasarla por la propiedad de la actora.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 147 Comp.; arts. 533 y 537 CC; art. 36 Lh.; Ley 10/66 de 18 de marzo y art. 15 del D. 2619/1966 de 20 de octubre.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.*

Ante el JPI núm. 8 de Zaragoza la mercantil X ejercita una acción negatoria de servidumbre de paso frente a eléctricas.

El Juzgado, en sentencia de 10 de mayo de 2000, desestima la demanda.

La parte actora recurre en apelación y la sec. 4ª de la APZ desestima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida y

Primero: «R., S. L.» ejercita acción negatoria de servidumbre de paso de energía eléctrica contra «E. R. Z. I, S. A.», respecto a la conducción aérea que vuela sobre su finca, ubicada en las parcelas 3 y 4 del Polígono Industrial de Malpica, c/ J.

La demandada opone a dicha pretensión su derecho de servidumbre al paso de las mencionadas conducciones eléctricas, pertenecientes a la línea con origen en la subestación eléctrica «SET Malpica» y final en la de la industria «N.», que funda en dos títulos de adquisición.

En primer lugar la servidumbre de paso que habría constituido con arreglo a la normativa contenida en la L 10/1966, de 18 de marzo, y su reglamento aproba-

do por D. 2619/1966, de 20 de octubre, al haber llegado a acuerdo con los que eran entonces propietarios de los terrenos afectados (art. 15 del reglamento).

En segundo lugar, invoca el instituto de la prescripción adquisitiva, pues la servidumbre en disputa sería aparente y, por tanto, susceptible de ser usucapidas en diez años entre presentes y veinte entre ausentes conforme al artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y dichos plazos han transcurrido sobradamente, pues las conducciones fueron erigidas en el año 1968, según resulta del expediente administrativo seguido para su autorización.

Segundo: El juzgador de primer grado rechaza el primer motivo de oposición a la demandada al entender que el demandado no ha acreditado haber adquirido su derecho a pasar sus conducciones en la forma prevista en la legislación especial sobre la materia que ha quedado indicada, pues nada de ello consta en el expediente aportado a los autos.

Sin embargo sí comparte el segundo motivo de oposición y entiende que la demandada ha usucapido el derecho que se discute a través de la acción negatoria interpuesta, dado que se trata de una servidumbre continua y aparente que puede ser adquirida con arreglo a las prescripciones de los artículos 533 y 537 del Código civil, por lo que desestima la demanda.

Contra dicha sentencia se alza la parte actora mediante el recurso de apelación del que conocemos.

Tercero: Poco podemos añadir a los razonamientos que se contienen en la sentencia recurrida,

Del expediente administrativo tramitado se deduce sin esfuerzo que la línea eléctrica en disputa procede de finales de los años 60, sin que pueda ser discutida su condición de aparente, por lo que conforme a dispuesto en el artículo 147 CDCA la demandada adquirió el derecho a pasarla por la propiedad de la actora, lo que conduce a la desestimación de la demanda y la apelación que insiste en la pretensión ejercitada en ella.

Cuarto: A la conclusión a que llegamos no puede ser opuesta la protección registral que el apelante invoca con carácter novedoso en esta segunda instancia con cita del artículo 36 LH, en primer lugar porque su novedad la conduce necesariamente al fracaso dado el carácter revisor del recurso de apelación, y en segundo lugar porque dada la fecha de establecimiento de las conducciones eléctricas, la de adquisición del terreno que las soporta por el actor —30-10-1995— y la aparatosa forma en que se manifiesta la servidumbre en discusión, es palmario que se dan las circunstancias previstas en dicho artículo para que se produzca la usucapición contra tabulas frente al tercer adquirente.

Quinto: Las costas de esta alzada se rigen por el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 37

S. APZ 21 de abril de 2001

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: *La patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestar asistencia de todo tipo, de manera que todas las medidas que se acuerden, incluida la privación de la patria potestad, en Aragón Autoridad familiar, deben adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. Con la privación de la patria potestad o autoridad familiar no se pretende sancionar una conducta en cuanto al incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 9 Comp.; arts. 170 CC.; art. 2 Ley 1/1996 de 15 de enero sobre protección judicial de menor; art. 3.1 de la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Eduardo Navarro Peña.*

En autos seguidos ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se ejercita por parte de la madre acción de privación de la autoridad familiar del padre, debido a que éste no se relaciona con el menor ni le presta alimentos. El Juzgado, en sentencia de 22 de noviembre de 2000 estima la demanda.

La parte demandada recurre en apelación y la sec. 4ª de la APZ desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada.

Primero: Por lo que atañe, ante todo, a la excepción de defecto en el modo de formular la demanda (art. 533, párrafo 6.º, en relación el artículo 524, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), que la parte apelante reitera en esta alzada, y que fundamenta en una supuesta falta de claridad y precisión en que aquella incurre, a su juicio, ya que confunde dos situaciones muy distintas y bien diferenciadas en la ley: la privación de la patria potestad prevista en el artículo 170 del Código civil para los casos de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y el ejercicio exclusivo de la patria potestad por uno de los padres en caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad del otro... confusión conceptual que sufre la contraparte, que no acaba de aclarar si quiere tan sólo la mera declaración de la situación de facto existente entre los litigantes, o si además pretende la privación total de la patria potestad del demandado..., tal como literalmente señalaba en el hecho primero de su escrito de contestación a la demanda, excepción que hace valer como primero de los motivos de su recurso, debe ser rechazada por carente de fundamento real.

En efecto, si como tiene señalado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo y que recoge, entre otras muchas, la sentencia de la misma de 13 de febrero de 1999, el requisito de claridad y precisión en la demanda respecto de lo que se pide en la

misma, que venía exigido por el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y actualmente por los artículos 399.1 y 437.1 de la vigente Ley Rituaria Civil, de 7 de enero de 2000, «no tiene otra finalidad que la de propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión, en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido... y que para cumplir con este requisito formal basta con que la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado», preciso resulta concluir aseverando que la demanda origen del presente proceso cumple adecuadamente con tal requisito procesal, por cuanto que a la vista de los hechos alegados, fundamentación jurídica en que la misma se basa y las pretensiones verdaderamente formuladas, se deduce de forma indubitada que la acción ejercitada con base en el artículo 170, párrafo primero, del Código civil no es otra que la de privación de la patria potestad del demandado respecto de su hijo don Emilio José por incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma, lo que, por otro lado, no ha ofrecido duda alguna al hoy apelante, que ya en su escrito inicial de contestación a dicha demanda se opuso a tal pretensión de la actora, habiendo articulado la prueba que estimó pertinente en orden, precisamente, a desvirtuar la concurrencia de dicha causa legal de privación de la patria potestad.

Segundo: Impugna el demandado-reconviniente el pronunciamiento de fondo que se efectúa en la sentencia de primer grado por considerarlo no conforme a Derecho, ya que incide, a su juicio, en errónea valoración de la prueba practicada y consiguiente vulneración, por aplicación indebida, del artículo 170 del Código civil, motivo del recurso que debe ser así mismo rechazado por infundado.

En efecto, como señala la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2000, «la patria

potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad —autoridad familiar en el Derecho Civil de Aragón— deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2).

— Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses...».

En el supuesto a que se contraen estos autos ha quedado cumplidamente acreditado por el conjunto de la prueba practicada en la anterior fase procesal que don José Antonio no ha mantenido relación ni contacto alguno durante los dos últimos años con su hijo don Emilio José, nacido en Murcia el 13 de mayo de 1988, ni aportado ayuda económica para subvenir sus necesidades, pese a hallarse clasificado en 3.º Grado de Tratamiento en la Sección Abierta del Centro Penitenciario de Zaragoza, al que fue trasladado el 29 de noviembre de 1998, procedente del de Teruel, para seguir extinguiendo la condena penal impuesta al mismo, disfrutando de diversos permisos ordinarios

y de salidas de fines de semana desde las 16,00 horas del viernes hasta las 8,00 horas de lunes, realizando trabajo remunerado en una empresa a la que acude a diario para realizar la correspondiente jornada laboral, disponiendo para ello de la pertinente autorización de salida de la Prisión, y obteniendo unos ingresos mensuales de unas 110.000 pesetas, extremos acreditados por la documental integrada por informe del Director del Centro Penitenciario de Zaragoza (folio 119), confesión judicial del apelante (folio 103), exploración del menor don Emilio José (folio 99) y testifical de doña María Trinidad (folio 108), madre de la actora, lo que evidencia incumplimiento grave de sus deberes para con su mentado hijo, tal como señala la juzgadora *a quo* en la sentencia de primer grado valorando acertadamente dichas pruebas, sin que para achacar error alguno, lo que justifica la adopción de la medida de privación de la patria potestad de don José Antonio respecto de su mentado hijo, en correcta aplicación de la facultad que le confiere a dicho órgano judicial el citado artículo 170 del Código civil.

Tal medida viene demandada por el propio interés superior del menor, como claramente se deduce de los informes psico-sociales obrantes en autos, a los folios 161 a 168, de los que se desprende que don Emilio José no muestra ningún tipo de ligazón afectiva con su padre biológico y sí, por el contrario, un firme rechazo a establecer relación con él...

Los motivos que aduce el apelante para justificar la falta de comunicación con su hijo, a saber, los temores de que ello pudiera generar conflictividad con la actora y el hombre con quien ahora convive, no dejan de ser mero *legato exculpatorio* carente de prueba alguna, siendo, por otra parte, sumamente llamativo que no haya instado en ningún momento anterior a la formulación de la demanda rectora de estos autos el establecimiento de un régimen de visitas y comunicación con su hijo, esperando a solicitarlo precisamente ante el hecho de la interposición de aquella, lo que hace sospechosa

su actitud y no evidenciadora de una real voluntad cumplir con sus deberes paternofiliales.

Tercero: Pese al decaimiento del recurso de apelación formulado contra la mentada sentencia, no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada en razón a la especial naturaleza de la cuestión objeto de debate, que constituye circunstancia especial bastante para justificar la no imposición de las mismas al apelante.

38

NÚM. 38

S. APZ de 8 de mayo de 2001

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN: MOMENTO: *No puede sostenerse que el piso comprado por el marido tras la separación matrimonial decretada por sentencia canónica en 1980, deba considerarse común, alegando la demandada-apelante que pervivió entre los cónyuges el consorcio conyugal hasta 1994, fecha en la que se declara la eficacia civil de la sentencia de separación canónica.*

A los efectos de disolución del consorcio conyugal se ha de estar a la fecha de la sentencia de separación, aun cuando ésta sea canónica y, por lo tanto, el piso es privativo, pues disuelto el consorcio no resulta aplicable el art. 37 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 37.1, 52 Comp.; arts. 3.1 y 1399 CC; arts. 73.1, 73.4, 80 y 82 CC en su redacción anterior a la reforma del 81; Concordato con la Santa Sede de 1953.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.*

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos sobre liquidación de sociedad consorcio. El Juzgado, en sentencia de 5 de abril de 2000, estima en parte la demanda. El demandado apela la sentencia de instancia.

La sec. 2ª de la APZ estima el recurso de apelación revocando en lo tocante a uno de los bienes del activo su calificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda sobre liquidación del régimen económico matrimonial de sociedad consorcial aragonesa y declara que comprende el activo el piso sito en la calle Fray Luis Urbano, 55, 5º izda. de Zaragoza, con aparcamiento y trastero adquirido en 1985 y en el pasivo 47.794 ptas. abonadas por el demandado correspondientes al IBI sobre la vivienda de la calle Valle de Oza, 2, 11º D de Zaragoza, resolución que se impugna en esta alzada por la representación del demandado.

Segundo: Como en fecha 20 de febrero de 1980 se decretó la separación entre los cónyuges por el Tribunal Eclesiástico núm. 2 de Zaragoza, resolución que devino firme el 11 de marzo de 1980, el inmueble fue adquirido por el demandado en 1985 y por Auto del Juzgado de Primera Instancia de 20 de mayo de 1994, declara la eficacia civil de la sentencia canónica, entiende la Sentencia recurrida que al hallarse en vigor la normativa anterior de la Ley 30/1981 de 7 de julio, concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 (art. XXIV) y artículo VI del acuerdo 3 de enero de 1979 y producir las resoluciones canónicas efectos civiles una vez que la jurisdicción civil declaraba su eficacia, todos los actos y contratos celebrados hasta esta fecha han de considerarse efectuados con dinero consorcial (art. 52 de la CDC Aragón y art. 1.399 del Código civil y art. 37.1 de la indicada Compilación) por lo que el inmueble adquirido en 1985 ha de ser calificado como ganancial.

Tercero: Para la resolución del presente recurso ha de tenerse en cuenta la legislación aplicable en el momento de dictarse la resolución canónica, es decir los artículos 80 y 82 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1981, concordato de 1953 y artículo 52 de la CDC de Aragón partiendo pues de que en la indicada época los Tribunales Eclesiásticos tenían jurisdicción en materia de separación y la Sentencia dictada en

dicha materia debía ser ejecutada (art. 82 del Código civil) por los Tribunales Civiles, habrá de diferenciarse lo que es la eficacia civil de la Sentencia canónica de lo que es el momento en que se produce la disolución del régimen económico matrimonial, parece adecuado entender que tanto la separación de personas (art. 73.1 del Código civil) como la de bienes (art. 73.4 del Código civil) han de producirse desde la separación, al margen de cuando se produce la solicitud de liquidación de la Sociedad de Gananciales y al margen de su eficacia frente a terceros (art. 77 de la Ley de Registro Civil), si a mayor abundamiento como acertadamente sostiene el apelante en su muy fundamentado recurso, la recurrida en sus solicitudes de alimentos provisionales, incidente de modificación de medidas y pensión compensatoria (folio 162, 179 y siguientes) ha sostenido para obtener pensiones a su favor, el carácter privativo del bien litigioso, parece evidente que no puede sostenerse la ganancialidad del mismo ni es de aplicación lo dispuesto en el artículo 37.1 de la CDC de Aragón, igualmente en esta línea ha sostenido el Tribunal Supremo si bien referido para la libre separación de hecho que esta excluye el fundamento de la Sociedad de gananciales que es la convivencia, entenderlo de otro modo sería contrario a lo estipulado en el artículo 3.1 del Código civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1988 y 27 de enero de 1998 por todas) e igualmente consta acreditado que el piso litigioso fue financiado por el demandado mediante préstamo hipotecario a su cargo (folio 44) abonando los gastos inherentes al mismo y que desde luego desde la fecha de la Sentencia Canónica han vivido ambos separados y con patrimonios independientes, por tales consideraciones se impone la estimación del recurso revocando la Sentencia apelada declarando como privativo de don Daniel V. A., el piso sito en la calle Fray Luis Urbano, 55, 5º, aparcamiento y trastero de esta ciudad.

Cuarto: No procede especial declaración sobre las costas del recurso.

NÚM. 39

S. APZ de 21 de mayo de 2001

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: *Traspaso de negocio: Teniendo el negocio el carácter de bien privativo (el negocio de bar pertenecía al marido con anterioridad a la celebración del matrimonio), y no acreditándose una mejora en el mismo mediante aportación económica del consorcio, es obvio que el beneficio obtenido en el traspaso en modo alguno puede tener naturaleza ganancial (arts. 38 y 39 Comp.).* **PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD:** *En el consorcio conyugal aragonés se presumen comunes los bienes, de cualquier clase, adquiridos a título oneroso, e incluso se presume que es común todo aquel bien del que no se pueda aportar prueba de su privaticidad. Prueba que recae sobre quién alegue el carácter no consorcial del bien. En este caso, queda demostrado a través de los saldos de las c.c. del marido antes del matrimonio que el dinero que tenía se empleó en la adquisición del negocio por lo que éste debe ser considerado privativo, desvirtuándose así la presunción.*

6632: CONSORCIO CONYUGAL:

PASIVO: DEUDAS PRIVATIVAS: Responsabilidades penales: **6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN ORDINARIA: Reintegros y reembolsos** *En cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales, habiéndose abonado con cargo procede reintegrarlo en el activo.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 37, 38, 39 y 40 Comp.; arts. 1396 CC.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.*

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos sobre liquidación de consorcio conyugal en los que recae sentencia el 27 de julio de 2000, estimado en parte la demanda.

Ambos litigantes impugnan la sentencia discutiendo la calificación efectuada por el juez a quo respecto de determinados bienes y deudas.

La APZ, secc. 2, estima parcialmente ambos recursos de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente procedimiento de liquidación de la Sociedad de Gananciales (art. 1.396 del Código civil, 1.063 y siguientes y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la Sentencia de instancia declara como integrantes de activo consorcial 1) los muebles, ajuar, enseres que se encuentran en el domicilio conyugal, así como la inexistencia de pasivo igualmente declara que el demandado adeuda a la actora la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 ptas.) 50% del precio del traspaso del negocio Bar propiedad del demandado, dicha resolución es objeto de recurso por ambas contendientes.

Segundo: Como motivos del recurso de la actora se aducen en el acto de la vista a) incongruencia de la Sentencia apelada por vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no dar respuesta a todos los pedimentos de la demanda relativos a los rendimientos del negocio (Bar pub A.) a los saldos existentes en la cuenta 00013.38 de la CAI y a otras cuentas existentes en la CAI y valores, acciones y títulos del BCH; b) infracción del artículo 1.347 del Código civil respecto a la presunción de ganancial de los bienes y rentas del consorcio al no justificarse el destino de los beneficios del negocio; c) los movimientos y saldos de la cuenta 000013.38 de CAI de titularidad exclusiva del demandado; d) los saldos unas y otras cuentas cotituladas por el demandado; e) los pagos hechos por el demandado como responsabilidades exdelicto que deben revertirse al activo del consorcio y finalmente la existencia en el activo de la vigésima parte de un inmueble comprado por el demandado en la localidad de Pitillas (Navarra) la parte demandada en su recurso sostiene por el contrario que el régimen económico matrimonial aplicable es de la sociedad conyugal tácita aragonesa y que el derecho de traspaso del bar pertenece exclusivamente al demandado.

Tercero: Con carácter previo ha de indicarse que el régimen matrimonial

aplicable es el foral aragonés, los esposos residían en Zaragoza, no consta declaración en contrario y a mayor abundamiento consta reconocido por ambos al otorgar la escritura obrante al folio 71 y siguientes.

Cuarto: En cuanto al recurso de la actora no existe la denunciada incongruencia omisiva de la sentencia recurrida la que parte de un hecho evidente como lo es el carácter privativo del negocio del demandado y que no pueden figurar en el activo del consorcio todos los beneficios obtenidos por el negocio durante el período 6-8-92 al 2-10-1998 y ello por cuanto teniendo en cuenta que eran los únicos ingresos del matrimonio sólo podían acceder al activo aquellos bienes adquiridos con dinero ganancial durante el indicado período o el dinero previamente del ahorro familiar, en este apartado teniendo en cuenta los informes obrantes en autos (folio 32 a 37 y 68 a 92) con un negocio claramente a la baja y lo declarado por esta Sala en la Sentencia de separación no puede sostenerse la exacción de beneficios que se sostiene en la demanda aun cuando se pueda admitir (posición 18 de la confesión de demandado) que los ingresos no se ingresaban únicamente en la cuenta del negocio pero en todo caso también la actora tenía acceso a la caja del negocio y en suma no cabe sostener otra conclusión que la que llega la sentencia apelada en cuanto al destino de los rendimientos del negocio que sólo pueden entenderse como consumidos o reflejados en depósitos de dinero a nombre de los litigantes.

Quinto: En cuanto a los saldos de la cuenta 000013.38 de la CAI igualmente debe afirmarse que abierta por el demandado con anterioridad al matrimonio disponía a la fecha de la boda (15-8-92) de 18.096.754.- pesetas (folios 70 y 780) privativas de aquel si de esta cantidad detraen 11.000.000 el 3/7/93 para la adquisición por el demandado de un piso privativo calificado así en la escritura de compraventa el saldo al 31-3-1997 de 5.122.349 cuando se inicia la separación

no puede considerarse como perteneciente al consorcio pues proviene de dinero privativo no de los rendimientos del negocio durante el tiempo que duró el matrimonio por lo que la extracción de 4.000.000 al 31/7/1997 es irrelevante desvirtuándose claramente la presunción de ganancialidad (art. 1.347 del Código civil y 40 de la Compilación del Derecho Civil Aragonés) del saldo de la cuenta indicada a la fecha de la separación o del inicio de sus trámites.

Sexto: En cuanto a los depósitos o cuentas en los que figura como cotitular el demandado, deberá en principio partirse de que dicha titularidad conlleva una valoración patrimonial que sólo procede desvirtuarse si media prueba en contrario presumiéndose el carácter de ganancial (art. 40 de la Compilación Civil de Aragón) en todo caso el principio de disponibilidad de la prueba afecta al demandado que dispone de los medios oportunos para acreditar que los fondos allí existentes pertenecen exclusivamente a su madre y hermanos, igualmente ha de indicarse que las fechas a tener en cuenta son las anteriores a la celebración del matrimonio, agosto de 1992, hasta el comienzo aproximado de los trámites de separación que se fijan a marzo de 1997 así enumerando una a una las cuentas o depósitos que obran a nombre del demandado como cotitular estas son las siguientes:

BBV Libreta de ahorros 021-1476-Z (folios 215 a 223) saldo a julio de 1997: 110.042 que es prácticamente coincidente con el existente en 1993: 122.075 no disponiéndose de datos anteriores a dicha fecha, podría considerarse perteneciente al activo consorcial, en cuanto a la imposición a plazo fijo 041-1006610-2 su apertura en el mes de abril de 1993, el saldo a mes de abril de 1997 es de 1.000.000-, el 50% pertenece al activo.

En la Caja de Ahorros de Navarra la cuenta 000830000 78000 6521 se cargan los gastos de la madre del demandado y la transferencia de 11.000.000 ptas. correspondientes a la venta del piso al

demandado pertenece pues a la madre de éste y no se incluye en el activo, de hecho dicho importe según la prueba documental aportada para mejor proveer sirve para suscribir fondos a nombre de la indicada Sra. S. y sus hijos.

En el BSCH hay dos plazos, el 1130603565 y el 0002217975 el primero se constituye en octubre de 1992 (folio 814) por 600.000 ptas a fecha marzo de 1997 permanece igual pertenece al consorcio en un 50%, el segundo se constituye por 1.500.000 ptas (folio 833) y 2.000.000 (folio 836) en septiembre 1992, julio 1993 a fecha marzo 1997 permanecen, perteneciente al consorcio dada su cotitularidad en un 33,3%.

En la cuenta 1391584474 donde se abonan los intereses de las anteriores imposiciones a 31/3/1997 el saldo es de 465.734 se observa como las imposiciones se cancelan el 9-9-98 (folio 888) en dicha cuenta, nada tiene que ver el abono de 4.437.991 ptas. con la cuenta de la CAI ni el extracto obrante el folio 132 que data de julio de 1997, no obstante la prueba documental aportada para mejor proveer acredita que la cancelación de 2.000.000 ptas se realiza por la madre del demandado y que propiamente no existe incremento del plazo indicado sino una variación en el tipo de interés, no obstante la facultad de disposición a la hora de la cancelación por la madre del demandado acredita su titularidad, por lo que se excluye la misma del acervo consorcial, así como la cuenta en que abonaban los intereses.

En la Caja de Ahorros de la Inmaculada la cuenta corriente 07-000013-38 ya se ha apuntado que pertenece al demandado por las razones expuestas en el Fundamento jurídico quinto la cuenta 07-000150-40 a nombre del demandado disponía de un saldo a marzo de 1997 de 32.711 debe incrementar el activo consorcial, la cuenta 33-004510-17 abierta antes de la celebración del matrimonio disponía de 202.001 ptas al 4-8-92 cancelándose en abril de 1994, la libreta de ahorro 18800-52 disponía (folio 731) de

un saldo de 37.385 ptas en agosto de 1992 y a primeros de abril de 1997 de 75.830 ptas la diferencia (75830-37.385 ptas) pertenece al consorcio (38.445 ptas) la libreta de ahorro 00-11988-28 pertenece a la madre del demandado en ella consta los abonos de la pensión y los gastos propios (folios 700 y ss.) existen además dos plazos el 01-006208-14 y el 01006933-51 se aperturan en 1993 y en marzo de 1997 se cancelan ambas, dada la cotitularidad del demandado en ambas en principio el 50% de su importe podría incluirse en el activo, la prueba documental aportada para mejor proveer acredita que fueron cancelados por los titulares y que el incremento en cambio fue a cargo de la madre del demandado por lo que dichos incrementos en las indicadas imposiciones de la CAI 01-006208-14 y 1006933-51 en 2.000.000 ptas y 2.000.000 ptas respectivamente deben excluirse del activo consorcio, y el resto incluirse, en suma, deberá incluirse en el activo consorcial los saldos y las cantidades siguientes:

BBV: el 50% del saldo de 110.042 ptas. obrante en libreta 021-1476-2

el 50% de 1.000.000 ptas. plazo fijo núm. 041-100610-2

BSCH: el 50% de 6.000.000 ptas. plazo fijo núm. 1130603565

CAI: el 50% de 32.711 cuenta 07-000150-40

el 50% de 38.445 libreta 11800-52

el 50% de 1.000.000 ptas. plazo 01-006208-14

el 50% de 2.000.000 ptas. plazo 01-0066933-51

Debiéndose pues en este apartado estimarse parcialmente el recurso de la actora, en cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales (folios 149, 165, 167, 169 y 174 y siguientes) habiéndose abonado con cargo al consorcio procede reintegrarlo en el activo en la cantidad de 353.720 ptas (148.720 + 205.000 + 33.304 + 34.124) debiéndose estimar el recurso, estimación que igualmente alcanza a la existen-

cia de un vigésimo pacto de un inmueble comprado por el demandado en Petilla (Navarra) como reconoce ésta en la prueba de confesión judicial, posición 25a (folio 253).

Séptimo: En cuanto al recurso del demandado aparte la puntualización ya adelantada sobre el régimen económico matrimonial aplicable y teniendo el negocio carácter privativo, no acreditándose una mejora en el mismo mediante aportación económica del consorcio, es obvio que el beneficio obtenido en el traspaso (4.500.000.) en modo alguno puede tener la naturaleza de ganancial (art. 38 y 39 de la Compilación Civil de Aragón) por lo que aquella venta es privativa y en suma se estima el recurso del demandado revocándose a sentencia apelada.

Octavo: Al estimarse ambos recursos no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia (art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 40

S. APZ de 18 de junio de 2001

681: VIUEDAD: DISPOSICIONES GENERALES: LIMITACIONES: Descendencia anterior: *Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo vidual sobre la mitad del dinero de la libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge superviviente y padre de los actores, y que, además aunque nunca lo haya pretendido la cónyuge del bínubo premuerto su derecho de viudedad no podrá extenderse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia conocida con anterioridad.* **683: USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN:** *Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo vidual sobre la mitad del dinero de la*

libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge supérstite y padre de los actores y que, además, aunque nunca lo haya pretendido la cónyuge del bínubo premuerto su derecho de viudedad no podrá excederse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia conocida con anterioridad.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 73, 86 Comp.; arts. 657 y 989 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver.

Ante el JPI núm. 10 de Zaragoza se sigue autos sobre reclamación de cantidad incoados por los hermanos x contra y, segunda esposa de su difunto padre.

El Juzgado, en sentencia de 21 de septiembre de 2000 estima la demanda.

La parte demandada apela la sentencia. La APZ, sec. 5ª, desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la Sentencia recurrida, y

Primero: La primera cuestión que es preciso resolver es la relativa a la excepción de la litispendencia (art. 533 L.E.C.) argumentada por la demandada apelante al considerar que este proceso declarativo es incompatible con el juicio voluntario de testamentaría que aun no está definitivamente concluso, al haber recurrido la Sra. Z. el auto de archivo y conclusión del mismo. Dice bien el juez *a quo* cuando recoge la doctrina sobre la litispendencia, como figura preventiva de la «cosa juzgada», lo que —lógicamente— acarrea la exigibilidad de las tres identidades típicas (art. 125 C.c.). Pero, fundamentalmente, lo que tratan de evitar tanto uno como otro instituto jurídico es la

consecución de resoluciones judiciales firmes y contradictorias entre sí. Ello sería inadmisibile por obvias razones de seguridad jurídica (art. 9 C.E.) y por ir en contra de los más elementales principios de eficacia jurídica, entre otros el derecho a una efectiva ejecución de las sentencias (art. 24 C.E. y 18 L. O.P. J.).

Segundo: Esto significa que entre los procedimientos entre los cuales se predica la litispendencia, han de producirse idénticos efectos jurídicos, de naturaleza vinculante. No ocurre así necesariamente entre el juicio voluntario de testamentaría y el declarativo ordinario. Así, el primero tiene como finalidad la determinación de los bienes hereditarios o caudal relicto del fallecido don Emilio G. N. y el segundo va más lejos, exige la entrega de una cantidad determinada procedente de la herencia de la madre de los actores y no de su padre, a quien se contrae dicho juicio de testamentaría. En este sentido, la S.T.S. 5-7-1994, que realizó un interesante estudio sobre los incidentes en las testamentarías, dice textualmente que «g) incuestionablemente, cuando en un inventario se incluyen bienes que pertenecen a otro dueño o no se incluyen los que, perteneciendo al común, los posee un coheredero o un tercero, pueden los que se crean con derecho reivindicar o pedir mera declaración de dominio. En definitiva, hacer valer su derecho, y entonces será el juicio declarativo el que colateralmente y sin paralizar la testamentaría servirá para decidir la cuestión dando lugar en su día o a partición complementaria de bienes (art. 1.079 CC) o a la rectificación correspondiente a la exclusión de bienes».

Pero, más allá de esta diferencia, no se puede desconocer que el juicio de testamentaría goza de naturaleza de jurisdicción voluntaria (al menos en su inicio), lo que no puede impedir la posibilidad de acudir al juicio ordinario dotado de plena «cognitio». Así se expresa la jurisprudencia al interpretar el artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento civil: entre otras, SSTs 5-7-94, 14-7-94,

31-10-96, 6-11-98 y 31-7 del mismo año. Pero, además, la diligencia practicada para mejor proveer lleva a la conclusión de que es la propia demandada, quien ahora esgrime en este juicio el efecto litispendencial, la que no interpuso la demanda a la que le impelía el auto de esta Audiencia, núm. 164 de 10 de marzo, dejando así que se archivara el juicio de testamentaría. Así, aunque es cierto que la «perpetuatio iurisdictionis» remite la valoración de los datos a juzgar a la fecha de la interpelación judicial, no es menos cierto que repetir un juicio plenamente desarrollado y en el que no ha existido indefensión para la demandada (quien expuso todos los argumentos y pruebas sobre el fondo, que a su derecho interesaron) supondría una repetición inútil e iría en contra de los elementales principios de «economía procesal» (idéntico espíritu finalístico recoge la STS 13-2-1999, en el último inciso de su fundamento sexto).

Procede, pues, confirmar la sentencia en este punto concreto.

Tercero: En idéntica medida respecto a la falta de legitimación *ad causam*. No cabe dada de que se trata de una excepción de fondo que se refiere a la «res in iudicio deducta» y que, por ende, afecta al contenido pleno de la cuestión debatida y no a requisitos previos a la misma.

Cuarto: Con ello podemos ya entrar a conocer del fondo de la pretensión sustanciada en esta litis. En ella no se plantea otra cuestión que la relativa a la restitución por parte de la demandada (segunda esposa del padre de los actores) de la mitad del dinero que había en una libreta abierta en la CAZAR a nombre de ambos progenitores de los demandantes (hoy apelados). No se discute por la demandada que el 50% de ese depósito bancario (I.o. 01-5493-81) perteneciera a la primera esposa del fallecido don Emilio G. (hecho primero *in fine* de la contestación a la demanda: f. 55). Objeta principalmente que ese derecho de los herederos de doña María Jesús B. ya fue satisfecho por el fallecido padre de los actores.

Quinto: Antes de resolver esa cuestión y aunque —como hemos visto— no se trata de materia discutida, habremos de realizar algunos apuntes sobre derecho sucesorio y sus especialidades en Aragón, para centrar adecuadamente el *tema decidendi*. Así, por una parte, no cabe hacer ninguna objeción a la fecha de la aceptación de herencia de los hermanos G. B., pues sus efectos claramente se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (arts. 657 y 989 del Código civil); en este caso su madre. En segundo lugar, si bien es cierto que el esposo de doña María Jesús B. tuvo el usufructo vidual de la mitad del dinerario de aquella libreta (la mitad que correspondía a su esposa), no es menos cierto que el mismo concluyó a la fecha del segundo matrimonio (art. 86 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón) y que —además—, aunque nunca se haya pretendido ello por la Sra. Z., su derecho de viudedad no podría extenderse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia anterior conocida (art. 73 Compilación).

Sexto: En este contexto es obvio que las 932.744 ptas. reclamadas pertenecen a los herederos de la Sra. B, es decir, a sus hijos Carlos y María Jesús. También se ha acreditado que ese dinero pasó a poder y disposición del nuevo matrimonio y tras el óbito del Sr. G. a su viuda Sra. Z. Consecuentemente, será ella la que habrá de devolver esa cantidad a sus titulares hereditarios.

Séptimo: Llegados a este punto, es la demandada y apelante la que insiste en que esa cantidad ya les fue restituida a los actores por su padre. Pues bien, a tal efecto no existe prueba alguna. El hecho de que el padre realizara algún abono a los hijos (250.000 y 200.991 ptas.) y que éstos no respondan con excesiva claridad al respecto en su prueba de confesión judicial, no permite, en apreciación conjunta de ambos elementos, llegar a la conclusión querida por la Sra. Z. Primero, porque ni las cantidades ni las fechas tienen relación necesaria con el abono de un caudal hereditario respecto del

cual aún no existía aceptación expresa. Y, en segundo lugar, porque las negativas de los actores al confesar no son de tal entidad como para producir los efectos a que se contrae el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Amén de que no fueron apercibidos de ello por el juzgador.

Octavo: Por todo lo cual, procederá confirmar la sentencia, con expresa condena en costas a la apelante, ex art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ro de éste por haber existido una c.c.c., y no haber percibido el padre de la actora ningún bien de su padre (abuelo de la causante al ejecutarse la fiducia). Para el caso de no acogerse esta pretensión se suplica la devolución del impuesto hereditario abonado por el padre de la actora como posible heredero del causante.

El juzgado, en sentencia 15 de noviembre de 2000 desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación ante la secc. 5ª de la APZ, y ésta estima en parte el recurso de apelación acogiendo la segunda pretensión antes referida.

41

NÚM. 41

S. APZ de 31 de julio de 2001

67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA: CUÁNDO TIENE LUGAR:

La Compilación distingue tres supuestos de c.c.c en sus arts. 60 y 61: primera la obligatoria, que tiene lugar cuando se ha pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado; la segunda, la potestativa, cuando a falta de pacto o de disposición, hubiera quedado descendencia del matrimonio; y la tercera, denominada por la doctrina «impuesta», que es la que surge de un acuerdo tácito cuando en el plazo de un año desde la muerte de cónyuge premoriente los interesados no muestran voluntad contraria. Ahora bien, dicha comunidad, en todo caso, debe estar constituida por el cónyuge y los herederos del premuerto, y en este caso la misma no puede existir ya que hubo un encargo fiduciario, de manera que hasta que no se ejecute la fiducia no se sabe quiénes son los herederos y por tanto no puede existir la pretendida c.c.c

DISPOSICIONES CITADAS: art. 53 del Apéndice del 25; art. 60, 61, 110.2, 111, 113 Comp.; arts. 904, 910, 1732 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García.

Ante el JPI nº 10 de Zaragoza se reclaman los derechos hereditarios que al padre de la actora le pudieran corresponder en la herencia de su abuelo, sobre la base de ser aquél herede-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan esencialmente los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada, exceptuándose el quinto, que se rechaza, y

Primero: Partiendo del hecho incontrovertible de que quienes fueron abuelos de la actora recurrente el año 1949 otorgaron testamento por el que se concedían recíprocamente viudedad universal y facultad para que el sobreviviente distribuyera los bienes del premuerto entre los descendientes comunes, concediéndole a tal fin amplísimas facultades tanto referidas a forma, tiempo y proporción —«como tenga por conveniente»—, discuten las partes, para afirmarlo o negarlo según convenga a los intereses cuya defensa se le ha confiado, sobre la existencia de una comunidad conyugal continuada, incluso aludiendo a la posible coexistencia con la fiducia encomendada al sobreviviente, y de esta forma, mientras que la actora defiende que, fallecido en el año 1981 el abuelo otorgante, esta comunidad quedó constituida entre la abuela y sus hijos, entre ellos el padre de la actora que murió posteriormente en el año 1985, con lo que priva de eficacia a las asignaciones hereditarias otorgadas por aquella entre los años 1985 y 1987, que es el principal motivo de este pleito, por el contrario los demandados, al negar la existencia de tal comunidad, conceden plena validez a aquellas asignaciones a través de las cuales —dicen— se concretó la fiducia sucesoria designando herederos a los tres herma-

nos, con exclusión así del padre de la actora recurrente a la que formalmente se le asignó mil pesetas, al igual que a sus hermanos.

Segundo: La Compilación Aragonesa, que es la norma por la que deben regirse los hechos expuestos atendiendo al tiempo en que ocurrieron, distingue tres supuestos de comunidad conyugal continuada en sus artículos 60 y 61: primera, la obligatoria, que tiene lugar cuando se ha pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado; la segunda, la potestativa, cuando a falta de pacto o de disposición, hubiese quedado descendencia del matrimonio; y tercera, la que por la doctrina científica se denomina «impuesta», que es la surgida de un acuerdo tácito cuando en el plazo de un año a contar desde la muerte del cónyuge premoriente los interesados no muestran su voluntad contraria. Aun cuando el hecho origen del pleito pudiera haber surgido con ocasión de las explotaciones mercantiles existentes entre los otorgantes del testamento al inicio señalado, dándose así en principio el presupuesto exigido por el párrafo primero del artículo 60, y tampoco consta la denuncia dispuesta en igual párrafo del artículo siguiente, o al menos las partes demandadas nada han pretendido demostrar en contrario, pero, no obstante ello, la Jurisprudencia y doctrina son claramente unánimes en establecer que esa institución sólo puede tener lugar entre el cónyuge y los herederos del premuerto, y así lo dicen los artículos citados y los que siguen, y también así lo disponía el artículo 53 del Apéndice. Pero abierta la sucesión por fallecimiento del abuelo otorgante en aquel año 1981, aun cuando pudiera existir aquella continuación de los negocios familiares entre la sobreviviente y sus descendientes, falta un concreto llamamiento a la herencia, que en Aragón tiene lugar «por testamento, por pacto o por disposición de la Ley —artículo 89 de la Compilación—, por lo que está pendiente el nombramiento de herederos por la fiducia encomendada en aquel testamento, o a menos tampoco ha sido probado que esta concreta designación se hubiera producido, o que en su caso de otro modo

esta vocación hereditaria hubiere tenido lugar, que no se consignó hasta que la misión fiduciaria quedó cumplida mediante la asignación de concretos bienes a los tres hermanos sobrevivientes, existiendo entre tanto unos herederos potenciales en espera de que la fiduciaria hiciese uso de las específicas facultades concedidas como simple expectativa, pero sin eficacia alguna. No se puede pretender el carácter de heredero del padre de la actora apelante porque, al continuar quizás los negocios familiares, pudiese formar con su madre y hermanos una comunidad conyugal continuada cuyos miembros han de ostentar aquella cualidad hereditaria, cuando lo debido hubiese sido lo inverso, es decir, demostrar primero la exigida condición de heredero, y por ella la constitución posterior de esa comunidad, lo que no se ha hecho.

Tercero: Alega la parte que esa fiducia había quedado extinta, refiriéndose con cierta insistencia e inconcreción a que había quedado «Invalidada, extinguida, caducada o renunciada», cuando son conceptos técnicamente diferentes, aparte de que no se da razón suficiente de que así fuera ni se respalda la afirmación con la correspondiente prueba. Se recurre para ello a la referencia de otras figuras jurídicas que se dicen afines, como pueden ser el albaceazgo o el mandato, que son instituciones sin duda más elaboradas jurídicamente. Pero la alusión no parece satisfactoria, pues por un lado esa afinidad práctica es muy discutible, y, por otro lado, no se encuentra justificación adecuada para que sin más puedan ser aplicables los artículos 910 o 1732, ambos del Código civil, referentes, respectivamente, al modo de extinción de los albaceas o mandatarios, que son instituciones procedentes del Derecho Romano, no correctamente adaptables a la fiducia aragonesa, con una naturaleza propia y fines distintos, tanto más cuando la propia Compilación dispone de un solo modo de extinción —el artículo 110.2—, y aun cuando la doctrina científica exponga otros varios, como son todos aquellos que hagan suponer una pérdida de la confianza recibida, pues se dice que es figura que tiene su

base en la confianza, por lo que desaparecida ésta aquella debe quedar extinguida, con especial indicación de las causas que en el artículo 86 se indican como de extinción del usufructo viudal, en el caso ninguna de estas causas ha sido demostrada, ni tampoco aquella genérica de la pérdida de confianza, teniéndose en cuenta además que en todo caso desde la muerte del causante —1981— hasta el otorgamiento de las discutidas escrituras de asignación de bienes —1985 a 1987— tampoco había transcurrido excesivo tiempo, sin que por todo ello tampoco existe posibilidad de aplicar el artículo 904 del Código y el tiempo que en el mismo se precisa, cuyo plazo breve incluso podría ser contrario a la finalidad que la institución aragonesa se dice está llamada a cumplir según la cita que se transcribe al folio 53 de los autos, pues las instituciones son lo que son y toda transposición de preceptos de una a otra puede ser inadecuada, o al menos debe hacerse con las necesarias reservas.

Cuatro: El estudio del recurso quedaría claramente incompleto si no se considerara el hecho más significativo y principal que la actora recurrente expone para argumentar la existencia de comunidad conyugal continuada, como es el de en los documentos privados de opción de compra aportados con la demanda, y figurados a los folios 140 a 144, efectivamente el padre de la actora, junto con sus hermanos, aparece como «Herederos de D. Santiago M. M.», que sirve de apoyo fundamental a las peticiones posteriormente suplicadas. El argumento tampoco parece totalmente definitivo, y ello por las tres razones siguientes: primera, que en esos momentos no existía un concreto llamamiento a la herencia al padre de la actora, sólo un derecho potencial, por lo que esa atribución carece de fundamento, al pender aún la asignación fiduciaria, por lo que se ha de insistir sobre lo anteriormente dicho respecto a la inexistencia de la pretendida comunidad conyugal, exponiéndose de aquel modo a los posibles efectos de salvar un alegable vicio de la titulación por el comprador, como a continuación se dirá; segunda que, conforme al artículo 111

de la Compilación, los actos del fiduciario en cumplimiento de su encargo deberán constar «en testamento o escritura pública», por lo que el uso de ese término en el documento no puede servir para justificar la concreción hereditaria, que sólo más tarde se haría; y tercera, que, según el artículo 113 del mismo Texto, mientras el fiduciario no haya cumplimentado totalmente el encargo recibido, la administración y disposición de los bienes pendientes de asignación «Se regirán por las normas de la comunidad hereditaria», y por tanto habrá de regularse por las disposiciones dictadas al efecto por el causante, y no existiendo éstas por las que se rigen la comunidad de bienes en cuanto que sean compatibles con ser la hereditaria una comunidad universal al faltar participaciones concretas, y por su consecuencia los actos de disposición han de realizarse en principio por el conjunto de los coherederos —en el sentido permitido por la referida remisión contenida en el artículo 113—, tanto para los actos de disposición material como los de enajenación jurídica (entre otras STS de 22 de marzo de 1997).

Quinto: Con todo, el argumento más eficaz que la actora recurrente desenvuelve contra la tesis mantenida por los demandados viene constituido por el contenido de la escritura que fue otorgada en 30 de diciembre de 1987 —documento 40 de la demanda—, en la que, ya no sólo en su carátula aparezca escrito «Extinción de comunidad conyugal continuada» como manifiesta interesadamente un grupo de demandados, sino que también en su cuerpo se hace mención de ella, como por ejemplo en su encabezamiento —«Los conceptúo con la capacidad necesaria para formalizar esta escritura de extinción de comunidad conyugal continuada» como en su misma parte dispositiva—. «Declaran disuelta la sociedad conyugal». Pero aún así, esta escritura y las expresiones en ellas transcritas no consienten que esta sociedad conyugal se entienda legalmente formada, con la naturaleza y efectos restablecidos en los artículos 60 y ss. de la Compilación, con su consecuencia en tal caso

implícita de tener por heredero cierto al padre de la actora, y consiguiente nulidad de las posteriores asignaciones por haberse relegado a los descendientes de aquel, pues con esa mera indicación no aparece resuelto el tema principal de la litis, antes reiterado, como es que, incuestionado el nombramiento fiduciario a favor del cónyuge sobreviviente, por éste en ningún momento anterior, con las formalidades requeridas, había procedido a la designación hereditaria, y por tanto mal podría existir tal comunidad, que ha de quedar constituida por cónyuge y herederos, debiendo entenderse que tal indicación no puede ser más que una imprecisión formal, dado que mal puede declararse extinguido lo que nunca existió al faltar uno de sus presupuestos necesarios, la tan repetida condición de heredero, no antes realizada, imperfección aquella que todavía queda más aclarada cuando a continuación de la expresada frase «Declaran disuelta la sociedad conyugal continuada», se alude a ésta como la existente »Entre la primera y el causante don Santiago M. M.», que no se compagina con el dictado legal establecido en aquel artículo 60 —«Continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto», ni con la frase que casi a continuación se contiene sobre que «Acepta la fiducia que él mismo le otorgó en la misma cláusula», ni con la que ya después claramente se consigna «doña Carolina G. G., en uso de la repetida facultad distributiva concedida por el causante, asigna a sus tres hijos...», pudiendo considerarse que en todo caso con aquellas expresiones se quería tan sólo hacer referencia a una comunidad de hecho existente entre quienes habían sido miembros de la familia, aun cuando con gran impropiedad por cuanto que no puede declararse disuelta una sociedad que se afirma constituida con persona seis años antes fallecida.

Sexto: Con lo que hasta aquí se ha expuesto, confirmando en gran medida los razonamientos desenvueltos en la Sentencia del Juzgado, será suficiente para desestimar la mayor parte de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

Pero una deberá ser atendida, que es la referente a la devolución del impuesto sucesorio satisfecho por el padre de la actora, que es el argumento desplegado a los folios 49 a 51 de los autos, con el respaldo probatorio de la documental aportada de los folios 110 a 119, y que se contradice en el fundamento duodécimo de la contestación a los folios 444 y 445. No entrándose en el debate de la legislación aplicable al pago del impuesto, se satisfizo la parte correspondiente a cada uno de los cuatro herederos, sin perjuicio de que después se practicasen las liquidaciones complementarias, y así queda justificado por la señalada documentación, sin perjuicio de también adelantar que, como ha de resultar bien sabido, el pago de ese impuesto no supone reconocer el carácter de heredero en quien lo hizo, pues la normativa fiscal desenvuelve su eficacia en ámbito distinto de la que ahora y aquí se aplica, ni en suma aquel hecho contraría lo expuesto en los anteriores considerandos. Atendiendo aquella documentación, y también las posiciones que al respecto fueron absueltas por los tres hermanos sobre la cuestión en examen —Décimo primera de doña Rosa; séptima de don José Antonio; y décimo segunda de don Jesús (respectivamente, folios 619, 631 y 635)—, ha de concluirse señalando que en efecto el hermano fallecido pagó su parte correspondiente por el impuesto de sucesiones de unos bienes que luego no percibió, en los que fueron nombrados herederos fiduciarios sus otros tres hermanos, quienes son en definitiva los que deberían por tal concepto haber satisfecho la carga impositiva íntegra, pues, si bien en alguna manifestación de aquellos otros se pretende que el importe total fue abonado por la madre de todos ellos, la prueba de esa afirmación no se ha conseguido por los mismos a quienes como hecho extintivo hubiera correspondido en aplicación de los artículos 1214 del Código Civil y 217,1 de la actual Ley de Enjuiciamiento, produciéndose de tal modo un enriquecimiento injusto en éstos al haber quedado beneficiados por un pago que en su totalidad debieron soportar, razón ésta que justifica a la actora para reclamar la parte indebidamente satisfecha

por su padre, sin que pueda alegarse sin explicación alguna que tal indebido pago no benefició a los hermanos herederos, o que la pretensión deba hacerse valer ante otra Jurisdicción, cuando ésta no se dirige contra la administración tributaria, que con corrección giró el impuesto a quienes conforme a la Ley en aquel momento, venían obligados a su total pago, si no contra los otros hermanos que luego fueron designados herederos por la fiduciaria, quedando excluido del nombramiento el padre de la actora-recurrente, pero habiendo cumplido la carga fiscal, cuya parte queda por tanto legitimada para reclamarlo por esta vía civil, y consecuentemente en esta concreta petición deberá prosperar el recurso interpuesto revocándose en lo necesario la Sentencia del Juzgado, estableciéndose también que la suma interesada razón del acogimiento parcial del recurso, y por tanto de la petición de 3.372.588 pesetas, igual a las dos liquidaciones cursadas —Folios 110 y 111—, devengará los intereses pertinentes desde la fecha de la Sentencia de instancia conforme a los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil, que es el momento en que debió disponerse su devolución.

Séptimo: Es claro que ha de entenderse que la petición reconvenicional está correctamente formulada, pues a través de esta vía lo que se pretende es que la actora reconvenida cese en los actos, por diferentes medios emprendidos, impugnatorios de las citadas asignaciones hereditarias, por los que el padre de la actora se vio privado de su porción en la herencia, pretendiendo la validez a la concreta determinación efectuada por la fiduciaria, y así, la acción no se limita a sostener la validez del documento en que se atribuye la fiducia, que formalmente no es discutido por la reconvenida, sino detener los actos posteriores incluyendo de modo particular el otorgamiento de aquellas escrituras, contra los que la demandada en reconvenición ha mostrado, en éste y otros procedimientos, tan pertinaz oposición.

Octavo: Por todo ello, acogándose parcialmente el recurso, y también así una de las peticiones consignadas en la

demanda, considerando asimismo la innegable complejidad del asunto, se hace necesario apreciar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifican o aconsejan la no imposición de costas en la primera instancia, tampoco por lo mismo en esta segunda, conforme a los artículos 523,1 «in fine» y 710,2 de la derogada Ley de Enjuiciamiento, y 394 y 397 de la nueva Ley, refiriéndose aquel 394 a las dudas de hecho o derecho que pudieran presentarse, que son conceptos ambos propios del presente supuesto enjuiciado.

NÚM. 42

S. APZ de 14 de septiembre de 2001

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: Ofrecimiento en venta: Como resulta de los arts. 149.1 y 150.1.2 Comp., la falta de notificación fehaciente al titular o titulares del derecho de abolorio o de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a los parientes no puede ser considerada como un acto de mala fe civil o constitutivo de fraude a la ley por la sencilla razón de que ninguna obligación se impone al titular que enajena el inmueble o a las adquirentes del mismo por venta o dación en pago, adquirentes ajenos a la familia en más del cuarto grado, de realizar acto de comunicación, no teniendo otra consecuencia legal que la ampliación del plazo de que dispone el retrayente del bien para ejercitar su derecho de preferente adquisición. PLAZO DE EJERCICIO: El retrayente ejercitó su derecho, tal y como ha quedado acreditado una vez transcurrido el plazo legal de 90 días a partir de la fecha de inscripción de la escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad de Ateca, que le confiere el citado art. 150.2 Comp., plazo de cómputo civil que no excluye los inhábiles, según el art. 5.2 Cc, por lo que dicho derecho se habría extinguido, tal y como señala la sentencia de primer grado.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 149, 150 Comp.; arts. 5.2, 6 y 7 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

Ante el JPI nº 2 de Zaragoza se siguen autos sobre Derecho de abolorio por considerar el actor que hubo mala fe o fraude en el enajenante al vender el inmueble de abolorio a extraños sin haber ofrecido el mismo a los parientes con derecho a retraer. El juzgado, en sentencia de 14 de marzo de 2001, desestima íntegramente la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación que es desestimado por la secc. 2ª de la APZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en su integridad los correlativos de la sentencia de primer grado.

Primero: El actor, Sr. P. S. Ú., aduce como motivo único de su recurso de apelación contra la mentada sentencia, desestimatoria de su demanda deducida frente a los cónyuges Sr. R. y Sra. C., ejercitando retracto de abolorio con base en lo normado en los artículos 149 y 150 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, respecto de la finca adquirida por éstos a su anterior propietario, Sr. P. C., mediante escritura pública de compraventa otorgada en Ateca (Zaragoza) el día 1 de junio de 2000 e inscrita en el Registro de la Propiedad de esa misma población el 13 de ese mismo mes, la inadecuación a Derecho de dicha resolución al infringir por inaplicación los artículos 6 y 7 del Código civil, en relación con el mentado artículo 150 de la citada Compilación, al hacer desconocido el proceder de los demandados, constitutivo de fraude de ley y mala fe civil al haber incumplido, junto el vendedor, y con el ánimo de impedirle el ejercicio del retracto de abolorio, la obligación que a los mismos alcanzaba de ofrecer al hoy recurrente la finca antes de la compraventa o notificar después su realización, omitiendo todo acto posesorio que hiciera trans-

cender a terceros la transmisión efectuada de la referida finca, burlando así el contenido del artículo 150.2º de la Compilación Aragonesa al hacer ineficaz la publicidad formal que se atribuye a la inscripción registral.

Se rechaza por carente de todo fundamento dicho motivo único del presente recurso de apelación, con el consiguiente decaimiento del mismo, y ello de conformidad con las siguientes consideraciones.

Segundo: Conforme resulta de la literalidad misma de los artículos 149.1 y 150.1 y 2 de la mentada Compilación, la falta de notificación fehaciente al titular o titulares del derecho de abolorio ya del propósito de enajenar el bien inmueble objeto del mismo y ofrecimiento en venta, ya de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a dichos parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de aquel, con expresión, en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato, para que dicho titular del aludido derecho pueda hacerse valer el mismo en el término de los treinta días siguientes al de tal notificación, no tiene otro efecto que el de conferir al titular del derecho un plazo para su ejercicio, mediante la oportuna acción de retracto, de noventa días a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en el que el retrayente conoció la enajenación del inmueble y sus condiciones esenciales.

En consecuencia, la falta de notificación fehaciente del propósito de enajenar o de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a los parientes, no puede ser considerada como acto de mala fe civil o constitutivo de fraude de ley por la sencilla razón que ninguna obligación se impone al titular que enajena el inmueble o a los adquirentes del mismo por venta o dación en pago, adquirentes extraños a la familia de procedencia del mismo o parientes más allá del cuarto grado, de realizar tal acto de comunicación, no teniendo otra consecuencia legal que la de la ampliación del plazo de que dispo-

ne el retrayente del bien para ejercitar su derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición.

En el supuesto de autos queda acreditado que el actor ejercitó dicho derecho una vez transcurrido el plazo legal de los noventa días a partir de la fecha de inscripción de la aludida escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad de Ateca, que le confería el citado artículo 150.2 de dicha Compilación, plazo de cómputo civil que no excluye los inhábiles, según el artículo 5.2 del Código civil, por lo que dicho derecho se había extinguido ya, tal como acertadamente señala la sentencia de primer grado.

Pero es que, aún a mayor abundamiento, es un hecho admitido por el propio apelante que en fecha 22 de julio de 2000 le fue comunicado por los demandados la adquisición por su parte de la aludida finca por compra a su anterior propietario, en momento, por tanto, hábil para el retracto de abolorio, conducta aquella que contradice la alegada mala fe de los compradores.

Tercero: Por aplicación del artículo 397 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, en relación con el artículo 394 de la misma, procede imponer al apelante las costas de esta alzada.

43

NÚM. 43

S. APZ de 8 de noviembre de 2001

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL:

No habiendo capítulos matrimoniales, resulta aplicable el régimen legal aragonés, y no cabe admitir la hipótesis de la existencia de un régimen de separación entre los cónyuges desde 1997, ya que aunque residían separados por motivos de trabajo a todos los efectos el domicilio del actor seguía siendo el conyugal donde residía los fines de semana.

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Plan de pen-

siones: Respecto del plan de pensiones suscrito por el marido, debe ser considerado común su valor consolidado, al ser hechas las aportaciones con dinero común. BIENES COMUNES: Clínica Veterinaria: La clínica veterinaria se abrió constante matrimonio, se solicitó comúnmente un préstamo para ello, y el actor también aportó su trabajo a la misma, por ello dicho negocio así como los muebles y enseres del mismo deben ser considerados consorciales.

BIENES PRIVATIVOS: El vehículo objeto de discusión debe ser considerado privativo de la esposa, pues consta en autos que fue donado por la madre de la esposa antes de la celebración del matrimonio, sin que sea relevante que, constante matrimonio, se produjera una transferencia administrativa en la titularidad del vehículo. Lo mismo debe decirse respecto de la que ha sido la vivienda familiar del matrimonio, pues se adquirió a través de una donación encubierta. Por lo demás no es de aplicación lo dispuesto en el art. 1354.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 36, 40 y 23.3 Comp.; art. 1353 y 1361 CC

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza, se siguen autos sobre liquidación consorcial.

El juzgado, en sentencia de 8 de enero de 2001, estima en parte la demanda, y procede a la liquidación del consorcio.

Ambas partes recurren la sentencia de instancia. La sección 2ª de la APZ desestima ambos recursos, confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente proceso de liquidación de sociedad de gananciales (arts. 484 y 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la Sentencia de instancia declara perteneciente al Activo consorcial, el negocio de clínica denominado «C. C. V. S. M.», sito en la (...), de esta ciudad, los bienes muebles y enseres existentes en el domicilio conyugal y el mobiliario de la

indicada clínica Veterinaria, 2.941.583 ptas. del Plan de Pensiones Fonditel y declara privativo de la demandada la vivienda que constituyó el domicilio conyugal sito en la calle (...), de Zaragoza, vehículo matrícula (...) y diversas cuentas en el BBV, Ibercaja, Banco Atlántico y Citibank con saldos de 1.270.847 ptas., 1.518.873 ptas., 3.174.776 ptas. y 2.562 ptas. respectivamente. Y como bien privativo del esposo el vehículo (...). No existiendo Pasivo de la Sociedad. Resolución que es objeto de oposición por ambas partes contendientes.

Segundo: El actor discrepa de la Sentencia apelada en que pertenece a la Sociedad Ganancial el vehículo (...), una cuota del 83,6% sobre el total de la vivienda conyugal o subsidiariamente un activo de la sociedad de 3.000.000 ptas. actualizados frente a la demandada y los saldos existentes en las cuentas de IberCaja y Banesto, así como aquellas otras que se determinen en ejecución de Sentencia y el valor del plan de pensiones que debe figurar únicamente las aportaciones, no los derechos consolidados.

Tercero: La demandada discrepa de la Sentencia apelada en que debe declararse la existencia de pacto entre los cónyuges de separación de bienes, declarándose privativos la Clínica Veterinaria, muebles y enseres de la vivienda y de la clínica y declarar privativo del actor el Plan de Pensiones de Fonditel y el vehículo Renault y para el caso de que no se considere probada la existencia de régimen de separación se incluya en el activo el indicado vehículo Renault y el Plan de Pensiones de Fonditel y que únicamente tiene carácter ganancial los muebles de cocina y baño pertenecientes el resto a la demandada.

Cuarto: Respecto del vehículo (...) consta acreditado en autos que fue donado por la madre de la demandada a ésta antes de contraer matrimonio y que sólo después se produjo la transferencia administrativa en la titularidad del vehículo, por lo que es clara la naturaleza privativa del bien, desestimándose en suma el primer motivo del recurso del actor. En cuanto al segundo relativo a la vivienda

sita en la calle (...), de esta ciudad, consta igualmente acreditado que se adquirió por la demandada en virtud de una donación encubierta anterior a contraer matrimonio y si bien en la escritura consta la existencia de un pago aplazado a abonarse posteriormente al matrimonio, también se desprende por la prueba testifical que no existió tal pago sino simples compensaciones entre familiares que la demandada desembolsó de sus propias cuentas particulares ya existentes antes de contraer matrimonio, luego no cabe deducir la naturaleza consorcial de parte del inmueble como pretende el recurrente ni tampoco considerar acreedor el consorcio respecto de aquellas cantidades entregadas por la demandada que como ya se ha indicado proceden de dinero privativo, no es pues de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código civil, se confirma pues la Sentencia igualmente en este apartado así como el apartado de los muebles y enseres del domicilio familiar que nada tiene que ver con los bienes donados con anterioridad a contraer matrimonio por la demandada y nada se aporta sobre las alegadas cuentas bancarias de cotitularidad de ambos cónyuges fuera de las relatadas en la Sentencia recurrida y en cuanto al plan de pensiones Fonditel de naturaleza común el activo consorcial lo integrará su valor consolidado resultante en el momento de la separación no las aportaciones realizadas que se alega por el recurrente en la cantidad de 492.974 ptas. pues las limitaciones sobre disposición y disfrute de todo fondo de pensiones no enervan la naturaleza patrimonial como derecho consolidado, por lo que tampoco en este apartado prospera el recurso.

Quinto: Respecto del recurso de la demandada debe partirse igualmente de lo proclamado en los artículos 36, 40 y 23.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y 1.315 y siguientes del Código civil siendo claro que la inexistencia de capitulaciones matrimoniales conllevan a considerar aplicable el régimen consorcial aragonés y no cabe admitir la hipótesis de la apelante de la falta de convivencia del

matrimonio hasta 1997 pues aún cuando residían por motivos de trabajo en distintas poblaciones, a todos los efectos el domicilio del actor lo constituía el conyugal donde residía los fines de semana y así se deduce de la apertura de cuentas conjuntas en varios bancos y domiciliación de las mismas en el domicilio familiar, por lo que se desestima el primer motivo del recurso de la demandada. En cuanto al vehículo (...) dado que la propia recurrente reconoce el carácter privativo del actor por haber sido obtenido con dinero privativo es obvio que tampoco prospera el recurso en este apartado. Otro apartado de discrepancia por parte de la demandada frente a la Sentencia de instancia radica en los muebles y enseres existentes en el domicilio conyugal, se alega que la vivienda propiedad de los padres de la demandada no se encontraba vacía y muchos de los muebles y especialmente electrodomésticos fueron adquiridos por la misma antes del matrimonio mas lo cierto es que consta en autos que la vivienda fue reformada para albergar el domicilio conyugal y desde luego no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad de los bienes allí existentes en el momento de la ruptura (art. 1.361 del Código civil) por lo que también en este apartado se confirma la Sentencia apelada. En cuanto a la clínica veterinaria S. M., dicho negocio fue abierto en 1995 constante matrimonio a parte la concesión a ambos cónyuges de un préstamo para la posible constitución del negocio, el actor también aportó su trabajo aún estando de alta en la Seguridad Social, más no habiéndose acreditado igualmente las supuestas cantidades abonadas por la familia de la demandada se hace evidente que conforme el artículo 90 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón el negocio es de naturaleza consorcial así como los muebles y enseres allí existentes por lo que procede desestimar el recurso en su último motivo.

Sexto: No procede al desestimarse ambos recursos hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 44

S. APZ de 16 de noviembre de 2001

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: *Pública subasta: Resulta dudoso si cabe el ejercicio de retracto cuando la venta no es voluntaria sino forzosa. No faltan argumentos en contra de esta posibilidad, debido a la propia naturaleza del derecho de abolorio; no faltan precedentes judiciales que deniegan el derecho cuando se trata de subastas públicas. Ahora bien, a criterio de esta Sala la respuesta debe ser afirmativa. El TS en sede de retractos viene admitiendo sin vacilación el mismo cuando se trata de subastas judiciales, y no encuentra un argumento de peso para excluirlo en el caso del Derecho de abolorio. NATURALEZA: La naturaleza jurídica del derecho de abolorio regulado en la Compilación es la correspondiente a un derecho de adquisición preferente, por lo tanto merece un tratamiento y una interpretación restrictiva. Su finalidad encontraba su justificación en el interés familiar patrimonial «el deseo de volver a integrar el patrimonio de la casa, para engrandecimiento de la misma», finalidad y fundamento que no encuentra acomodo en la vertiginosa sociedad actual. Quizás, por ello haya breves plazos para ejercitarlo y admite el legislador la facultad moderadora del tribunal sin más parámetro que la equidad. FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES: Ésta no tiene porque consistir tan sólo en la denegación del derecho, sino en la recomposición y equilibrio de los intereses en conflicto que el ejercicio del derecho puede romper. Y por ello la sala considera ponderado moderar ese derecho, de manera que para tener acceso al mismo sea necesario abonar, no ya el verdadero valor de la finca (500.000 ptas.), sino una cuantía adicional que compense al demandado de cuanto inconvenientes y molestias le tuvo que suponer el acudir a la subasta. Por ello se estima adecuado elevar aquél precio en la suma de 550.000 ptas.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 149, 150 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez.*

Ante el JPI nº 10 de Zaragoza se siguen autos de retracto de abolorio. El Juzgado, en sentencia de 24 de abril de 2001 estima la demanda y considera que el actor tiene derecho a adquirir el bien.

El demandado recurre en casación y la APZ, secc. 5ª, estima en parte el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y

Primero: La naturaleza jurídica del derecho de abolorio regulado, en cuanto a sus elementos constitutivos, en el artículo 149 de la Compilación de Derecho civil, es la correspondiente a los tanteos y retractos, es decir a los derechos de adquisición preferente. Estos, en cuanto limitan una de las facultades del derecho de dominio, merecen, según criterio jurisprudencial y doctrinal unánime, un tratamiento y una interpretación restrictiva (Sentencias de 27 de mayo de 2000 y 30 de junio de 1994).

A propósito del derecho de abolorio, dada la vertiginosa evolución socio-económica, de la que se deriva una realidad bien diferente del fundamento que justifica esta institución jurídica, esto es el interés familiar patrimonial, el deseo de «volver a integrar el patrimonio de la casa, para engrandecimiento de la misma», se ha hecho cuestión de la conveniencia de la institución. Pues esa realidad socio-económica no se cohonesta muy bien con una limitación de la facultad de disposición de libre tráfico inmobiliario, asentada en el mero afecto o apego.

Estos estrictos postulados de la institución y esa cambiante realidad social han llevado a una división en la doctrina sobre la oportunidad de la institución. En la jurisprudencia se ha visto con no pocos recelos pues siempre se ha tenido más presente lo que tiene de retracto que lo que tiene de abolorio, y en todo caso se ha exigido la clara concurrencia de esos elementos justificadores de la institución, lo que ha sido de gran utilidad para solventar los conflictos concretos

que no encontraban en la Ley una solución expresa, en particular en cuanto a la concurrencia de aquellos mencionados elementos constitutivos del derecho.

Y en la propia Compilación parece participarse de este criterio especialmente restrictivo del derecho, pues aparte de los breves plazos para su ejercicio y de la caducidad de los mismos, se reconocerá una, inusual en nuestro ordenamiento jurídico, facultad judicial moderadora del ejercicio del derecho, sin más parámetro delimitador de la misma que la invocación de la equidad. De forma que podría sospecharse si al propio legislador le asaltaron dudas sobre la oportunidad de la institución. Facultad, cuyo ejercicio se reclama en última instancia en el recurso, que no intenta constituirse en remedio para las actuaciones abusivas del derecho, o para constitutivas fraude de Ley, pues para reprimir las mismas existen otros, y reiterados, mecanismos legales.

Segundo: Porque efectivamente en el supuesto de autos concurren una serie de circunstancias que cuestionan el derecho de abolorio. Sintéticamente en el recurso se reseñará que la finca objeto de la acción de retracto es fruto de la segregación practicada por la madre del retrayente cuando con ocasión de la aceptación por aquella (doña María P. F.) de la herencia de sus padres, (abuelos del demandante don Emilio L. P.), junto con sus hermanos, don Mariano, don Santiago y don Emilio P. F., procedieron a segregar de la finca de los abuelos, la registral 1.448, tres porciones que formarían fincas independientes y, entre ellas aquellas a la que ahora se refiere el retracto, la registral 19.794, adjudicada en aquella escritura de aceptación y división de la herencia a la meritada madre del demandante.

La segunda cuestión hace referencia a la concurrencia del requisito relativo a la pertenencia de un inmueble a la familia «durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente», pues si la madre del demandante dispuso a título gratuito de la de aquella finca segregada, a favor de su hija doña Ana María L.

P., hermana del demandante, no concurre aquel presupuesto en tanto en cuanto la transmisión entre las generaciones sólo puede ser mortis causa, y no por cualquier otro título, sea oneroso o, como es el caso, gratuito, rechazándose expresamente en el recurso la invocación que se hace en la sentencia de instancia al artículo 212-2 de la Ley de Sucesiones de Aragón, de vigencia posterior al caso.

Ya en fin se cuestionará la oportunidad del derecho cuando no se trate de una enajenación voluntaria sino forzosa, en subasta pública, a la que podía haber concurrido el retrayente y que, en lugar de hacerlo y en perjuicio de la Administración de Justicia, se agazapó en el derecho de abolitorio para luego, en atención al resultado de la subasta, ejercitar el retracto. Comportamiento que en última instancia se invocará como amparo, en el recurso, de su pretensión de que este Tribunal haga uso de la facultad moderadora.

Tercero: Iniciando el análisis de esta última cuestión, resultará dudoso si cabe el ejercicio del retracto allí cuando no se trate de una enajenación voluntaria, sino cuando sea forzosa. No faltarán argumentos que sostendrán su improcedencia, pues, señaladamente en relación al derecho de abolitorio, de existir realmente ese apego familiar al bien se habrá tenido, a través de la posibilidad de participar en la subasta, la posibilidad de recuperar la finca para el patrimonio familiar, pudiéndose considerar poco razonable que se otorgue ese derecho a quien se desentendió previamente de ejercitar aquella posibilidad.

En segundo lugar se podría invocar, en contra de esa posibilidad los términos del precepto, «venta o dación en pago» que, al margen de la interpretación restrictiva que debe tener la institución, es diferente a la regulación del Apéndice de 1925, en el que específicamente se reconoció el derecho en relación a las enajenaciones forzosas. Por lo que podría plantearse si el legislador quiso aquí introducir una modificación puntual de derecho.

Y no faltan precedentes jurisprudenciales que deniegan el derecho cuando

se trata de subastas públicas. Así lo hará la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de 27 de mayo de 1996, en la que se invocará el criterio restrictivo de la jurisprudencia para los derechos de retracto como fundamento de esa solución.

Pero, a criterio de esta Sala, la respuesta en principio debe ser afirmativa.

Es verdad que la doctrina procesalista repudia la consideración de la enajenación forzosa como una compraventa, que para nada se consideran asimilables ni, en rigor, debería utilizarse la misma terminología para abarcar ambas instituciones, considerándose prevalente en la enajenación forzosa su consideración de acto estatal de la autoridad judicial.

Mas la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sede de retractos, viene admitiendo sin vacilación las mismas cuando se trata de subastas judiciales y no se contempla un argumento de peso para excluirlo en el caso del derecho de abolitorio (Sentencias de 12 de febrero de 1996, 27 de julio de 1996 y 16 de mayo de 1995).

Debe repararse que en la Ley 1/2000, de 7 de enero, en la que se regula el nuevo enjuiciamiento civil, además de introducir formas de realización alternativas a la subasta (convenio de realización y enajenación por medio de persona o entidad especializada: Artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de las que se puede derivar un negocio jurídico típico de compraventa (al ser el mismo, por ejemplo, el objeto del convenio), en no pocos preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se vuelve a utilizar la terminología correspondiente a la compraventa, incluso como concepto identificable e intercambiable con el de subasta, entendida ésta como el acto procesal final de la vía de apremio (así, en el artículo 652 respecto al destino de los depósitos constituidos para pujar y en el artículo 653 para la quiebra de la subasta).

Por eso puede parece excesivo privar del derecho en los supuestos de subastas públicas, cuando pueda tenerlo en alguna de las otras formas de realización de la finca embargada aunque pueda pare-

cer deseable que el legislador matice las consecuencias en los derechos sustantivos derivados de las enajenaciones voluntarias y forzosas, por no ser situaciones en sí parangonables.

Cuarto: También es de rechazar el motivo del recurso asentado en la ausencia del requisito objetivo de haber pertenecido a la familia el bien durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, entendiéndose en el recurso que las transmisiones entre esas generaciones deben ser mortis causa y no consecuentes a transmisiones voluntarias, repudiando la aplicación retroactiva de la Ley Aragonesa 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte.

Pues aun estando con el recurso en la inaplicabilidad de la Ley a un supuesto anterior, es de advertir que en el artículo 149 de la Compilación no se impone esa exigencia ni resulta consustancial a la institución. De hecho en la doctrina ese era el criterio mayoritario.

Quinto: No mejor suerte merece el argumento del recurso encaminado a cuestionar que se trate de una finca que haya permanecido en las dos últimas generaciones, pues la madre de la disponente (forzosa) procedió a constituir la mencionada finca con ocasión de la partición hereditaria de los abuelos.

Ni los principios en los que se asienta la institución ni el tenor de la norma impiden, en relación a este supuesto, el reconocimiento del derecho.

Que para hacer viable aquella partición hereditaria fuese necesaria la segregación de la inicial finca en otras tantas como hermanos heredaban no se presenta como justificación de aquella exclusión. Bien mirado en realidad se podrían encontrar fundamentos que apoyaran su reconocimiento, pues a través de esta institución se permitiría recomponer ese patrimonio familiar que la partición hereditaria habría obligado a romper.

Sexto: Se solicitará en último lugar, por las razones antes expuestas, que se haga uso de la facultad de moderar el derecho.

Ciertamente se produce una situación que no es equitativa. La parte demandada acudió a una subasta pública, de libre concurrencia y de la que se desentendió el demandante, consiguiendo el bien, valorado en 500.000 pesetas, por un importe de 334.000 pesetas, y ahora verá como ese bien, de aquel valor, sale de su patrimonio por mor del derecho de retracto. Lo que, obvio resulta, patrimonialmente le es desventajoso. Pues el término a comparar es, en términos económicos, no el importe de su puja, sino el valor del bien que ya estaba incorporado a su patrimonio.

Y si moderar equitativamente es ajustar las condiciones del derecho a los verdaderos intereses en juego, y al comportamiento que en el mismo hayan tenido las partes, el ejercicio de la mencionada facultad no tiene porqué consistir necesariamente en la denegación del derecho, sino en la recomposición y equilibrio de los intereses en conflicto que el ejercicio del derecho puede romper.

Y en este sentido la Sala considera ponderado moderar ese derecho, de manera que para tener acceso al mismo, sea necesario abonar no ya el verdadero valor de la finca, esto es 500.000 pesetas, sino una cuantía adicional que compense al demandado de cuantos inconvenientes y molestias le tuvo que suponer el acudir a la subasta (a modo de ejemplo cabe señalar que el demandado reside en Zaragoza y que la subasta se celebró en Jaca). Por ello se estima adecuado elevar aquel precio a la cifra de 550.000 pesetas.

Séptimo: Al estimarse parcialmente el recurso no procede hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada, sin que proceda hacerlo tampoco de las causadas en la primera instancia, dado que concurren los presupuestos para el ejercicio del derecho de abolitorio, habiendo hecho uso esta Sala de la facultad excepcional que el artículo 149-2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón otorga a los Tribunales de moderar el ejercicio del derecho de abolitorio.

45

NÚM. 45

S. APZ de 26 de noviembre de 2001

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Vivienda familiar: *El referido piso comprado por el marido con precio aplazado antes de la celebración del matrimonio no ha de considerarse en parte privativo y en parte consorcial, tal y como afirma el art. 1.354 del Código civil. En Aragón, por aplicación de los arts. 38 y 47 Comp. es privativo del esposo, que lo aportó al matrimonio, sin perjuicio de los reintegros, por razón de los pagos hechos con bienes consorciales.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 37, 38, 47 Comp.; arts. 1353, 1354 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Javier Solchaga Loitegui.

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos sobre liquidación de sociedad consorcial. El Juzgado, en sentencia de 3 de octubre de 2000 estima parcialmente la demanda. Ambas partes recurren en apelación discutiendo la calificación hecha por el juzgado respecto a determinados bienes y deudas. La sección 4ª de la APZ estima en parte ambos recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En orden a la determinación del activo del Patrimonio común, efectuada en el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada, siguiendo el mismo orden para mayor claridad, para examinar los recursos de apelación formulados por ambas partes resulta:

Bienes que conforman el ajuar conyugal: se mantiene por su propio razonamiento la resolución del juzgado y no se estiman bienes privativos de la esposa, de modo que es bien común: el ajuar familiar, excepto el mueble librería adquirido por el padre de la esposa, en 3 noviembre de 1988, que se considera privativo de la misma. En cuanto a los saldos cuenta IberCaja 13.850 ptas. Caja de Ahorros de Cataluña 5.500.00 ptas. y Depósito telefónico.

Según lo argumentado en la sentencia apelada, es de considerarlos comunes, aunque de las cuentas bancarias sea también titular el hijo del matrimonio, pero consta que los ingresos los han efectuado los padres.

Respecto al apartamento de Salou. Aparcamiento en Vilaseca de Solcina. Aparcamiento núm. 20 y trastero A. sitios en Zaragoza, c/ (...) y cuarto trastero letra J en igual dirección. Ambas partes las consideran comunes.

En relación al piso sito en calle (...) vivienda familiar.

Los recursos de ambas partes impugnan la resolución del Juzgado que reconoce un crédito a la sociedad conyugal frente al esposo por la cantidad aplazada del inmueble adquirido estando soltero, y por importe de setenta y nueve mil ochenta y cinco pesetas (79.085 ptas.) cantidad que actualiza desde el momento de su pago a la fecha de la sentencia, considerando el piso propio del marido.

La esposa entiende que el piso que es domicilio conyugal es privativo del esposo, tan sólo en un 20,4% (lo compró en estado del soltero, en escritura de 21 febrero de 1967 y satisfizo inicialmente 32.285 ptas. de un precio de 158.885 ptas.) correspondiendo a la sociedad consorcial el 79,6%, por pagarse la cantidad aplazada constante matrimonio, aplica los artículos 1.357.2, en relación con el 1.354, ambos del Código civil.

Mas el referido piso, conforme a los artículos 38 y 47 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón es privativo del esposo, que lo aportó al matrimonio, sin perjuicio del reintegro que los patrimonios privativos han de hacer al común. Por razón de los pagos hechos con bienes de carácter consorcial.

En orden a este reintegro, es de distinguir, las 46.800 pesetas del préstamo hipotecario. Conforme a la escritura, el comprador subrogó a la sociedad vendedora en todas las obligaciones nacidas en virtud del préstamo de referencia. De modo que debe satisfacerles el compra-

dor, por eso éste (en la escritura, o sea el comprador y no el vendedor que entiende la sentencia) se reserva esta cantidad para pago del préstamo a la CAI y satisfecho el préstamo por el hermano del esposo (recibos folios 77 a 83) y no por el consorcio, no procede dicho reintegro, (que tampoco concedida la sentencia apelada).

Y las 79.085 pesetas restantes del precio, a pagar en cinco anualidades iguales a partir de la fecha de la escritura (1967). Invoca el esposo apelante que fueron satisfechas por su hermano Luis J. C., dentro de la contraprestación de una licencia de taxis. Es de entender que tal particular no ha sido probado la pregunta cinco y repreguntas en la testifical se refieren a los recibos de hipoteca, la cual el último pago es de 6 de noviembre de 1970, mientras que las cinco anualidades de precio aplazado vencerían en 21 de febrero de 1972.

En cuanto al vehículo Fiat tipo, debe ser excluido del patrimonio común, porque fue vendido, según prueba documental practicada en segunda instancia a solicitud de la demanda, en 25 de marzo de 1997, y no existe actualmente, como bien liquidable, por lo que se estima este extremo de su recurso con referencia a la inclusión dentro del activo de la sociedad conyugal de 750.000 pesetas, que se extrajeron por la esposa, después de la separación de hecho de cuenta común que interesa el esposo en su recurso, es de acceder a ello, pues tenía carácter consorcial y lo hizo propia (cuenta de la Caixa 2013.0849.00. 0700605009. Documento 14 de la demanda).

Finalmente, después de la prueba practicada en segunda instancia, y de la complementaria, igualmente documental, acordada para mejor proveer y más considerándose común las anteriores 750.000 ptas. los ingresos de doña María Teresa G.

A. en la cuenta (...) procedentes en 15 octubre de 1996 7.000.000 de la cuenta (...) de la que es cotitular con otra persona dado el origen de los siete millones en esta cuenta, y asimismo los ingresos en 3 de abril de 1997 de quinientas mil pesetas, y en 1 de julio de 1998 de otras quinientas mil pesetas en la primera cuenta citada. Por transferencia desde la segunda 410.536 ptas. por igual razón no es dinero perteneciente a la sociedad conyugal.

Segundo: Respecto al Pasivo, fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada, estará integrada por el importe actualizado de la cantidad obtenido por la venta de la licencia de taxi de su propiedad adquirida con anterioridad al matrimonio, en agosto de 1966, y que fue vendida en el año 1975 por un importe de 975.000 pesetas. Cantidad que deberá actualizarse a la fecha de la sentencia apelada.

En cuanto a lo obtenido por la venta de la licencia de taxi, cedida por el padre de la demandada a la familia, y por cuya venta se obtuvo la suma de 8.400.000 ptas. no se considera privativa del actor, sino como el mismo reconoce en prueba de confesión judicial, pertenece a la familiar, habiéndose destinado su importe según se reconoce a las imposiciones que figuran en el acto del consorcio conyugal se da por reproducido lo expuesto al respecto por la sentencia apelada, que es conforme con el artículo 1.353 del Código Civil, el cual dispone: los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la literalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

Tercero: Estimándose en parte ambos recursos no procede hacer condena en costas en esta segunda instancia.

HUESCA, 2002

46

NÚM. 46

A. APH de 17 de enero de 2002

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS DE GESTIÓN: Derivadas del ejercicio del comercio: De los arts. 6, 7 y 8 del CCom. en relación con el 1565 CC y 41.5º y 42 Comp., se desprende que tienen el carácter de deudas comunes las contraídas por el esposo aquí ejecutado en el ejercicio del comercio de pescadería. Por no ser una deuda privativa o de un sólo cónyuge, sino que estamos antes una deuda común responden directamente y no de forma subsidiaria los bienes consorciales y la consecuencia inmediata de todo ello es que no es aplicable el artículo 541.3 LEC/00.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 41 y 42 Comp.; arts. 90, 95, 102, 103, 104, 105, 1564, 1373; arts. 6, 7 y 8 Ccom.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se tramita el procedimiento para la ejecución de títulos no judiciales, oponiéndose a la ejecución la cónyuge del deudor alegando diversos argumentos para ello.

Por auto de fecha 25 de abril de 2001, el juzgado estima en parte la oposición a la ejecución interesada por la esposa.

La esposa del ejecutado interpone contra el referido auto recurso de apelación. La APH lo desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La apelante interesa en la súplica de su recurso que se estimen íntegramente los pedimentos aducidos en el escrito de oposición a la ejecución y, en definitiva, que se considere que de la deuda existente sólo debe responder

el señor Z. con la parte del patrimonio conyugal que se le adjudique en su momento, suspendiendo, además, la ejecución hasta tanto en cuanto no se liquide y adjudique la sociedad conyugal que existía entre los esposos para determinar la parte del patrimonio que puede ser objeto de embargo por las deudas contraídas por el esposo. Como la parte se remite al escrito de oposición a la ejecución, hemos de entrar a conocer sobre la solicitud principal en él contenida, a saber, que se declare que la sociedad de gananciales no es responsable de las deudas generadas por el esposo señor Z., por haber sido disuelta hace tiempo y hoy pendiente de liquidación.

Respecto a esta petición y a los argumentos que la fundan, la apelante no ha demostrado ninguna confabulación entre la acreedora y su esposo para defraudar sus intereses económicos en el consorcio conyugal mediante las escrituras de reconocimiento de deuda y de liquidación en las cuales se basa la demanda ejecutiva. Por otro lado, la petición de medidas provisionalísimas y la demanda de separación no produjeron otros efectos que los señalados en los artículos 102, 104 y 106 del Código civil. Entre ellos, se encuentran, ciertamente, la revocación de consentimientos y poderes y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; pero ninguno supone la extinción del régimen económico matrimonial ni, en lo que ahora nos interesa, las reglas sobre responsabilidad de los bienes gananciales desarrolladas en los artículos 6 y siguientes del Código mercantil en el caso de ejercicio del comercio por una persona casada. Así lo corrobora el apartado 4 del artículo 103 del Código civil. Por tanto, sólo la firmeza de la sentencia de separación (con inde-

pendencia de la fecha de su inscripción en el Registro civil) produjo la disolución del régimen económico legal del matrimonio (arts. 90, aptdo. D), y 95 del Código civil).

Partiendo de todo ello y de lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8 del mencionado Código de comercio, es evidente la responsabilidad de los bienes consorciales del matrimonio con relación a la deuda plasmada en tales documentos públicos que se originó antes de la firmeza de la sentencia de separación. La señora M. consintió tácitamente la vinculación de los bienes gananciales al conocer que el otro consorte ejercía el comercio (una pescadería) y al no oponerse en esa situación (art. 7 del Código de comercio). La petición de nombramiento de un administrador del negocio de pescadería efectuada —y denegada— en el pleito de separación no supuso revocación de ese consentimiento, sino más bien su ratificación. Tampoco alteró la situación ya consolidada la negativa a avalar al marido después de iniciado el procedimiento matrimonial.

Desconocemos la fecha exacta de la firmeza de la sentencia de separación, de 29 de marzo de 2000; más, atendiendo a que no consta recurso contra ella y a la copia aportada por la señora M., en la que aparece el día 31 de marzo de 2000 como fecha de notificación, podemos fijarla presuntivamente en el 15 de abril de 2000. En consecuencia, como a partir de ese momento no deben responder los bienes gananciales, ha de prosperar en este punto el recurso y la oposición planteada para excluir de la ejecución sobre dichos bienes las facturas que tienen una fecha posterior al día 15 de abril de 2000, conforme a lo previsto en el artículo 541.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto, la deuda de la que deben responder los bienes gananciales asciende a 19.469.228 pesetas, menos 7.704 pesetas pagadas el 10 de marzo de 2000, lo que hace un total de 19.461.524 pesetas,

más el porcentaje correspondiente por intereses y costas reclamados, esto es, 3.687.000 pesetas.

Segundo: En cuanto a la otra petición, de los referidos artículos 6, 7 y 8 del Código de comercio, en relación con el artículo 1.565 del Código civil y con los artículos 41-5.º y 42 de la Compilación aragonesa, se desprende que tienen el carácter de deudas *comunes* las contraídas por el esposo aquí ejecutado en el ejercicio del comercio de pescadería, como las que aquí han dado lugar a los embargos controvertidos. Como no nos encontramos ante una deuda privativa o de un solo cónyuge, sino ante una deuda común, responden directamente, no de forma subsidiaria, los bienes consorciales; y la consecuencia inmediata de todo ello es que no es aplicable el apartado 3 del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 1.373 del Código Civil, los cuales fundan su regulación en el supuesto de deuda *propia* de un cónyuge que produce la responsabilidad de los bienes gananciales, lo que aquí no ocurre, pues, como hemos anticipado, la deuda tiene naturaleza de *común*. Las sentencias del Tribunal Supremo de 29-IV-1994, 17-VII-1997, 12-I-1999, 8-II-2001 y 28-IX-2001 parten de esta tesis cuando sólo reconocen la facultad prevista en el artículo 1.373 del Código civil a supuestos concretos de deudas privativas, normalmente, avales o afianzamiento efectuados por uno de los cónyuges sin beneficio alguno para la comunidad de gananciales.

Por todo ello, procede desestimar el recurso sobre el último de los extremos estudiados.

Tercero: Al estimarse en parte el recurso y la oposición planteada, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas causadas en ninguna de las dos instancias del incidente (arts. 394.1 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000).

47

NÚM. 47

S. APH de 28 de febrero de 2002

0: DERECHO TRANSITORIO Y OTRAS MATERIAS: PROPIEDAD: Usucapión: *La franja de terreno /camino/ sobre el que se discute la propiedad, ha venido siendo utilizada desde hace más de 30 años por los vecinos del pueblo como un camino de uso público, y ello implica la adquisición por usucapión del dominio público, conforme al art. 1959 del Código civil y como ahora establece el art. 33.2-c de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 29 de junio de 2000*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 1959 CC y art. 33.2-c de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 29 de junio de 2000.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.*

Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos sobre acción reivindicatoria por la que el Ayuntamiento de Bailo reclama la propiedad de un camino frente a un particular.

El Juzgado, en sentencia de 26 de junio de 2001 desestima la demanda.

La parte actora recurre en apelación, la APH estima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El demandado y la juzgadora de instancia, al igual que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de noviembre de 1999, hablan de la falta de uso, en toda su extensión o en alguno de sus tramos, de la mayoría de los caminos carreteros o de herradura —según denominación dada por el propio demandado— que comunicaban los núcleos urbanos de Arrés, Bailo y Arbués. Las tres poblaciones se encuentran situadas en los vértices de un triángulo imaginario, con Arrés al norte, de forma que las vías de comunicación de Arrés con Bailo y Arbués deben atravesar casi necesariamente la finca o pardina *Cocorro*

propiedad del demandado, dada su superficie —unas 600 hectáreas— y su ubicación: al sur de Arrés. En concreto, entre Arrés (está integrado en el municipio de Bailo) y la pardina *Cocorro* discurría (y discurre actualmente, como luego veremos) un camino que llegaba hasta el caserío de esa finca, en donde se bifurcaba en otros dos: el llamado «camino de Bailo a Arrés», que conducía a Bailo, y el «camino de Arbués a Arrés», que llegaba hasta Arbués. La situación así descrita (la desaparición de ciertos caminos o de algunos de sus tramos) se habría producido por la construcción, en los años cuarenta del siglo XX, de la carretera N-240, hoy A-132, que articuló de una manera definitiva la conexión de las tres localidades, más aún a partir de los acondicionamientos de los accesos a Arrés y Arbués realizados a principios de los años 90.

Sin embargo, entendemos que esa falta de uso no debe tener ningún tipo de trascendencia para la resolución del presente litigio. El Ayuntamiento demandante circunscribe el objeto de la acción reivindicatoria aquí planteada al camino que llega desde Arrés hasta la referida bifurcación; su continuación dentro de la finca *Cocorro* (antiguo camino de Arbués a Arrés) y, por último, seguidamente, un tramo de unos 500 metros que nace desde una antigua segunda bifurcación hasta llegar al punto kilométrico 281,5 de la carretera N-240. Todos esos tramos están, desde luego, en condiciones óptimas para ser usados y han sido utilizados por los vecinos de Arrés en los últimos años, aunque con las precisiones que más adelante diremos. Por tanto, huelga entrar a conocer sobre la supuesta desafectación de algunos de los caminos originarios que atravesaban la zona o de alguno de sus tramos, pues, como acabamos de decir, nada de eso ha podido ocurrir con el que aquí es objeto de controversia.

Segundo: Sentado lo anterior, es público, sin ninguna duda, el tramo de camino que discurre desde Arrés hasta el límite de la pardina *Cocorro*; y poco tiene que decir al respecto el demandado,

pues no atraviesa su propiedad y puede utilizarlo, al igual que los vecinos de Arrés o cualquier otra persona.

También creemos que el camino sigue teniendo el mismo carácter público a partir de ese punto, pues formaba parte, en la extensión correspondiente, de los antiguos caminos de Bailo a Arrés y de Arbués a Arrés y su uso ha sido público hasta principios de los años 90, en que el demandado colocó dos vallas metálicas con sus correspondientes piquetes de hierro y candados que impedían el paso de vehículos. El demandado retiró las vallas como consecuencia de las acciones emprendidas por las autoridades municipales; pero volvió a instalarlas a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pues le dio la razón frente a la autotutela posesoria emprendida por el Ayuntamiento de Bailo. Además, hemos de destacar que el demandado ha entregado a los vecinos de Arrés un juego de unas doce llaves de los candados que cierran las vallas. En suma, el camino siempre ha sido público; la construcción de la carretera A-132 no supuso la desafectación de ese camino al uso público y no consta —ni se alega— ningún hecho que le haya hecho perder su demanialidad.

Tercero: El tercer y último tramo del camino objeto de debate fue construido por el padre del demandado en la década de los 50 del pasado siglo XX. Tuvo como evidente finalidad permitir un acceso más directo y de menor distancia con la carretera que a través de los dos tramos que comenzaban en lo que hemos llamado segunda bifurcación. Estos dos tramos desaparecieron posteriormente por su falta de uso.

El actor centra la naturaleza pública de este último tramo del camino de que hablamos en un contrato de permuta convenido verbalmente entre el Ayuntamiento de Bailo y el padre del demandado, en virtud del cual pasaban a integrarse en la pardina *Cocorro* los dos referidos tramos a cambio del carácter público de la pista que iba a construir el anterior

dueño de esa finca. De forma subsidiaria, el Ayuntamiento demandante se funda en la figura de la prescripción o usucapión extraordinaria.

Pues bien, sobre la base de los anteriores datos aparece plenamente creíble la realidad de la permuta, pues ambas partes, Ayuntamiento y propietario del enorme predio, salían beneficiados con ese pacto y se reducía la distancia con la carretera. Además, el pacto en cuestión está corroborado por las declaraciones de los testigos propuestos por el actor. Es verdad que tienen cierto interés en el pleito como vecinos de Arrés, pero no creemos que esto les pueda llevar a todos ellos a fingir lo que han oído hablar sobre la permuta.

A mayor abundamiento, ha habido un uso público de este tercer tramo, pues se trata de la conclusión del camino procedente de Arrés para alcanzar más fácilmente la carretera, de forma que los vecinos de ese pueblo, como corrobora la prueba testifical, lo han venido utilizando desde su construcción; y no se han limitado a usar el camino único aquí reivindicado ni hasta el límite de la finca del demandado ni hasta el inicio del nuevo tramo. Por otro lado, cinco de los testigos acreditan con sus declaraciones que el Ayuntamiento de Bailo ha realizado diversas obras de mantenimiento en los años noventa a lo largo del camino. El uso público durante más de 30 años ininterrumpidos (desde los años cincuenta hasta los noventa del siglo XX) implica la adquisición por usucapión del dominio público, conforme al artículo 1.959 del Código civil y como disponía el artículo 8.4, apartado a), del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (Decreto de 27 de mayo de 1955) y ahora establecen el artículo 33.2-c) de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 29 de junio de 2000 (y, anteriormente, el mismo precepto de la anterior Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, 5/1987, de 2 de abril) y el artículo 8.4-c) del Reglamento de Bienes de las Entidades Loca-

les, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Por todo ello, procede estimar el recurso y con él la demanda.

Cuarto: Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos imponer al demandado las costas de primera instancia y no procede hacer especial pronunciamiento sobre las de esta alzada.

48

NÚM. 48

S. APH de 5 de marzo de 2002

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Aplicación del art. 541 Cc.: *La doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del art. 145 Comp. referido al art. 541 CC, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 145 Comp.; arts. 541, 1481, 1482 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos, entre otras cosas sobre servidumbres.

El Juzgado en sentencia de 6 de julio de 2001 estima parcialmente la demanda.

Los demandados recurren en apelación y la APH estima en parte el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Sostienen los recurrentes que procede retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia en primera instancia pues la ahora recurrida fue dictada por un juez al que no tuvieron ocasión de recusar al no haberles sido comunicada su intervención con anterioridad. Este motivo no puede prosperar pues la parte no ha alegado siquiera que tuviera intención de recusar al Juez por lo que

ningún sentido tendría reponer las actuaciones, salvo la mera dilación del procedimiento. Es decir, la parte podría ahora haber puesto de manifiesto una causa de recusación y la misma sí que podría haber dado lugar a la nulidad solicitada, pues no pudo alegarla con anterioridad. Pero no teniendo que alegar ninguna causa de recusación la situación denunciada no pasa de ser una mera irregularidad procesal de la que no se deriva indefensión alguna.

Segundo: Pasando así al examen del fondo del recurso con éste se cuestionan algunos de los pronunciamientos emitidos en la sentencia apelada: la demolición de la terraza y las costas a las que han sido condenados los recurrentes, por la llamada en garantía que hicieron a sus vendedores, que entienden los apelantes que de nada pueden ser absueltos en estos autos. Pues bien, en lo que concierne a la terraza la posición de las partes nos parece bien clara. Los actores instaron su demolición por considerar que la misma suponía un uso exclusivo del patio que afirmaban común, añadiendo además la cita de los preceptos que regulan las luces y vistas. Es decir, la causa de pedir principalmente alegada por los actores no es sino la existencia de un condominio sobre el patio de luces en el que los recurrentes edificaron la terraza litigiosa. Así las cosas, es preciso examinar la propiedad del patio en cuestión a los efectos de determinar si procede o no la demolición solicitada en la demanda aunque, obviamente, en la parte dispositiva, por razones de congruencia, no pueda emitirse declaración alguna sobre la propiedad del patio el cual, tal y como se alegó en la demanda, formaba parte de una propiedad única junto con las casas que ahora son de los demandantes y de los demandados. Tal cosa es pacífica y así lo reconocieron los recurrentes en su contestación cuando señalaron que tal propiedad única se dividió en 1928 de forma que el propietario único, al enajenar la casa que ahora es de los demandados, hizo constar en la escritura de venta

que el patio de luces existente en la parte de atrás de la casa vendida (ahora de los demandados), será común entre el adquirente y el comprador del otro trozo. El propietario único que separó las propiedades bien pudiera haber llegado a similares resultados prácticos dejando que quedara constituida la correspondiente servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces, siendo predio dominante el que ahora es de los actores y predio sirviente el repetido patio de luces existente detrás de la casa de los apelantes pero prefirió constituir dicho condominio, que se reflejó en el Registro de la Propiedad mediante la mención que aparece al folio 106, aportado por los mismos recurrentes, en la inscripción primera de su casa y en la mención que figura al folio 109 vuelto, en la inscripción primera de la finca de los actores. No nos parece decisivo que en la transmisión de la casa a los actores no se mencionara expresamente el patio de luces común pues tal cosa tiene su explicación en una incompleta descripción de la cosa vendida partiendo de que tal patio se consideraba como un mero anejo a la casa. El anterior propietario de la finca de los actores (folio 232) nada dijo que pudiera hacer pensar que él o sus causantes se habían reservado el condominio sobre el patio de luces sin transmitirlo junto con la casa que ahora es de los demandantes. Como decimos, debemos partir de que tal condominio sobre el patio de luces se ha venido considerado transmitido junto con la casa. Además, si en alguna de las transmisiones habidas hasta llegar la casa a la propiedad de los actores, se hubiera separado la propiedad de dicha casa de los actores, con varios ventanales sin reja y red sobre el patio de luces, y la propiedad sobre dicho patio de luces, habría quedado constituida la correspondiente servidumbre de luces y vistas por destino del padre familia y los demandados, aunque fueran propietarios únicos del patio de luces, conforme al artículo 585 del Código civil, no podrían edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la

medida de la manera indicada en el artículo 583. En este sentido ya indicamos en nuestra sentencia de 4 de octubre de 2000 que la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia. Debe tenerse en cuenta que la falta de protecciones, como los voladizos en fundo propio o sobre el ajeno, es algo que, tanto en Aragón como en Castilla, salta a la vista y cuando la Compilación niega que los dos primeros supuestos (falta de protecciones y voladizo sobre el suelo propio, se entiende que sin proteger) sean signo aparente, está recurriendo a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe, la misma apariencia que en el Código civil y en el Apéndice ha permitido calificar siempre de aparente a esta servidumbre, tanto en su versión positiva como en la negativa, aunque ésta última no comience a ejercerse sino desde que tiene lugar el llamado acto obstativo salvo, precisamente, el caso que se constituya por destinación del padre de familia. Esta clase de constitución es admitida para esta servidumbre negativa en el derecho castellano, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1991 y de 31 de mayo de 1986. De esta misma tesis partimos, *obiter dicta*, en la sentencia de 27 de junio de 1996 y ha sido también asumida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de febrero de 1992 y en la de Teruel de 6 de septiembre de 2001, aunque también es cierto que en sentido contrario se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza en sus sentencias de 9 de julio de 1994 y 4 de octubre de 1999.

En cualquier caso, lo cierto es que el patio de luces en cuestión, desde 1928, es común entre las dos casas. Dicen los recurrentes que, sin embargo, por usua-

pión, ha pasado a ser de su exclusiva propiedad pero tal argumento tampoco debe ser acogido pues la posesión ejercida desde la casa de los demandados ha sido compatible con la posesión ejercida desde la casa de los actores que desde siempre ha consistido en que desde la casa de los demandados, además de los huecos para luces y vistas, se accedía al suelo, mientras que desde la casa de los actores al mismo patio de luces, considerado como suelo propio, en condominio, se abrían amplios ventanales sin reja ni red disfrutando de toda la columna de aire, las vistas y la luz contenida en el propio patio de luces, configurado como patio de luces común desde 1928, tal y como ya se ha explicado. Debemos partir de que los causantes de los recurrentes han venido poseyendo en concepto de condueños, como comuneros o copropietarios, pues así se inició en 1928 la posesión sobre el patio, desde la casa de los demandados, y no se ha probado el momento en el que tal posesión en concepto de condueños se habría transformado en posesión en concepto de dueños exclusivos, sin contar con los dueños de la casa de los demandantes. Ha sido ahora, al intentarse la construcción litigiosa, la primera ocasión en la que se ha intentado alterar el pacífico estado de las cosas desde 1928. Por otra parte, no pueden ampararse los recurrentes en que en el Registro de la Propiedad consta que su casa tiene una luna pues la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, aparte de que no ampara los datos de hechos, lo cierto es que por lo ya visto, ha quedado plenamente desvirtuada en este proceso, aparte de que también consta en el Registro de la Propiedad, en la inscripción primera de ambas fincas, que el patio de luces es común, sin que se haya tomado razón en el Registro de transmisión alguna de la parte correspondiente a los dueños de la casa de los actores en favor de los recurrentes o sus causantes. Por último, no pueden los recurrentes acogerse a la accesión invertida pues no podemos presuponer sin más que la

construcción litigiosa guarda una unidad indivisible con la casa de los apelantes, cuando lo cierto es que hasta ahora tal casa existía sin edificación alguna en el patio de luces; no consta que lo edificado sobre el patio tenga un valor superior al patio mismo, que además del precio del terreno tiene un valor añadido para los actores al permitirles disfrutar de luces y vistas; y además los apelantes no pueden decir que han realizado la construcción litigiosa actuando de buena fe cuando, como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de julio de 1995, para ello es indispensable que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente y los actores sí que se opusieron oportunamente llegando incluso a paralizar la obra mediante el correspondiente procedimiento interdictal. Por todo ello, es correcto el pronunciamiento del Juzgado por el que manda demoler la terraza construida en el patio de luces pues supone un uso excluyente de los demandados que perjudica el derecho de los actores sobre el patio común, debiendo así desestimarse el recurso en este particular.

Tercero: Por el contrario, el recurso debe prosperar en lo que concierne a quienes vendieron a los recurrentes. Contra dichos vendedores no se ha articulado ninguna pretensión en estos autos, por lo que de nada pueden ser absueltos. Únicamente fueron llamados a los efectos previstos en los artículos 1.481 y 1.482 del Código civil. Ante dicha llamada, los citados vendedores, que de nada pueden ser absueltos y a nada pueden ser condenados en este procedimiento, eran muy libres de comparecer a coadyuvar con su comprador o permanecer al margen del proceso bien por confiar en la defensa que de la cosa enajenada pudiera hacer el comprador o bien por entender que este procedimiento no podría dar lugar a una evicción ni, por lo tanto, a una futura demanda contra ellos entablada por su comprador para exigir el correspondiente saneamiento. Como dijimos en la sentencia de 11 de diciem-

bre de 1998 la parte demandante no debe soportar el pago de las costas devengadas por aquellos a los que no ha demandado, máxime teniendo en cuenta que en realidad no tienen el carácter de parte en sentido estricto —no se les absuelve ni condena—, sino de meros intervinientes adhesivos. Tales vendedores llamados en garantía tampoco pueden repercutir sus costas en el demandado que ha instado su llamada al juicio, pues han comparecido de forma voluntaria, como coadyuvantes o intervinientes adhesivos, y no son parte en sentido estricto —no se les absuelve ni condena—. Por ello, es indiferente que se estime o se rechace la demanda, que ha prosperado en lo que concierne a la terraza. También lo es que la llamada en garantía haya sido o no ajustada a lo que dispone el artículo 1.482 del Código civil, dado que este pleito no tiene por objeto resolver semejante problema. Si este proceso representa o no una evicción y si los vendedores ahora apelados tendrán o no obligación de sanear es algo que no concierne a este proceso, seguido exclusivamente entre los actores y los demandados iniciales, aunque con ellos hayan venido a coadyuvar quienes les vendieron la casa porque así lo han querido tras tener conocimiento de la existencia del proceso mediante la llamada que el comprador debe instar conforme al artículo 1.481 del Código civil para poder exigir luego, si procede, el saneamiento.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto íntegramente frente a los demandantes y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada a los actores, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley. Por el contrario, al estimarse el recurso en relación con Joaquín A. B. y Josefina B. C., procede omitir un particular pronunciamiento sobre las costas a ellos causadas en esta alzada.

NÚM. 49

S. de APH de 8 de marzo de 2002

6633: CONSORCIO CONYUGAL:

GESTIÓN: *Gestión de los bienes privativos: Legitimación pasiva: Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, art. 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el art. 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte, por ello carece éste de legitimación pasiva en el proceso puesto que el/la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.* **682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD:**

BIENES AFECTOS: *Litisconsorcio pasivo necesario: Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, art. 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el art. 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte, por ello carece éste de legitimación pasiva en el proceso puesto que el/la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.* **723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS:**

NULIDAD DE LA DISPOSICION TESTAMENTARIA: *La demandante, que ahora reclama la invalidez de determinadas disposiciones hereditarias alegando como defecto invalidante del consentimiento prestado el desconocimiento del contenido de los capítulos matrimoniales de 1941, no puede ser acogido, primero porque dichos capítulos están inscritos en el registro; segundo, porque en la escritura de aceptación de herencia se hace referencia expresa a ellos, y además, aun cuando hubiera prosperado la acción, ya se habría producido la prescripción adquisitiva sobre los bienes reclamados por haber transcurrido 10 años desde el fallecimiento del testador y la toma de posesión de dichos bienes.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 38.1, 51 Comp.; art. 661, 1949, 1957 CC; art. 24 CE

PONENTE: Ilmo. Sr. don Santiago Sere-na Puig.

Ante el JPI núm. 3 de Huesca se siguen autos sobre nulidad de cláusulas testamentarias. El Juzgado, en sentencia recaída en los autos 196/99 desestima la excepción opuesta de falta de legitimación pasiva en relación al cónyuge de una de las demandadas, y estima parcialmente la demanda.

Los demandados recurren en apelación. La APH estima el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Recurso de la parte demandada, Isabel D., Lourdes D., Fernando C. y Matilde A. F..

Interesan, en primer término, la revocación de la sentencia en cuanto desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de Fernando C., pues fue llamado a juicio en consideración a su derecho expectante de viudedad por estar casado con una de las interesadas. Sostienen estos recurrentes la validez del testamento de 1984, y más en concreto la cláusula testamentaria tercera, pues consideran que se han cumplido las previsiones de los capítulos matrimoniales al designar a Ana D. C. heredera universal y al dotar a las otras dos hijas, Lourdes e Isabel D. A., sin que pueda cuestionarse el valor de las dotes. Alegan también en defensa de la desestimación de la demanda, los actos propios de la demandante al otorgar la escritura de aceptación y partición de herencia en 1995, la caducidad de la acción de nulidad del testamento y, subsidiariamente, la prescripción adquisitiva de las fincas, pues poseen los bienes desde la muerte del causante, y para el caso de que no prospere el recurso, solicitan la aplicación del régimen de mejoras a lo incorporado en dichos bienes. En la

adhesión de Matilde A. F. interesa que se mantenga la sentencia, que el usufructo se extienda a todo y que le permita elegir sobre qué bienes recae. El recurso de la demandante Ana D. C. se dirige contra la sentencia en cuanto desestima la anulación de la cláusula segunda del testamento de 1984, sobre concesión del usufructo de todos los bienes a favor de la segunda esposa, Matilde A., el contenido del apartado tercero de la sentencia, derivado de lo anterior, en donde se adjudica a la heredera determinados bienes en nudo propiedad, e interesa la cancelación de las inscripciones a favor de ésta, ordenándola a su favor, con imposición de las costas de la primera y segunda instancia a los demandados.

Segundo: Son hechos probados que conviene tener en cuenta los siguientes:

A) Con motivo de matrimonio concertado entre Domingo D. C. y Matilde C. S., los contrayentes y sus respectivos padres otorgaron capitulación matrimonial en Fiscal el 10 de febrero de 1941. En ella los padres de Domingo D. C. le instituyeron heredero universal de todos los bienes de ambos, muebles e inmueble, presentes y futuros, con determinadas condiciones que, por lo que aquí interesa, cabe mencionar la reserva del usufructo, señorío mayor y administración de todos los bienes en favor de los instituyentes. Los bienes a que afecta dicha institución comprenden la nuda propiedad de los inmuebles sitios en Asín de Broto enumerados en la referida escritura. Por su parte, la contrayente aportaba al matrimonio, aparte de sus bienes en general, como dote inestimada la cantidad de quinientas pesetas, que en pago de sus derechos legitimarios paterno y materno, le prometía su padre para entregar el día del enlace. B) En el mismo instrumento, a continuación, los contrayentes pactaron su régimen matrimonial. En concreto, convinieron en la cláusula sexta que «uno de los hijos de este matrimonio, ha de ser heredero universal de todos los bienes de sus padres,

sin perjuicio de poder dotar a los demás hijos que hubiere; y será nombrado a elección de dichos padres o del sobreviviente de ellos, y faltando ambos, lo nombrarán, con iguales atribuciones, los dos parientes a que se refiere la anterior cláusula». C) Este documento fue inscrito en el Registro de la Propiedad de Boltaña el 6 de junio de 1941. D) Fruto de este matrimonio nació Ana María D. C. el 24 de marzo de 1943. Fallecida Matilde C. S. el 5 de enero de 1946, Domingo D. contrajo nuevo matrimonio con Matilde A. F. el 12 de abril de 1955 del que nacieron Lourdes e Isabel D. A. E) La inscripción en el Registro de la Propiedad de Boltaña de la extinción del usufructo al fallecimiento de los instituyentes, los padres de Domingo D. C., tuvo lugar el 17 de noviembre de 1964. F) Con fecha 6 de febrero de 1978, Domingo D. C. y su esposa Matilde A. F. otorgaron testamento abierto, mancomunado. El 10 de marzo de 1984 otorgaron nuevo testamento abierto mancomunado, en el que, después de indicar cuales eran sus descendientes y su filiación, se legan recíprocamente los consortes testadores el usufructo universal, con relevación de prestar fianza y de formalizar inventario. A continuación, en la disposición tercera, «el testador ordena su sucesión así: lega en pago de legítima paterna a su hija Lourdes, la casa, huerto, pajar y era, y otra era llamada «de Acín» en Asín de Broto; y la mitad indivisa del piso en Huesca en Plaza San Antonio, núm. 7, 5º C. Lega por el mismo concepto de legítima paterna a su hija Isabel, el resto de la finca en término de Asín de Broto, excepto las llamadas «Valoria», «Faja del Molino» y «Viña Planas», que serán para la heredera; y también para esta legataria la mitad indivisa del piso en Huesca en Plaza de San Antonio núm. 7-5º C. Instituye heredera universal a su hija Ana-María D. C.». Siguen otras disposiciones que no afectan al caso. G) Domingo Duaso murió el 11 de noviembre de 1987. H) El 23 de junio de 1995 la viuda y las tres precitadas hijas del fallecido

procedieron a otorgar escritura de manifestación y aceptación de herencia. En dicho acto procedieron a la adjudicación de los bienes en los términos previstos en el testamento de 1984, haciendo relación de los que a cada una corresponde, con expresión de la procedencia de los mismos y del título de pertenencia. En concreto, y con relación a las fincas de Asín de Broto, se dice: «pertenecían al causante las fincas anteriormente descritas por institución de heredero que le verificó sus padres (*sic*) en escritura de capitulación matrimonial otorgada con motivo de su matrimonio con su primera esposa, doña Matilde C. S., autorizada en Fiscal el día 10 de febrero de 1941 por el Notario de Boltaña, don David M. P., bajo el núm. 20 de su protocolo». El otro bien, el piso de Huesca, «lo adquirió el causante, constante su matrimonio con doña Matilde A. F., por compra [...] en escritura otorgada el 24 de junio de 1969...». Más adelante, en el apartado liquidación de la sociedad conyugal, disponen que a doña Matilde A. F. en pago de su mitad en consorciales, se le adjudica el pleno dominio de la mitad indivisa de la vivienda y la restante mitad indivisa pasa a formar parte de la herencia del causante. «Como el causante se casó en segundas nupcias, con la aquí compareciente, doña Matilde A. F., corresponderá a ésta, según la Compilación de Derecho Civil de Aragón, el usufructo de la mitad del caudal hereditario».

Tercero: Comenzaremos el examen de los recursos por el planteado por la parte demandada, encaminado a que se acepten los motivos de oposición alegados en su momento y que reproduce en esta alzada, tal y como han quedado expuestos, pues de prosperar excusaría el estudio del recurso planteado por la actora al ser pronunciamientos incompatibles. El recurso ha de prosperar respecto a la falta de legitimación pasiva de Fernando C. de acuerdo con otros precedentes de esta Audiencia, sentencias de 11 de enero, 10 de julio y 5 de octubre de

1995, 4 de noviembre de 1996 y 10 de junio de 1997, así como del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 12 de febrero de 1996. Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afecta son privativos de la esposa, artículo 38.1 de la Compilación Aragonesa, y es al cónyuge titular a quien corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el artículo 51 de la repetida Compilación. Así pues, la cuestión debatida no puede afectar a su consorte directamente, puesto que si la titular de los bienes que pudiera adquirir por título de herencia, es decir, a título gratuito, son con carácter de bienes privativos que puede administrar y disponer de ellos sin la intervención de su cónyuge, con mayor motivo puede defenderlos en juicio sin la mediación de su consorte, al que el resultado del juicio sólo podría afectarle de manera indirecta o refleja.

Cuarto: Entrando al fondo, de los varios motivos de oposición a la demanda, nos parece el más evidente la contravención de los actos propios de la demandante. La teoría de los propios actos y la doctrina derivada de los mismos, como principio general del Derecho, ha sido desarrollada por una reiteradísima jurisprudencia, y constituyen uno de los fundamentos más importantes y necesarios para establecer la seguridad jurídica y, en su consecuencia, obtener la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española. Es doctrina constante y consolidada la que define los actos propios, como expresión inequívoca del consentimiento, que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y que además causan estado frente a terceros, sentencias, entre otras muchas, de 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983, 16 de junio de 1984, 15 de febrero y 28 de abril de 1988, 18 de enero y 22 de julio de 1990, 13 de noviembre de 1993, 31 de enero, 31 de julio y 30 octubre de 1995, 15 de noviem-

bre de 1996, 22 de enero, 22 de febrero y 7 de marzo de 1997. La inadmisibilidad de venir contra los actos propios, constituye un límite de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación. Para que vinculen a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada situación jurídica con carácter trascendental y definitivo, causando estado; ha de ser concluyente e indubitado y con alcance inequívoco (sentencias de 4 de marzo y 30 de septiembre de 1992 y 17 de julio de 1995). El acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación de las que lo realizan (sentencias de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988). Esto requiere que sean válidos y eficaces en Derecho (sentencia de 18 de octubre de 1982 y 24 de febrero de 1986), por lo que no procede su alegación cuando tales actos están viciados por error (sentencia de 17 de julio de 1995) o en caso de que el acto esté viciado por error provocado (sentencias de 4 de marzo y 30 de septiembre de 1992), o cuando se violenta el consentimiento del otorgante (sentencia de 30 de septiembre de 1996), en los casos de ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia, o de los meros actos preparatorios, despojados de contenido obligatorio y que no llegaron a plasmarse en efectivos convenios, (sentencias de 4 de junio de 1992, 17 de diciembre de 1994 y 21 de febrero de 1997). Tampoco la pasividad de la actora en el ejercicio de sus derechos constituye acto propio vinculante para la misma (sentencia de 5 de marzo de 1991). Doctrina que ha venido a reiterarse por la 23 de julio de 2001, con el recuerdo de la posición que mantiene la jurisprudencia respecto del error invalidante que «no ha de ser imputable al que lo padece (sentencia de 29 de

marzo de 1994) en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una regular diligencia (sentencia de 3 de marzo de 1994) no mereciendo tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (sentencias de 18 de febrero de 1994 y 6 de noviembre de 1996)».

Quinto: Consideramos que la anterior doctrina es plenamente aplicable al caso debatido. La demandante otorgó el 23 de junio de 1995 la escritura de manifestación, aceptación y división de la herencia de su difunto padre con total conocimiento de causa.

Y no puede alegar eficazmente, como defecto invalidante del consentimiento prestado, el desconocimiento del contenido de las capitulaciones matrimoniales de sus padres, primero, porque dichos capítulos estaban inscritos en el Registro de la Propiedad de Boltaña desde 1946, y, segundo, porque a tales capítulos se hace directa remisión en la escritura de 1995, en cuyo otorgamiento, por lo menos, le era perfectamente accesible. A mayor abundamiento, se habría producido la prescripción adquisitiva de los bienes por el transcurso de más de diez años desde el fallecimiento del testador, mediante la posesión de los referidos bienes hereditarios distribuidos por el causante en el mismo testamento, artículos 661, 1940, 1957 y concordantes.

Sexto: La estimación del recurso de los demandados produce, la revocación de la sentencia de primer grado y la desestimación de la demanda, con imposición de las costas a la parte demandante, así como la desestimación del recurso planteado por resultar incompatibles sus pretensiones con lo que se resuelve, lo que acarrea la imposición de las costas de la segunda instancia, de conformidad con lo ordenado en los artículos 394, 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 50

S. APH de 17 de mayo de 2002

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:

Usucapión: *El art. 147 Comp. permite la adquisición por usucapión de todas las servidumbre aparentes.*

Ahora bien, la servidumbre de paso puede ser no aparente, si carece de camino u otro signo que la muestre, e incluso discontinúa, pues el paso sólo se produce una o dos veces al año. No siendo aparente y siendo discontinua, tal y como resulta del art. 539 del Código civil, la misma no puede adquirirse por prescripción, (arts. 1941 y 1942 del Código civil). Por último tampoco puede invocarse la prescripción inmemorial porque el paso por la finca era tan sólo ocasional, una o dos veces al año, por tolerancia y porque las fincas siempre estaban abiertas.

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 1.2, 147 Comp.; arts. 532, 539, 444, 1941 y 1942 CC*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Santiago Sereña Puig.*

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos sobre acción confesoria de servidumbre. El Juzgado, en sentencia de 25 de julio de 2001 desestima la demanda. La parte demandante recurre en apelación, y la APH desestima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Contra la sentencia que desestima la demanda se alza el presente recurso, en el que se insiste en la existencia de una servidumbre de paso a través de la finca del demandado, basándose en las manifestaciones de los testigos y en que, cuando adquirió la finca, «ya constaba en el Registro de la Propiedad la anotación sobre el paso que ahora le ha sido negado».

Segundo: El artículo 147 de la Compilación Civil de Aragón establece, «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años

entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe». Son servidumbres aparentes, según el artículo 532 del Código civil de aplicación supletoria de acuerdo con el artículo 1.2 de la Compilación, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. La servidumbre de paso puede pertenecer a una u otra de estas categorías, dado que puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible, un camino o carril, por ejemplo, o puede utilizarse para pasar un determinado lugar que no presente signo alguno exterior que revele su uso. La apariencia por signos externos se refiere a aquellas marcas o señales, permanentes, instrumentales e inequívocas, que evidencien el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto del otro, por ello puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por un camino o carril, lo que no sucede en este caso, como puede comprobarse con la observación de las fotografías aportadas, doctrina, la expuesta, que es la seguida en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984, 10 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1967, entre otras, y las de esta Audiencia de 17 de septiembre de 1992, 25 de abril de 1994, 20 de febrero y 10 de julio de 1995. En el presente caso, el paso ejercido por el demandante y los propietarios anteriores de los que trae causa, constituiría, acaso, una servidumbre discontinua y no aparente. Discontinua porque el paso se produciría una o dos veces al año, según prueba testifical, y no aparente porque, como hemos dicho, no hay signo (camino o carril) que lo revele. En estas condiciones la servidumbre no puede adquirirse por prescripción. Conforme a la mejor doctrina, la razón de ser de la exclusión del artículo 539 del Código civil es que tales servidumbres son contradictorias, por sus propias características, con los presupuestos posesorios básicos de la

prescripción adquisitiva, en cuanto debe entenderse que la posesión de las servidumbres discontinuas no puede ser continuada (art. 1.941 y porque su ejercicio, a falta de título, debe considerarse en virtud de tolerancia o de buena vecindad (art. 1.942) y en cuanto que las servidumbres no aparentes no son susceptibles de posesión. La mención que aparece en la inscripción de la finca registral del actor acerca de la situación del trocito de terreno, denominación que recibe en los títulos inscritos la parte de la finca que constituiría el predio dominante, y que «goza de paso independiente desde tiempo inmemorial por la finca contigua de Vicente C. y la a su vez colindante con ésta de Jacinto S., no es suficiente a estos efectos. Primero porque no aparece sino en la inscripción segunda —vid. folio 23—, con motivo de la venta de la referida finca a los propietarios anteriores al demandante en 1975. Y segundo, porque, conforme al artículo 13 de la Ley Hipotecaria, para que surtan efectos contra terceros, la limitación del dominio o los derechos reales deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan, sin perjuicio de que puedan hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo. Por último, la actora aduce que no son necesarios los anteriores requisitos porque la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce los efectos de la prescripción adquisitiva. La prueba practicada pone de relieve que el paso por la finca del demandado era ocasional, una o dos veces al año, por tolerancia, porque las fincas siempre estaban abiertas. Los hechos así descritos no justifican la prescripción de una servidumbre de paso, por ser actos tolerados o ejecutados con licencia (arts. 444 y 1.942 del Código civil), que no aprovechan a la posesión porque, como dijimos en nuestras sentencias de 27-11-89, 13-2 y 4-11-92 y 3-3-94 y 24-9-96, se producen de forma aislada, intermitente y ocasional.

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.

51

NÚM. 51**S. APH de 20 de octubre de 2002****6631: CONSORCIO CONYUGAL:****ACTIVO: PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD:**

Límites: *Al no existir prueba bastante de que la madre de los litigantes hubiera adquirido el inmueble para su sociedad conyugal a título de compraventa, hemos de entender que dicha finca forma parte de la herencia de su madre. La condición del carácter consorcial de los bienes cuya condición privativa no pueda demostrarse no alcanza a un caso como el presente en el cual el inmueble litigioso habría sido heredado naturalmente por la referida Sra. de no existir otro título adquisitivo.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 40 Comp.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Tomás García Castillo.*

Ante el JPI núm. 3 de Huesca se siguen autos sobre liquidación de sociedad consorcial. El juzgado, en sentencia de 21 de septiembre de 2001 desestima la impugnación del inventario realizada por el demandado declarando el carácter consorcial del bien objeto de litigio así como el que no haya lugar a la actualización de una deuda en favor de uno de los litigantes.

El demandado, recurre en apelación. La APH estima parcialmente el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Tres son los motivos concretos por los que se fue impugnada la Sentencia de instancia. El primero de ellos hace referencia a la consideración como privativo o consorcial de uno de los bienes inmuebles del activo del inventario

propuesto por la parte actora, que concretamente es el señalado con el número A.9). Es indudable, y ambas partes están de acuerdo en ello, que la finca litigiosa no está comprendida entre las que aparecen en la escritura pública de 30 de marzo de 1965, por la que la abuela materna de los litigantes, Juana B., vendía a la madre de éstos, Pabla M. B., para sí misma y para su sociedad conyugal, una serie de inmuebles. Se aportaron en cambio una certificación catastral y un recibo acreditativo del pago del impuesto sobre bienes inmuebles, ambos de fecha posterior al fallecimiento de Pabla M. B., según los cuales era su esposo Justo N. A., padre de los hoy litigantes, quien aparece como titular de la referida finca, mas dicha circunstancia no basta por sí misma para esclarecer si el inmueble pertenecía a Pabla M. B. por haberlo comprado a su madre Juana B. —en cuyo caso, como pretenden los actores, sería un bien consorcial como lo eran los comprendidos en la escritura de 1965— o bien por haberlo heredado tras el fallecimiento de su madre Juana B. —en cuyo caso la finca sería un bien privativo—. Al no existir prueba bastante de que Pabla M. B. hubiera adquirido el inmueble para su sociedad conyugal a título de compraventa, hemos de entender que dicha finca formaba parte de la herencia de su madre. La alusión al artículo 40.1 de la Compilación Aragonesa que se lleva a cabo en la Sentencia no debe constituir, por otra parte, un argumento decisivo para resolver la cuestión a favor de la parte actora, ya que la presunción del carácter consorcial de los bienes cuya condición privativa no pueda demostrarse no alcanza, en nuestra opinión, a un caso como el presente, en el cual el inmueble litigioso habría sido heredado naturalmente por Pabla M. B. de no existir otro título adquisitivo, siendo lo cierto, insistimos, que no se ha probado la realidad de dicho título. Por otra parte, y en cuanto al pedimento subsidiario formulado durante la vista por los actores, hay que decir que dicha parte no ha acre-

ditado ni la cuantía ni tan siquiera la existencia de los gastos que exceden de la administración ordinaria del inmueble que ahora se declara bien privativo. Procede en suma, por todo lo expuesto, modificar la Sentencia impugnada en este particular.

Un segundo motivo de recurso hace referencia al crédito que la parte hoy impugnante tiene reconocido respecto del patrimonio consorcial de sus padres mediante contrato privado de 23 de septiembre de 1964, interesando dicha parte que el importe de la deuda se fije no en las 80.000 pesetas que se mencionan en el referido documento sino en su importe actualizado al día de hoy por aplicación de los sucesivos índices de precios al consumo. A este respecto, hemos de convenir con el Sr. Juez de Primera Instancia en que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, Ss. 16-7-1983, 19-6-1985, 21-2-1990, 5-4-1991, 23-12-1991), rige en nuestro Derecho el principio nominalista respecto de las deudas de dinero, de modo que el deudor queda liberado de su deuda entregando el valor nominal de lo debido salvo que las partes hayan establecido unas cláusulas de estabilización en previsión de fluctuaciones monetarias. En el referido contrato no existe cláusula de estabilización alguna, y de hecho en ningún momento se concreta el crédito del apelante a la mitad de la inversión global, ni tan siquiera se hace una mención genérica a la cantidad invertida por el apelante sin especificar su importe, ya que, por el contrario, se habla reiteradamente de las «ochenta mil pesetas» que en una serie de casos, como es el que ahora se examina, habría de recibir el hoy impugnante al tratarse de la cantidad que «invirtió de su peculio particular», todo lo cual debe resolver la cuestión, como ya ocurrió en primera instancia, a favor de la parte actora.

El tercer motivo del recurso hace referencia a la valoración de los bienes inmuebles contenidos en el inventario, pues también en este punto interesa la parte impugnante que los valores de las fincas sean los actualizados conforme a una serie de tablas y baremos. Hemos de entender en este aspecto que, conforme a los artículos 809 y 810 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil por la que ya se tramitó la primera instancia de este proceso, la Sentencia hoy recurrida, que no es otra que la dictada al amparo del párrafo segundo del artículo 809.2, no tiene otro objeto que la aprobación del inventario, ya que sólo concluido dicho inventario (art. 810) se ha de proceder a la valoración o avalúo de los bienes que lo componen. El inventario, de cualquier modo, consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios —como ha sucedido en el caso examinado en el segundo motivo del recurso— debe procederse, dentro del inventario, a la determinación del importe de dichos créditos, cuentas o depósitos, pues ello deviene imprescindible para la identificación del bien. Otra cosa distinta es la valoración de bienes, cual es el caso de los inmuebles, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, siendo ésta una cuestión que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Por todo lo expuesto, la cuestión relativa a la valoración de los inmuebles debe quedar por el momento imprejudgada, debiendo modificarse la Sentencia de instancia en estos términos.

Segundo: La estimación parcial del recurso, que supone también la estimación parcial de las pretensiones de la parte solicitante del inventario, debe dar lugar a la no imposición de las costas correspondientes a ambas instancias (arts. 394.2 y 398.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil).

52

NÚM. 52

S. APH de 30 de octubre de 2002

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRES: Aplicación del art. 541 Cc.: *Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el art. 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al art. 541 Cc.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 145 Comp.; arts. 541 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Tomás García Castillo.

Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos sobre interdicto de obra nueva. El juzgado en sentencia de 16 de octubre de 2001 estima parcialmente la denegación de servidumbre y declara la existencia de otra de luces y vistas, así como acuerda el alzamiento de la suspensión de las obras. Ambas partes recurren en apelación. La APH desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y estima el de los demandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ambas partes han impugnado en apelación la Sentencia de instancia, en la que sólo han sido estimadas parcialmente las pretensiones de la parte actora. Interesan en este pleito los demandantes que se declare que los huecos abiertos en la fachada de la propiedad de los demandados que linda con la finca de los primeros no constituyen signo aparente de servidumbre alguna, que se declare en consecuencia la inexistencia de servidumbre de luces y vistas en favor del predio de los demandados y que, en virtud de los anteriores pronun-

ciamientos, se autorice a los actores a continuar la ejecución de la obra cuya paralización se acordó en su día en virtud del interdicto de obra nueva formulado por los hoy demandados. Éstos, por su parte, solicitan la íntegra desestimación de la demanda al entender que existe a su favor una servidumbre de luces y vistas que grava la propiedad adquirida por los demandantes.

Según resulta de la prueba, las propiedades de ambas partes constituyeron una única finca hasta el año 1996, momento en el cual el primitivo propietario llevó a cabo una segregación de modo que el inmueble original se convirtió en dos fincas independientes. En el mes de enero del referido año los demandantes adquirieron una de las partes, compuesta por una era y un pajar, en tanto que en el mes de junio los demandados compraron la otra, que denominaremos casa. Según se desprende de las fotografías obrantes en los autos, en la fachada de la casa que comunicaba con el pajar ya se habían abierto antes de la segregación unos huecos a distintas alturas sin protección de reja y red. La controversia ha surgido cuando los actores, tras derribar el pajar original, han comenzado a construir una nueva edificación que, según parece desprenderse de los proyectos aportados a las actuaciones, taparía los referidos huecos de la fachada de la casa colindante, ya que en la nueva construcción no se había previsto retranqueo alguno. El inicio de la nueva edificación dio lugar a que los hoy demandados ejercitaran en su día una acción interdictal de obra nueva que, tras ser estimada en segunda instancia por este Tribunal Provincial en Sentencia de 4 de octubre de 2000, dio lugar a la paralización de la construcción, al menos en tanto —y así lo veníamos a reconocer en la mencionada Sentencia— la cuestión no quedara definitivamente zanjada en el correspondiente juicio declarativo.

Segundo: La parte demandada, cuyo recurso va a ser examinado en primer

lugar en aras a una mayor claridad expositiva, considera que los referidos huecos son signo aparente de una servidumbre de luces y vistas establecida por disposición del padre de familia conforme al artículo 541 del Código civil, al que debe acudir por remisión del artículo 145 de la Compilación Aragonesa. Dicho precepto señala que los huecos para luces y vistas carentes de las protecciones enumeradas en el artículo 144 (reja de hierro y red de alambre, o equivalentes) no son signos aparentes de servidumbre, añadiendo que «queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil». La cuestión, eminentemente jurídica, que se suscita en el recurso de la parte demandada se concentra así en el contenido y alcance de la mencionada remisión. Aluden en este sentido los recurrentes a la polémica doctrinal que este problema ha originado en el ámbito aragonés, e incluso se recoge lo ya manifestado por esta Sala en la Sentencia que puso fin al interdicto de obra nueva, en donde decíamos que ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Superior de Justicia de Aragón habían sentado jurisprudencia que pudiera zanjar la cuestión debatida, como tampoco existía ningún precedente dictado por esta misma Audiencia Provincial.

Sucede, sin embargo, que con posterioridad a la Sentencia del interdicto de obra nueva (y con posterioridad también al escrito de interposición del recurso que ahora se examina), esta Sala sí ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión debatida en la reciente Sentencia de 5 de marzo de 2002. En dicha resolución, en la que abordábamos un supuesto de dos propiedades que con anterioridad habían constituido una única finca perteneciente a un único titular, decíamos que si se hubiera producido la separación de las propiedades con varios ventanales sin reja y red en la pared de una edificación respecto del patio contiguo, «habría quedado constituida la correspondiente servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia»,

de modo que los titulares del patio «conforme al artículo 585 del Código civil, no podrían edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583». Añadíamos en la referida Sentencia que «en este sentido ya indicamos en nuestra sentencia de 4 de octubre de 2000 [que es la correspondiente al interdicto de obra nueva que precedió al presente litigio] que la doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 de la Compilación Aragonesa, referido al artículo 541 del Código civil, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por disposición del padre de familia. Debe tenerse en cuenta que la falta de protecciones, como los voladizos en fundo propio o sobre el ajeno, es algo que, tanto en Aragón como en Castilla, salta a la vista y cuando la Compilación niega que los dos primeros supuestos (falta de protecciones y voladizo sobre el suelo propio, se entiende que sin proteger) sean signo aparente, está recurriendo a una ficción jurídica para negar una apariencia que de hecho existe, la misma apariencia que en el Código civil y en el Apéndice ha permitido calificar siempre de aparente a esta servidumbre, tanto en su versión positiva como en la negativa, aunque esta última no comience a ejercerse sino desde que tiene lugar el llamado acto obstativo salvo, precisamente, el caso que se constituya por destinación del padre de familia. Esta clase de constitución es admitida para esta servidumbre negativa en el derecho castellano, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1991 y de 31 de mayo de 1986. De esta misma tesis partimos, *obiter dicta*, en la sentencia de 27 de junio de 1996 y ha sido también asumida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de febrero de 1992 y en la de Teruel de 6 de septiembre de 2001, aunque también es cierto que en sentido contrario se pronunció la

Audiencia Provincial de Zaragoza en sus sentencias de 9 de julio de 1994 y 4 de octubre de 1999». Entendemos, en conclusión, que lo que se quiere significar en el artículo 145 de la Compilación es, siguiendo la opinión del profesor Sancho Rebullida, que la falta de protección de los huecos abiertos para luces y vistas no son signos aparentes de servidumbre salvo que, establecidos tales signos por el propietario de dos fincas, enajenara una sin establecer nada en contrario en el título de enajenación y sin hacer desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

Tercero: Consideramos, en virtud de todo lo expuesto, que los huecos que desde antes de la segregación han existido en la fachada de la casa que comunicaba con el pajar constituyen signo aparente de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, pues fueron abiertos en su día por quien fue dueño único de las dos propiedades ahora en litigio.

No son atendibles, en consecuencia, los argumentos vertidos por la parte actora en su escrito de interposición del recurso. Considera dicha parte que la realidad de la servidumbre por disposición del padre de familia no ha sido debidamente acreditada, pues no concurre en el caso ninguno de los cinco requisitos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben darse para la existencia de dicho gravamen. Hemos de decir al respecto lo siguiente: Es irrelevante que no se trate de dos predios pertenecientes a un mismo propietario sino de una única finca original que después de una segregación se convierte en dos fincas distintas, pues se trata de dos supuestos que, por lo que en este momento nos interesa, son equiparables a la hora de analizar la colocación de signos aparentes de servidumbre. Insistimos, por otra parte, en que los huecos abiertos en la fachada de la casa que hoy pertenece a los demandados constituyen

signo aparente de servidumbre, según se ha argumentado con anterioridad.

Alega asimismo la parte actora que, tanto en el acto del juicio como a través del acta notarial de manifestaciones de cinco de marzo de 1999, el antiguo propietario único de las dos fincas litigiosas manifestó que no estableció servidumbre de ningún tipo entre las dos porciones al practicar la segregación. No obstante, y conforme al propio artículo 541 del Código civil, debió ser en el mismo momento de la segregación (enero de 1996), y no más de tres años después, cuando el anterior propietario, perfecto conocedor de la existencia de huecos en la fachada de la casa que daba al pajar, debió haber manifestado que los referidos huecos sin protección, que en un caso como el que nos ocupa deben normalmente ser considerados como signos aparentes de servidumbre, no habían de ser tenidos como tales. La persistencia del signo aparente en el momento de la adquisición de las dos nuevas fincas, por otra parte, resulta incuestionable, pues todas las fotografías aportadas a los autos revelan la existencia de los distintos huecos y la ausencia de protecciones. La expresión, en fin, en la escritura de compraventa de que la propiedad adquirida por los actores se transmitía libre de cargas carece de virtualidad suficiente para eliminar los signos constitutivos de servidumbre, máxime cuando se trata de signos aparentes.

Finalmente, y en cuanto a la interpretación que la parte actora lleva a cabo sobre la remisión que el artículo 145 de la Compilación realiza hacia el artículo 541 del Código civil, volvemos a insistir en que esta Sala, como ya hizo en la referida Sentencia de 5 de marzo de 2002, asume la interpretación patrocinada por la parte demandada, conforme a la cual los huecos sin protección sí pueden ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas constituida por destino del padre de familia. Rechazados todos y cada uno de los motivos del recurso de la parte

actora, y estimado en su integridad el de la parte demandada, la demanda debe ser completamente desestimada.

Cuarto: El rechazo del recurso de la parte actora supone la condena de dicha parte al pago de las costas causadas por su apelación (arts. 394.1 y 398.1 de la Ley Procesal), en tanto que el acogimiento de

la impugnación formulada por la parte demandada conlleva la no imposición de las costas derivadas de dicho recurso (arts. 394.2 y 398.2 de la misma Ley). Las costas correspondientes a la primera instancia, por su parte, deben ser impuestas a los demandantes, cuyas pretensiones han sido íntegramente rechazadas (art. 394.1).

TERUEL, 2002

53

NÚM. 53

S. APT de 20 de febrero de 2002

6632: CONSORCIO CONYUGAL:

PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO: Responsabilidad: *La deuda del marido frente a la Tesorería General de la Seguridad Social es una deuda común y una carga de la comunidad, por ello, en aplicación del artículo 43 deben responder los bienes comunes. Esta deuda se contrajo constante matrimonio, y aunque ahora se haya disuelto la sociedad conyugal por sentencia de separación matrimonial, cabe afirmar que la esposa es también deudora, al ser común la deuda, y por ello no puede admitirse la tercería que ha promovido manteniéndose el embargo sobre su salario, ya que los bienes que le han sido embargados lo son por deuda propia y no ajena.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 1.2, 36, 41.5, 43 Comp.; arts. 1344 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández

Ante el JPI núm. 1 de Teruel se siguen autos promovidos por la Sra. X frente a la TGSS y su cónyuge, en situación procesal de rebeldía, solicitando que se levante el embargo sobre su salario que ha instado la demanda en virtud de las deudas que, constante matrimonio, contrajo su cónyuge frente a la SS, y ello porque en la actualidad los cónyuges están separados legalmente.

El Juzgado, en sentencia de 28 de mayo de 2001, estima íntegramente la demanda, ordenando alzar el embargo sobre el salario de la actora.

La TGSS recurre en apelación ante la APT; ésta estima en parte el recurso y levanta el embargo sobre el salario de la actora en la parte que se señala, acogiéndolo en todo lo demás, y revocando, en parte la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Insiste en esta alzada la recurrente Tesorería General de la Seguridad Social, en que no es viable el empleo de la Tercería de dominio ante un derecho personal, como es el derecho a un salario, citando las SSTs de 14 de junio de 1988 (Art. 4.929) y 12 de septiembre de 1997 (Art. 6.405) y en cuanto al fondo de la cuestión que siendo la deuda contraída por el esposo de la promotora de la tercería de carácter común o consorcial, conforme al artículo 43 de la Compilación Aragonesa, en defecto de bienes comunes responden solidariamente con los privativos.

Segundo: Como dice el juzgador de instancia en la sentencia impugnada el sueldo o salario que hoy percibe doña Ana Belén A. F., disuelta la sociedad conyugal por sentencia firme de separación, no puede discutirse sea de su exclusiva titularidad.

De otro lado, no puede desconocerse, como pretende la recurrente, «TGSS», que dicho sueldo o salario, una vez devengado por su titular, ésta tenga sobre el dinero que lo integra un derecho real dominical; por cuanto una cosa es el derecho a su percibo, que emana de una relación contractual de arrendamiento de servicios o similar y otra muy distinta el carácter de la titularidad sobre la suma concreta devengada y el dinero en pesetas o en euros, hoy, que es lo que realmente se le retiene y no se le satisface a la titular del mismo.

Finalmente, el nudo de la cuestión está, a juicio de esta Sala, en la calificación que haya de darse a la deuda contraída por el esposo de la promotora con la Seguridad Social, constante y vigente el matrimonio entre ellos, doña Ana Belén A. F. y don Luis G. P.

Tercero: Centrándonos en esta última cuestión, es evidente que don Luis G. P. era y es deudor a la Seguridad Social de determinadas sumas devengadas y no satisfechas durante el matrimonio con la ahora promotora; por cuanto el mismo se celebró el 15 de mayo de 1993 y se produjo la separación, con disolución de la sociedad conyugal por sentencia firme de trece de enero del año 2000.

La citada deuda, estimamos en común, consorcial o de la sociedad conyugal conforme se deduce de los artículos 36 y siguientes de la Compilación Aragonesa, pues a ella se acogen tanto la demandante como la TGSS en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y en concreto del 41.5, dado que se declaran comunes las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad.

El que los servicios prestados por la Seguridad Social, de los que nace la deuda, han redundado en beneficio tanto del esposo como de la ahora recu-

rrente, durante el tiempo en que estuvieron casados, está fuera de toda duda y discusión; por cuanto en los siete años que ambos estuvieron casados, como contraprestación a los ingresos y pagos que don Luis hiciera a la Seguridad Social, ésta le daría no sólo a él sino a su esposa e hija, los servicios asistenciales que ordinariamente dispensa a todo afiliado a la misma y ello independientemente de que estuviera o no al corriente de las cuotas a satisfacer a la referida Institución.

Consecuentemente, está también fuera de toda duda el que la deuda contraída por don Luis con la Seguridad Social era y es común y una carga de la comunidad o sociedad conyugal.

Cuarto: Llegados a este punto, es claro, según previene el artículo 43 de la reiterada Compilación, que los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las dichas deudas, con sus bienes privativos, pero quien las satisfaga puede repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda —el servicio que la generó— redundó en utilidad común, como es indudable en el caso que nos ocupa.

Consecuentemente, es claro que doña Ana Belén A. F. es deudora a la Seguridad Social y por ello no puede admitirse la tercera que ha promovido ya que los bienes que le han sido embargados lo han sido por deuda propia y no ajena.

Quinto: Por lo expuesto hemos de acoger el recurso que formaliza la TGSS y revocar la sentencia de instancia, si bien sobre la suma inicialmente reclamada de 779.274 pesetas; toda vez que, según el hecho segundo de la contestación se procedió al embargo de diferentes bienes del deudor y a su posterior subasta, sin cubrir con el dinero obtenido el total del débito, sin más precisiones y sin explicar el incremento referido, todo ello sin perjuicio de que, en el Expediente corres-

pondiente se justifique en forma el aumento producido, a qué concepto se debe y su fundamento jurídico, y se entienda, en forma, con la deudora y ahora recurrente, dada la denuncia que hace de desconocimiento del Expediente, en general; por lo que el embargo debe limitarse a dicha suma y no a la que después se pretende, lo que conlleva una estimación parcial del recurso y en definitiva de la demanda.

Sexto: Por lo establecido en el anterior fundamento, tanto las costas de primera instancia como las de esta alzada, en armonía con lo dispuesto en los artículos 398 en relación con los 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser satisfechas por ambas partes en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

Ante el JPI núm. 1 de Teruel se siguen autos sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y otros extremos.

El Juzgado, en sentencia de 3 de enero de 2002, estima parcialmente la demanda interpuesta y condena a los demandados a que determinadas ventanas estén provistas de protección que marca la ley aragonesa.

Ambas partes recurren en apelación. La APT, estima el recurso interpuesto por los actores y desestima el interesado por los demandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se interponen sendos recursos de apelación tanto por los actores, doña Marina y don Antonio A. H., como por los demandados doña Rosa I. C. y don Pedro P. G., contra la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda que los primeros dirigen contra los segundos.

Lo fundan doña Marina y don Antonio A. H., en síntesis, en que las ventanas del lado derecho de la fachada se encuentran en sus tres cuartas partes a menos de dos metros de la línea divisoria con la finca de los recurrentes, por lo que deben ser protegidos en todo o en la parte correspondiente en la forma que establece nuestra Compilación, art. 144.2 en relación con el 582 del Código civil.

En los demás extremos aceptan la sentencia y se aquietan con todos los pronunciamientos, incluso con los referidos a sus pretensiones que no han sido acogidas.

A su vez, los demandados, doña Rosa I. C. y don Pedro P. G., centran su impugnación, en síntesis, en que el hecho de haber colocado una valla de tela metálica levantada sobre el muro divisorio de las fincas y que alcanza una altura total de seis metros, cumple la finalidad establecida en el art. 144.2 de la Compilación, finalidad que se viene a reconocer en la propia sentencia, al señalar que con ello se impide el acceso a la finca vecina y cualquier inmisión en la

NÚM. 54

S. APT de 7 de mayo de 2002

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Reja y red: *En Aragón, pueden abrirse huecos para luces y vistas tanto en pared propia como medianera y a cualquier distancia, siempre que carezcan de voladizo sobre fundo ajeno y estén provistos de reja y red o protección semejante. Pues bien, la existencia de una valla levantada por los demandados lo único que marca es la línea divisoria de las propiedades de los ahora litigantes, pero ni evita la visión sobre la propiedad ajena ni impide, obviamente que los demandantes puedan sacar parte su cuerpo por cualquiera de las ventanas abiertas, que es lo que se persigue por el legislador al imponer la colocación de reja remitida en la pared en la que se abre el hueco y la red de alambre, Por ello, la valla no puede tener la consideración de «protección semejante» de la que habla la comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 1.2, 143 a 148 Comp; 530, 537, 582, 598 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández.*

misma, máxime si tiene en cuenta la existencia de una terraza intermedia entre la fachada de la casa y la finca de los actores, terraza que es la que debe protegerse y no las ventanas dichas que se abren sobre dicha terraza.

Segundo: Como ya ha expuesto esta Sala en casos similares, la Compilación Aragonesa, sobre la base de la Observancia 6ª, «De aqua pluviali arcenda», regula la materia de esta litis, en los arts. 143 y 144, las denominadas relaciones de vecindad; en los 145 a 148 las servidumbres y en los arts. 530 y ss. CC, por remisión que hace el núm. 2 art. 1 de la Compilación, en defecto de regulación específica en la misma.

En este sentido, es de ver que 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.

En este sentido, la Compilación faculta a cualquier propietario para abrir huecos tanto en pared medianera como en pared propia a cualquier distancia del predio ajeno, para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

El precepto por su claridad no precisa aclaración ni comentario alguno, ya que establece una facultad amplísima para abrir dichos huecos para luces y vistas sin respetar distancia alguna respecto de la finca ajena, ni observar —a diferencia de lo que determina el Código civil— en orden a sus dimensiones, límite alguno, ya que pueden ser las que convengan a dicho propietario.

Ahora bien, esa libertad de abrir los huecos dichos a cualquier distancia del predio ajeno o en pared medianera no es absoluta, precisamente para proteger al propietario colindante su intimidad y la de su familia, estableciéndose en el párrafo 2º que «dentro de las distancias marcadas por el art. 582 del Código civil —dos metros en la vista directa y sesenta

centímetros en las de costado u oblicuas— los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remitida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente».

Es decir, que dentro de las distancias dichas, los huecos no pueden tener balcones u otros voladizos, si la distancia entre la línea exterior de los mismos —huecos o voladizos— no hay dos metros hasta la propiedad ajena en las vistas directas o sesenta centímetros hasta la línea de separación de ambas propiedades.

Respecto a la apertura de huecos en pared propia o medianera con otra finalidad, nada contempla la Compilación; por lo que habrá de estarse a las disposiciones del Derecho general.

Por otro lado, la limitada jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a establecer las líneas básicas de interpretación en este campo, al establecer en la S. 30 junio 1969 que, si bien en materia de apertura de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo, tratándose de balcones y otros voladizos se adopta una tónica restrictiva; criterio éste que estimamos debe preconizarse para cualquier hueco que no tenga por finalidad la prevista en primer lugar (luces y vistas). A su vez las SSTs 30 octubre y 23 noviembre 1983, 12 diciembre 1986 y 3 febrero y 20 julio 1989, vienen a precisar que la permisión de abrir huecos y ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º artículo 144 de la Compilación 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.

En consecuencia y respecto a los huecos que tengan por finalidad un uso distinto a la de dar vista o luz a una determinada dependencia, sólo puede abrirse sobre o inmediatamente a propiedad ajena, mediante la constitución de la oportu-

tuna servidumbre por cualquiera de los títulos que recogen los arts. 537 y ss. y 598 del Código civil.

De otro lado, en orden al concepto de «voladizo», al no definirse ni en la Compilación ni en el Código civil, la S. de 11 de diciembre de 1985, estima que es todo lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio, negando tal condición a un vierteaguas.

Del mismo modo, en orden a quien o quienes deben considerarse ausentes, el art. 1958 del Código civil, aplicable en Aragón por la ya dicha remisión general del art. 1.2 de la Compilación, que no define tal situación, establece que «para los efectos de la prescripción se considera ausente al que reside en el extranjero o en ultramar».

Por su parte la STS de 12 de julio de 1984, sienta que la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa anterior contenida en el Apéndice del Código civil, prescinde, como dice su exposición de motivos, de las diferenciaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes, estableciendo en su artículo 147 que las aparentes puedan 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 1.2º 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).

Finalmente, los signos de una naturaleza o clase determinada sólo pueden ser indicativos de una presunta clase de servidumbre. Así la existencia de un paso

asfaltado en finca ajena y para uso de otra, es signo de una presunta servidumbre de paso; la existencia de balcones y otros voladizos de naturaleza semejante, de una de luces y vistas, etc., etc.; sin que puedan extenderse a otro tipo o clase distinta de servidumbre. Por ello, la existencia de vierte-aguas en las ventanas de un edificio, cuya finalidad no es otra que evitar que el agua resbale directamente sobre la pared en la que se abre la misma y así obtener una mayor protección de la misma, no puede utilizarse para defender la existencia de una presunta servidumbre de luces y vistas, cualquiera que sean las dimensiones del hueco o ventana, su colocación en el muro y la función para la que se haya construido.

Tercero: A la vista del contenido de los respectivos recursos, las cuestiones que ahora se nos plantean quedan limitadas a lo siguiente:

a) Si las ventanas que deben protegerse son todas o solamente las tres de la izquierda y las dos centrales.

b) Si de tener que protegerse todas las tres de la derecha deben serlo total o parcialmente, sólo en la zona que estén abiertas dentro de los dos metros.

c) Si la valla con red metálica que han levantado los demandados sobre el muro divisorio es o no suficiente a los efectos determinados por la Compilación.

Cuarto: La respuesta a la primera de las cuestiones planteadas nos las da la interpretación conjunta de los artículos 144.2 en relación con el 582 del Código civil.

En este sentido, si bien es cierto que en pared propia, como es el caso que ahora nos ocupa, todo propietario puede abrir huecos, para luces y vistas, a cualquier distancia del predio ajeno y sin sujetarse a dimensiones predeterminadas legalmente, no lo es menos que, dentro de la distancia que fija el antedicho artículo 582 del Código civil —dos metros en vistas rectas y 60 centímetros en las oblicuas o de costado entre la

pared donde se abran las ventanas, balcones u otros voladizos y la línea divisoria con la finca ajena— los huecos no podrán ser con balcones u otros voladizos y deberán estar provistas de reja de hierro y red de alambre o protección semejante o equivalente.

Ha quedado demostrado que todos los huecos abiertos por los demandados en la pared de su edificación, tienen la consideración de ventanas para luces y vistas rectas —la puerta no se contempla ni se recurre al pronunciamiento de la juzgadora de instancia—, carecen de voladizos y se encuentran abiertos todos en pared que se halla a menos de dos metros de la línea divisoria de las propiedades, salvo aproximadamente una cuarta parte de las tres ventanas de la derecha que se encuentra a más de dos metros.

Consecuentemente, en principio, es claro que todas las ventanas deben protegerse en la forma que ya hemos indicado.

Quinto: Partiendo del hecho que ya hemos fijado en el fundamento precedente —las ventanas de la derecha sólo en una cuarta parte de su anchura están a más de dos metros de la finca ajena— entendemos que el concepto de ventana es único, de manera que los demandados sólo pueden optar o por proteger la ventana en la forma que la Ley determina o reducir la anchura de las ventanas, tapiándolas en la zona en que la distancia es inferior a los dos metros, bien con materiales opacos o traslúcidos y manteniéndolas o ampliándolas a partir del lugar en que la pared en que se abren esté a más de los reiterados dos metros.

Sexto: Finalmente la última de las cuestiones a resolver hemos de enfrentarla partiendo de lo que previene el reiterado artículo 144.2 de la Compilación: los huecos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red del alambre o protección semejante.

Es de una claridad meridiana que la valla levantada por los demandados lo único que marca es la línea divisoria de las propiedades de los ahora contendientes; por cuanto ni evita la visión sobre la

propiedad ajena ni impide, obviamente, que los demandantes pueden sacar parte del cuerpo por cualquiera de las ventanas abiertas, que es lo que realmente se persigue por el legislador, al imponer la colocación de reja remetida en la pared en la que se abre el hueco y la red de alambre.

Consiguientemente, la reiterada valla no puede tener la consideración de «protección semejante o equivalente» a la impuesta por la Ley como principal, la que evidentemente sólo permite la entrada de la luz, la ventilación de la habitación correspondiente y la visión directa desde dentro del inmueble provisto de dicha protección; pero en modo alguno sacar, como hemos dicho, parte del cuerpo por dicho hueco. Incluso la elevación del muro divisorio de forma que impidiera la visión del medio de los actores —aparte del riesgo que entrañaría su potencial caída, dada su altura— sería una solución discutible como alternativa a la protección principal a la que reiteradamente hemos aludido.

Séptimo: Por lo todo lo expuesto, hemos de acoger el recurso formalizado por los actores y rechazar el que formulan los demandados; habida cuenta, además, que lo que llaman terraza no es más que un simple patio, surgido del retranqueo inexcusable de la pared en la que se han abierto los huecos para guardar formalmente la vigente legalidad y, en consecuencia, hemos de ordenar la protección acordada en la sentencia de instancia, extiéndolas a todas las ventanas abiertas, u otra semejante o equivalente, que pudiera determinarse en ejecución de sentencia, habida cuenta de que así lo solicitan los actores en el punto 2 de la súplica de su demanda, lo que no en otro momento podría ahora llevarse a cabo.

Octavo: Las costas de esta alzada, por el recurso de los actores que, se acepta, deben ser satisfechas en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

Las causadas por el de los demandados, que se rechaza, deben ser satisfechas por los mismos.

NÚM. 55

A. APT de 23 de mayo de 2002

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: ACEPTACIÓN

TÁCITA: *La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante. Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los arts. 7, 19 y ss., 27 y ss y en particular con los arts. 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los arts. 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que nadie solicitó del juez sobre la base del art. 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de ésta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el Juez. 76: SUCESIÓN LEGAL: PROCEDENCIA: El art. 440 CC (aplicable ex art. 1.2 Comp.) viene a reconocer al heredero, que llegue a adir la herencia, la posesión de los bienes hereditarios sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante; por lo que reiterando el carácter declarativo de esta resolución hemos de estimar que don Y ha sido heredero de su hermana doña X, y así procede declararlo al amparo de lo que disponen los art. 201, 202, 216, 217 de la Lsuc., al haber fallecido doña X, sin descendientes ni ascendientes ni cónyuge y siendo don X su único hermano de doble vínculo. SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS: Requisitos: La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante. Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los arts. 7, 19 y ss., 27 y ss y en particular con los arts. 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los arts. 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que*

nadie solicitó del juez sobre la base del art. 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de esta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el Juez.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 6, 7, 10, 14, 19 y ss., 27 y ss., 33 a 36 y 38, 201, 202, 216 y 217 Lsuc.; art. 1.2 Comp.; arts. 440 CC

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos sobre declaración de herederos abintestato sobre la herencia de doña X, promovidos por la viuda del hermano de la causante.

El Juzgado, por auto de 11 de febrero de 2002 declara que no ha lugar a declarar heredero abintestato de la herencia de doña X a su hermano fallecido don Y.

La promotora de los autos (la viuda de don Y) recurra en apelación. La APT estima el recurso de apelación y declara heredero legal de doña X su único hermano de doble vínculo don Y.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Para resolver el recurso que interpone doña Rosa, la promotora del Expediente de Declaración de herederos de doña Carmen M. V., fallecida en Teruel el 6 de abril del año 2000, a favor de don Manuel M. V., fallecido con posterioridad en Zaragoza en fecha 14 de abril de 2001, debemos resaltar que la resolución que en el mismo recae tiene un simple carácter declarativo y no constitutivo y que, por otra parte, nada impide que en un mismo expediente puedan realizarse diversas declaraciones de distintas personas, lo que ya conlleva la posibilidad de que alguna de ellas haya premuerto a otra u otras.

Segundo: Sentado lo que antecede, es obvio que nada se opone a que se declare que don Manuel M. V. sucedió como heredero abintestato a su hermana doña Carmen, por cuanto la exigencia principal e inexcusable para tal declaración concurre: que don Manuel sobreviviera a su hermana doña Carmen.

Así resulta de la conjunta interpretación de los artículos 6, 10 y 14 de la Ley de Sucesiones de Aragón por causa de muerte, Ley 1/1999 de 24 de febrero, en relación con los 7, 19 y siguientes, 27 y siguientes, en particular los 33, 34 y 35, ya que no consta se haya producido la repudiación de la herencia por don Manuel, en ninguna de las formas que reconocen los 36 y 38; que ha quedado acreditado transcurrió más de un año desde el fallecimiento de doña Carmen y que nadie solicitó del juez, sobre la base del artículo 33, el señalamiento de un plazo para que manifestara don Manuel si aceptaba o repudiaba la herencia; lo que conlleva la presunción de que, al menos, tácitamente aceptó la herencia a la que fue llamado por Ley, toda vez que la repudiación habría que haberla hecho por escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente y nada consta en ese sentido.

Finalmente, sobre la base de lo prevenido en el art. 1 núm. 2 de la Compilación y partiendo de la base de que en materia de posesión y derechos reales dicha Compilación nada regula, salvo en materia de relaciones de vecindad y servidumbres (arts. 143 y ss.), el artículo 440 del Código civil viene a reconocer al heredero, que llegue a adir la herencia, la posesión de los bienes hereditarios sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante; por lo que reiterando el carácter declarativo de esta resolución hemos de estimar que don Manuel ha sido heredero de su hermana doña Carmen y así procede declararlo, al amparo de lo que disponen los artículos 201 en relación con los 202, 216, 217 de la Ley antedicha de Sucesiones por causa de muerte, al haber fallecido doña Car-

men, sin descendientes, ni ascendientes ni cónyuge y siendo don Manuel su único hermano de doble vínculo.

Tercero: Procediendo acoger el recurso y la solicitud realizada las costas de esta alzada así como las originadas en primera instancia deben ser satisfechas en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

NÚM. 56

S. APT de 8 junio de 2002

6634: CONSORCIO CONYUGAL:

DISOLUCIÓN: COMUNIDAD POSCON-

SORCIAL: Naturaleza: *Disuelta la sociedad conyugal se produce una transmutación de la naturaleza de la misma, que pasa a ser considerada por la mayoría de la doctrina científica y la jurisprudencia de una comunidad germánica a una romana o por cuotas de tal manera que en principio y al no existir disposición testamentaria del causante, la mitad indivisa de los bienes comunes sería de sus hijos y la otra mitad del cónyuge sobreviviente, de modo y manera que éste podrá disponer de bienes concretos de la comunidad hereditaria, si eran comunes de su mitad indivisa por cualquier título no de la totalidad del bien por prohibirlo el art. 67 Comp. Ahora bien, tratándose de dinero (de 10 millones de una cuenta, dispone de algo más de 4), siendo éste sustancialmente divisible no pueden ser interpretadas de forma rigorista la teoría expuesta y habrá de considerarse válida la disposición, al margen de lo que luego se dirá.* **6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN: MOMENTO:** *Ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 53 Comp.) y que, hasta tanto no se adjudique el patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, con las facultades y limitaciones que se establecen en el mismo.* **711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL: LEY APLICABLE:** *La fecha de fallecimiento en la que nos hemos de fijar no es*

la del padre (que fue posterior) sino la de la de su esposa y madre de los litigantes que falleció en 1997, por lo tanto la ley aplicable es la Compilación Aragonesa y no la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999. 716: COLACIÓN Y PARTICIÓN: COLACIÓN: El art. 140 Comp. establece que la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en testamento u otro instrumento público, si bien y como no podía ser de otra forma, quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad. Es decir que los bienes dados en vida del causante, bien a legitimarios bien a terceros que no lo sean, no son colacionables o traído su valor o en especie al caudal hereditario, por ministerio de la ley, salvo que perjudique la legítima conjunta de los herederos legitimarios.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 1.3, 52, 53, 67, 140 Comp.; art. 149.3 CE.; arts. 609, 618, 621, 629, 630, 632, 1035, 1095, 1261, 1301, 1462, CC.; art. 20 de la Ley de bases del CC de 11 de mayo de 1888.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández.

Ante el JPI núm. 1 de Teruel se siguen autos sobre división de herencia. El juzgado, en sentencia de 11 de febrero de 2002 desestima la demanda interpuesta por uno de los hermanos frente al otro y declara: a) no haber lugar a la colación pretendida, y b) en lo restante se aprueba el inventario. El actor, interpone recurso de apelación.

La APT desestima el recurso, y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso que formaliza don Juan P. M. contra la sentencia de instancia lo basa, en síntesis, en que al fallecimiento de doña Encarnación M. P., que se produjo en fecha 14 de marzo de 1997, se disolvió por muerte la comunidad formada por los cónyuges doña Encarnación M. P. y don Juan P. B., y que

en el período comprendido entre 14 de marzo de 1997, y 5 de enero de 2000, fecha de fallecimiento de don Juan P. B., no se liquidó y dividió la comunidad formada por doña Encarnación M. P. y don Juan P. B. y en que los certificados bancarios, aportados por esta parte, en el acta de formación de inventario, el día 9 de enero de 2002, acreditan que en la fecha de fallecimiento de doña Encarnación M. P., había depositado en IberCaja de Alcorisa, el plazo fijo núm. (...). Por importe de 10.010.000 pesetas, 60.161,31 euros (dicho dinero está claro que es consorcial), importe que fue ingresado el día 31-10-1997, en la cuenta número (...), de la misma sucursal de IberCaja de Alcorisa, y que en fecha 31 de octubre de 1997, se realizó una transferencia por importe de 4.000.000 pesetas, 24.040,48 euros, a la cuenta núm. (...), de la cual son titulares indistintos, doña Araceli P. M. y su esposo don Joaquín M. P.; por lo que estima que, dada la naturaleza consorcial del citado dinero, importe 4.000.000 pesetas, en aplicación del artículo 55.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, debe procederse a su inclusión en el inventario, ya que al liquidar la sociedad conyugal deben incluirse en el inventario, todos aquellos bienes que se hallen en poder del cónyuge sobreviviente, o se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial.

Segundo: La primera precisión que hemos de establecer es la referente a que el fallecimiento en que nos hemos de fijar para la resolución del caso que en esta alzada se somete a nuestra consideración, no es el de don Juan P. B. sino el de su esposa doña Encarnación M. P., del que se deriva la disolución de la sociedad conyugal, el cual, al producirse en marzo de 1997, hace que la legislación aplicable sea la contenida en la Compilación Aragonesa y no en la Ley de Sucesiones 1/99 de 24 de febrero, en relación con los artículos pertinentes del Código civil, en lo que sean de aplicación, por remisión de dicha Compilación —art. 1.3— a las

Leyes comunes del Estado, en armonía con lo prevenido en el artículo 149.3 de la Constitución.

Tercero: Sentado lo que antecede, nadie discute lo prevenido en los artículos 52 y concordantes de la antedicha Compilación, y, en concreto, que ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges, se produce la disolución de la comunidad conyugal (art. 53) y que, hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, con las facultades y limitaciones que se establecen en el mismo.

Asimismo el artículo 140 de dicha Compilación establece que la colación de liberalidades no procede por misterio de la Ley, mas puede ordenarse en testamento u otro documento público, si bien y como no podía ser de otra forma, quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad. Es decir, que los bienes dados en vida del causante, bien a legítimos, bien a terceros que no lo sean, no son colacionables o traído su valor o en especial al caudal hereditario, por ministerio de la Ley, salvo que perjudique la legítima conjunta de los herederos legítimos.

Finalmente, hemos de precisar que los artículos 1.035 y siguientes del Código civil, así como los concordantes, sólo son de aplicación en cuanto no existe expresa regulación en la reiterada Compilación de nuestra comunidad.

Cuarto: Otra de las precisiones que hemos de hacer, es la referente a que el recurrente en ningún momento ha puesto en duda la existencia de una donación, llevada a cabo por su padre, don Juan P. B.; que la misma se llevó a cabo oral o verbalmente con entrega inmediata y documentada, mediante una transferencia a una cuenta de IberCaja de Alcorisa, de la que son titulares su hermana, doña Araceli, y su esposo, don Joaquín M. P.; que la misma se realizó en fecha 31 de octubre de 1997 y que su importe fue de cuatro millones de pesetas.

Igualmente es aceptado que a la

fecha del fallecimiento de doña Encarnación, madre del recurrente y de la demandada doña Araceli, había un depósito a plazo fijo de 10.010.000 pesetas, y que del mismo se hizo la donación de los cuatro millones de pesetas antedichos.

Así las cosas, es indudable que ha existido un contrato de donación de bienes muebles, por escrito, aceptado y recibido por la donataria doña Araceli P. M.; perfectamente válido, en principio, si partimos de la base reguladora de este contrato contenida en los artículos 618 y siguientes del Código civil, aplicable al caso, al menos en cuanto a los requisitos de forma de los contratos en general y de la donación en particular, al no estar regulados en la Compilación, arts. 629, 630 y 632 del antedicho Código civil.

Para llegar a esta conclusión hemos de resaltar, a modo de premisa, que no desconocemos las severas críticas que la doctrina científica de los últimos cincuenta años han dirigido contra los redactores del Código civil y, en concreto, del artículo 609 que, juntamente con el 1.095 del mismo, consagra en nuestro Derecho el sistema de transmisión del dominio y de los demás derechos reales, sobre la base de la demanda teoría del título —negocio jurídico apto para la transmisión del derecho real que se pretende, fundamento, razón o causa jurídica de la misma o desde el otro punto de vista, de la adquisición —y el modo, transferencia de la posesión de la cosa cuyo dominio o derecho real se transmite, bien de forma real, material y física, bien de manera espiritualizada o simbólica, bien por disposición legal como la instrumental que recoge el artículo 1.462 del Código civil.

Ahora bien, las críticas que puede merecer dicho precepto no pueden ocultar el hecho de que los legisladores, como juristas de prestigio en la época en que se redactó el mismo, no ignoraban que la donación, pese a denominarla «acto» en el artículo 618 y someter el

mismo a las reglas generales de los contratos y obligaciones sólo en lo que no se halle expresamente regulado en el título correspondiente (art. 621 también del Código civil), es un negocio jurídico bilateral y, por ende, un contrato, si bien unilateral; pero lo evidente es que tampoco quisieron que la misma tuviera una naturaleza y alcance idéntico a los demás contratos aptos para transmitir el dominio y demás derechos reales. En consecuencia, la precisa, expresa y consciente diferenciación entre el contrato de donación y la compraventa o la permuta, tuvo que deberse a alguna razón jurídica de peso y trascendencia; razón que no pudo ser otra que su deseo de atribuir a la donación, como expresa el artículo 609, el carácter de contrato especial y modo automático para transmitir y adquirir los derechos reales en general y el dominio en particular, o, si se quiere, la naturaleza de contrato dispositivo, que por sí solo produce la transmisión del derecho real correspondiente.

Quinto: Llegados a este punto, podemos afirmar que la donación debe considerarse como un auténtico modo de transmitir y adquirir los derechos reales, siempre que se den y concurren los requisitos necesario para su existencia (art. 1.261 del Código civil) y, en concreto, en ese caso, la forma adecuada según la naturaleza de la cosa donada: las muebles verbalmente o por escrito, con entrega inmediata de la cosa en el primer caso y con la aceptación escrita, en el segundo (art. 632); en escritura pública los inmuebles, con idéntica aceptación del donatario en la misma escritura o en otra posterior (art. 633) y siempre que en este último caso se haga antes de que el donante fallezca.

Esta doctrina ha sido avalada ya por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de diciembre de 1986 en la que se declara que a partir del artículo 609 del Código civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía

directa y sin precisión de tradición de forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y los 1.095 consistente en la entrega «*datio rei*», «*datio possessionis*», signo exterior denotador de la transmisión dominical, al consistir en un signo exterior de la reconocibilidad del dominio a favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888. La forma exigida «*ad solemnitatem*» para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609, del tal suerte que, en aquélla, la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya, mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y, antes de la cual, la cosa permanece en el patrimonio del «*tradens*».

Sexto: En el caso que nos ocupa toda la cuestión gira en torno a si la donación de 4.000.000 pesetas que don Juan P. B. hizo a su hija doña Araceli P. M. es o no válida, habida cuenta de que el donante dispuso de bienes de la indivisa sociedad conyugal, al haberse disuelto la misma por muerte de su esposa, doña Encarnación M. P., pero no la liquidación de la misma.

Lo primero que hemos de establecer es que, a juicio de esta Sala, disuelta la sociedad conyugal se produce una transmutación de la naturaleza de la misma, que pasa a ser estimada por la mayoría de

la doctrina científica y jurisprudencia de una comunidad germánica o una romana o por cuotas; de tal manera que, en principio, y al no existir disposición testamentaria de la causante, la mitad indivisa de los bienes comunes sería de sus hijos y descendientes y la otra mitad del cónyuge sobreviviente, de modo y manera que éste podría disponer de bienes concretos de la comunidad hereditaria, si eran comunes de su mitad indivisa por cualquier título —no de la totalidad del bien, por prohibirlo el artículo 67 de la Compilación— por cuanto ninguna lesión se iba a producir a los herederos de su cónyuge fallecida.

Si examinamos la disposición realizada por don Juan P. B. a favor de su hija doña Araceli P. M., dicho señor, de los diez millones de pesetas existentes en la cuenta ya referida, ni siquiera llega a disponer de la mitad —cinco millones— sino tan sólo de cuatro.

En segundo lugar, la objeción que hace el recurrente, podría tener alguna base de tratarse de un bien inmueble u otra cosa, indivisible por naturaleza, pero estimamos que en el caso de dinero, objeto de Derecho esencial y sustancialmente divisible, no pueden ser interpretadas las normas expuestas y examinadas de forma rigorista; máxime si tenemos en cuenta lo ya dicho, que no cubre la mitad que corresponde al demandante en el depósito contemplado.

En tercer lugar, que la donación realizada, como contrato que es, reúne todos y cada uno de los requisitos para la existencia de la misma —art. 1.261 del Código civil— y no va frontalmente contra ninguna prohibición legal por lo antedicho; ante lo cual, no puede reputarse dicho contrato ni inexistente ni nulo, de forma absoluta, siendo, en último extremo, meramente anulable.

En cuarto lugar, si hubiéramos de reputar posiblemente anulable dicha donación, por falta de consentimiento de los demás cotitulares del depósito bancario, de cuyo fondo de extrajo la suma donada —no olvidemos que el ahora

recurrente era cotitular del mismo desde el 14 de marzo de 1997, fecha del fallecimiento de su madre— la acción debió ejercitarse en el plazo de cuatro años, que señala el artículo 1.301 del Código civil, contados desde la fecha del acto dispositivo —31 de octubre de 1997— ya que como tal cotitular debió o pudo conocer en esa fecha la disposición realizada por su padre don Juan P. B.

La acción se ejercita en nueve de noviembre del año 2001 —fecha de la presentación en el Juzgado de la demanda o solicitud de división de herencia que promueve el ahora recurrente— consiguientemente se ha promovido fuera del antedicho plazo y más si partimos de la fecha de la citación a la demandada doña Araceli, la que se hizo en 11 de diciembre del dicho año (folio 27).

Finalmente es lo cierto que doña Araceli ha venido de buena fe creyéndose titular de la suma donada desde el 31 de octubre de 1997 y, por ende, públicamente para con su hermano recurrente, pacífica e ininterrumpidamente; por lo que, en último extremo, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.930 y siguientes del Código civil, en particular el 1.936 y el 1.955, ha devenido titular/propietaria de la cosa mueble donada por usucapión ordinaria, al haber poseído la misma más de tres años.

Séptimo: No podemos concluir sin hacer presente al recurrente que, al menos, sorprende que habiendo podido resolver el caso en vida del padre —falleció el 5 de enero del 2000— y tenido más de dos años para ello, no conste lo intentase siquiera y haya esperado su fallecimiento para tratar de desconocer y contrariar su expresa, clara y terminante voluntad dispositiva.

Octavo: Procediendo rechazar el recurso y mantener no es colacionable la suma donada a doña Araceli P. M. por su padre don Juan P. B., las costas de esta alzada, deben ser impuestas al recurrente en armonía con lo prevenido en los artículos 394 y siguientes de la Ley Procesal Civil.

57

NÚM. 57

S. APT de 10 de septiembre de 2002

682: DERECHO EXPECTANTE**DE VIUDEDAD: EXTINCIÓN: Abuso de**

Derecho: *La existencia del derecho expectante de las esposas de los comuneros no puede impedir el derecho indiscutible e incondicional de todo copropietario a obtener la división de la cosa común, pues de lo contrario ello implicaría el ejercicio ilícito y abusivo del derecho (art. 7.2 del Código civil), que conllevaría la extinción del expectante de conformidad con lo previsto en el art. 76.2.2º Comp., sin que a ello pueda oponerse la circunstancia de que tal petición debe efectuarse por el «propietario de los bienes» pues es evidente que el ejercicio de la acción de división lleva necesariamente implícita la solicitud de extinción de tal derecho expectante sobre los bienes que no resulten adjudicados en la división.* **717: CONSORCIO FORAL: DISOLUCIÓN:** *Aún cuando pueda existir una situación de consorcio por haber adquirido ambos hermanos y pro indiviso bienes de sus ascendientes directos a título gratuito, ni la existencia de dicho consorcio prohíbe la división, ni tal y como señala el art. 61 Lsuc., es necesario acudir para ello al proceso de división hereditaria, ya que en el caso enjuiciado la comunidad entre los consortes no tiene naturaleza germánica que caracteriza a las comunidades hereditarias, y ello porque cesó dicha comunidad al adjudicarse ambos comuneros las fincas cuya división se pretende «por mitades e iguales partes indivisas», existiendo sobre ellas un condominio ordinario del que sólo puede salirse mediante la actio comuni dividundo.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 76, 142 Comp.; art. 58 Lsuc.; arts. 7.2, 400 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Fermín Hernández Gironella.

da y declara disuelta la comunidad de bienes existentes entre el demandante y el demandado. La parte demandada recurre en apelación. La APT desestima el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que acoge la *actio comuni dividundo* ejercitada en la demanda, y ordena la división de los bienes de los que son cotitulares los demandados, mediante su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, se alza la parte demandada alegando, en primer término y como motivos formales la infracción de los artículos 209 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que, a su entender, la sentencia recurrida no refleja en sus antecedentes de hecho la totalidad de pretensiones de las partes, y su fundamentación jurídica carece de la exhaustividad necesaria al resolver sobre aquellas. Ambos motivos deben ser rechazados. Ciertamente es que el artículo 209.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se consignen en los antecedentes de hecho de la sentencia las pretensiones de las partes y los hechos en que éstas se funden, pero esa exigencia no supone en ningún caso que en aquella parte de la resolución deba efectuarse una transcripción íntegra de los escritos de demanda y contestación, bastando para cumplir con la exigencia que contiene dicho precepto con que tales pretensiones se resuman de una forma sucinta, como se ha hecho en el presente caso, siempre que de la lectura de la resolución, ya sea en sus antecedentes de hecho o en sus fundamentos jurídicos, pueda inferirse con claridad cuáles son los hechos y fundamentos que sirven de apoyo a la pretensión de la demanda y a la oposición a la misma. Extremos estos que en el caso de la sentencia recurrida se perciben con claridad de la lectura de los antecedentes de hecho y fundamento jurídico primero de la misma. De igual modo el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la exigencia de congruencia en las sentencias, que

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos sobre acción de división, consorcio foral y otros extremos. El juzgado estima la deman-

deben resolver sobre todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Exigencia con la que cumple la sentencia recurrida, al resolver sobre los dos puntos esenciales en los que la parte demandada fundamenta su oposición a la división y que resume con claridad en el hecho cuarto de su demanda: la existencia del denominado consorcio o fideicomiso foral, y la existencia de un derecho expectante de viudedad de las esposas de los comuneros sobre las participaciones adjudicadas a sus respectivos cónyuges; motivos reproducidos igualmente en esta segunda instancia.

Segundo: En lo que se refiere al fondo de la cuestión litigiosa, insiste la parte recurrente, al igual que lo hiciera en la instancia, en que la existencia del consorcio foral entre ambos hermanos impediría la división en la forma pretendida por la parte demandante ya que la misma habría de llevarse a efecto a través de las reglas de la partición de la herencia, habida cuenta el carácter hereditario de aquella institución. Sin embargo esta tesis no puede ser asumida por la Sala, pues aún estimando constituido entre los comuneros litigantes el denominado consorcio foral, conforme al artículo 142 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, actualmente reproducido en el artículo 58 de la Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte, al haber adquirido ambos hermanos, proindiviso y a título gratuito, bienes de sus ascendientes directos, ni la existencia de dicho consorcio impide la división, tal y como señala en la actualidad el artículo 61 de la Ley Aragonesa de Sucesiones, reproduciendo el contenido del artículo 142.2 de la Compilación, ni para llevarla a efecto es necesario acudir a un previo proceso de división hereditaria, ya que la comunidad formada en el supuesto enjuiciado entre los consortes no tiene la naturaleza de comunidad germánica que caracteriza a las comunidades hereditarias, en cuyo caso la partición de la herencia a través del juicio de testamentaria constituiría el presupuesto indispensable para el ejerci-

cio de la acción de división de la cosa común, pues pudiera darse el caso de que, realizada dicha partición no se adjudicase a alguna de las partes el bien cuya división se pretende (Sentencia del T. Supremo de 8 de junio de 1999), ya que en este supuesto dicha comunidad hereditaria cesó al adjudicarse ambos comuneros las fincas cuya división se pretende «por mitades e iguales partes indivisas», en la escritura de adquisición de los bienes de fecha de doce de julio de mil novecientos noventa y uno, conformándose sobre aquellas un condominio ordinario del que tan sólo puede salirse mediante el ejercicio de la *actio comuni dividundo*, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1996.

Tercero: En segundo término insiste la parte recurrente en que la existencia del derecho expectante de viudedad de las esposas respectivas de los comuneros sobre su participación en los bienes comunes impediría la división de los mismos; tesis que no puede ser acogida pues el tratar de oponer el derecho expectante de viudedad reconocido en el artículo 76 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, con el fin de impedir el derecho indiscutible e incondicional de todo copropietario a obtener la división de la cosa común, que proclama el artículo 400 del Código civil, que como señala la Jurisprudencia (Sentencias del T. Supremo de 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999) no está sometido a circunstancia obstativa alguna, a salvo del pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, implicaría el ejercicio ilícito y abusivo del mismo (art. 7.2 del Código civil), que conllevaría la extinción de tal derecho, conforme al artículo 76.2.2º de la Compilación, sin que a ello pueda oponerse la circunstancia de que tal extinción debe efectuarse «a petición expresa del propietario de los bienes» pues es evidente que el ejercicio de la acción de división lleva necesariamente implícita la solicitud de extinción de tal derecho expectante sobre los bie-

nes que no resulten adjudicados en la división, para el caso de que el cónyuge no pudiera efectuar la renuncia o se negase injustificadamente a la misma; lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

Cuarto: La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

58

NÚM. 58

S. APT de 21 de octubre de 2002

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: *En aplicación de los artículos 143 y 144 del Código civil, cualquier colindante tiene derecho a edificar o construir sin respetar distancia alguna siempre que el colindante no sea titular de una servidumbre de luces y vistas. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de un ejercicio abusivo por parte del derecho a edificar. Y en el caso de autos, hay un manifiesto abuso de derecho por cuanto desde la obtención de licencia para construir en 1997, nada se ha edificado a excepción de la construcción de un muro que tapa, sin ninguna otra utilidad, las luces del actor.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 143, 144 Comp.; art. 6.4, 7.2 CC; 9.2 LAU; 11.2 LOPJ; Partida 7, Título 342, regla 14.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández.*

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos sobre luces y vistas. El juzgado desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación. La APT estima el recurso formulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso que formalizan los cónyuges doña Manuela M. P. y don

Joaquín S. S., lo basan, en síntesis, tras exponer presuntas irregularidades procesales, que no han sido reclamadas en el acto de producirse, por lo que en estos momentos deben rechazarse, en que son propietarios de un inmueble que linda al fondo con solar de los demandados, doña Antonia G. O. y don Antonio y don José F. A.; que en el año 1997 solicitaron licencia de obras para proceder a reparar las fachadas y el tejado, pero antes de iniciarlos los demandados, primero levantaron un pequeño muro de unos 70 centímetros y posteriormente un cerramiento que cubre la totalidad de dicha fachada del fondo teniendo unas dimensiones, aproximadas, de 8,60 metros de largo por 6,20 de alto, sin arriostramientos, pilares o zunchos, por lo que queda suelto, siendo posible su caída por una simple racha de viento; que tal pared no puede servir de muro de carga de una construcción futura; que la misma ha tapado las ventanas que los recurrentes tienen en la pared posterior de su casa, no han podido hacer la reparación proyectada e incluso no saben donde van a parar las aguas de lluvia que recoge la cubierta de su tejado y que han vertido siempre sobre el fundo vecino. Finalmente, vienen a resaltar que no han construido vivienda alguna desde 1998 en que, al parecer querían hacerlo, y, por ello, se sienten perjudicados por el actuar abusivo en los dichos demandados.

Segundo: El artículo 7 del Código civil impone a cualquier titular de un derecho, de la naturaleza que sea, ejercerlo conforme a las exigencias de la buena fe, expresando a reglón seguido, que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo; por lo que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o admi-

nistrativas que impidan la persistencia en el abuso.

En este sentido y por lo que hace al concepto jurídico de la buena fe el Tribunal Supremo, en innumerables sentencias, por todas las de 17 de febrero de 1998, 30 de enero de 1999 y 5 de junio del mismo 1999, vienen a precisarlo como «comportamiento humano objetivamente justo, leal, honrado y lógico» y que se falta a la buena fe cuando se va «contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella».

A su vez y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en fecha reciente, la doctrina del abuso de derecho nace con la STS de 14 de febrero de 1944 y con la finalidad de establecer un límite a las conductas plasmadas en el axioma *qui suo iure utitur, neminem laedit* y en nuestro derecho histórico en la regla «non face tuerto a otro quien usa de su derecho» (Partida 7ª, Título 342, Regla 14); doctrina que ha sido recogida en nuestro derecho positivo en el artículo 9.2 de la L.A.U. de 1964 y en el artículo 7.2 del Código civil, introducida por Ley de 17 de marzo de 1973 y que viene a distinguir perfectamente entre dos situaciones de colisión: a) Una primera, que se da entre dos derechos perfectos y consolidados que, en principio, al estar ambos reconocidos en el ordenamiento jurídico y protegidos por el mismo, su respectivo alcance, fuerza y protección queda definida en el mismo ordenamiento, sin necesidad, por ello, de acudir para su protección a la doctrina que nos ocupa y b) Una segunda, en que la colisión se produce entre un derecho perfecto, reconocido y protegido por el ordenamiento y un simple interés de un tercero que no tiene ni el reconocimiento ni el respaldo del Derecho, pero sí por normas éticas, morales o principios sociales,

frente a cuyo titular se ejercita aquel en un plus excesivo, sin causa que lo justifique o con la directa intención de causar un daño al titular del interés, poniendo de manifiesto y resaltando expresa, patente y claramente el abuso.

La construcción jurisprudencial que nos ocupa, ha venido a ser con posterioridad apuntada por reiteradas sentencias, aparte de la originaria ya citada, entre otras en las de 24 de febrero y 22 de septiembre de 1959, 13 de junio de 1966, 30 de junio de 1970, 16 de diciembre de 1982, 22 de abril de 1983, 23 de mayo de 1984, 14 de febrero de 1986, 17 de septiembre de 1987, 25 de septiembre de 1996, 21 de diciembre del año 2000 y 13 de junio del año en curso 2002, de las que, en esencia resulta, que para la apreciación del abuso de derecho y la aplicación de la doctrina que trata de impedirlo primero y sancionarlo después, caso de haberse ya producido, se exigen los siguientes requisitos: «a) Uso de un derecho, objetiva o externamente legal; b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o sencillamente sin un fin serio y legítimo), o bajo forma objetiva (cuando el daño procede de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)»; pudiéndose concretar esta doctrina «afirmando que los derechos subjetivos tienen unos límites de orden moral, teológico y social, y cuando se obra en aparente ejercicio de un derecho, traspasando en realidad los límites impuestos al mismo por la equidad o la buena fe, con daño para terceros, se incurre en responsabilidad; en estricto sentido quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido», debiendo puntualizar, frente a las críticas que se han alzado ante esta construcción doctrinal, que el examen subjetivo de la conducta del

agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado y tiene como ámbito propio el de no poder invocarse, cuando la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizado por un precepto legal; o dicho de otro modo, el abuso del derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica».

Tercero: Examinadas las actuaciones de los demandados a partir de la fecha en que solicitaron la licencia de obras, en el mes de noviembre del año 1997 y que se viene a recoger con los documentos obrantes a los folios 39 a 50 así como en los Informes que aparecen a los folios 25, emitido en fecha 11 de febrero del año en curso y en el 37, de fecha 1 de febrero del 2001, resulta de una claridad meridiana que la presunta construcción de las viviendas se iba a iniciar en 1998 y que hoy, casi cinco años después no se ha dado comienzo ni siquiera obra alguna preparatoria de cimentación de las mismas; con lo que, sin causa seria y justificada alguna, se ha privado a los actores durante este tiempo, no sólo de las luces y vistas de las que legítimamente y conforme a las normas reguladoras de las relaciones de vecindad en nuestra Región —arts. 143 y 144 de la Compilación— tenían derecho a disfrutar; sino que, además, se les ha impedido llevar a cabo las obras de reparación, restauración y conservación de su vivienda, en la parte que colinda con el solar de los demandados, con los consiguientes perjuicios, y ello porque a los reiterados demandados, sin causa, motivo ni utilidad alguna que lo justifique, decidieron unilateralmente levantar un muro, que hoy tiene nada menos que 6,20 metros de alto y tapa toda la pared del fondo de la casa de los actores, so pretexto de una edificación que en casi cinco años no se ha comenzado.

El reiterado muro, insistimos, se ha levantado sin utilidad final alguna, a la

vista de los informes ya aludidos y, en concreto, del que se aporta por los demandados, del que resulta lo siguiente:

2.º Que sobre el solar, objeto del proyecto que nos ocupa se ha realizado cimentación perimetral, con muro de hormigón armado, con una altura de 1 m. aproximadamente.

3.º Que igualmente se ha realizado cerramiento vertical, con fábrica de bloque de hormigón, sobre el muro mencionado, y recayente a medianera derecha, mirando de frente la nueva obra.

4.º Que dicho cerramiento se ha realizado como soporte de canalón para la recogida de aguas fluviales de la medianera colindante. Que el mismo sirve de muro exterior de la nueva obra. Dicho muro irá complementado con una cámara con aislante y con un bloque de termoarcilla de 16 cm de espesor, evitando de esta forma las humedades y corrientes de aire que se puedan crear en el hueco que ha quedado entre las dos propiedades. Sobre estos nuevos espesores se alojarán los elementos estructurales horizontales (forjados).

5.º Que el hecho de no conectar este muro al resto de la estructura de la nueva obra se debe a la necesidad, de que el mismo, y a la vez los conductos de evacuación de aguas fluviales colindantes, no se vean afectados por los asientos propios de la estructura de la nueva obra, creando así soportes independientes y evitando problemas de colindancia.

6.º Que con la realización de este cerramiento lo que se consigue es que el hueco intermedio entre medianeras no reciba aguas fluviales, que al quedarse estancadas, perjudiquen por humedades a ambas colindancias, particularmente a la existente, al tratarse de un edificio más antiguo y con unos materiales más filtrantes que la nueva obra.

Lo entendemos así porque si nada más construirse el muro litigioso se hubiera realizado la edificación de las viviendas, tendría sentido el mismo, aunque también fuera discutible su construcción dejando un hueco con la finca de

los actores, posibilitando que entre dichos muros pudiera filtrarse el agua de lluvia en mayor o menor medida; pero lo que ya no tiene justificación alguna es su construcción hace años y que hoy no existan las viviendas proyectadas.

Conducta que, sin más discurso, entendemos claramente abusiva y digna de condena no solamente en el ámbito jurídico en el que nos encontramos sino en el social, convivencial y de relaciones de vecindad.

Cuarto: Sentado lo que antecede, estimamos ser de indudable aplicación la doctrina del abuso de derecho, que tiene su sustentación legal en el artículo 7 del Código civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la doctrina en las reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo, ya aludidas; por cuanto entendemos que la cuestión de haberse producido la construcción de las viviendas en el año 1998, cuando se solicitó y concedió la licencia de obras, hubiera resultado un simple caso de colisión de derechos —arts. 143 y 144 de la Compilación— y se hubiera resuelto a favor de los demandados.

Ahora bien, los hechos no se han producido así sino que los demandados han empezado por ejercitar un derecho, cual es el de construir, como ya hemos dicho, pero al no realizar efectivamente la obra proyectada —edificación de viviendas— no puede entenderse que se produjera la colisión de los derechos a los que hemos aludido anteriormente, sino la colisión de un derecho de los demandados a construir sin sujeción a distancia alguna con el de los actores a recibir luz y tener vistas sobre el solar vecino hasta que se haga una construcción normal como la proyectada y con un interés a mantener dicha situación de forma indefinida; lo que, de una parte y ante el comportamiento de los demandados, viene a infringir y vulnerar el artículo 144, que permite a cualquier propietario abrir tanto en pared propia como medianera y a cualquier distancia, huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, hasta que el propietario colin-

dante haga uso de su derecho a edificar o construir en su propiedad sin sujeción a distancia alguna, y, de otra, al haber mantenido desde hace años los demandados el muro edificado sin utilidad ni justificación alguna, estimamos producido un claro abuso de derecho, proscrito por los preceptos ya citados —art. 7 del Código civil y 11.2 de la L.O.P.J.— al haber desconocido, cuando menos, el interés de los actores a mantener las luces y vistas aludidas hasta que los demandados construyan de manera real, seria y definitiva y no como lo han hecho; lo que nos permite deducir que su intención ha sido, si no con un claro ánimo de impedir maliciosamente usar o seguir recibiendo luces y vistas a los actores, si una evidente y censurable actuación antisocial, dirigida contra los mismos, o cuando menos, una evidente anomalía en el ejercicio de su derecho.

Quinto: A mayor abundamiento, la actuación de los demandados ha desembocado en una situación que bien podría también encuadrarse en un supuesto de fraude de Ley, proscrito por el art. 6.4 del Código civil, toda vez que, conforme al referido precepto y a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otra en las Sentencias de 19 de mayo de 1997, 9 de septiembre de 1998 y 23 de enero de 1999, las que vienen a configurar el «fraude legal» por la presencia de dos normas: la conocida y denominada de cobertura, que es a la que se acoge quien intenta el fraude y la que, a través de ésta y de forma fraudulenta, se pretende eludir designada como norma eludible o soslayable.

Los demandados se apoyaron en el núm. 3 del artículo 144 de la Compilación Aragonesa, forzando la expresión «edificar o construir» que no llegaron a efectuar hace casi cinco años, con la finalidad de hacer ilusorio el derecho de los actores concedido por el núm. 1 del mismo artículo de obtener luces y vistas a través del fundo de los reiterados demandados.

Por todo ello y sin un más extenso discurso, hemos de acoger el recurso, revocar la sentencia de instancia y estimar la demanda en los términos que se recogen en la súplica de la misma, con lo que los actores podrán llevar a cabo las reparaciones que en su día no pudieron realizar, según pretendían, al parecer.

Sexto: En armonía con lo prevenido en los artículos 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de primera instancia deben ser impuestas a los demandados, en tanto que las de esta alzada, deben ser satisfechas por ambas partes, en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

59

NÚM. 59

S. APT de 23 de octubre de 2002

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: *Aplicación del art. 541 CC: Esta Audiencia provincial tiene declarado, interpretando el párrafo 2º del art. 145 Comp. en relación con el art. 541 Cc que, si bien, ni la apertura de huecos sobre fondo ajeno, ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen signo aparente de servidumbre, cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, puede entenderse constituida la servidumbre por destino del padre de familia, siempre que al tiempo de efectuarse la separación existiese algún signo aparente de la misma, salvo que el mismo se hubiera hecho desaparecer o se hubiera efectuado manifestación en contrario en el título constitutivo.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 144, 145 Comp.; art. 541 CC; art. 217 LEC/2000.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Fermín Hernández Gironella.*

Ante el JPI núm. 2 de Alcañiz se siguen autos sobre acción confesoria de servidumbre. El Juzgado, en sentencia de 27 de junio de 2002 declara no haber lugar a la misma, desestimando la demanda, al no haber queda-

do demostrado que los huecos abiertos existirían con anterioridad de la división de la finca. La parte actora impugna la sentencia de instancia y la APT desestima el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda inicial de estas actuaciones, encaminada a obtener la declaración de propiedad de los actores sobre una mitad indivisa del patio existente en la parte posterior del edificio sito en el núm. 3 de la (...), de la localidad de Alcorisa, así como la pretensión alternativa de que se declare la existencia de una servidumbre de luces y vistas a favor del local ocupado por don Alberto B. A., y las consiguientes a ambas, para que se derribe lo construido por la demandada en dicho patio de luces, se alza la representación de los actores denunciando error del Juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, estimando que de los documentos que se presentaron con la demanda puede deducirse la propiedad de los actores sobre una mitad indivisa del patio de luces litigioso. Por otra parte y respecto de la petición alternativa que se formulaba en la demanda, para que se declarase la existencia de una servidumbre de luces y vistas a favor del local ocupado por don Alberto B., entiende el recurrente que el Juzgador de instancia no ha tenido en cuenta que ambos predios pertenecieron al mismo dueño, que mantuvo las ventanas correspondientes al hacer la división, por lo que habría de entenderse constituida la servidumbre «por disposición del padre de familia», y en segundo lugar que existe un voladizo que constituiría signo aparente de la misma.

Segundo: Dispone el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que corresponde al actor probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico corres-

pondiente a la demanda; lo que en el ejercicio de la acción reivindicatoria supone acreditar la existencia de un título de dominio, entendido como justificación dominical por cualquier medio de prueba admitido en Derecho; identificar la finca u objeto reivindicado, delimitando su situación, cabida y linderos, y justificando la correspondencia de aquél con el título aportado; y finalmente probando que dicha finca u objeto, debidamente identificado y correlacionado con su título de propiedad, se encuentra en posesión del demandado o demandados; bien entendido que si tales extremos no quedasen acreditados al tiempo de dictarse la sentencia, ésta necesariamente deberá desestimar las pretensiones de la demanda. Ciertamente, en el caso debatido, una primera y apresurada lectura de la escritura pública aportada por el actor como documento núm. 1 de la demanda parece justificar la propiedad de los actores sobre el patio de luces litigioso, cuando en la regla E) del citado documento se afirma que «en la parte trasera de la casa existe un patio de luces que hoy es de aprovechamiento común, pero que pertenece exclusivamente a los Sres. B. (padre de los hoy actores) y N.»; sin embargo un examen más exhaustivo y pormenorizado de dicho documento, como el que se hace en la sentencia recurrida, a la luz de los demás documentos aportados con la demanda, especialmente los fotográficos, de las circunstancias que concurren en el elemento reivindicado, y del informe emitido por el perito judicial Sr. (...), conducen a concluir al igual que se hace en la resolución recurrida, que el patio de luces a que se refiere dicho título no coincide con el reivindicado en la demanda. Ciertamente en el plano que se adjunta a la escritura que sirve de título al demandante se refleja la existencia de un patio de luces en la planta baja; sin embargo hay que hacer notar que en la ya citada regla E) de la misma que sirve de apoyo a la demanda, no se especifica que el patio de luces propiedad de los Sres. B. y N. se encuentre

en la planta baja; por el contrario, en la parte trasera del inmueble, en su primera planta existe un patio que coincide con las propiedades de don José B. y don Pedro N., que se encuentra dividido por una barandilla metálica, y que ha sido objeto de un uso privativo por parte de los inmuebles de ambos; en segundo lugar, desde los locales de la planta baja propiedad de don José B. y don Pedro N., no consta que haya existido nunca salida al patio de luces reivindicado, al que sí se accede desde el inmueble de la demandada; en tercer lugar, las ventanas que se abren desde dichos locales al patio litigioso (fotografías 19 a 23 de las acompañadas con la demanda) están dotadas de reja de hierro y red de alambre, signo evidente de que se encuentran abiertas sobre fundo ajeno (art. 144.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón); finalmente, como señala la sentencia recurrida, no parece lógico que siendo tres los propietarios de los locales de la planta baja del inmueble, la propiedad del patio contiguo se reparta tan sólo entre dos de ellos. Además de todo ello, el informe pericial emitido a instancia del perito judicialmente designado don A. A., abunda todavía mas en dicha conclusión: así se afirma en el mismo que los locales de la planta baja del edificio número tres de la Plaza (...) consumen la total superficie del solar, lo que no ocurre con la planta primera, donde el edificio se retranquea para dejar un patio de luces; en segundo lugar, del examen por dicho perito de los planos que acompañan a la escritura aportada como documento núm. 1 de la demanda, deduce que el muro que separa los locales de la planta baja con el patio litigioso, en cuya prolongación vertical se incluiría el patio de la planta primera, puede ser considerado como muro delimitador del solar del inmueble, por lo que el patio reivindicado quedaría fuera del mismo; finalmente los planos catastrales incluyen dicho patio de luces como parte integrante del inmueble de la calle (...). Todo ello hace más que dudosa la coinci-

dencia del título de dominio aportado con el patio de luces reivindicado en la demanda, por lo que no resulta desacertada la valoración efectuada por el Juzgador *a quo* ni la conclusión, desestimatoria de la acción ejercitada en la demanda, a la que el mismo llega en la sentencia recurrida.

Tercero: En segundo término insiste la parte recurrente en que, en todo caso, existiría en el supuesto enjuiciado una servidumbre de luces y vistas a favor del local ocupado por don Alberto Alberó, que a su juicio habría sido constituida «por destino del padre de familia», habida cuenta que ambos inmuebles pertenecieron en su día a un mismo propietario, viéndose reforzada esta tesis por el hecho de que la ventana que existe abierta en dicho local sobre el patio de luces litigioso, constituye un voladizo sobre la misma. Ciertamente esta Audiencia Provincial, en Sentencia de 6 septiembre 2001, interpretando el párrafo segundo del artículo 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 541 del Código civil ha entendido que, si bien ni la apertura de huecos sobre el fundo ajeno, ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen signo aparente de servidumbre, cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, puede entenderse constituida la servidumbre «por disposición del padre de familia», siempre que al tiempo de efectuarse la separación existiese algún signo aparente de la misma, salvo que el mismo se hubiera hecho desaparecer o se hubiera efectuado manifestación en contrario en el título constitutivo. Ahora bien, en el presente caso, si bien es cierto que ambas fincas pertenecieron a un mismo propietario, ni consta que al tiempo de separarse las propiedades dicho hueco o ventana estuviese abierto, ya que el mismo no consta en los planos que se acompañan a la demanda, ni la apertura del mismo constituye por sí sola signo aparente de servidumbre, cuando el mismo se haya protegido por reja de hierro y

red de alambre, signo este precisamente contrario a la existencia de la misma (art. 145 de la Compilación), y cuando, en contra de lo afirmado por el recurrente, dicha ventana no conforma voladizo alguno sobre dicho patio, tal y como se infiere del informe emitido por el perito judicialmente designado; lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso y a la confirmación de la resolución recurrida.

Cuarto: La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de la totalidad de las costas causadas en segunda instancia, por aplicación del criterio establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 60

S. APT de 21 de noviembre de 2002

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN

NORMAL: Reja y Red: *La apertura para huecos de luces y vistas en pared propia sobre fundo ajeno no es un derecho de servidumbre sino un modo de ser de la propiedad en Aragón que se concibe dentro de las relaciones de vecindad, de la buena fe y de la tolerancia que deben presidir las relaciones entre fundos vecinos. Y partiendo que los huecos que ahora nos ocupan han sido abiertos por los demandados en un muro lateral de una gran terraza, la cual se encuentra abierta permitiendo la entrada de luz y las vistas excluye la evidente necesidad de tener luces por el lugar donde se han abierto los huecos, pudiéndose calificar dicha situación de abuso de la relación de vecindad permitida por el artículo 144.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 144 Comp.*

PONENTE: *Ilma. Sra. doña María Teresa Rivera Blasco.*

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos sobre derechos reales y servidumbre de luce y vistas.

El Juzgado, en sentencia de 27 de mayo de 2002, estima la demanda, declara la inexistencia de una servidumbre de luces y vistas y condena a los demandados a poner material translúcido sobre los huecos abiertos.

El demandado recurre la sentencia de instancia, y la APT desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Estimada en la instancia la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas ejercitada por la actora y condenados a poner en la ventana y balcón o terraza, existentes en la pared de su finca, material vítreo traslúcido que no permita su apertura en modo alguno y únicamente deje pasar la luz, muestran los recurrentes su disconformidad con estos pronunciamientos: en primer lugar por existir una incongruencia entre lo resuelto en la sentencia y lo pedido por la actora, ya que en aquélla se estima y declara la inexistencia de servidumbre de luces y vistas cuando dicha pretensión no ha sido ejercitada por la actora, y también porque entiende que no se ha observado lo previsto en el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por cuanto dicho precepto —añade— permite abrir huecos no sólo para luces sino también para vistas.

Segundo: Tienen razón los apelantes en cuanto alegan que no ha llegado a existir en este pleito controversia sobre la inexistencia de la servidumbre, puesto que si bien en el escrito de demanda la actora ejercitó conjuntamente una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y una acción de condena a poner material vítreo translúcido en el balcón o terraza sobre fundo propio y ventana existente en la pared de la finca propiedad de los demandados, posteriormente, en el acto de la audiencia previa al juicio, la actora concretó su petición al punto segundo de su escrito ante las alegaciones efectuadas por los demandados en su escrito de contestación, por lo que no llegó a existir controversia sobre la inexistencia de servidumbre.

Ahora bien, no puede hablarse de incongruencia de la sentencia de instancia por contener su fallo un pronunciamiento declaratorio de la inexistencia de dicha servidumbre, puesto que esta declaración no deja de ser un presupuesto necesario para entrar a valorar en el caso concreto las relaciones de vecindad establecidas en el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, las cuales presuponen la inexistencia de la indicada servidumbre.

Tercero: El debate entre las partes se centró en la cuestión relativa a si los demandados tienen derecho a mantener el muro oeste de la terraza de su propiedad (que presenta una inclinación que permite tener vistas directas al fundo vecino) y ventana abierta en dicho muro tal como se encuentra en la actualidad, protegidos con barrotes de acero y red de alambre, o si por el contrario deben colocar en dichos huecos material traslúcido que no permita su apertura ni las vistas directas tal como solicita la actora.

La resolución de instancia parte de que el artículo 144 de la Compilación aragonesa, cuando establece que los huecos que pueden abrirse en pared propia o medianera sin sujeción a dimensiones determinadas deben estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección equivalente, tiene como finalidad evitar las vistas directas sobre el fundo vecino para preservar su intimidad, por lo que concluye que deben ser condenados los demandados a colocar en la inclinación del muro de la terraza y ventana abierta en el mismo la protección solicitada por la demandante. Frente a esta sentencia se alza la actora invocando una errónea interpretación del artículo 144 citado por cuanto, alega, «los huecos a los que se refiere dicho precepto tienen por objeto recibir no sólo luces sino también vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, se trate de ventanas o miradores».

Efectivamente, tal como apunta la recurrente, el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón permi-

te, a cualquier distancia del predio ajeno, la apertura de huecos «para luces y vistas» sin sujeción a dimensiones determinadas, requiriendo tan sólo que, dentro de las distancias previstas en el artículo 582 del Código Civil, tales huecos carezcan de balcones y otros voladizos y que estén provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre y otra protección semejante, sin que tal facultad limite el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. Así pues, no puede aceptarse la fundamentación de la resolución impugnada por cuanto el repetido precepto no diferencia que los huecos se abran para luces o para vistas, distinguiéndose especialmente del régimen del Código Civil al permitir la apertura de huecos para vistas a cualquier distancia de la finca vecina y al no establecer ninguna limitación respecto de las dimensiones de los huecos.

Ahora bien, no podemos olvidar que la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia sobre fundo ajeno no es un derecho de servidumbre sino un modo de ser de la propiedad en Aragón que se concibe dentro de las relaciones de vecindad, de la buena fe y la tolerancia que deben presidir las relaciones entre fundos vecinos. Y partiendo de que los huecos que ahora nos ocupan han sido abiertos por los demandados en un muro lateral de una gran terraza, la cual que se encuentra abierta haciendo posible la entrada de luz y permitiendo una amplitud de vistas, excluye evidentemente la «necesidad» de tener luces y vistas por el lugar donde se han abierto los huecos, pudiéndose calificar dicha situación como un abuso de la relación de vecindad permitida por el repetido artículo 144 de la Compilación que no puede consentirse. Por todo ello debe ser confirmado el fallo de la resolución de instancia aunque por unos fundamentos diferentes a los expuestos en la misma.

Cuarto: Al desestimarse el recurso formulado procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 61

S. APT de 4 de diciembre de 2002

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: *Aun cuando la participación sobre la que los herederos del causante reclaman su propiedad figurara a nombre de éste, es evidente que la misma es un bien privativo de la esposa (cónyuge superviviente), ya que la misma perteneció a su padre, y a su fallecimiento fue adquirida por su hija por herencia. Si figura a nombre de su marido, lo es tan sólo, porque en aquella época era normal que las participaciones sobre comunidades de montes figuraran a nombre del cabeza de familia con independencia que fuera o no propietario.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 38.1 Comp.; art. 217 LEC/2000

PONENTE: Ilma. Sra. doña María Teresa Rivera Blasco.

Ante el JPI núm. 1 de Calamocha s siguen autos sobre nulidad de contrato y acción reivindicatoria.

El Juzgado desestima la demanda. La actora recurre en apelación y la APT desestima el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La parte actora en su demanda pretende que se le reintegre la titularidad de la participación en la «Comunidad de Montes de Montalbán» que, según manifiesta, perteneció a su padre don Juan Cancio Enrique O. M., y que la Comunidad le niega al entender que dicha participación fue adquirida por la propia Comunidad en el año 1970 a doña María Cruz A. B., madre del demandante y en aquella fecha viuda de don Juan Cancio Enrique O. M., por el precio de 1.000 pesetas; participación que posteriormente fue vendida al demandado don Manuel G. M. en 1997. Para ello ejercita, en primer lugar una acción de nulidad de contrato con la

finalidad de que se declare nulo aquel contrato de 1970 por el que la Comunidad sostiene que adquirió la participación; en segundo lugar, otra acción de nulidad de contrato para que se declare nulo el contrato de 1997 por el que la Comunidad vendió la participación a su actual titular don Manuel G. M.; y en tercer lugar una acción reivindicativa para que se le reintegre en la posesión de la participación en el Monte que le pertenece al haberla adquirido por herencia de su padre.

La sentencia de instancia desestima íntegramente la demanda, al considerar que el contrato celebrado por la madre del demandante es perfectamente válido y por lo tanto aquella vendió a la Comunidad la mentada participación.

Contra dicha sentencia se alza ahora la parte actora insistiendo en sus planteamientos iniciales, que se concretan en la nulidad radical de aquel contrato al no ser la vendedora propietaria de la participación que se vendió, pues la misma era propiedad de los herederos de don Juan Cancio Enrique O. M., y ella únicamente ostentaba el usufructo viudal sobre la misma.

Segundo: Como paso previo a la resolución del recurso esta Sala quiera dejar constancia de los hechos que se consideran probados tras examinar el resultado de la prueba practicada:

1.º En el listado que configura la Relación de Comuneros del año 1953, documento núm. 2 de los acompañados en la demanda, don Jorge A. G., padre de la madre del demandante doña María Cruz A. B., figuraba como titular de la participación núm. 159 de esa Comunidad. Hecho este que se compagina con lo manifestado por el demandante, al ser sometido a interrogatorio de parte, en el sentido de que había oído en su casa que la participación venía de sus abuelos. Con respecto a este punto hay que indicar que los demandados reconocen que la única justificación existente de las titu-

laridades de la Comunidad es figurar en esos listados.

2.º En ese mismo listado de 1953, que es el que manejó la Comunidad como único documento en que constaba la titularidad de las participaciones hasta que se elaboró otro nuevo en 1960, consta que con fecha 20-1-57 aquella participación pasó a figurar a nombre Enrique O., cónyuge de la hija de aquel titular y padre del ahora demandante, sin que conste el título en virtud del cual se produce ese cambio en la titularidad, si bien conviene hacer constar que el titular cedente don Jorge A. G. había fallecido el 21 de noviembre de 1929.

3.º Con posterioridad a llevarse a cabo en la Relación de Comuneros de 1953 ese cambio de titularidad en la participación núm. 159, se tacha de esa lista esa participación, y se incluye el nombre de Enrique O. M. en dicha relación alfabética con la participación núm. 81. Este hecho queda constatado tras analizar ese listado, del que claramente se observa que el nombre de don Enrique O. M. no figuraba originariamente en esa relación, sino que su nombre se intercala, en una *sui generis* posición alfabética, entre Enrique G. M. y Enrique M. G., adjudicándosele en una primera reenumeración del listado el puesto núm. 81, que pasa a ser el núm. 80 en otra posterior reenumeración de los participantes.

4.º Era normal en aquella época, según es reconocido por todas los testigos miembros de la Comunidad que depusieron, que como titular de la participación en la Relación se pusiera al cabeza de familia independientemente de quien fuera el titular real de la misma.

5.º En el listado de 1960 ya solo figura don Enrique O. M. como propietario de la participación núm. 81, si bien existe una anotación al lado del nombre que indica «1970 propiedad Comunidad», tachándose aquél nombre y anotándose encima la frase «Baja Total».

6.º En 1970 doña María Cruz A. B., transmite mediante un contrato verbal a la Comunidad la participación que figuraba a nombre de su cónyuge, que había fallecido el 14 de febrero de 1969, y que originariamente había pertenecido a su padre don Jorge A. G. por el precio de mil pesetas. Así hay que darlo por acreditado, no solamente por aquella anotación practicada en el listado de 1960 junto al nombre del titular de la participación núm. 81, sino por la declaración testifical de don Jerónimo C., que en aquel año de 1970 era el Presidente de la Comunidad, que manifiesta tajantemente que a petición reiterada de doña María Cruz A. B. la Comunidad le compró la participación por aquel precio, especificando en su declaración que se trataba de la que había heredado de su padre don Jorge A.; hecho este que igualmente viene confirmado por la declaración de otro testigo don Pedro B., que era en aquel año miembro de la Junta Directiva de la Comunidad, que claramente manifiesta que en una Junta celebrada en aquel año el Presidente les informó que había adquirido para la Comunidad esa participación.

7.º En 1997 la Comunidad transmite, tras un sorteo entre todos los interesados, la titularidad de esa participación a don Manuel G. M., por el precio de 100.000 pesetas, figurando ahora como participación núm. 83.

8.º Hasta el 3 de octubre de 1997 no consta que existiese reclamación alguna a la Comunidad por parte del ahora demandante interesando la titularidad de la participación.

Tercero: Establecidos ordenadamente esos hechos, que sustancialmente coinciden con los que la juzgadora de instancia tiene igualmente por acreditados, procede pasar a analizar el recurso interpuesto contra la sentencia. La parte apelante la combate en tanto en cuanto la misma da por válido el contrato verbal celebrado en 1970 por el que la Comunidad adquirió de su madre doña María

Cruz A. B. la tan mentada participación, y que la parte demandante ahora apelante considera nulo por cuanto en dicho contrato no dieron su consentimiento los herederos de don Enrique O. M. que era el titular de la participación, y por lo tanto no era idóneo para transmitir la participación. Pues bien, dicho recurso debe ser desestimado, por cuanto le correspondía a la parte, en virtud del principio general de la carga de la prueba contemplado en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar que su padre era el verdadero titular de la participación que le acreditaba como comunero en la propiedad del Monte de Montalbán, o al menos que esa participación era un bien perteneciente a la comunidad matrimonial formada por sus progenitores, únicos supuestos en los que la venta realizada por su madre no serviría para transmitir la propiedad de la participación al no haber dado su consentimiento los titulares de la misma, que serían, en el primer supuesto los herederos de don Enrique O. M., y en el segundo estos mismos herederos pero sólo en cuanto a la mitad de esa participación que sería la que habrían heredado de su padre, pues la otra mitad seguiría perteneciendo a la madre tras la liquidación de la comunidad conyugal tras el fallecimiento del esposo. Si partimos del hecho acreditado de que era normal en aquellos años hacer constar en el listado al cabeza de familia como titular de la participación, hay que concluir que el figurar en el listado no acredita ser el titular real de la participación, siendo éste el único dato en el que se basa la parte demandante para otorgar a su padre la condición de propietario de la participación. Por el contrario, la prueba practicada ha dejado constancia de que la mentada participación era originariamente del padre de doña María Cruz A., y que tras su fallecimiento se transmitió por vía hereditaria a su hija, constituyendo, tal como determina el artículo 38.1º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, un bien privativo de ella.

Siendo un bien privativo de doña María Cruz A. el contrato de venta de la participación que formalizó con el entonces presidente de la Comunidad hay que considerarlo válido y eficaz para transmitir la propiedad de la participación a la propia Comunidad.

Estos hechos vienen además ratificados por los actos del propio demandante que en el documento que presentó el 9 de septiembre de 1969 para la liquidación del Impuesto de Sucesiones por la herencia de su padre, que había fallecido el día 14 de febrero de 1969, documento núm. 4 de la demanda, no incluyó como bien dejado como el causante la participación en el Monte de Montalbán; ni realizó gestión alguna ante la Comunidad para efectuar el cambio en la titulari-

dad hasta que en octubre de 1997, veintiocho años después de ese fallecimiento, presenta la primera reclamación.

Al declararse válido y eficaz aquel contrato decaen las demás pretensiones de la demanda, por cuanto igualmente hay que considerar válido y eficaz el contrato por el que la Comunidad transmitió la participación en 1997 a Manuel G. M., y debe desestimarse la acción reivindicatoria que tiene como fundamento ser propietario de la cosa reivindicada. Por todo ello, sin más discurso, el recurso debe ser desestimado.

Cuarto: Al desestimarse el presente recurso, procede, de acuerdo con lo establecido en los artículos 394.2 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

ZARAGOZA, 2002

62

NÚM. 62

S. APZ de 4 marzo de 2002

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS PRIVATIVAS: *Aun cuando el préstamo personal contraído por el marido es de fecha anterior a la sentencia de separación, aparece suscrito únicamente por el demandante y a escasas fechas de los primeros escritos judiciales de separación, esto es, cuando ya había quebrado el matrimonio, por lo tanto para ser considerada deuda común debería acreditarse el consentimiento de la esposa o si fue empleado para el sostenimiento de las cargas familiares, pero dada su proximidad a la demanda de separación parece improbable.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 48 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.*

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se sigue autos sobre liquidación de sociedad conyugal. Sobre los resueltos por el juzgador de instancia en la sentencia de 1 de junio de 2002, ambas partes recurren en apelación interesando la inclusión o exclusión de determinados bienes o deudas respecto del inventario. La sección 2.ª de la APZ estima parcialmente el recurso de la esposa y desestima el deducido por su marido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Habiéndose suscitado controversia sobre el inventario, así como diversas partidas y resueltas las cuestiones suscitadas conforme dispone el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Sentencia recurrida, ambas partes combaten a través de sus recursos esta última resolución, entendiendo la representación de doña Rosario M. R. (art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en primer lugar, que el préstamo personal concertado con Ibercaja por importe de 500.000 ptas. en fecha 3-4-97 (póliza

04001.214.425404.182) es una deuda privativa del esposo, que no está afecta la esposa al pago de la sanción impuesta al esposo por la Administración Tributaria, y en cuanto al vehículo Mercedes Benz modelo 300, Z-3875-AS, la venta ya fue llevada a cabo percibiendo la recurrente la mitad de su valor, o en todo caso, no procede remitir la valoración del vehículo a ejecución de Sentencia, pues fue vendido por 300.000 ptas. La representación de don José Antonio S. A. impugna (art. 498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) únicamente la inclusión en el pasivo, como deuda del esposo a la esposa, la mitad del valor en venta de la Caravana marca Moncayo pues el mismo se alega fue vendido constante matrimonio.

Segundo: En cuanto al préstamo de fecha 3/4/97 (póliza 04001214425464), ha de tenerse en cuenta que si bien es de fecha anterior la Sentencia de recepción dado que fue suscrito únicamente por el demandante, y a escasas fechas de los primeros escritos judiciales de separación, en suma, cuando ya el matrimonio se había quebrado habrá que acreditarse si el mismo fue solicitado con consentimiento de la esposa (art. 48 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés), y, en todo caso, si fue utilizado para el sostenimiento de las cargas familiares, que dada su proximidad a la demanda de separación se antoja sumamente improbable, en suma, el recurso debe ser estimado en su primer motivo y procede no incluir en el pasivo del consorcio el préstamo indicado. El segundo de los motivos del recurso de la Sra. M. debe en cambio ser desestimado, por cuanto a la vista del documento obrante al folio 14 se trata de una sanción tributaria correspondiente derivada de la obligación tributaria sobre la declaración anual sobre el I.R.P.F. relativo al ejercicio 97, por lo que debe declararse la misma como deuda consorcial como acertadamente sostiene la Sentencia apelada. En cuanto al vehículo Mercedes Benz, se reconoce por la parte recurrente en el acto de la vista, que recogió tanto las llaves como la documentación y su venta por lo que dada la

controversia sobre su valor procede relevar el mismo al período de la liquidación confirmando la Sentencia en este apartado. Respecto del recurso del Sr. S. no ha quedado acreditada la venta, pues visionado el vídeo no se aprecia en el mismo reconocimiento alguno de la venta y el percibo de su importe por la Sra. M., como alega el apelante, y por cuanto aún de haberse producido la misma durante el matrimonio no consta fuera empleado para el sostenimiento de sus cargas, pues la realización de la venta próxima a la quiebra matrimonial indicaría lo contrario, por lo que procede desestimar el mismo.

Tercero: Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto por doña Rosario M. R. no procede hacer especial declaración sobre las costas por el mismo ocasionadas, y existiendo dudas de hecho, que pudieran justificar el deducido por don José Antonio S. A., no procede tampoco hacer especial declaración sobre el mismo (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 63

S. APZ de 18 de marzo de 2002

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Vivienda familiar: *Pretende la esposa y actora que la vivienda familiar comprada por precio aplazado por su marido antes de la celebración del matrimonio se considere «ganancial» al haberse pagado el resto del precio aplazado con fondos comunes, ex art. 1354 CC. Pues bien, en Aragón resulta aplicable el art. 38 Comp., de manera que la vivienda familiar al ser adquirida por el marido antes del matrimonio debe ser considerada privativa sin perjuicio del reembolso en favor del consorcio a que haya lugar en virtud del art. 47 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 38.1 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.*

Ante el JPI de la Almunia de Doña Godina se siguen autos sobre titularidad de los bienes conyugales. El Juzgado, en sentencia de 17 de septiembre de 2001 desestima la demanda.

La actora recurre en apelación. La sección 2ª APZ estima parcialmente el recurso interpuesto, pero tan solo en lo referente a las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Con carácter previo ha de resolverse el recurso de apelación interpuesto frente al Auto del Juzgado de instancia de 6-10-2000, que se tuvo por anunciado (art. 703 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para el momento de recurrir la resolución definitiva cuyos argumentos deducidos en el recurso de apelación interpuesto el 10-10-2000, se reiteran en el presente escrito de interposición, recurso que no prospera por cuanto el proceso fue suspendido conforme a lo dispuesto en el art. 16, p. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, según se acordó en la comparecencia de fecha 2 de Julio de 2000 (folio 58) por lo que no procedía acceder a la medida cautelar solicitada al estar suspendido el curso de los autos.

Segundo: El objeto del litigio únicamente lo constituye la pretensión de la actora de que la vivienda que fuera domicilio conyugal, sita en Calatorao (Zaragoza) calle Herrería, núm. 23, se declare su naturaleza ganancial, entiendo de la recurrente que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.354 del Código Civil, por cuanto la vivienda conyugal ha sido adquirida mediante pago aplazado por el demandado antes del matrimonio pero satisfecho a totalidad o parte con dinero ganancial, no siendo de aplicación los dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y sí en cambio lo dispuesto en el artículo 1.357.2 del Código Civil, en relación con el citado artículo

1.354 del mismo texto legal dado que el préstamo hipotecario que grava la vivienda se ha pagado con dinero ganancial sirviendo el mismo para la construcción del inmueble, por lo que la vivienda sería ganancial (S.T.S. 1-2-1996 y 18-12-2000) en todo caso no procedería la imposición de las costas al estar justificada la demanda.

Tercero: Celebrada la boda entre los hoy contendientes el 30-10-1993, la compra del solar se efectúa el 17-11-1992 por el demandado, la expedición del certificado de fin de obra el 17-8-1993 y el demandado suscribió el préstamo hipotecario exclusivamente a su nombre el 28-5-1993, si a ello añadimos que la escritura de obra y división de la copropiedad existente en el terreno se otorga igualmente antes del matrimonio a favor del demandado, debemos concluir que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.357.2 y 1354 del Código Civil, sino el artículo 38.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón al tratarse de un bien privativo aportado al matrimonio por el demandado al margen de si alguna de las amortizaciones del crédito hipotecario suscrito por el demandado se hubiera hecho efectivo durante el matrimonio siendo en este caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de fecha 15-6-1999 en supuesto análogo, por lo que procede desestimarse el recurso confirmándose la Sentencia apelada.

Cuarto: En cuanto a las costas de la primera instancia teniendo en cuenta que la demanda interpuesta pudiera tener cierta justificación dada la naturaleza del litigio y las dudas de hecho que sobre estas cuestiones se producen, procede estimar el recurso únicamente en este apartado sin que tampoco proceda hacer especial declaración sobre las costas del mismo (art. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

64

NÚM. 64

S. APZ de 8 de abril de 2002

0: DERECHO TRANSITORIO Y**OTRAS MATERIAS: JURISDICCIÓN**

CIVIL: *La alegación de incompetencia jurisdiccional que alega el apelante debe ser desestimada por cuanto no es deducible la presente acción ante los tribunales de lo contencioso por tratarse de una obligación civil (art. 592 CC) que afecta a las relaciones de vecindad entre las partes. 82: RELACIONES DE VECINDAD: INMISIÓN DE RAMAS Y RAÍCES: El art. 143 Comp., al remitirse a las facultades que tiene todo propietario conforme a lo dispuesto en el art. 592 CC, establece la necesidad de que concurra justa causa, lo que se aprecia en este caso, por lo que el ayuntamiento ha de podar las ramas de los árboles que vuelan sobre la finca de la actora.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 143 Comp.; art. 592 CC; art. 9.4 LOPJ.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Ante el JPI de la Almunia de Doña Godina se siguen autos sobre relaciones de vecindad de un particular frente a un ayuntamiento. El Juzgado, en sentencia de 7 de septiembre de 2001, estima íntegramente la demanda. El demandado recurre en apelación alegando incompetencia de jurisdicción así como por razones de fondo. La sección 2.ª de la APZ desestima el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la Sentencia de instancia, estimatoria de la demanda, sostiene el Consistorio demandado en su recurso (art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en primer lugar, la incompetencia de la Jurisdicción Civil para el conocimiento del litigio, y como segundo que no se ha acreditado justa causa que justifique la tala de ramas de los chopos propiedad del recurrente como proclama la resolución recurrida.

Segundo: La excepción alegada no puede prosperar, pues conforme al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es deducible la presente acción ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al tratarse de una obligación (art. 592 del Código civil) que afecta a las relaciones de vecindad entre las parte, y que entra dentro del derecho privado susceptible, por consiguiente, de ser ventilado en los Tribunales civiles (art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Tercero: Efectivamente, el artículo 143 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón al remitirse a las facultades que tiene el propietario conforme lo dispuesto en el artículo 592 del Código civil, establece la necesidad de que concurra justa causa, acreditada pues la invasión del vuelo del fundo del actor de 10 chopos propiedad del demandado (informe pericial obrante a los folios 78 y ss.), el propio perito indica que la proyección de sombra sobre el terreno del actor se produce por la chopera del demandado, que se aprecia menor vegetación en aquellos lugares más ensombrecidos por la inmisión de los árboles de la demandada, que igualmente, la caída de hojas dificulta el riego y que a pesar de la aclaración al perito sobre el concepto «sol a media tarde» y su injerencia sobre la finca del actor, igualmente, siguen manteniéndose los perjuicios en el resto del día y es un hecho notorio, que los árboles frutales que se encuentran más influenciados por la sombra sufren un desarrollo menor que los otros, por lo que se aprecia, efectivamente, justa causa para el ejercicio de las facultades del artículo 592 del Código civil, en suma, el recurso debe ser estimado.

Cuarto: Pudiendo existir cierta justificación a la hora de la interposición del presente recurso no procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el mismo (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

65

NÚM. 65

S. APZ de 8 de abril de 2002

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS BIENES COMUNES: *Se trata de establecer si la demandada no contratante debe responder solidariamente de la deuda contraída por su esposo al encargar al taller del actor que reparara un vehículo automóvil. La APZ, sección 2.ª considera aplicable el art. 1091 Cc, de manera que el taller sólo puede dirigirse contra el deudor, no siendo aplicables los arts. 41 y 43 Comp., que sólo se refieren al pasivo de la comunidad consorcial, tema que sólo podrá afectar a esta materia en ejecución de la sentencia estimatoria que se dictase, y por vía del art. 541 LEC/00.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 40, 41 y 43 Comp.; art. 1091 CC.

PONENTE: Ilma. Sra. doña Elia Mata Albert

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguen autos sobre reclamación de cantidad por una deuda contraída por el marido consistente en reparar un vehículo a motor. La demanda se dirige contra el cónyuge no contratante. El Juzgado estima la demanda y condena a la cónyuge del contratante al abono de la cantidad reclamada.

Frente a este pronunciamiento se alza la demanda y suplica que su responsabilidad sólo debe tener lugar de forma subsidiaria.

La sección 2.ª de la APZ estima el recurso y absuelve a la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: «Talleres R., S. L.» formuló demanda contra don Basilio M. T. y doña María Luz S. G., en reclamación de la suma de 232.106 pesetas, correspondientes al importe de la reparación llevada a cabo en el automóvil de estos últimos, accionando al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.583 y siguientes del Código Civil y 40 de la Compila-

ción Aragonesa, pretensión que ha sido estimada por la Sentencia dictada en la instancia, la que, tras la incoación del proceso Monitorio entablado, condena a doña María Luz, al abono de la deuda, después de haberse despachado ejecución contra el codemandado, que no formuló oposición a la demanda interpuesta, y a tenor de lo dispuesto en los artículos 41 y 43 de la Compilación Aragonesa. Contra esta resolución se alza dicha condenada, o suplicando su revocación y consiguiente absolución o, subsidiariamente, sea declarada su responsabilidad subsidiaria, en defecto de bienes comunes del matrimonio.

Segundo: Como bien señala la Sentencia impugnada, el objeto del litigio lo constituye si la demandada, no contratante, debe responder solidariamente de la deuda contraída por su esposo, al concertar éste el contrato de obra de autos, con la actora, consistente en el encargo de la reparación del vehículo matrícula Z-5059-AN, y cuyo importe es el reclamado en el proceso. Y la respuesta no puede más que ser negativa, al amparo de las siguientes consideraciones.

Dice el artículo 1.091 del Código civil que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, lo que comporta que los derechos y obligaciones de todo contrato se limiten, subjetiva y exclusivamente, a los contratantes y, en su defecto, a sus herederos, no pudiendo afectar a los que no intervinieron en su otorgamiento, según claramente señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1994.

Consecuentemente, habiéndose ejercitado por la actora una acción personal, en exigencia del cumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra (arts. 1.544 y siguientes del Código civil), es evidente que sólo está compelido al mismo quien contractualmente se obligó a pagar un precio cierto por la obra ejecutada, y éste no fue más que el esposo de la demandada, don Basilio M. T. que

ocupó en el concierto la posición de arrendatario, siendo ajena al mismo la esposa de este último, que ninguna intervención tuvo en los hechos como así ha venido a reconocer la propia demandante en su escrito de demanda y en el acto de la vista del Juicio, todo lo que conduce a su necesaria absolución de los pedimentos contra ella deducidos

Tercero: Sentado lo anterior, y con respecto a los artículos anteriormente citados por la resolución impugnada de la Compilación Aragonesa, debe señalarse su falta de aplicación al caso de autos, al referirse al tratamiento del pasivo de la comunidad consorcial, tema que únicamente podría afectar al que nos ocupa en materia de ejecución de la sentencia estimatoria que se dictase, y por la vía del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que, lógicamente, prevé un trámite de oposición del cónyuge no llamado al proceso.

Por todo ello el recurso debe ser estimado, y revocarse la Sentencia dictada, con imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte actora (art. 394 Ley de Enjuiciamiento Civil)

Cuarto: Estimándose el recurso, no procede hacer pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada (art. 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 7 de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas; art. 1.1, 4.1, 96, 97, 99, 1438, 1665, CC.; art. 10, 14, 39 CE.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez.*

La sentencia de 11 de junio de 2001 desestima la demanda interpuesta por la actora, conviviente no casada frente a su pareja, declarando que no ha lugar a ser indemnizada. La actora recurre en apelación alegando desequilibrio económico que tras la ruptura de la pareja. La sección 5.ª de la APZ estima el recurso de apelación interpuesto por la actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y

Primero: La doctrina legal, bastante consolidada, en orden a dilucidar las consecuencias jurídicas de las uniones estables de parejas no casadas, sobre todo en el orden económico, viene estableciendo que la unión de hecho «que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990, de 15 noviembre y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la norma reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del libro Cuarto del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogía legis», que aquí no se da, sino por «analogía iuris») de algún determi-

NÚM. 66

S. APZ de 2 de mayo de 2002

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: *Aún cuando la pareja estable no es equiparable al matrimonio se puede admitir la aplicación análoga de la previsión del art. 97 CC., pero además, en Aragón, el art. 7 de la Ley de parejas estables no casadas prevé que ante una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto por una de las partes de la pareja se puede generar en favor del perjudicado un derecho indemnizatorio, que sí concurre en este caso.*

nado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del Código civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial («more uxorio»), por el mero y exclusivo derecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias, o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho».

En este sentido se pronunciarán las sentencias de 3 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero y 22 de julio de 1993, y 23 de julio de 1998. Sin perjuicio de que, como ocurre en el supuesto examinado en la última sentencia citada, se acredite la existencia de ese pacto tendente a crear un patrimonio común, en cuyo caso procedería su determinación y liquidación.

La doctrina legal se puede pues resumir, estableciendo que:

«1.º Que las uniones matrimoniales y las paramatrimoniales no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes.

2.º Que no es aplicable ni por analogía a esas uniones de hecho las normas que están establecidas específicamente para la regulación del matrimonio ni en particular la normativa del régimen económico matrimonial de gananciales.

3.º Que para que pueda sostenerse que entre quienes mantuvieron este tipo de convivencia se constituyó una comunidad o una sociedad irregular es necesario, en particular para esta última, «la existencia de pactos inter partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil» (S. 22-7-93), pactos que podrán ser expresos o tácitos pero que en todo caso tiene que patentizar la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal».

Segundo: En la última jurisprudencia se ha iniciado una evolución de esa doctrina en orden a reconocer algunas consecuencias jurídicas a esa unión de hecho, incluso patrimoniales, admitiéndose incluso la posibilidad de que generen el derecho a una indemnización. Esta evolución se resume en la sentencia de 10 de marzo de 1998, en la que se afirmará que «se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia «more uxorio»; así, la de 20 octubre 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de nor-

mas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio art. 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo art. 16.1, b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado».

Tercero: Si se quiere sintetizar los últimos criterios jurisprudenciales sobre la materia, lo que queda claro es una decidida voluntad de, sea acudiendo a una u otra construcción jurídica, concluir compensando al miembro de la pareja, normalmente la mujer, que ha destinado su esfuerzo personal durante los años de convivencia a la atención de las labores domésticas y cuidado de los hijos, en tanto que el otro miembro de la pareja ha destinado su actividad y esfuerzos al ejercicio de alguna profesión que le ha venido reportando, en mayor o menor medida, un beneficio económico. En definitiva que uno realizó una actividad que no redundaba en un beneficio económico y que, por ende, no se patrimonializa, y el otro sí, con la desventaja adicional además para el primero de ellos que al final la convivencia, de haber sido dilatada en el tiempo, no habrá podido alcanzar una capacitación profesional, con merma, en ocasiones importante, de acceder al mercado laboral.

Ante esa situación, la sentencia de 27 de marzo de 2001, que se puede considerar paradigmática en este sentido, acudirá a la doctrina del enriquecimiento sin causa para justificar el reconocimiento de una indemnización con el que compensar el desequilibrio patrimonial que se puede producir tras la ruptura de las parejas estables no casadas, citando como precedente la de 20 de octubre de 1994. Y ello tras advertir, corrigiendo a la

Audiencia, que no es incongruente cuando planteada una reclamación encaminada al otorgamiento de una indemnización por aplicación del artículo 97 del Código civil, se otorga por apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto.

Y para justificar esto se invocará la doctrina contenida en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, en la que se razonará que: «ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el Sr. ... durante los años de convivencia con la Sra.... se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la Sra.... hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes anunciados, y que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la Sra. ... y el beneficio reportado al Sr. ... No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal «a quo», porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— en la forma que está probado lo vino realizando la Sra. ... Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa».

Más la meritada sentencia de 5 de julio de 2001 reforzará el pronunciamiento condenatorio, acudiendo, además, a dos construcciones jurídicas.

Una será la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil. Invocará en su apoyo las sentencias de 16 de diciembre de 1996, y razonará que «con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho. Ya la demandante había indicado, como razón de apoyo a su pretensión, la analogía del supuesto normativo con el contenido del artículo 97 del Código civil (ruptura de la convivencia, desequilibrio económico en relación con la posición del otro, enriquecimiento de la situación anterior a la misma...). Se suele decir, sin demasiadas precisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas sobre el matrimonio y, esto es cierto, en tanto en cuanto afecta a reglas específicas del matrimonio, y muy especialmente, a la sociedad legal de gananciales».

Y la mencionada sentencia ya remacha la justificación de la indemnización compensatoria, acudiendo a los principios generales del derecho: «es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código civil y matiza el apartado 4.º del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación

de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio art. 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo art. 16.1 b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado. Tal principio general, teniendo en cuenta las razones coincidentes que se aceptan en los preceptos ya señalados, se manifiesta, en cuanto al caso, que se examina, en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada. Todas las precedentes razones abonan lo ya dicho y justifican la decisión final».

Cuarto: Esta doctrina ha sido, en parte reiterada y en parte matizada por la sentencia de 5 de julio de 2001.

Reiterada en cuanto entiende aplicable por analogía el artículo 97 del Código civil: «ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomalía, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de

uniones de hecho «more uxorio» encuentra su semejanza en su disolución y final por voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código civil y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón».

Matizada porque esta última sentencia con claridad, repudiará la consideración de que en estos supuestos concurre un enriquecimiento injusto. Y aunque no desconozca los precedentes jurisprudenciales que así lo reconocen (citará las sentencias de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994), y como antes se ha transcrito, en las Autonomías en las que no se ha legislado se tendría que acudir al argumento del enriquecimiento sin causa «que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista». Y esto es así porque efectivamente la construcción jurisprudencial del enriquecimiento sin causa no encuentra adecuación en relación a

esa situación no equitativa que puede resultar tras la ruptura de la convivencia «more uxorio»: ni el patrimonio de uno trae causa del empobrecimiento del otro, ni de la actividad de este último, sino de la suya propia. Y tal consecuencia no es sino secuencia a lo querido libremente por la pareja, en relación asentada en una vinculación afectiva, que no puede proyectarse o traducirse en términos patrimoniales.

La situación, pues, puede ser poco equitativa.

También la aplicación analógica puede encontrar serios obstáculos. Pues como el mismo Tribunal Supremo había advertido no es fácil invocar tal aplicación analógica cuando los interesados voluntariamente dieron la espalda al régimen jurídico del matrimonio. En una situación como la actual donde el hecho de no contraer matrimonio responde a una libre decisión de la pareja (no se trata pues, como pudo ocurrir en tiempos pretéritos de nuestro ordenamiento jurídico, de situaciones forzadas) asentada la más de las veces, en el recíproco deseo de crear el menor número de vínculos jurídicos posibles, la aplicación analógica del régimen jurídico del matrimonio, sea aplicable tanto a las situaciones de estabilidad como de crisis del mismo, debe hacerse con sumo cuidado.

Esa situación que aunque no constitutiva de enriquecimiento injusto, sí que puede ser poco equitativa, debe tener su específica sanción legal. Es lo que ocurrirá en Aragón con la Ley de la Comunidad 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que regula en su artículo 7 los efectos patrimoniales de la extinción en vida. Con la peculiaridad de exigir, como requisito constitutivo del reconocimiento del derecho el distorsionante elemento el de que la situación de desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto, lo que como se ha dicho no es técnicamente correcto. Se hubiera acertado en mayor medida si se hubiera regulado la situación de desequi-

librio que generara el derecho indemnizatorio, como hará el artículo 1.438 del Código civil. Si no se quiere concluir que se exige un requisito imposible, el mencionado artículo 7 lo que trata de compensar es pues esa situación final desigual y poco equitativa.

Quinto: Sentadas las bases de esa titubeante evolución jurisprudencial hay que determinar las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos. Doce años de convivencia, dos hijas todavía de corta edad, nacida la demandante en el año 1969, el demandado en 1957, sin que conste ninguna cualificación profesional de la demandante, carente de todo patrimonio, el demandado por el contrario tendrá una situación patrimonial relativamente desahogada, que se sintetizaría en la sentencia dictada a propósito de los alimentos reconocidos a favor de las hijas, a lo que cabría añadir el dato relativo a la facturación de «G., S. A.», obtenido en esta alzada, que aunque referenciada a importes brutos, son significativos de una posición acomodada (en 1999 se le facturaron 17.731.770 ptas.), por lo que la Sala entiende que se producen los presupuestos que la Ley Aragonesa previene en orden al reconocimiento de una indemnización que la Sala estima ponderado fijar en 2.000.000 ptas. (12.020,24 euros).

Sexto: Al estimarse parcialmente la demanda y el recurso no procede hacer una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias.

compra constante matrimonio, sin que conste el carácter privativo del dinero, lo mismo cabe afirmar sobre el otro inmueble discutido, que igualmente fue adquirido a título oneroso y constante matrimonio. (art. 37.1 Comp.)

DISPOSICIONES CITADAS: art. 37.1 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos sobre ejecución sentencia de divorcio. El Juzgado en sentencia de 25 de julio de 2001 estima en parte la demanda de la esposa y declara la composición del activo y pasivo del consorcio conyugal. Contra dicha sentencia ambas partes interponen sendos recursos de apelación.

La sección 2.ª de la APZ estima el recurso de apelación de la esposa

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente proceso derivado de lo dispuesto en los artículos 807 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no existiendo acuerdo en cuanto al inventariado de los bienes constitutivos de la sociedad conyugal la Sentencia de instancia conforme dispone el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedió a determinar el Activo y el Pasivo de aquella frente a cuya resolución la representación de la actora sostiene que la parcela sita en Zaragoza. C/ Cinco de Noviembre, núm. 26 pertenece al Consorcio. Por la representación de don Ricardo R. G. se considera que debe excluirse del activo conyugal la mitad indivisa del terreno e inmueble sito en La Puebla de Híjar, Barrio de la Estación, y restituirse el bien descrito en el núm. 3 del activo por el usufructo vitalicio sobre dicho terreno e inmueble.

Segundo: En cuanto al recurso de la actora, de la documental obrante a los folios 58 y 59 a 66 puesta en relación con

NÚM. 67

S. APZ de 7 de mayo de 2002

6631: CONSORCIO CONYUGAL:
ACTIVO: BIENES COMUNES: *Los bienes sobre los que se impugna la composición del inventario realizado por el Juzgado, debe ser estimada en parte y ello porque aún cuando la parcela discutida perteneciera a los padres del demandado, la misma debe ser considerada común y no privativa del marido ya que se adquirió por*

la testifical practicada en el acto de la vista en esta instancia (art. 376 L.E.C.) claramente se deduce que la parcela sita en Zaragoza. c/ Cinco de Noviembre, núm. 26 perteneció a los padres del demandado, que fue adquirida por éste y junto con su esposa constante matrimonio realizando pagos parciales, hasta su completo pago, quedando únicamente pendiente el abono de la contribución urbana de la parcela como así se desprende del documento obrante al folio 71 y que ratifica una de los testigos en el acto de la vista, por lo que al adquirirse la parcela con dinero ganancial, independiente de su procedencia, la misma ha de incluirse en el Consorcio (art. 37.1 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés) revocándose la Sentencia apelada en este apartado.

Tercero: Respecto del recurso del demandado no consta acreditado ningún tipo de consentimiento por parte de la actora a la transmisión efectuada al amparo de la escritura pública de 29-12-1998, no desvirtuando el hecho de que el mismo fue adquirido constante matrimonio (art. 37 1º Compilación de Derecho Civil Aragonés) por lo que procede confirmar la Sentencia en este apartado al igual que lo referente al inmueble sito en la Puebla de Híjar (Teruel), pues fue adquirido constante matrimonio (folio 51) constando igualmente los pagos (folios 55 y siguientes) sin que se haya acreditado su compra con dinero privativo (art. 38 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés) como se insiste en el recurso sin probatura alguna, en suma, se desestima en su totalidad el recurso del demandado.

Cuarto: Al estimarse el recurso de la actora no procede hacer especial declaración sobre las costas por el mismo ocasionadas y aún desestimándose el deducido por el demandado, dada la dificultad probatoria y complejidad del litigio, procede no hacer especial declaración sobre las costas del mismo (art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 68

S. APZ de 17 de junio 2002

6631: CONSORCIO CONYUGAL:

ACTIVO: BIENES COMUNES: *La suma que reclama la demanda como bien común y que consiste en una cantidad de dinero percibida por el marido en concepto de atrasos debe ser acogida, puesto que dicha cantidad la percibe el marido a consecuencia del recurso contencioso administrativo interpuesto frente al Ministerio en virtud del cual se modifica su categoría profesional correspondiéndole un mayor salario, y la cantidad que percibe son los atrasos que corresponden a dicha categoría profesional. Por ello, siendo salario, y no una indemnización, ha de estimarse dicha cantidad como bien común (art. 37.1 Comp.)*

6632: CONSORCIO CONYUGAL:**PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO:**

Honorarios de abogado: *Los gastos por honorarios de letrado deben considerarse deuda común del matrimonio y, por lo tanto, ingresar en el pasivo consorcial, puesto debido al proceso se obtuvo un bien consorcial, la suma por atrasos y trienios, de manera que la deuda es del artículo 41.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 37, 40, 41 Comp.

PONENTE: *Ilma. Sra. doña Elia Mata Albert.*

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos sobre liquidación de sociedad conyugal. El juzgado en sentencia de 19 de diciembre de 2001 estima en parte la demanda y procede a inventariar el activo y pasivo del consorcio.

La parte actora interpone recurso de apelación por no estar conforme con la calificación de algunos bienes y deudas.

La sección 2.ª de la APZ estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Contra la Sentencia dictada en la instancia, se alza la parte demandada, impugnando tres puntos específicos

del inventario que estipula dicha resolución, en concreto, los relativos al activo de la sociedad conyugal, donde, según ella, deben incluirse el saldo en efectivo existente en la cuenta corriente de la C.A.I., de la que es titular el actor, y que debe ascender a 1.767.683 pesetas, y la suma de 609.206 pesetas cobradas por el actor en concepto de atrasos, debiendo, finalmente, excluirse del pasivo la cantidad de 75.400 pesetas referente a honorarios de Letrado por el recurso contencioso-administrativo planteado por el demandante.

Frente a dicha pretensión el actor opone su improcedencia, solicitando se cuantifique el saldo de la cuenta de la C.A.I. en 1.178.046 pesetas en virtud de la deducción previa de pagos consorciales verificados por el mismo, con dinero exclusivo suyo.

Segundo: La recurrente alega, respecto del saldo de la cuenta corriente, procedente del importe de la venta del vehículo conyugal, Skoda Octavia, de 2.400.000 pesetas, efectuada en julio de 2001, que no resultan asumibles los descuentos que del mismo efectúa el actor, al tratarse de pagos de gastos conyugales realizados con dinero consorcial, por lo que sólo pueden admitirse, el recibo del préstamo con vencimiento 20-6-2001 y su cancelación total, al ser pagos posteriores a la separación matrimonial, decretada por Sentencia de 15 de junio de 2001 (Documento núm. 1 de la demanda).

Y, efectivamente, el motivo debe prosperar, porque aunque el actor alega que dichos pagos fueron realizados exclusivamente por él, los documentos aportados con la demanda, con los números 2 a 9, no revelan ni acreditan al carácter privativo del dinero con que satisfizo los mismos, debiendo estarse a la presunción de ganancialidad de sus recursos, a falta de otra prueba en contrario, conforme establece el artículo 40 de la Compilación Aragonesa, y al carácter ganancial de los recursos que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad (art. 37.2º de la Compilación).

Por lo tanto, debe fijarse el saldo de dicha cuenta en la suma establecida por la recurrente.

Tercero: También debe incluirse en el activo la suma de 609.206 pesetas, cobrada por el actor en concepto de atrasos por sueldo base y trienios, según se deduce de la misiva remitida por el Letrado actuante en el recurso contencioso por el actor planteado para su clasificación profesional, y de la contestación remitida por el Parque Móvil del Estado, con copia del Fallo de la Sentencia recaída en dicho recurso (folios 93 y 121 y ss. de la causa), lo que determina que al no corresponder dicha cantidad a indemnización alguna, sino a sueldo debido por cambio de categoría profesional, debe incluirse tal numerario en el apartado 2.º del artículo 37 de la Compilación, bien obtenido del trabajo o actividad del cónyuge, de carácter ganancial.

Cuarto: Por lo que respecta al pasivo, habiéndose generado los gastos por honorarios de Letrado, por la consecución de un bien consorcial, como lo fue la suma por atrasos de sueldo y trienios, es evidente que los mismos deben incluirse en el pasivo, conforme previene el artículo 41 de la Compilación, pese a su escasa cuantía.

Quinto: La índole de la cuestión litigiosa sometida a debate impide efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada (arts. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 69

S. APZ de 12 de diciembre de 2002

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: *La falta de protección adecuada en los huecos abiertos no puede considerarse un signo aparente de servidumbre y el propietario del fundo en que se abren no puede alegar su ausencia como causa de adquisición de una servidumbre de luces y vistas que pudiera obligar al propietario del inmueble ajeno a*

edificar a las distancias que señala el art. 585 Cc. La falta de protección exigida no es signo aparente de servidumbre, sino un incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las normas de relaciones de vecindad, lo que supone que sea cual sea el tiempo transcurrido con los huecos abiertos sin reja ni rete, su existencia no impediría al dueño del predio contiguo la edificación en la forma autorizada en el art. 143 Comp., es decir, sin guardar distancia con los huecos. 84: SERVIDUMBRES: DE SALIDA DE HUMOS: Usucapión: Al no haber título no cabe apreciar su adquisición por usucapión pues implicando la misma una servidumbre negativa, en el sentido de no imponer al dueño del predio sirviente la obligación de dejar de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino en el de prohibirle hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre —tapar el hueco— el tiempo de posesión para la adquisición de la servidumbre, ex art. 538 Cc, empieza a contarse, no desde el día de su apertura, sino a partir de un acto obstativo por el que el dueño del predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre. En el caso, como primer hecho obstativo hay que entender el de la presentación de la demanda por el actor, es obvio que el plazo exigido legalmente no ha transcurrido.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 144, 145, 147, Comp.; arts. 538, 582 CC.; arts. 39 y 40 LH.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garos.

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguen autos sobre derechos reales y servidumbres. El Juzgado, en sentencia de 31 de julio de 2001, estima parcialmente la demanda declarando la existencia de una servidumbre de vertido de agua pluvial. E igualmente estima la reconvencción formulada de contrario declarando que el actor reconvenido no ostenta sobre la finca del demandado reconviniendo servidum-

bre de luces y vistas ni de paso, ni de salida de humos y gases.

La parte actora (y reconvenida) recurre en apelación. El demandado se opone a dicho recurso. La sección 2.ª de la APZ, estima en parte el recurso y condena al demandado a la demolición de un muro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda de don Luis O., declaró en favor de la finca de su propiedad, sita en C/ (...), de Zuera, y sobre el espacio o pasillo que ocupaba un antiguo brazal de riego, franja intermedia entre aquella finca y la de los demandados, la servidumbre de vertido de aguas pluviales de cubierta, absolviéndolos de los demás pedimentos de su demanda —reconocimiento a su favor de la existencia de servidumbre de luces y vistas y de salida de humos y gases, condena de las demandadas a la demolición de las construcciones efectuadas en aquella franja intermedia y rectificación de los linderos de la finca 5.755, tomo 4.210, folio 1.586, así como de las dos fincas resultantes de la división horizontal de la anterior, en el sentido de que las mismas no lindan con C/ (...), sino con el brazal—. De otro lado, estimando en parte la demanda reconvenicional interpuesta declaró a los demandados propietarios de la finca sita en la C/ (...), de Zuera, en el estado y manera actual, conforme a la descripción del Registro de la Propiedad y del Catastro, incluyendo en ella el antiguo riego mencionado y condenando a don Luis O. a pasar por las anteriores declaraciones, con la modificación de los Libros del Registro en ese sentido.

Recurre el actor, que discrepa de la declaración de propiedad efectuada a favor de los demandados sobre el antiguo riego y pide se declaren en su favor las servidumbres de luces y vistas y de evacuación de humos y que conforme a lo pedido en su demanda al amparo del artículo 1.675 LEC se condene a los

demandados a la demolición de las obras realizadas por los mismos en el espacio del riego.

Segundo: La viabilidad de la acción declarativa del dominio exige, además de la cumplida justificación de este último por el actor, la exacta identificación de la finca, que no sólo implica la fijación precisa y exacta de su situación, cabida y linderos, sino la demostración de que el predio identificado sobre el terreno es aquel al que se refieren los documentos y pruebas en que el actor funda su pretensión (SSTS 21 abril 1993, 8 noviembre 1994, 5 febrero 1999, y 26 mayo 2000).

Tales exigencias, en el caso, no aparecen debidamente satisfechas.

Hasta el año 1998, en el que mediante escrito de 23 de junio se procedió a inscribir un exceso de superficie y a alterar el lindero de la finca por su fondo, señalando como límites las casas núms. 4 y 6 de la C/ (...), la finca de los demandados limitaba por ese lado con brazal. La sentencia de instancia, sin embargo, concluyó que los demandados son propietarios de ese brazal en la franja de terreno que separa su casa de la del actor, porque —decía— si el mismo se constituyó como una servidumbre de acueducto constituida para regar los huertos de un convento próximo y otros del término, «hay que pensar la conveniencia de que a efectos de su constitución se hiciere discurrir por terrenos de cuantos menos propietarios fuese posible, a fin de que estos pudiesen cumplir las correspondientes facultades»; que si tal servidumbre de acueducto lleva aparejada la existencia de otra de paso, necesario para llevar a cabo las labores de su mantenimiento, «habrá que entender que la finca más próxima al andador es la que tiene más probabilidades de haber formado una unidad con el brazal constituido y está es la de los demandados»; que estando cerrado por puertas exteriores el acceso a esa parte del brazal desde la vía pública «hay que suponer igualmente la privacidad de esa porción de terreno»; que, no habiendo hecho el Sin-

dicato de Riegos manifestación ninguna en reivindicación de su propiedad sobre el brazal, «por fuerza tiene que pertenecer o a la finca del demandante, el cual expresamente manifiesta que no le pertenece en propiedad, o a la finca de los demandados, que por los detalles antes expuestos se considera más factible»; que al tiempo de realizarse la obra interrumpida, los Servicios Técnicos municipales la autorizaron por no constar la titularidad pública o privada de la referida franja de terreno; y, en definitiva, que no podía considerar reveladora la descripción como lindero del brazal ni la determinación de la superficie transmitida con exclusión del mismo, porque su existencia consta desde tiempo inmemorial y porque, dado su nulo valor, en cuanto que servidumbre ejercitada, y su especificidad, «constituye un elemento idóneo para servir de delimitador» y porque «por estar en uso pudiera excluirse incluso como superficie útil de la finca que se transmite».

Ninguna de esas razones es, sin embargo, decisiva ni supone la prueba exigida por el acogimiento de sus pretensiones, con las graves consecuencias que del mismo se siguen.

El mismo hecho de que la finca lindase con el brazal hace evidente que este existía con anterioridad a su segregación de la matriz y desvirtúa la fuerza lógica del argumento. Y que el andador se alinease a lo largo de la finca de los demandados reconvinentes tampoco puede estimarse elemento definidor de la propiedad, como tampoco lo es el cierre de la franja intermedia y el hecho de que la misma no sea propiedad del Sindicato de Riegos ni del actor reconvenido, argumentos negativos que es claro no pueden atribuir una propiedad que queda contradicha por una titulación de la que esa propiedad no deriva.

Y en la oscuridad que rodea sus orígenes y devenir posterior no hay por qué excluir la posibilidad de que los causahabientes de los reconvinentes perdiesen o abandonasen en su día la propiedad del

riego, con independencia de lo que hiciesen los demás colindantes, bien entendido que, si en este proceso han solicitado la declaración de la propiedad del riego en toda la extensión que confronta con su casa, lo han hecho en base a la titulación aportada (vd. fundamento de derecho II de la reconvención), pero no han invocado su adquisición por prescripción adquisitiva, a cuyos efectos es obviamente insuficiente la referencia que a la usucapion hacen en el hecho tercero, en la que se da por supuesto que desde la adquisición de su propiedad por «el padre de unos de mis poderdantes» «ya ha transcurrido tiempo más que suficiente incluso para usucapir», pero no se ejercita acción ninguna con tal base causal.

Por último, la inclusión de un mueble o de un inmueble en un Catastro o amillaramiento o Registro Fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto descrito puede pertenecer a quien figura como titular del mismo en dicho Registro, y lo mismo los recibos de pago de los correspondientes impuestos, por lo que, no pudiendo estimarse acreditada la titularidad del riego, la sentencia de instancia debe ser revocada en este punto, con la consiguiente rectificación registral (arts. 39 y 40 de la Ley Hipotecaria), todo ello con independencia de que el actor reconvenido no haya probado ser dueño de la cosa, e incluso reconocido que no lo es, pues es únicamente sobre los actores reconvencionales sobre quienes pesaba la prueba de su derecho.

Tercero: En lo que respecta a la servidumbre de luces y vistas, el Juez de instancia, tras plantearse la cuestión de si la existencia de huecos sin las protecciones exigidas por el artículo 144.3 de la Compilación —reja de hierro remetida en la pared y red de alambre— constituye signo no aparente de servidumbre, resolvió que no, conclusión negativa de la que discrepa el apelante, que entiende que del artículo 145 de la Compilación se desprende que, si aquellos huecos no están protegidos, sí son signos no aparentes de servidumbre, pudiendo devenir en

auténtica servidumbre si el propietario colindante no exige la colocación de los elementos protectores.

El motivo no puede ser acogido. El artículo 144 de la Compilación, en lo que respecta a huecos para luces y vistas, establece el régimen ordinario de la propiedad inmobiliaria en Aragón, admitiendo que cualquier persona, en pared propia o medianera, pueda abrir huecos como desee, requiriendo tan sólo que dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil —2 metros en las vistas rectas de 60 cm en la oblicuas— tales huecos carezcan de balcones y otros voladizos y estén protegidos con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, sin que tal facultad limite el derecho del propietario del predio sirviente a edificar o construir en él sin sujeción a distancias. El artículo 145 de la Compilación, por su parte, contempla la posibilidad de que nazca un derecho de servidumbre a favor del propietario del inmueble en el que se abren los huecos, distinguiendo las dos posibilidades de contravención de las limitaciones del artículo 144, esto es, que los huecos abiertos dentro de las medidas del artículo 582 tengan balcones o voladizos o que tales huecos no tengan la protección dispuesta.

En el primer caso, si los balcones o voladizos caen sobre fundo ajeno se convierten en signos aparentes de servidumbre, con posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva en el plazo y con los requisitos del artículo 147.

En el segundo, que es el caso, la falta de una protección adecuada en los huecos abiertos no puede considerarse signo aparente de servidumbre y el propietario del fundo en que se abren no puede alegar su ausencia como causa de adquisición de una servidumbre de luces y vistas que pudiera obligar al propietario del inmueble ajeno a edificar a las distancias del artículo 585 del Código civil. La falta de la protección exigida no es signo aparente de servidumbre, sino un incumplimiento del régimen ordinario de propiedad y de las normales relaciones de

vecindad, lo que supone que, sea cual sea el tiempo transcurrido con los huecos abiertos sin reja ni rete, su existencia no impedirá al dueño del predio contiguo la edificación en la forma autorizada por el artículo 144.3, esto es, sin guardar distancia con los huecos.

Cuarto: La desestimación de la declaración relativa a la servidumbre de humos y gases que pedían los actores debe ser confirmada.

Inexistente título sobre el particular, no cabe apreciar su adquisición por usucapión, pues, implicando la misma una servidumbre negativa, en el sentido de no imponer al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino en el de prohibirle hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre —tapar el hueco—, el tiempo de posesión para la adquisición de la servidumbre, ex art. 538 C.C., empieza a contarse, no desde el día de su apertura, sino a partir de un acto obstativo por el que el dueño del predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre. En el caso, en el que como primer acto obstativo hay que entender el de presentación de la demanda por el actor, es obvio que el plazo exigido legalmente no ha transcurrido, debiéndose concluir que la adquisición de la servidumbre no se ha producido.

Quinto: El artículo 1.675 LEC 1881, aplicable en el caso, dispone que «El que hubiere promovido el interdicto podrá ejercitar en el juicio declarativo correspondiente el derecho de que se creyere asistido para obtener la demolición de la obra, si la sentencia del interdicto hubiere sido contraria a sus pretensiones, o para pedir la demolición de lo anteriormente edificado, en el caso de haberse confirmado la suspensión», por lo cual, ganado en su día por los actores el interdicto que precedió a la demanda origen de estos autos y acreditado que en la actualidad la única función que tiene el muro levantado por los demandados es la de tapar las ventanas que se encuen-

tran en la fachada posterior de la casa del actor, debe estimarse la pretensión de demolición deducida.

Sexto: Las costas de la primera instancia y de esta alzada se rigen respectivamente por los artículos 523 LEC 1881 y 398 LEC 1/2000, no debiendo hacerse imposición de las causadas por la reconvencción formulada habida cuenta de la complejidad del caso y de las dudas que rodean el juicio de hecho.

NÚM. 70

S. APZ de 27 de marzo de 2002

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL

PACCIONADO: CAPITULACIONES: Inoponibilidad a terceros: *Ha de resultar aplicable lo dispuesto en los arts. 1.317 y 1.401 CC, que contemplan directamente el caso entre acreedor-cónyuge, al sancionar el primero que la modificación del régimen económico no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, y proclamar el segundo que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la comunidad los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, por todo lo cual conjugando el artículo 41 Comp. con los anteriores no se puede admitir la eficacia de los capítulos matrimoniales en los que se pactó un régimen de separación con el olvido y fraude del crédito legítimamente contraído por el tercero, so pretexto de que se aplique el artículo 43.2 en relación con el 41.5, que no son ahora aplicables, pues la falta de bienes comunes se debe al cambio de régimen económico, debiendo establecerse por aplicación del CC, la responsabilidad de ambos cónyuges, si bien respecto del no deudor haciéndole responder sólo con los bienes que le hayan sido adjudicados.* **6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS DE GESTIÓN: Responsabilidad:** *El art. 41 de la Comp. hace referencia al pasivo definitivo de la comunidad, mientras que el art. 42 alude al pasivo provisional que no juega en las relaciones internas de los consortes, este último precepto se*

concibió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge, y tiene por objeto procurar la máxima solvencia del consorcio frente a quien contrata con los cónyuges, especialmente de aquél de ellos que ejerce un profesión o desarrolla negocios de los que se nutre el activo consorcial, y en esas relaciones externas entre tercero y comunidad aquél no tiene necesidad de entrar a considerar si el débito que contrae puede o no quedar comprendido dentro de alguno de los supuestos del art. 41 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 41, 42, 43 Comp.; art. 1317 y 1401 CC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Pérez García.

Ante el JPI núm. 15 de Zaragoza se siguen autos sobre reclamación de cantidad. El Juzgado, en sentencia de 3 de septiembre de 2001, estima la demanda y condena a los demandados (cónyuges divorciados) a que paguen a la actora la cantidad reclamada e intereses que se determinen.

Los codemandados recurren en apelación alegando la inaplicación del artículo 42 Comp. que impediría dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge no contratante.

La APZ, sección 5.ª, desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, alegando que la modificación del régimen económico no puede perjudicar a terceros

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y

Primero: En el caso que ahora se enjuicia, el actor reclama de los demandados el pago de cierta suma prestada, siendo aquellos cónyuges al tiempo de efectuarse el préstamo, que se celebró por escrito sólo con el marido, habiéndose otorgado posteriormente por aquellos capitulaciones matrimoniales por las que se pactaba el régimen de separación absoluta de bienes, sin que la deuda de mención fuera expresamente recogida

en los mismos, cuyo matrimonio después se disolvió por sentencia de divorcio.

Segundo: La primera cuestión que plantea la representación de la demandada es la referente a la extinción de la deuda por su pago, aludiendo a que aquella se satisfizo con el importe de la recaudación de unas máquinas recreativas existentes en el bar que entonces explotaban los esposos, en atención a las cuales se otorgó precisamente el préstamo ahora discutido, sin que además esta presente deuda fuera objeto de reclamación en otro juicio posteriormente entablado por deuda diversa, hecho éste que a su juicio es demostrativo de que la deuda anterior ya había sido satisfecha, pues en otro caso se hubiera reclamado en aquel otro anterior juicio. Tales divagaciones no son sin más demostrativas de que esta deuda haya quedado extinguida, que es carga probatoria que hubiera correspondido a la demandada a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento, tanto más en cuanto que no queda debidamente justificada la razón de que no se recogieran las letras de cambio que como garantía fueran firmadas precisamente por la demandada, y que han sido presentadas con la demanda.

Segundo: En el anterior juicio que ha quedado señalado, la Audiencia Provincial de esta ciudad resolvió el asunto aplicando los artículos 42 de la Compilación, y 1.317 y 1.402 del Código civil, éstos con carácter subsidiario conferido por el artículo 1 de aquella, que es la solución también dada por la Sentencia ahora apelada. El recurso combate la aplicación de esos preceptos, razonando que la remisión al Código civil no resulta factible al existir un artículo de la Compilación, que es el 42.2, que con propiedad se adapta al caso, y de cuyo tenor resulta que no se puede exigir responsabilidad a la esposa no contratante. Ciertamente es que tal artículo se refiere a los supuestos 2ª a 4ª del artículo 41 anterior, dejando al margen el número primero de éste al ser supuesto expresamente contemplado en

el párrafo primero del artículo que se comenta, y que, conforme señala la doctrina que lo ha estudiado, se extraen las tres consecuencias siguientes: A) Responsabilidad indistinta ante el tercero del patrimonio común y del privativo del cónyuge que contrae la deuda; B) La irresponsabilidad frente a tercero del cónyuge que no contrajo el débito; y C) Derecho a reembolso condicionado a la demostración de que efectivamente la deuda redundó en utilidad común, por todo lo cual, en las relaciones externas y directas con el acreedor no existe responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda, sin perjuicio del posterior derecho de repetición que incumbe al cónyuge que la hubiera satisfecho, que ya se coloca en ámbito distinto y fuera del que es propio de este juicio. Pero también en la misma doctrina, ahora comentando el artículo 42 de la Compilación, después de exponer sus diferencias con el 41 precedente —éste hace referencia al pasivo definitivo de la comunidad, mientras que el segundo alude a su pasivo provisional que no juega en las relaciones internas de los consortes—, establece que tal precepto se concibió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge, y tiene por objeto procurar la máxima solvencia del consorcio frente a quien contrata con los cónyuges, especialmente de aquel de ellos que ejerce una profesión o desarrolla negocios de los que se nutre el activo negocial, y en esas relaciones externas entre tercero y comunidad, aquel no tiene necesidad de entrar a considerar si el débito que contrae puede quedar o no comprendido dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 41. Y en virtud de esa protección del tercero que contrata de buena fe con uno u otro cónyuge al considerar lo hace en la explotación de sus negocios o desempeño de su profesión, ha de resultar de forzosa aplicación lo dispuesto en aquellos artículos 1.317 y 1.401 del Código civil, que son los discutidos por la recurrente, pero que contemplan directamente el caso en esas relaciones acree-

dor-cónyuge, al sancionar el primero que la modificación del régimen económico no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, y proclamar el segundo mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la comunidad los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, por todo lo cual, conjugando aquel artículo 41 de la Compilación y 1.317 y 1.401 del Código, no se puede admitir la eficacia de los referenciados capítulos matrimoniales en los que se pactó un régimen de separación de bienes con olvido y fraude del crédito legítimamente contraído por el tercero, so pretexto de lo que se dice en el artículo 43.2 siguiente en relación con el artículo 41.5.⁹ anterior, al decirse que aquel resulta de genérica aplicación en cualquier caso de inexistencia de bienes comunes, lo que no es rigurosamente exacto, pues así será en los supuestos normales en que éstos por una u otra razón conforme a Derecho hayan podido desaparecer, pero no cuando se han otorgado nuevos capítulos desconociendo el crédito legítimo del tercero, en cuyo caso se ha de otorgar prioridad a aquellos del Código civil, que establecen la responsabilidad de ambos cónyuges, si bien respecto del no deudor con ciertas restricciones, sólo «con los bienes que le hayan sido adjudicados», sin que por lo demás ninguna eficacia deba darse a los que los cónyuges pudieran haber acordado en el pacto 3º, 2 al señalar que «No responderán de las deudas y obligaciones contraídas por el otro, salvo que expresamente se avalen», que es acuerdo inválido frente al tercero contratante de buena fe.

Tercero: Así lo ha resuelto la Sentencia del Juzgado, como así también lo hizo la otra Sentencia dictada con referencia a la otra deuda contraída por las mismas partes en iguales condiciones, por lo que aquella deberá confirmarse, con su inseparable secuela de imponer al recurrente las costas de esta alzada, conforme al artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

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 POSCONSOR-CIAL
 - 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 ABOLRIO 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

51: FUENTES**CÓDIGO CIVIL**• **DERECHO SUPLETORIO***S. TSJA, 23 junio 2004*

No es correcto mezclar normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código civil, que únicamente serían de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa.

5 2003-2004 (IX-X)• **REMISIÓN ESTÁTICA***S. TSJA, 4 febrero 2004*

En Aragón, para la adquisición de servidumbres por destino del padre de familia, a los efectos del artículo 145 Comp., son signos aparentes de la misma los que determina el Código civil, y no los que lo sean conforme a la Compilación. Y ello, porque la aplicación del artículo 541 CC en Aragón no es como Derecho supletorio, sino como remisión estática.

3 2003-2004 (IX-X)**COSTUMBRE***S. APH 31 marzo 2001*

El demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la obligación de proteger las ventanas con reja y red (salvo en el caso de la ventana de reciente construcción), puesto que bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna en huecos abiertos en pared común divisoria. La única excepción a ello era la costumbre del lugar, pero la misma hubiera correspondido probarla a la actora. En el presente caso, además, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de edificios que colinden con finca ajena.

13 2003-2004 (IX-X)«**STANDUM EST CHARTAE**»*S. APT 14 julio 2001*

La constitución de una comunidad germánica de bienes entre las partes es válida

conforme al principio «*Standum est chartae*», y en consecuencia todos los bienes que integran la comunidad pertenecen a la totalidad de los comuneros, no hay cuotas, no son susceptibles de transmisión, y no cabe pedir la división material y sólo cuando se extinga la comunidad puede procederse a su disolución. Por ello cualquier comunero está legitimado en defensa de la comunidad, pues es propietario de TODOS los bienes que la constituyen.

25 2003-2004 (IX-X)• **LÍMITES***S. APT 19 junio 2001*

La división material que se pretende resultaría contraria al artículo 21.2 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, tal y como destaca el informe emitido por el ayuntamiento de Cella, pues aun cuando el principio *standum est chartae* contenido en el artículo 3 consagra el principio de libertad de pacto, el mismo está supeditado a que no sean contrarios a las normas imperativas del Derecho aragonés.

24 2003-2004 (IX-X)**64: RELACIONES ENTRE
ASCENDIENTES
Y DESCENDIENTES****AUTORIDAD FAMILIAR**• **PRIVACIÓN***S. APZ 21 abril 2001*

La patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestar asistencia de todo tipo, de manera que todas las medidas que se acuerden, incluida la privación de la patria potestad, en Aragón Autoridad familiar, deben adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. Con la privación de la patria potestad o autoridad familiar no se pretende sancionar una conducta en cuanto al incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.

37 2003-2004 (IX-X)

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS*A. APZ 19 febrero 2001*

A efectos de constitución de la tutela, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en el artículo 9 y 10 Comp., pues la autoridad familiar de otras personas de las que habla este último precepto es de carácter facultativo, y ningún interesado ha promovido la designación de quien deba ejercerla ni provocado la constitución de la Junta (art. 20 Comp.), y es común la afirmación de que el término «podrá» que emplea el artículo 10 implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor lo haga más aconsejable.

32 2003-2004 (IX-X)

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES**TUTELA**• **PRELACIÓN***A. APZ, 19 febrero 2001*

En lo que se refiere a la prelación que ha de observarse en el discernimiento del cargo de tutor, rige el artículo 234 CC, y ante la falta de la delación testamentaria, única que regula la Compilación, y el precepto referido establece un orden de llamamientos, tiene como norma de cierre la posibilidad de que el juez de forma motivada prescinda o altere dicho orden en base al interés del menor.

32 2003-2004 (IX-X)

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL**DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE***S. APH (Sala de lo Penal), 11 diciembre 2001*

El régimen económico que regía el matrimonio era el de separación de bienes legal de Cataluña, ya que ambos cónyuges tenían

vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo. El esposo, aun natural de Granada, residía en Sabadell desde los 9 años y se casó a los 25 con Dolores. Tenía entonces vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo (art. 230 y 15 del CC, en la interpretación de la STS de 21 de septiembre de 2000, que contradice lo dispuesto en el artículo 225 RRC). La mujer también residía en Sabadell desde 1963, por ello también sería catalana; es más, aunque ella no hubiera adquirido por residencia dicha vecindad, así se le hubiera considerado, pues a la fecha de contraer matrimonio, la ley aplicable decía que ella seguiría la vecindad del marido.

Por otorgado, de aplicarse el 9.2 del Cc vigente, también el régimen debería ser el legal catalán, pues la residencia común [...]

19 2003-2004 (IX-X)

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL*S. APZ, 8 noviembre 2001*

No habiendo capítulos matrimoniales, resulta aplicable el régimen legal aragonés, y no cabe admitir la hipótesis de la existencia de un régimen de separación entre los cónyuges desde 1997, ya que aunque residían separados por motivos de trabajo a todos los efectos el domicilio del actor seguía siendo el conyugal donde residía los fines de semana.

43 2003-2004 (IX-X)

• **DERECHO SUPLETORIO***S. TSJA, 7 julio 2003*

La deuda que ha dado lugar al embargo trabado se generó vigente el régimen consorcial aragonés, puesto que la escritura por la que éste se modifica es de fecha posterior. Además, dicha escritura de capítulos en la que se adjudica la mitad indivisa del bien ahora embargado, no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa por la que se ordena el embargo. Resulta de aplicación el artículo 1333 del Cc, norma supletoria de la Compilación, en cuanto que previene que los pactos que modifiquen el régimen de matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, se tomará razón en el Registro, y sólo desde la fecha de la inscripción correspondiente perjudicará a terceros de buena fe, tal y como tiene declarado la jurisprudencia del TS.

1 2003-2004 (IX-X)

• **INOPONIBILIDAD A TERCEROS**

S. TSJA, 7 julio 2003

La deuda que ha dado lugar al embargo trabado se generó vigente el régimen consorcial aragonés, puesto que la escritura por la que éste se modifica es de fecha posterior. Además, dicha escritura de capítulos en la que se adjudica la mitad indivisa del bien ahora embargado, no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa por la que se ordena el embargo. Resulta de aplicación el artículo 1333 del Cc, norma supletoria de la Compilación, en cuanto que previene que los pactos que modifiquen el régimen de matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, se tomará razón en el Registro, y sólo desde la fecha de la inscripción correspondiente perjudicará a terceros de buena fe, tal y como tiene declarado la jurisprudencia del TS.

1 2003-2004 (IX-X)

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

CAPITULACIONES

• **EFFECTOS RETROACTIVOS**

S. TSJA, 23 junio 2004

Los cónyuges decidieron dejar sin efecto su régimen económico de separación de bienes; pactar a partir de entonces régimen económico consorcial aragonés y otorgar a dicho pacto efectos retroactivos (conforme posibilita la Compilación aragonesa del Derecho Civil) y «para mayor claridad» concretan que son consorciales todos los bienes por ellos adquiridos a título oneroso tras la celebración del matrimonio: todo ello es válido en Aragón.

5 2003-2004 (IX-X)

• **INOPONIBILIDAD A TERCEROS**

S. APZ, 27 marzo 2002

Ha de resultar aplicable lo dispuesto en los artículos 1317 y 1401 CC, que contemplan directamente el caso entre acreedor-cónyuge, al sancionar el primero que la modificación del régimen económico no perjudicará en

ningún caso los derechos adquiridos por terceros, y proclamar el segundo que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la comunidad los acreedores conservaran sus créditos contra el cónyuge deudor, por todo lo cual conjugando el artículo 41 Comp. con los anteriores no se puede admitir la eficacia de los capítulos matrimoniales en los que se pactó un régimen de separación con el olvido y fraude del crédito legítimamente contraído por el tercero, so pretexto de que se aplique el artículo 43.2 en relación con el 41.5, que no son ahora aplicables, pues la falta de bienes comunes se debe al cambio de régimen económico, debiendo establecerse por aplicación del CC, la responsabilidad de ambos cónyuges, si bien respecto del no [...]

70 2003-2004 (IX-X)

• **RESCISIÓN**

S. APZ, 28 marzo 2001

La circunstancia de que la modificación de los capítulos sea inoponible frente a terceros que hubieran adquirido derechos antes de la modificación o de su publicidad impide, por regla general, que se articule con éxito la acción rescisoria, al ser ésta subsidiaria.

Ahora bien, se ha de tener en cuenta que las nuevas capitulaciones crean una apariencia y su inscripción registral hace también ineficaz el principio legal de inoponibilidad, sobre todo cuando la deuda que se reclama no es consorcial, sino privativa. Por ello, en estos supuestos puede acogerse la acción rescisoria.

35 2003-2004 (IX-X)

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

BIENES COMUNES

S. APZ, 7 mayo 2002

Los bienes sobre los que se impugna la composición del inventario realizado por el Juzgado, debe ser estimada en parte y ello porque aun cuando la parcela discutida perteneciera a los padres del demandado, la misma debe ser considerada común y no privativa del marido ya que se adquirió por compra constante matrimonio, sin que conste el carácter

privativo del dinero, lo mismo cabe afirmar sobre el otro inmueble discutido, que igualmente fue adquirido a título oneroso y constante matrimonio (art. 37.1 Comp.).

67 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 17 junio 2002

La suma que reclama la demanda como bien común y que consiste en una cantidad de dinero percibida por el marido en concepto de atrasos debe ser acogida, puesto que dicha cantidad la percibe el marido a consecuencia del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Ministerio en virtud del cual se modifica su categoría profesional, correspondiéndole un mayor salario, y la cantidad que percibe son los atrasos que corresponden a dicha categoría profesional. Por ello, siendo salario, y no una indemnización, ha de estimarse dicha cantidad como bien común (art. 37.1 Comp.).

68 2003-2004 (IX-X)

• **CLÍNICA VETERINARIA**

S. APZ, 8 noviembre 2001

La clínica veterinaria se abrió constante matrimonio, se solicitó comúnmente un préstamo para ello, y el actor también aportó su trabajo a la misma, por ello dicho negocio así como los muebles y enseres del mismo deben ser considerados consorciales.

43 2003-2004 (IX-X)

• **PLAN DE PENSIONES**

S. APZ, 8 noviembre 2001

Respecto del plan de pensiones suscrito por el marido, debe ser considerado común su valor consolidado, al ser hechas las aportaciones con dinero común.

43 2003-2004 (IX-X)

BIENES PRIVATIVOS

S. APT, 7 abril 2001

El coche debe ser considerado adquirido como sitio, constante matrimonio, a título oneroso y con dinero, no de la comunidad, sino en la mayor parte aportado por la mujer y en parte por el marido; en consecuencia, el

vehículo es propiedad de ambos litigantes, pero en la proporción que resulte de las respectivas aportaciones.

Ahora bien, el valor del vehículo no es el mismo hoy que el que tenía hace cuatro años, cuando se compró, por ello se ha de fijar el valor que el vehículo tenía en el momento en que se decretó la disolución de la sociedad conyugal, así como el porcentaje que corresponde a cada uno de los propietarios sobre la base principal de su respectiva aportación a fin de que a quien le sea adjudicado indemnice al otro en la parte correspondiente a dicho valor.

21 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 8 noviembre 2001

El vehículo objeto de discusión debe ser considerado privativo de la esposa, pues consta en autos que fue donado por la madre de la esposa antes de la celebración del matrimonio, sin que sea relevante que, constante matrimonio, se produjera una transferencia administrativa en la titularidad del vehículo. Lo mismo debe decirse respecto de la que ha sido la vivienda familiar del matrimonio, pues se adquirió a través de una donación encubierta. Por lo demás, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.354.

43 2003-2004 (IX-X)

S. APT, 4 diciembre 2002

Aun cuando la participación sobre la que los herederos del causante reclaman su propiedad figurara a nombre de éste, es evidente que la misma es un bien privativo de la esposa (cónyuge supérstite), ya que la misma perteneció a su padre, y a su fallecimiento fue adquirida por su hija por herencia. Si figura a nombre de su marido, lo es tan sólo, porque en aquella época era normal que las participaciones sobre comunidades de montes figuraran a nombre del cabeza de familia, con independencia que fuera o no propietario.

61 2003-2004 (IX-X)

• **INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN**

S. APZ, 26 febrero 2001

La suma por la que se discute su calificación, si es común o privativa, se percibió con posterioridad a la separación matrimonial,

pero el crédito a ella surgió constante matrimonio, pero ello no conduce a que dicha partida deba ser calificada como bien común.

La razón es que dicha cantidad de dinero la percibió el marido en razón de un plan de prejubilación promovido por la empresa para la que trabajaba y que se articuló dentro de un expediente de regulación de empleo que motivó la extinción de la relación laboral, y el acogimiento a dicho plan le otorgaba el derecho a una indemnización. Esta cantidad de dinero ha de considerarse privativa del marido, tal y como se desprende del artículo 38.2.º o 5.º Comp.

33 2003-2004 (IX-X)

• TRASPASO DE NEGOCIO

S. APZ, 21 mayo 2001

Teniendo el negocio del carácter de bien privativo (el negocio de bar pertenecía al marido con anterioridad a la celebración del matrimonio), y no acreditándose una mejora en el mismo mediante aportación económica del consorcio, es obvio que el beneficio obtenido en el traspaso en modo alguno puede tener naturaleza ganancial (arts. 38 y 39 Comp.).

39 2003-2004 (IX-X)

• VIVIENDA FAMILIAR

S. APZ, 26 noviembre 2001

El referido piso comprado por el marido con precio aplazado antes de la celebración del matrimonio no ha de considerarse en parte privativo y en parte consorcial, tal y como afirma el artículo 1.354 Cc.

En Aragón, por aplicación de los artículos 38 y 47 Comp. es privativo del esposo, que lo aportó al matrimonio, sin perjuicio de los reintegros, por razón de los pagos hechos con bienes consorciales.

45 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 18 marzo 2002

Pretende la esposa y actora que la vivienda familiar comprada por precio aplazado por su marido antes de la celebración del matrimonio se considere «ganancial» al haberse pagado el resto del precio aplazado con fondos comunes, ex artículo 1.354 Cc. Pues bien, en Aragón resulta aplicable el artículo 38 Comp., de manera que la vivienda familiar al ser

adquirida por el marido antes del matrimonio debe ser considerada privativa sin perjuicio del reembolso en favor del consorcio a que haya lugar en virtud del artículo 47 Comp.

63 2003-2004 (IX-X)

BIENES SITIOS

S. APT 7 abril 2001

La diferencia entre bienes muebles y sitios viene fijada entendiendo que estos últimos, los sitios, comprenden no sólo los inmuebles por naturaleza o incorporación, sino todos aquellos que por su adscripción a un ciclo productivo, su diferenciabilidad o su permanencia los hacen fácilmente diferenciales, en tanto que los primeros, los muebles, son o se deben incluir en dicho concepto, todos los demás bienes.

En resumen, los muebles pueden ser ordinarios o especiales. Los primeros son los normales, muebles por naturaleza o los que siendo inicialmente «sitios», por pacto ex artículo 29, les atribuyen la condición de muebles. Los segundos, especiales, son los que también se estiman de significación extraordinaria (art. 39 Comp.), salvo pacto en contrario.

21 2003-2004 (IX-X)

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. APZ, 21 mayo 2001

En el consorcio conyugal aragonés se presumen comunes los bienes, de cualquier clase, adquiridos a título oneroso, e incluso se presume que es común todo aquel bien del que no se pueda aportar prueba de su privacidad. Prueba que recae sobre quien alegue el carácter no consorcial del bien. En este caso, queda demostrado a través de los saldos de las c.c. del marido antes del matrimonio que el dinero que tenía se empleó en la adquisición del negocio, por lo que éste debe ser considerado privativo, desvirtuándose así la presunción.

39 2003-2004 (IX-X)

• LÍMITES

S. APH, 20 octubre 2002

Al no existir prueba bastante de que la madre de los litigantes hubiera adquirido el inmueble para su sociedad conyugal a título de compraventa, hemos de entender que dicha

finca forma parte de la herencia de su madre. La condición del carácter consorcial de los bienes cuya condición privativa no pueda demostrarse no alcanza a un caso como el presente en el cual el inmueble litigioso habría sido heredado naturalmente por la referida señora de no existir otro título adquisitivo.

51 2003-2004 (IX-X)

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO

CARGAS DEL MATRIMONIO

• HONORARIOS DE ABOGADO

S. APZ, 17 junio 2002

Los gastos por honorarios de letrado deben considerarse deuda común del matrimonio y, por lo tanto, ingresar en el pasivo consorcial, puesto debido al proceso se obtuvo un bien consorcial, la suma por atrasos y trienios, de manera que la deuda es del artículo 41.

68 2003-2004 (IX-X)

• RESPONSABILIDAD

S. APT, 20 febrero 2002

La deuda del marido frente a la Tesorería General de la Seguridad Social es una deuda común y una carga de la comunidad, por ello, en aplicación del artículo 43 deben responder los bienes comunes.

Esta deuda se contrajo constante matrimonio, y aunque ahora se haya disuelto la sociedad conyugal por sentencia de separación matrimonial, cabe afirmar que la esposa es también deudora, al ser común la deuda, y por ello no puede admitirse la tercería que ha promovido manteniéndose el embargo sobre su salario, ya que los bienes que le han sido embargados lo son por deuda propia y no ajena.

53 2003-2004 (IX-X)

DEUDAS DE GESTIÓN

• DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO

A. APH, 17 enero 2002

De los artículos 6, 7 y 8 del Ccom., en relación con el 1.565 Cc. y 41.5.º y 42 Comp., se des-

prende que tienen el carácter de deudas comunes las contraídas por el esposo aquí ejecutado en el ejercicio del comercio de pescadería. Por no ser una deuda privativa o de un sólo cónyuge, sino que estamos ante una deuda común responden directamente y no de forma subsidiaria los bienes consorciales y la consecuencia inmediata de todo ello es que no es aplicable el artículo 541.3 LEC/00.

46 2003-2004 (IX-X)

• RESPONSABILIDAD

S. APZ, 27 marzo 2002

El artículo 41 de la Comp. hace referencia al pasivo definitivo de la comunidad, mientras que el artículo 42 alude al pasivo provisional que no juega en las relaciones internas de los consortes; este último precepto se concibió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge, y tiene por objeto procurar la máxima solvencia del consorcio frente a quien contrata con los cónyuges, especialmente de aquel de ellos que ejerce una profesión o desarrolla negocios de los que se nutre el activo consorcial, y en esas relaciones externas entre tercero y comunidad aquél no tiene necesidad de entrar a considerar si el débito que contrae puede o no quedar comprendido dentro de alguno de los supuestos del artículo 41.

70 2003-2004 (IX-X)

• RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

S. TSJA, 7 julio 2003

El artículo 42 Comp. determina la responsabilidad de los bienes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de una actividad profesional. El hecho de que se haya producido una declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el marido era administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad de los bienes comunes derivada del artículo 42 Comp.

1 2003-2004 (IX-X)

DEUDAS PRIVATIVAS*S. APZ, 4 marzo 2002*

Aun cuando el préstamo personal contraído por el marido es de fecha anterior a la sentencia de separación, aparece suscrito únicamente por el demandante y a escasas fechas de los primeros escritos judiciales de separación, esto es, cuando y había quebrado el matrimonio, por lo tanto para ser considerada deuda común debería acreditarse el consentimiento de la esposa o si fue empleado para el sostenimiento de las cargas familiares, pero dada su proximidad a la demanda de separación parece improbable.

62 2003-2004 (IX-X)

- **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES**

S. TSJA, 7 julio 2003

Las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban junto con el principal e intereses el total de la deuda reclamada al marido (administrador único de la sociedad), ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto (deuda de gestión del art. 42 Comp.), y ello porque su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes *ex* artículo 42, sino que constituirían deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor, y siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 Comp.

1 2003-2004 (IX-X)

- **RESPONSABILIDADES PENALES**

S. APZ, 21 mayo 2001

En cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales, habiéndose abonado con cargo al consorcio procede reintegrarlo en el activo.

39 2003-2004 (IX-X)**RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS BIENES COMUNES***S. APZ, 8 abril 2002*

Se trata de establecer si la demandada no contratante debe responder solidariamente de

la deuda contraída por su esposo al encargar al taller del actor que reparara un vehículo automóvil. La APZ, sec. 2.³, considera aplicable el artículo 1.091 Cc., de manera que el taller sólo puede dirigirse contra el deudor, no siendo aplicables los artículos 41 y 43 Comp., que sólo se refieren al pasivo de la comunidad consorcial, tema que sólo podrá afectar a esta materia en ejecución de la sentencia estimatoria que se dictase, y por vía del artículo 541 LEC/00.

65 2003-2004 (IX-X)**6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN****GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS**

- **LEGITIMACIÓN PASIVA**

S. APH, 8 marzo 2002

Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, artículo 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el artículo 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte; por ello, carece éste de legitimación pasiva en el proceso, puesto que es la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.

49 2003-2004 (IX-X)**6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL****COMUNIDAD POSCONSORCIAL**

- **EMBARGO DE BIENES COMUNES**

A. APZ, 14 febrero 2001

En el procedimiento de apremio sólo puede embargarse la global cuota consorcial del deudor y en consecuencia, para que pueda afectar a bienes individuales habrá que proceder a la liquidación del consorcio, de ahí que el artículo 541 LEC/00 disponga que «en

tanto no se practique la liquidación se suspenderá la ejecución en lo relativo a bienes comunes». Ahora bien, pretende la recurrente que se le entregue en fase de apremio la totalidad del dinero obtenido con la realización de un vehículo común (actuación para la que ambos consintieron), adjudicándose la mitad del valor en pago de las pensiones de alimentos y compensatoria reconocidas en la sentencia de separación y la otra mitad por considerarlo de su propiedad. Pretensiones que deniega el juez *a quo*.

Pues bien, con base en la teleología de lo dispuesto en el art. 53 Comp. se demuestra que el legislador permite que los [...].

31 2003-2004 (IX-X)

• NATURALEZA

A. APZ, 14 febrero 2001

Disuelto el régimen económico del matrimonio, cada cotitular tiene un cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Se puede considerar como un patrimonio separado colectivo en cuanto conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titulaciones singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

31 2003-2004 (IX-X)

S. APT, 8 junio 2002

Disuelta la sociedad conyugal se produce una transmutación de la naturaleza de la misma, que pasa a ser considerada por la mayoría de la doctrina científica y la jurisprudencia de una comunidad germánica a una romana o por cuotas de tal manera que en principio y al no existir disposición testamentaria del causante, la mitad indivisa de los bienes comunes sería de sus hijos y la otra mitad del cónyuge sobreviviente, de modo y manera que éste podrá disponer de bienes concretos de la comunidad hereditaria, si eran comunes de su mitad indivisa por cualquier título no de la totalidad del bien por prohibirlo el artículo 67 Comp. Ahora bien, tratándose de dinero (de 10 millones de

una cuenta, dispone de algo más de 4), siendo éste sustancialmente divisible no pueden ser interpretadas de forma rigorista la teoría expuesta y habrá de considerarse válida la disposición, al margen de lo que luego se dirá.

56 2003-2004 (IX-X)

MOMENTO

S. APZ, 8 mayo 2001

No puede sostenerse que el piso comprado por el marido tras la separación matrimonial decretada por sentencia canónica en 1980, deba considerarse común, alegando la demandada-apelante que pervivió entre los cónyuges el consorcio conyugal hasta 1994, fecha en la que se declara la eficacia civil de la sentencia de separación canónica. A los efectos de disolución del consorcio conyugal se ha de estar a la fecha de la sentencia de separación, aun cuando ésta sea canónica y, por lo tanto, el piso es privativo, pues disuelto el consorcio no resulta aplicable el artículo 37 Comp.

38 2003-2004 (IX-X)

S. APT, 8 junio 2002

Ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 53 Comp.) y que, hasta tanto no se adjudique el patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, con las facultades y limitaciones que se establecen en el mismo.

56 2003-2004 (IX-X)

635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

LIQUIDACIÓN ORDINARIA

• REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. APZ, 5 febrero 2001

En el caso de los tres millones producto de la venta de un vehículo propiedad del actor, debe ser considerado común al no constar pacto en contrario cuando fue aportado a una cuenta común mediante documento bancario, pues así lo impone el artículo 39.6 Comp., lo que dará lugar al reembolso al tiempo de la liquidación del haber consorcial,

pero no a una compensación instantánea de los créditos existentes entre los patrimonios como pretenden los cónyuges, pues ha de ser relegada al tiempo de la liquidación, según dispone el artículo 47.2 y 56.1 Comp.

30 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 28 febrero 2001

Según el apelante el crédito reconocido debe ascender al coste real de la obras acreditado en la prueba pericial, y no a la diferencia de valor que tiene la casa con las reformas y las que le corresponde sin ellas. La pretensión debe ser desestimada, confirmando la sentencia del Juzgado por cuanto no se trata de reintegrar los gastos satisfechos con dinero común para la reforma de una casa privativa, ya que el cónyuge premuerto también se lucró de tales inversiones mediante el uso de la vivienda familiar, al igual que el resto de sus miembros. Por lo tanto, lo justo y equitativo, no es partir de un crédito en abstracto, sino de la situación posesoria que ha dado lugar al gasto común, lo que conlleva una liquidación teniendo en cuenta la diferencia de valor entre la vivienda sin reformas y su actual valor con reformas, como así lo hizo el juez a *quo* y así de desprende del artículo 47 Comp.

12 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 21 mayo 2001

En cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales, habiéndose abonado con cargo al consorcio procede reintegrarlo en el activo.

39 2003-2004 (IX-X)

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• **DEUDAS COMUNES**

S. APZ, 5 febrero 2001

Conforme a lo prevenido en los artículos 55 Comp. y 1398 CC se comprenderán en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la comunidad, y como quiera que no existe discusión acerca del crédito de 6 millones de pesetas, que fue contrariado por ambos cónyuges durante la vigencia del consorcio —por tanto recae sobre el haber común conforme a lo prevenido en el artículo 41.5 y 43 Comp.—

y no cabe discutir su adición al inventario como hizo el juez a *quo*.

30 2003-2004 (IX-X)

67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

CUÁNDO TIENE LUGAR

S. APZ, 31 julio 2001

La Compilación distingue tres supuestos de c.c.c en sus artículos 60 y 61: primera la obligatoria, que tiene lugar cuando se ha pactado en capítulos o dispuesto en testamento mancomunado; la segunda, la potestativa, cuando a falta de pacto o de disposición, hubiera quedado descendencia del matrimonio; y la tercera, denominada por la doctrina «impuesta», que es la que surge de un acuerdo tácito cuando en el plazo de un año desde la muerte de cónyuge premoriente los interesados no muestran voluntad contraria.

Ahora bien, dicha comunidad, en todo caso, debe estar constituida por el cónyuge y los herederos del premuerto, y en este caso la misma no puede existir ya que hubo un encargo fiduciario, de manera que hasta que no se ejecute la fiducia no se sabe quiénes son los herederos y por tanto no puede existir la pretendida c.c.c.

41 2003-2004 (IX-X)

681: DISPOSICIONES GENERALES

LIMITACIONES

• **DESCENDENCIA ANTERIOR**

S. APZ, 18 junio 2001

Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo viudal sobre la mitad del dinero de la libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge supérstite y padre de los actores, y que, además, aunque nunca lo haya pretendi-

do la cónyuge del bínubo premuerto su derecho de viudedad no podrá excederse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia conocida con anterioridad.

40 2003-2004 (IX-X)

682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

BIENES AFECTOS

• *LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO*

S. APH, 8 marzo 2002

Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto, los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, art. 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el art. 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte; por ello, carece éste de legitimación pasiva en el proceso, puesto que es la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.

49 2003-2004 (IX-X)

EXTINCIÓN

• *ABUSO DE DERECHO*

S. APT, 10 septiembre 2002

La existencia del derecho expectante de las esposas de los comuneros no puede impedir el derecho indiscutible e incondicional de todo copropietario a obtener la división de la cosa común, pues de lo contrario ello implicaría el ejercicio ilícito y abusivo del derecho (art. 7.2 CC), que conllevaría la extinción del expectante de conformidad con lo previsto en el artículo 76.2.2.º Comp., sin que a ello pueda oponerse la circunstancia de que tal petición debe efectuarse por el «propietario de los bienes», pues es evidente que el ejercicio de la acción de división lleva necesariamente implícita la solicitud de extinción de tal derecho expectante sobre los bienes que no resulten adjudicados en la división.

57 2003-2004 (IX-X)

683: USUFRUCTO VIDUAL

DERECHOS Y OBLIGACIONES

S. APT, 24 julio 2001

El arrendamiento no constituye un acto de disposición, sino de administración de los bienes, y además, la vivienda y local fueron adquiridas por su padre constante matrimonio, y por ello al fallecimiento del mismo su madre además de convertirse en cotitular del bien, adquirió el usufructo vidual del mismo en virtud del artículo 72 Comp., condición que le faculta ampliamente para administrar los bienes de la herencia y, por ello, para arrendarlos si así lo estima conveniente.

26 2003-2004 (IX-X)

ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS

S. TSJA, 24 septiembre 2003

En los supuestos de enajenación de bienes determinados cuando concurre el viudo usufructuario con el nudo propietario 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. Esto sucedió en el caso de autos, pues al solicitarse la venta de la cosa común (acción de división) y enajenarse en pública subasta, el precio obtenido se subroga en su lugar. Pretender que el bien siga soportando el usufructo del cónyuge viudo de uno de los comuneros, es atentatorio al principio de interdicción del abuso de derecho.

2 2003-2004 (IX-X)

EXTINCIÓN

S. APZ, 18 junio 2001

Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo vidual sobre la mitad del dinero de la libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge supérstite y padre de los actores, y que, además aunque nunca lo haya pretendido la cónyuge del bínubo premuerto su dere-

cho de viudedad no podrá excederse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposos tenía descendencia conocida con anterioridad.

40 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 22 junio 2001

El usufructo vidual aragonés sólo se extingue por las causas que señala la ley aragonesa, y no puede ser rescindido en atención al ejercicio abusivo o antisocial que alega el demandante, pues esta circunstancia no se haya entre la causas legales de extinción del usufructo.

16 2003-2004 (IX-X)

• **ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS**

S. TSJA, 24 septiembre 2003

En aplicación del principio *favor viduitatis*, el usufructo vidual aragonés sólo se extingue por concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 86 Comp. En el presente caso no ha existido renuncia abdicativa, pues la demandada no concurrió nunca a la subasta y solicitó expresamente que en el anuncio se hiciera constar que el inmueble se hallaba gravado con su usufructo. Por ello, no cabe estimar que se haya producido la extinción por enajenación de la plena propiedad del bien con subrogación del precio adquirido en su lugar. Tampoco se puede considerar que haya existido abuso de derecho.

2 2003-2004 (IX-X)

INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD

S. APH, 22 junio 2001

La anulabilidad de la aportación del negocio denominado E. C. debe ser estimada por cuanto la demandada era usufructuaria del mismo, careciendo de facultades para poder aportar a la empresa dicho negocio. Y ello, porque aún cuando si es posible enajenar el derecho de usufructo, artículos 480 y 490 CC, no lo es el usufructo vidual aragonés ex artículo 83 Comp. sólo, y en su caso, se podría haber enajenado el negocio entero, si junto a la viuda hubieran concurrido el resto de los nudo propietarios, pero no ha sido así.

16 2003-2004 (IX-X)

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA

S. APZ, 2 mayo 2002

Aun cuando la pareja estable no es equiparable al matrimonio se puede admitir la aplicación analógica de la previsión del artículo 97 CC., pero además, en Aragón, el artículo 7 de la Ley de parejas estables no casadas prevé que ante una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto por una de las partes de la pareja se puede generar en favor del perjudicado un derecho indemnizatorio, que sí concurre en este caso.

66 2003-2004 (IX-X)

• **PACTOS**

S. APZ, 7 marzo 2001

No puede prosperar lo solicitado por la demandante, ya que ambas partes estipularon en 1994 una serie de pactos y acuerdos por los que regularon el cese de su convivencia. Podría argumentarse la aplicación analógica del artículo 7 de la Ley 6/99, pero es lo cierto que desde aquella fecha ya se habían separado, que sólo convivieron cuatro años, que la mujer tiene cualificación y capacidad de trabajo (de hecho trabaja) y que el ex *partenaire* paga en concepto de alimentos 75.000 pesetas.

34 2003-2004 (IX-X)

711: DISPOSICIONES GENERALES

LEY APLICABLE

S. APT, 8 junio 2002

La fecha de fallecimiento en la que nos hemos de fijar no es la del padre (que fue posterior) sino la de la de su esposa y madre de los litigantes que falleció en 1997, por lo tanto la ley aplicable es la Compilación Aragonesa y no la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999.

56 2003-2004 (IX-X)

ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN• **LÍMITES***S. APH, 28 noviembre 2001*

La demandante considera que debe ser la heredera de la casa Barbenuta, pero ello sólo lo puede determinar el titular de la misma por sí a través de fiduciarios. Dicha institución a su favor nunca se produjo, y, además, ello chocaría con los derechos legitimarios de los hijos del primer matrimonio y con los estipulado, en los capítulos de 1935, en los que se convino que sería un hijo del primer matrimonio el que, por los cónyuges de común acuerdo o por el sobreviviente, habría que ser designado heredero universal de ambos cónyuges, y aunque también se contemplaba la posibilidad de mantener y dotar a los hijos del segundo matrimonio contraído en casa, hijos entre los que se encuentra la demandante, no puede por su sola voluntad desplazar a los hijos del primer matrimonio, que son los únicos que pueden ser llamados a la herencia de su padre (casa Barbenuta).

18 2003-2004 (IX-X)**714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA****ACEPTACIÓN TÁCITA***A. APT, 23 mayo 2002*

La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante. Así resulta de la interpretación conjunta de los artículos 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los artículos 7, 19 y ss., 27 y ss y en particular con los artículos 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los artículos 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que nadie solicitó del juez sobre la base del artículo 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de ésta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el Juez.

55 2003-2004 (IX-X)**716: COLACIÓN Y PARTICIÓN***S. APH, 14 junio 2001*

No es aplicable en Aragón el artículo 1035 del CC, norma en la que funda su derecho la demandada principal, y ello porque la causante gozaba de vecindad civil aragonesa. Por ello se ha de estar a la norma específica del artículo 140 Comp., vigente en el momento de fallecer la causante, a cuyo tenor la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley. En igual sentido se pronuncia ahora el artículo 47 Lsuc.

15 2003-2004 (IX-X)*S. APT, 8 junio 2002*

El artículo 140 comp. establece que la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en testamento u otro instrumento público, si bien y como no podía ser de otra forma, quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad. Es decir que los bienes dados en vida del causante, bien a legitimarios bien a terceros que no lo sean, no son colacionables o traído su valor o en especie al caudal hereditario, por ministerio de la ley, salvo que perjudique la legítima conjunta de los herederos legitimarios.

56 2003-2004 (IX-X)**717: CONSORCIO FORAL****DISOLUCIÓN***S. APT, 10 septiembre 2002*

Aun cuando pueda existir una situación de consorcio por haber adquirido ambos hermanos y pro indiviso bienes de sus ascendientes directos a título gratuito, ni la existencia de dicho consorcio prohíbe la división, ni tal y como señala el artículo 61 Lsuc., es necesario acudir para ello al proceso de división hereditaria, ya que en el caso enjuiciado la comunidad entre los consortes no tiene naturaleza germánica que caracteriza a las comunidades hereditarias, y ello porque cesó dicha comunidad al adjudicarse ambos comuneros las fincas cuya división se pretende «por mitades e iguales partes indivisas», existiendo sobre ellas un condominio ordi-

nario del que sólo puede salirse mediante la «actio comuni dividundo».

57 2003-2004 (IX-X)

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO

DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

S. APH, 28 noviembre 2001

En 1982 los cónyuges otorgan testamento mancomunado. En 1990, el cónyuge supérstite otorga nuevo testamento, y el demandado apelante sostiene que este segundo otorgamiento revocó disposiciones correspectivas en vigor. Ello no fue así, por cuanto el cónyuge supérstite modificó sus propias disposiciones testamentarias, que no eran correspectivas respecto las de su difunto cónyuge.

18 2003-2004 (IX-X)

INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS

- **FIDEICOMISO DE RESIDUO**

A. TSJA, 30 julio 2004

La institución realizada en el testamento tiene los efectos que establece la propia norma aragonesa en el párrafo 2.º del artículo 104 Lsuc. Se trata de una institución semejante al fideicomiso de residuo en su modalidad *si aliquid superit*, en la que el primer llamado a la herencia no está obligado a conservar todos los bienes, ya que puede disponer por actos jurídicos intervivos, pero si fallece sin haber realizado tal disposición, lo que quedase forma parte de la herencia del premuerto y los terceros designados como herederos le sucederán directamente. Ahora bien, no estamos ante una auténtica sustitución fideicomisaria, en su modalidad de fideicomiso de residuo, sino una institución propia del Derecho aragonés, que se rige por sus propias normas y que opera como una limitación a las facultades de disponer *mortis causa* de los bienes recibidos en virtud de institución recíproca, precisamente porque el testador ha querido que esos bienes no enajenados por actos [...].

7 2003-2004 (IX-X)

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

A. TSJA, 30 julio 2004

A tenor del artículo 3 de la Lsuc., el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio «standum est chartae». 2. Conforme a lo establecido en dicha norma, y en el artículo 69.2 en cuanto sea de aplicación, la voluntad real del testador es el criterio de interpretación del testamento, según lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código Civil, aplicables en Aragón como derecho supletorio. A tenor de este último precepto, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». 3. Las disposiciones del testamento han de ser interpretadas, para su recta [...].

7 2003-2004 (IX-X)

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

NULIDAD

- **USUCAPIÓN DE LAS COSAS POSEÍDAS**

S. APH, 17 febrero 2001

Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias y al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño.

Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la usucapción, debido al tiempo transcurrido.

10 2003-2004 (IX-X)

NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

S. APH, 8 marzo 2002

La demandante, que ahora reclama la invalidez de determinadas disposiciones hereditarias alegando como defecto invalidante del consentimiento prestado el desconocimiento del contenido de los capítulos matrimoniales de 1941, no puede ser acogido, primero porque dichos capítulos están inscritos en el Registro,», segundo, porque en la escritura de aceptación de herencia se hace referencia expresa a ellos, y además, aun cuando hubiera prosperado la acción, ya se habría producido la prescripción adquisitiva sobre los bienes reclamados por haber transcurrido 10 años desde el fallecimiento del testador y la toma de posesión de dichos bienes.

49 2003-2004 (IX-X)

73: SUCESIÓN PACCIONADA

DONACIÓN MORTIS CAUSA

S. APH, 14 junio 2001

El pacto no escrito al que hace referencia la demandada para reclamar determinados bienes, habría supuesto una donación mortis causa, para cuya eficacia es preciso el requisito *ad solemnitatem* exigible en los testamentos o disposiciones de última voluntad como señala el artículo 620 CC, y corroboran los artículos 101 Comp., y 68.2 Lsuc.

15 2003-2004 (IX-X)

PACTO DE PRESENTE

• **EFFECTOS**

S. APH, 16 mayo 2001

Nos encontramos ante una institución de heredero de presente, en la que los padres de la contrayente en capítulos matrimoniales otorgados el 27 de agosto de 1947 la instituyen heredera universal de bienes presentes y futuros, reservándose los instituyentes el señorío mayor, usufructo y administración. Institución contractual típica realizada al amparo del artículo 100 Comp., mediante la cual el instituido heredero adquiere el dominio de los bie-

nes del disponente siquiera limitado a las restricciones pactadas. Por lo tanto, con posterioridad el instituyente no podía disponer *mortis causa* de estos bienes que ya hablan sido transmitido de presente. En su caso, podía revocar el pacto, si para ello había causa legal o pactada.

14 2003-2004 (IX-X)

REVOCACIÓN

• **CONVIVENCIA FAMILIAR**

S. APH, 16 mayo 2001

El abandono por parte de la instituida de sus obligaciones de convivencia y asistencia de sus padre y hermana incapaz es el que el demandante alega para considerar válido el testamento otorgado con posterioridad al pacto, pero ello no puede mantenerse porque, los efectos del incumplimiento vienen determinados en los capítulos y a ellos habrá que estar, y además, la modificación o revocación de los pactos sucesorios sólo es posible por las mismas personas que los otorgaron o sus herederos, artículo 103.1.d) y sin perjuicio de las causas de indignidad o desheredación que puedan afectar al instituido o la revocación por el disponente, según parecer de la Junta, si hubo incumplimiento grave de condiciones o cargas.

14 2003-2004 (IX-X)

74: FIDUCIA SUCESORIA

CÓNYUGE FIDUCIARIO

• **PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO**

S. APH, 17 febrero 2001

Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño.

Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la usucapión, debido al tiempo transcurrido.

10 2003-2004 (IX-X)

FIDUCIA COLECTIVA• **FIDUCIARIOS NO DETERMINADOS***S. APH, 25 enero 2001*

Se ejercita acción de nulidad de la escritura de constitución de fiducia entre otras cosas por considerar que no han intervenido los parientes idóneos para constituir la fiducia. En la escritura se decía que deben concurrir «el pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad de cada contrayente», esta expresión no debe interpretarse en el sentido de que el pariente debe ser el más próximo en grado y que sólo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad, sino que ambos criterios deben aplicarse a la vez. Por ello, aunque existe un pariente más cercano en grado (un hermano del causante) que una de las fiduciarias (sobrina del causante), tiene 90 años y reside, desde hace más de treinta y cinco años, en la Argentina. Además, Aragón siempre ha pesado, junto a la proximidad en grado, la relación estrecha con la Casa, y ésta la tiene la sobrina fiduciaria y no el tío de la Argentina.

9 2003-2004 (IX-X)• **NULIDAD DEL ACTO DE DISPOSICIÓN***S. APH, 25 enero 2001*

La escritura de ejecución de fiducia es nula porque la voluntad de las fiduciarias está viciada por el error consistente en creer que por ley o por disposición expresa de los causantes estaban obligadas a nombrar heredero al hermano mayor y, además, porque las fiduciarias no exteriorizaron ante el notario su auténtica voluntad incurriendo en una radical divergencia entre la voluntad interna y la declaración.

9 2003-2004 (IX-X)**HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN**• **LISTISCONSORCIO***S. TS, 18 marzo 2003*

Como se desprende del artículo 113 Comp., fiduciaria y fideicomisarios o cónyuge supérstite e hijos forma parte de la comunidad hereditaria, por lo que la afectación común y solidaria deviene ineludible, siendo entonces el litisconsorcio postulado superfluo.

8 2003-2004 (IX-X)**76: SUCESIÓN LEGAL****PROCEDENCIA***A. APT, 23 mayo 2002*

El artículo 440 CC (aplicable ex art. 1.2 Comp.) viene a reconocer al heredero, que llegue a adir la herencia, la posesión de los bienes hereditarios sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante; por lo que reiterando el carácter declarativo de esta resolución hemos de estimar que don Y ha sido heredero de su hermana doña X, y así procede declararlo al amparo de lo que disponen los artículos 201, 202 d), 216, 217 de la Lsuc., al haber fallecido doña X, sin descendientes ni ascendientes ni cónyuge y siendo don X su único hermano de doble vínculo.

55 2003-2004 (IX-X)**SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS**• **REQUISITOS***A. APT, 23 mayo 2002*

La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante. Así resulta de la interpretación conjunta de los artículos 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los artículos 7, 19 y ss., 27 y ss. y en particular con los artículos 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los artículos 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que nadie solicitó del juez sobre la base del artículo 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de ésta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el juez.

55 2003-2004 (IX-X)**82: RELACIONES DE VECINDAD****INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS***S. APZ, 8 abril 2002*

El artículo 143 Comp., al remitirse a las facultades que tiene todo propietario confor-

me a lo dispuesto en el artículo 592 CC, establece la necesidad de que concurra justa causa, lo que se aprecia en este caso, por lo que el ayuntamiento ha de podar las ramas de los árboles que vuelan sobre la finca de la actora.

64 2003-2004 (IX-X)

83: LUCES Y VISTAS

DERECHO HISTÓRICO

S. APH, 31 marzo 2001

El demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la obligación de proteger las ventanas con reja y red, (salvo en el caso de la ventana de reciente construcción), puesto que bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna en huecos abiertos en pared común divisoria. La única excepción a ello era la costumbre del lugar, pero la misma hubiera correspondido probarla a la actora. En el presente caso, además, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de edificios que colinden con finca ajena.

13 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 4 febrero 2004

El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.

3 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 31 marzo 2004

El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión

ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quién es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera coger aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.

4 2003-2004 (IX-X)

RÉGIMEN NORMAL

• AZOTEAS Y TERRAZAS

S. APT, 30 octubre 2001

La libertad de abrir huecos a cualquier distancia del predio ajeno o en pared medianera no es absoluta precisamente para proteger al propietario colindante su intimidad y la de su familia, por ello la protección de reja y red que establece la ley y la prohibición de que dicha distancia (la que marca el art. 582 CC) los huecos abiertos carezcan de balcones y otros voladizos.

La construcción realizada por el demandado comprende una construcción con un terrado o azotea que por su extensión equivale a un balcón de grandes dimensiones, por lo que deberá estar protegido y en consecuencia se ordena el cerramiento lateral de dicho balcón.

29 2003-2004 (IX-X)

• DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR

S. APT, 21 octubre 2002

En aplicación de los artículos 143 y 144 CC, cualquier colindante tiene derecho a edificar o construir sin respetar distancia alguna siempre que el colindante no sea titular de una servidumbre de luces y vistas. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de un ejercicio abusivo por parte del derecho a edificar. Y en el caso de autos, hay un manifiesto abuso de derecho por cuanto desde la obtención de licencia para construir en 1997, nada se ha edificado a excepción de la

construcción de un muro que tapa, sin ninguna otra utilidad, las luces del actor.

58 2003-2004(IX-X)

S. TSJA, 31 marzo 2004

La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el artículo 144 de la Compilación, en cuanto permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

En el caso de autos el cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos.

Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de [...].

4 2003-2004 (IX-X)

• *REJA Y RED*

S. APT, 7 mayo 2002

En Aragón, pueden abrirse huecos para luces y vistas tanto en pared propia como medianera y a cualquier distancia, siempre que carezcan de voladizo sobre fundo ajeno y estén provistos de reja y red o protección semejante. Pues bien, la existencia de una valla levantada por los demandados lo único que marca es la línea divisoria de las propiedades de los ahora litigantes, pero ni evita la visión sobre la propiedad ajena ni impide, obviamente que los demandantes puedan sacar parte su cuerpo por cualquiera de las ventanas abiertas, que los que se persigue por el legislador al imponer la colocación de reja remitida en la pared en la que se abre el hueco y la red de alambre. Por ello, la valla no puede tener la consideración de «protección semejante» de la que habla la Comp.

54 2003-2004(IX-X)

S. APT, 21 noviembre 2002

La apertura para huecos de luces y vistas en pared propia sobre fundo ajeno no es un

derecho de servidumbre sino un modo de ser de la propiedad en Aragón que se concibe dentro de las relaciones de vecindad, de la buena fe y de la tolerancia que deben presidir las relaciones entre fundos vecinos. Y partiendo que los huecos que ahora nos ocupan han sido abiertos por los demandados en un muro lateral de una gran terraza, la cual se encuentra abierta permitiendo la entrada de luz y las vistas excluye la evidente necesidad de tener luces por el lugar donde se han abierto los huecos, pudiéndose calificar dicha situación de abuso de la relación de vecindad permitida por el artículo 144.

60 2003-2004 (IX-X)

SERVIDUMBRE

• *APLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.*

S. APT, 6 septiembre 2001

Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el artículo 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al artículo 541 Cc.

27 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 5 marzo 2002

La doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del artículo 145 Comp. referido al artículo 541 CC, significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia.

48 2003-2004 (IX-X)

S. APT, 23 octubre 2002

Esta Audiencia provincial tiene declarado, interpretando el párrafo 2.º del artículo 145 Comp. en relación con el artículo 541 Cc que, si bien, ni la apertura de huecos sobre fundo ajeno, ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen signo aparente se servi-

dumbre, cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, puede entenderse constituida la servidumbre por destino del padre de familia, siempre que al tiempo de efectuarse la separación existiese algún signo aparente de la misma, salvo que el mismo se hubiera hecho desaparecer o se hubiera efectuado manifestación en contrario en el título constitutivo.

59 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 30 octubre 2002

Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el artículo 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al artículo 541 Cc.

52 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 4 febrero 2004

En Aragón, para la adquisición de servidumbres por destino del padre de familia, a los efectos del artículo 145 Comp, son signos aparentes de la misma los que determina el Código civil, y no los que lo sean conforme a la Compilación. Y ello, porque la aplicación del artículo 541 CC en Aragón no es como Derecho supletorio, sino como remisión estática.

3 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 4 febrero 2004

La Compilación cuando se refiere a la adquisición de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia no hace ninguna remisión al CC para la aplicación del artículo 541, como así lo hacían los anteproyectos de Compilación, tan sólo deja a salvo en Aragón la vigencia del artículo 541 Comp., pero hay que entender entonces que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos del artículo 541 en la remisión que a él hace el artículo 145, se ha de entender por signo aparente de servidumbre los que lo sean según el Derecho civil aragonés.

3 2003-2004 (IX-X)

• SIGNOS APARENTES

S. APT, 2 abril 2001

No lo son los vierte aguas colocados en una ventana, ni la falta de reja o red en la misma.

20 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 31 marzo 2001

Respecto de la segunda pretensión (demolición del saliente, solarete o vierte aguas), en contra de lo indicado en la sentencia apelada, el voladizo de unos 15 cm. de fondo no puede considerarse signo aparente apto para usucapir una servidumbre de luces y vistas conforme a los artículos 145 y 147 Comp. Para ello haría falta que tuviera una anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de vistas sacando el torso, lo que no permite el referido alféizar. Ahora bien, como el vierte aguas vuela sobre el predio colindante, la actora tiene derecho a que el mismo sea demolido con fundamento en el dominio que ostenta sobre su finca, el cual también constituye una causa de pedir. Confirmando en este punto, aunque con otro fundamento, la sentencia de instancia.

13 2003-2004 (IX-X)

S. APH, 11 julio 2001

Si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por Usucapición conforme a las leyes aragonesas.

17 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 12 diciembre 2002

La falta de protección adecuada en los huecos abiertos no puede considerarse un signo aparente de servidumbre y el propietario del fundo en que se abren no puede alegar su ausencia como causa de adquisición de una servidumbre de luces y vistas que pudiera obli-

gar al propietario del inmueble ajeno a edificar a las distancias que señala el artículo 585 Cc. La falta de protección exigida no es signo aparente de servidumbre, sino un incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las normas de relaciones de vecindad, lo que supone que sea cual sea el tiempo transcurrido con los huecos abiertos sin reja ni rete, su existencia no impediría al dueño del predio contiguo la edificación en la forma autorizada en el artículo 143 Comp., es decir, sin guardar distancia con los huecos.

69 2003-2004 (IX-X)

• **USUCAPIÓN**

S. APT, 2 abril 2001

La Compilación no dice, a efectos de Usucapión qué se ha de entender por ausentes, de manera que resulta aplicable (art. 1.2 Comp.) de forma supletoria el Cc, y en concreto del artículo 1958 Cc, que afirma que a los efectos de prescripción se considera ausente «al que reside en el extranjero o ultramar».

20 2003-2004 (IX-X)

84: SERVIDUMBRES

DE PASO

• **USUCAPIÓN**

S. APH, 17 mayo 2002

El artículo 147 Comp. permite la adquisición por usucapión de todas las servidumbre aparentes. Ahora bien, la servidumbre de paso puede ser no aparente, si carece de camino u otro signo que la muestre, e incluso discontinua, pues el paso sólo se produce una o dos veces al año. No siendo aparente y siendo discontinua, tal y como resulta del artículo 539 CC, la misma no puede adquirirse por prescripción, (arts. 1941 y 1942 CC). Por último tampoco puede invocarse la prescripción inmemorial porque el paso por la finca era tan sólo ocasional, una o dos veces al año, por tolerancia y porque las fincas siempre estaban abiertas.

50 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 14 julio 2004

La Compilación, en su artículo 147, permite la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes de toda clase de servidumbres, sin necesidad de título ni buena fe; pero habrá de convenirse en que solamente pueden usucapirse aquellos bienes o derechos que se disfrutan «unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos», según reza el artículo 430 del Código Civil, que resulta de aplicación. En el caso que ahora se resuelve, habiendo quedado probado que el actor no tenía intención de hacer suyo el derecho de paso, y, además, los propietarios del fundo sirviente nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso.

6 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 14 julio 2004

La norma aragonesa, artículo 147 de la Comp., permite la usucapión de las servidumbres, aun las no aparentes, aunque no haya buena fe, ni justo título. Basta la posesión; posesión que, desde luego, habrá de reunir los requisitos que el Código Civil exige para serlo *ad usucapionem*, no bastando la que sea oculta, no pacífica, o interrumpida. *Nec vi, nec clam, nec precario*.

En el caso de autos, la existencia de la posesión pública, pacífica y no interrumpida por más de diez años es hecho indubitado. También lo es, en mi opinión, que se ejercitase en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia.

6 2003-2004 (IX-X)

DE PASO DE TENDIDO ELÉCTRICO

• **USUCAPIÓN**

S. APZ, 31 marzo 2001

Del expediente administrativo se deduce que la línea eléctrica en disputa procede de los años 60, sin que pueda ser discutida su condición de aparente, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 147 Comp. la demandada adquirió el derecho a pasarla por la propiedad de la actora.

36 2003-2004 (IX-X)

DE SALIDA DE HUMOS**• USUCAPIÓN***S. APT, 30 abril 2001*

La servidumbre de salida de humos por chimenea presenta un carácter de positiva, continua y aparente, por lo que con arreglo a los artículos 537 y 538 Cc y 147 Comp. puede adquirirse en virtud de título o por la prescripción de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de título ni de buena fe; contándose el tiempo de la posesión desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente.

En este caso, la misma ha sido adquirida pues lleva la chimenea colocada sobre la pared del vecino más de 30 años.

22 2003-2004 (IX-X)*S. APZ, 12 diciembre 2002*

Al no haber título no cabe apreciar su adquisición por usucapión pues implicando la misma una servidumbre negativa, en el sentido de no imponer al dueño del predio sirviente la obligación de dejar de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino en el de prohibirle hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre —tapar el hueco— el tiempo de posesión para la adquisición de la servidumbre, ex artículo 538 Cc., empieza a contarse, no desde el día de su apertura, sino a partir de un acto obstativo por el que el dueño del predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre. En el caso, como primer hecho obstativo hay que entender el de la presentación de la demanda por el actor; es obvio que el plazo exigido legalmente no ha transcurrido.

69 2003-2004 (IX-X)**92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA****ELEMENTOS CONSTITUTIVOS****• OFRECIMIENTO EN VENTA***S. APZ, 14 septiembre 2001*

Como resulta de los artículos 149.1 y 150.1.2 Comp., la falta de notificación fehaciente al titular o titulares del derecho de abolorio o de la enajenación realizada sin previo

ofrecimiento a los parientes no puede ser considerada como un acto de mala fe civil o constitutivo de fraude a la ley por la sencilla razón de que ninguna obligación impone al titular que enajene el inmueble o a las adquirentes del mismo por venta o dación en pago, adquirentes ajenos a la familia en más del cuarto grado, de realizar acto de comunicación, no teniendo otra consecuencia legal que la ampliación del plazo de que dispone el retraente del bien para ejercitar su derecho de preferente adquisición.

42 2003-2004 (IX-X)**• PRUEBA***S. APT, 7 junio 2001*

Como establecía el artículo 1.214, hoy derogado, y ahora dispone el 217 LEC, corresponde a los demandantes (ahora apelantes) probar los hechos que constituyen la base de su pretensión; en síntesis: *a)* que son parientes colaterales del o de los enajenantes; *b)* que estén dentro del cuarto grado o de los enajenantes, y *c)* que pertenecen a la línea familiar de la que proceden los bienes.

Respecto de los bienes: *a)* que son inmuebles; *b)* que tienen carácter de troncales de abolorio o, lo que es lo mismo, que han permanecido en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del disponente; *c)* que se transmitan en virtud de venta o dación en pago, y *d)* que se enajena a un extraño o a un pariente más allá del cuarto grado.

Finalmente, en cuanto a la forma y al tiempo, es preciso que el derecho se ejercite en los plazos y forma que señala el artículo.

23 2003-2004 (IX-X)**• PÚBLICA SUBASTA***S. APZ, 16 noviembre 2001*

Resulta dudoso si cabe el ejercicio de retracto cuando la venta no es voluntaria sino forzosa. No faltan argumentos en contra de esta posibilidad, debido a la propia naturaleza del derecho de abolorio; no faltan precedentes judiciales que deniegan el derecho cuando se trata de subastas públicas. Ahora bien, a criterio de esta Sala la respuesta debe ser afirmativa. El TS en sede de retractos viene admitiendo sin vacilación el mismo cuando se trata de subastas judiciales, y no encuentra un argumento de peso para excluirlo en el caso del Derecho de abolorio.

44 2003-2004 (IX-X)

FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

S. APZ 16 noviembre de 2001

Ésta no tiene porque consistir tan sólo en la denegación del derecho, sino en la recomposición y equilibrio de los intereses en conflicto que el ejercicio del derecho puede romper. Y por ello la sala considera ponderado moderar ese derecho, de manera que para tener acceso al mismo sea necesario abonar, no ya el verdadero valor de la finca (500.000 ptas.), sino una cuantía adicional que compense al demandado de cuantos inconvenientes y molestias le tuvo que suponer el acudir a la subasta. Por ello se estima adecuado elevar aquél precio en la suma de 550.000 pesetas.

44 2003-2004 (IX-X)

NATURALEZA

S. APZ, 16 noviembre 2001

La naturaleza jurídica del derecho de abolitorio regulado en la Compilación es la correspondiente a un derecho de adquisición preferente, por lo tanto merece un tratamiento y una interpretación restrictiva. Su finalidad encontraba su justificación en el interés familiar patrimonial «el deseo de volver a integrar el patrimonio de la casa, para engrandecimiento de la misma», finalidad y fundamento que no encuentra acomodo en la vertiginosa sociedad actual. Quizás, por ello haya breves plazos para ejercitarlo y admite el legislador la facultad moderadora del tribunal sin más parámetro que la equidad.

44 2003-2004 (IX-X)

PLAZO DE EJERCICIO

S. APT, 7 junio 2001

La venta de las fincas en favor de los demandados se efectuó el 29 de diciembre de 1997. Las 11 primeras fincas estaban ya matriculadas y se practicó la inscripción el 27 de abril de 2000; las cuatro restantes no lo estaban y se inmatricularon el 26 de junio de 2000. La demanda se presentó el 6 de septiembre de 2000. En cualquier caso, y por aplicación de los artículos 149 y 150, el derecho de los actores caducó por el transcurso desde la enajenación (29-XII-97), esto es, el 29 de diciembre de 1999.

23 2003-2004 (IX-X)

S. APZ, 14 septiembre 2001

El retrayente ejercitó su derecho, tal y como ha quedado acreditado una vez transcurrido el plazo legal de 90 días a partir de la fecha de inscripción de la escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad de Ateca, que le confiere el citado artículo 150.2 Comp., plazo de cómputo civil que no excluye los inhábiles, según el artículo 5.2 Cc, por lo que dicho derecho se habría extinguido, tal y como señala la sentencia de primer grado.

42 2003-2004 (IX-X)

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

CASACIÓN FORAL

• *INTERÉS CASACIONAL*

S. TSJA, 31 marzo 2004

Dentro del ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia el concepto de interés casacional es ampliado por la ley procesal y a la parte que interese el recurso, le basta con invocar la inexistencia, en su caso, de doctrina jurisprudencial sobre la materia.

4 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 31 marzo 2004

En el caso del recurso por interés casacional al recurrente no le basta con afirmar que la sentencia impugnada se opone a la jurisprudencia sentada en otras resoluciones, mencionando éstas o recogiendo parte de su contenido, sino que es necesario expresar su *ratio decidendi*, pues lo que constituye la base de este recurso no es la diferencia entre sentencias sino la existencia de una jurisprudencia contradictoria, quedando circunscrito el recurso por interés casacional a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar o sustituir la apreciación de los hechos que haya hecho el Tribunal de Instancia.

4 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 14 julio 2004

La casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación. A mi criterio, tanto la calificación de unos actos posesorios como posesión en concepto de dueño, como la consideración de que —por el contrario— se trataba de actos meramente tolerados, constituyen cuestiones jurídicas, revisables en casación, a partir de unos hechos incontrovertidos, en cuanto han sido fijados de modo inalterable en la sentencia.

6 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA, 14 julio 2004

La existencia de interés casacional debe quedar acreditada de modo suficientemente mínimo en la fase de preparación, pesando sobre la parte recurrente la carga de explicar el interés casacional y de acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos. Asimismo el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el Juzgador de instancia.

6 2003-2004 (IX-X)

JURISDICCIÓN CIVIL*S. APZ, 8 abril 2002*

La alegación de incompetencia jurisdiccional que alega el apelante debe ser desestimada por cuanto no es deducible la presente acción ante los tribunales de lo contencioso por tratarse de una obligación civil (art. 592 CC) que afecta a las relaciones de vecindad entre las partes.

64 2003-2004 (IX-X)

LEY APLICABLE*A. TSJA, 30 julio 2004*

La sucesión se rige por la legislación civil aragonesa, conforme a las normas establecidas en los artículos 9.8 y 14.1 del Código Civil. Dentro de aquella, es de aplicación la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, pues según su disposición transitoria primera, «las sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de apertura de sucesión», pero conforme a la disposición transitoria segunda, «Validez de los actos por causa de muerte anteriores a la Ley. 1. 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».

7 2003-2004 (IX-X)

LEY DE CAZA• **CONCEPTO DE PROCEDENCIA***S. APH 19 febrero 2001*

Por «procedencia» no debe entenderse una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza. Por el contrario, este concepto hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases y, en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona. Respecto de la responsabilidad establecida para la administración, es cierto, que el concepto jurídico que venimos defendiendo para los titulares de explotaciones cinegéticas no tiene necesariamente que coincidir con el concepto jurídico de procedencia para la responsabilidad de la administración prevista en la ley de caza de Aragón. Cuando no es titular de una explotación cinegética la DGA responde no porque haya causado daños, sino porque lo impone la ley, cuando los daños producidos por los animales salvajes o, siendo susceptible de explotación cinegética, proceden de un terreno no cinegético. El orden jurisdiccional competente, entonces, es el contencioso.

11 2003-2004 (IX-X)

• **PACTOS***S. APT 6 septiembre 2001*

El contrato es nulo de pleno derecho por ser contrario a lo dispuesto en la ley de caza

tanto en su artículo 52, que prohíbe el contrato de subarriendo de terrenos cinegéticos, así como frente al artículo 19 de la misma, que exige la gestión de dichos terrenos sin ánimo de lucro. Y ello porque las sociedades de cazadores legalmente constituidas por concesión de la DGA, que agrupan a los cazadores residentes en los términos municipales comprendidos en el coto, no ostentan derechos de caza sobre los terrenos cinegéticos que integran tales cotos por ser titulares de los mismos, sino que lo que tienen es una concesión, lo que impide que aquellos derechos puedan ser cedidos onerosamente a terceros.

28 2003-2004 (IX-X)

• **RESPONSABILIDAD**

S. APH, 19 febrero 2001

La «procedencia» sigue siendo el hecho fundamental en que se asienta la responsabilidad de la ley de caza, y la misma debe conectarse con el tipo de explotación cinegética desarrollada por el coto, sin que baste con que los animales que allí no pueden ser cazados (por ejemplo la caza mayor en un coto de caza menor) encamen en el coto si cerca existe otra explotación cinegética dedicada a dar caza a esa clase de animales (caza mayor).

Todo ello afecta a la sociedad deportiva demandada, pues el coto que explota está próximo al lugar en el que ocurrió el accidente, de forma que los animales podían proceder del lugar en que desarrolla una actividad peligrosa, cual es la promoción o favorecimiento, de la crianza o presencia de jabalíes. Es indiferente que haya otros cotos de caza mayor cercanos, pues la demandada está obligada a reparar el daño con carácter solidario.

11 2003-2004 (IX-X)

PROPIEDAD

• **USUCAPIÓN**

S. APH 28 febrero 2002

La franja de terreno/camino/sobre el que se discute la propiedad, ha venido siendo utilizada desde hace más de 30 años por los vecinos del pueblo como un camino de uso público, y ello implica la adquisición por usucapión del dominio público, conforme al artículo 1959 CC, y como ahora establece el artículo 33.2 *c)* de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón de 29 de junio de 2000.

47 2003-2004 (IX-X)

ÍNDICE ACUMULADO DE JURISPRUDENCIA

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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			
<i>DERECHO SUPLETORIO</i>			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
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	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
<i>DERECHOS REALES</i>			
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	27
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.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 (núms. 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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>FAMILIA Y SUCESIONES</i>			
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
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
<i>OBLIGACIONES Y CONTRATOS</i>			
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
<i>PARTE GENERAL</i>			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
<i>REMISIÓN ESTÁTICA</i>			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
COMPILACIÓN <i>APLICACIÓN PREFERENTE</i>			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
<i>FIDUCIA</i>			
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
<i>JUNTA DE PARIENTES</i>			
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
<i>LEGÍTIMA FORMAL</i>			
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
LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL <i>RETRACTOS</i>			
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
«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
<i>APLICACIÓN DE OFICIO</i>			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1

Índice acumulado de Jurisprudencia

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
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
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
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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
6: PERSONA Y FAMILIA			
62: EDAD			
CONFLICTO DE INTERESES			
A. TSJA	25 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	7
DEL MAYOR DE CATORCE AÑOS			
CAPACIDAD (CIVIL Y PROCESAL)			
S. APZ	12 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	48
REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA			
S. APH	29 de julio de 1998	1999, V	16
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
EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR			
S. APT	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	20
PRIVACIÓN			
S. APZ	21 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	37
RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES			
S. APZ	8 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	33
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD</i>			
S. JPII Ejea n.º 1	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	14
<i>AUTORIDAD FAMILIAR REHABILITADA</i>			
A. JPI Zaragoza n.º 13	5 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	
A. JPI Zaragoza n.º 13	1 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	15
65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES.			
ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES			
JUNTA DE PARIENTES			
<i>DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS MAYORES DE EDAD</i>			
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50
<i>FIDUCIA</i>			
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
<i>NULIDAD DE ACUERDOS</i>			
S. JPII Ejea n.º 2	17 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	52
TUTELA			
<i>DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS</i>			
A. APH	12 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	20
<i>DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS MAYORES DE EDAD</i>			
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
<i>PRELACIÓN</i>			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PROTECCIÓN DE MENORES			
S. JPII Teruel n.º 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	51
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-VIII)	69
S. APH	11 de diciembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	19
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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO			
CAPITULACIONES			
<i>CONTENIDO</i>			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
<i>EFFECTOS RETROACTIVOS</i>			
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
<i>EFICACIA</i>			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
<i>FORMA</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1.º)	8
<i>INOPONIBILIDAD A TERCEROS</i>			
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
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
<i>LÍMITES</i>			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
<i>RESCISIÓN</i>			
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			
<i>ACOGIMIENTO</i>			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
LIBERTAD DE PACTO			
ART. 29			
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
ATRIBUCIÓN DE COMUNIDAD			
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22
RÉGIMEN DE SEPARACIÓN			
ALIMENTOS A HIJOS NO COMUNES			
S. APZ (SEC. 4.ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
BIENES COMUNES			
S. JPI Zaragoza n.º 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	15
663: CONSORCIO CONYUGAL			
6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
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
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
APEROS DE LABRANZA			
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
CLÍNICA VETERINARIA			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA			
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	27
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
INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
PARTICIPACIONES SOCIALES			
S. JPI Zaragoza n.º 14	24 de febrero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	5
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
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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
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
ATRIBUCIÓN DE PRIVACIDAD 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
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO			
S. APH	7 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	7
INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DE CÓNYUGE			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
PACTO DE MUEBLES POR SITIOS			
S. JP II Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
PRESUNCIÓN DE MUEBLES POR SITIOS			
S. JP II Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
S. JP II 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
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 PRIVATICIDAD			
S. JPI Zaragoza n.º 8	27 de octubre de 2000	2001-2002	61
RETRACTO			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	16
SUBROGACIÓN REAL			
S. JP II 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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. 2.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
LÍMITES			
S. APH	20 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	51
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

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
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
HONORARIOS DE ABOGADO			
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>ATENCIONES DE LOS BIENES PRIVATIVOS</i>			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
<i>DEUDAS COMUNES</i>			
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
<i>CUOTAS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS</i>			
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	8
<i>DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO</i>			
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
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
<i>DEUDA TRIBUTARIA POR IRPF</i>			
S. JPII Teruel n.º 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	19
<i>DONACIONES</i>			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
<i>PRUEBA</i>			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
<i>DEUDAS DE GESTIÓN</i>			
S. APZ	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	3 2
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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. 1.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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO</i>			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
<i>DEUDAS DELJUEGO</i>			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	3
<i>EMBARGO DE BIENES COMUNES</i>			
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
<i>ESTIMACIÓN JUDICIAL DE LA PETICIÓN DE DISOLUCIÓN</i>			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
<i>RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES</i>			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
<i>RESPONSABILIDADES PENALES</i>			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
<i>TERCERÍA DE DOMINIO</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 14	25 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	14
<i>VIVIENDA HABITUAL</i>			
S. TS	18 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1.º)	5
<i>REINTEGROS Y REEMBOLSOS</i>			
S. JP II 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
<i>DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL</i>			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LOS BIENES COMUNES			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	65
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
<i>ANTES DE LA REFORMA DE 1985</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	47
<i>BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO HABITUAL DE LA PROFESIÓN DE UN CÓNYUGE</i>			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
<i>DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS</i>			
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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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 (núm. 1.º)	10
<i>DERECHO EXPECTANTE</i>			
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	13
<i>LEGITIMACIÓN PASIVA</i>			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
<i>REINVERSIÓN EN EL NEGOCIO PRIVATIVO</i>			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
<i>RESPONSABILIDAD</i>			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
<i>VIVIENDA FAMILIAR</i>			
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
<i>LEGADO DE BIENES CONSORCIALES</i>			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	6
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. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	38

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
EMBARGO DE BIENES COMUNES			
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
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)	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
CONVENIO MATRIMONIAL			
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	22
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. 1373 Cc.			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
A. APZ	12 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	42
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
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
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
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	51

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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 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
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. 1321 CC.			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
COMPETENCIA			
S. APZ	24 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	39

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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 (núm. 1.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 (núm. 1.º)	57
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
RESCISIÓN POR LESIÓN			
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	21
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
DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
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			
FALTA DE PRUEBA DE LA CONDICIÓN CONSORCIAL DE LA DEUDA			
A. 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2)	14
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
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
LEGITIMACIÓN PASIVA			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
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	23 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	12
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
LIQUIDACIÓN POR EL CÓNYUGE FIDUCIARIO			
A. TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1.º)	47
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
PROCEDIMIENTO			
S. APH	18 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	16
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	7 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	17
S. APH	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	25
RENUNCIA			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
<i>DEUDAS COMUNES</i>			
A. 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
67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA			
BIENES COMUNES			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
CARGAS Y DEUDAS COMUNES			
<i>OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO</i>			
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 (VII-VIII)	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
<i>CONTINUACIÓN CON LOS DESCENDIENTES</i>			
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			
<i>PARTICIÓN EN TESTAMENTO DEL VIUDO</i>			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
68: VIUDEDAD			
681: DISPOSICIONES GENERALES			
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
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 (núm. 1.º)	25
PUBLICIDAD			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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
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
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
PENSIÓN COMPENSATORIA			
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	19
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

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. TSJA	22 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	48
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. JP II Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
683: USUFRUCTO VIDUAL			
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
DISPONIBILIDAD DEL DERECHO Y DE LOS BIENES			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
DIVISIÓN DE COSA COMÚN			
S. TSJA	5 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	4
ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS			
A. JPI Zaragoza n.º 14	26 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	8

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. APZ	11 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	47
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
EXTINCIÓN			
S. APZ	18 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
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
ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS			
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
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
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>VIDA MARITAL ESTABLE</i>			
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
<i>INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD</i>			
A. TSJA	7 de marzo de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	1
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
<i>INTERDICTO DE ADQUIRIR LEGITIMACIÓN</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 12	4 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	21
<i>INTERVENCIÓN DE LOS NUDO-PROPIETARIOS</i>			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
<i>POSESIÓN DE LOS PROPIETARIOS</i>			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
<i>SANCIÓN DE LA FALTA DE INVENTARIO</i>			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de mayo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	67
<i>SOBRE DINERO Y CRÉDITOS</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	20
<i>SOBRE LA NUDA PROPIEDAD</i>			
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
<i>TRANSFORMACIÓN DEL USUFRUCTO</i>			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
<i>USUFRUCTO DE DINERO</i>			
S. APT	21 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	29
S. APH	21 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS			
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD			
<i>LEGITIMACIÓN</i>			
A. JPI Zaragoza n.º 14	15 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	59
EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA			
S. APZ	2 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	66
<i>PACTOS</i>			
S. APZ	7 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	34
7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE			
711: DISPOSICIONES GENERALES			
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
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
<i>VECINDAD CIVIL</i>			
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
NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA			
<i>PRESCRIPCIÓN</i>			
S. JP II Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN			
<i>LÍMITES</i>			
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
PETICIÓN DE HERENCIA			
<i>PRESCRIPCIÓN</i>			
S. JP II 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
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	39
QUERELLA			
A. JPI Zaragoza	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
713: SUSTITUCIÓN LEGAL			
ÁMBITO DE APLICACIÓN			
S. APT	7 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	30
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	15 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	49
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
SUSTITUCIÓN VULGAR			
S. APH	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	18
714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA			
S. JP II Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
ACEPTACIÓN TÁCITA			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PRUEBA			
S. JPI Tarazona	15 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	12
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
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
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO			
S. JPII Jaca n.º 2	15 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	24
VOLUNTARIEDAD			
S. JPII Calamocha	5 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	10
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
DERECHO INTERTERRITORIAL			
R. DGRN	13 de noviembre de 1902	2001-2002 (VII-VIII)	9
DERECHO TRANSITORIO			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	16
DISOLUCIÓN			
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
EFFECTOS			
ACRECIMIENTO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
IMPROCEDENCIA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
NATURALEZA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
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
72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA			
721: DISPOSICIONES GENERALES			
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
NULIDAD DE TESTAMENTO			
INCAPACIDAD			
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	51
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>INEXISTENCIA</i>			
A. TSJA	22 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	6
<i>INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS</i>			
<i>FIDEICOMISO DE RESIDUO</i>			
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
<i>INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES</i>			
<i>PACTO AL MÁS VIVIENTE</i>			
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	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. JP II Monzón	20 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	19
<i>INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO</i>			
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
<i>NULIDAD</i>			
S. JP II Huesca n.º 3	14 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	54
<i>PACTO AL MÁS VIVIENTE</i>			
<i>REVERSIÓN</i>			
S. APZ (SECC. 5.ª)	13 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	40
<i>PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL</i>			
S. JP II Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
<i>REVOCACIÓN</i>			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS			
LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN			
<i>INADMISIBILIDAD DE VENIR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS</i>			
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
NULIDAD			
<i>USUCAPIÓN DE LAS COSAS POSEIDAS</i>			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
NULIDAD DE TESTAMENTO			
<i>COACCIÓN</i>			
S. APZ	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	29
73: SUCESIÓN PACCIONADA			
CONTENIDO			
<i>LÍMITES</i>			
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	24
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			
<i>LA DOTE PACTADA PREVALECE SOBRE LA DEL ART. 109</i>			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
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			
<i>CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA</i>			
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
<i>BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
<i>FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
<i>FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE</i>			
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
<i>FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
<i>REVERSIÓN</i>			
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	14
PACTO DE PRESENTE			
<i>EFFECTOS</i>			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
REVOCACIÓN			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
<i>CONVIVENCIA FAMILIAR</i>			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
74: FIDUCIA SUCESORIA			
CÓNYUGE FIDUCIARIO			
<i>DISPOSICIÓN HABIENDO LEGITIMARIOS</i>			
A. TSJA	3 de enero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	5
A. TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	6
<i>EJECUCIÓN</i>			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	2
<i>LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO CONYUGAL</i>			
A. 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
<i>NATURALEZA</i>			
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
<i>PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO</i>			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
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
<i>MUERTE DEL FIDUCIARIO</i>			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>NUEVAS NUPCIAS DEL FIDUCIARIO VIUDO</i>			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
<i>SEPARACIÓN DE HECHO</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	2
<i>FIDUCIA COLECTIVA COMPOSICIÓN</i>			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
<i>CONSTITUCIÓN</i>			
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. 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
<i>FIDUCIARIOS NO DETERMINADOS</i>			
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
<i>FIJACIÓN DE PLAZO</i>			
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
<i>NULIDAD DEL ACTO DE DISPOSICIÓN</i>			
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
<i>NULIDAD DEL ACTO DE EJECUCIÓN</i>			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
<i>RENUNCIA AL CARGO</i>			
A. 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
SUBSISTENCIA			
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
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 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN			
LITISCONSORCIO			
S. TS	18 de marzo de 2003	2003-2004 (IX-X)	8
IRREVOCABILIDAD DEL PACTO DE FIDUCIA			
A. 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
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
SISTEMA DE FUENTES			
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
SITUACIÓN DE PENDENCIA			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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)	7
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			
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

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
<i>INEXISTENCIA</i>			
S. JPII Daroca	15 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	48
<i>MENCIÓN SUFICIENTE</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
<i>PLAZO</i>			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
<i>SENTIDO FUNCIONAL</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
76: SUCESIÓN LEGAL			
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
<i>BIENES TRONCALES</i>			
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
<i>CONTRADICCIÓN ENTRE LOS INTERESADOS</i>			
A. JPII Monzón	8 de enero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	4
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
PACTO AL MÁS VIVIENTE			
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
REPUDIACIÓN			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	34
SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS			
<i>A FAVOR DE HERMANOS</i>			
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
<i>A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS</i>			
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
REQUISITOS			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO			
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>A FAVOR DE COLATERALES</i>			
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	13
<i>A FAVOR DE HERMANOS</i>			
A. JPII Huesca n.º 2	5 de diciembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	79
<i>A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS</i>			
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
<i>SUSTITUCIÓN LEGAL</i>			
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
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			
<i>FACULTADES DEMANIALES</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
<i>LÍMITES A LA FACULTAD DE CONSTRUIR</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
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
IUS USUS INNOCUI			
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
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
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
ACTOS MERAMENTE TOLERADOS			
S. JP II 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
APERTURA DE PUERTA			
S. APH	29 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	13
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. JP II La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50
S. JP II 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. JP II Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	26
S. JP II 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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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. 1.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
S. JPII Teruel n.º 1	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	26
S. APZ	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.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 (núm. 1.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. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>FACULTAD DE ABRIR HUECOS</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	9
S. APH	30 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. APZ	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	6 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	35
<i>FINALIDAD</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
<i>INTERDICTO DE OBRA NUEVA</i>			
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
<i>REJA Y RED</i>			
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	54
S. APT	21 de noviembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	60
SERVIDUMBRE			
<i>APLICACIÓN DEL ART. 541 CC.</i>			
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
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)	
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
EXTINCIÓN			
S. JP II Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58
INTERDICTO DE OBRA NUEVA			
S. JP II La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	20
NATURALEZA			
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	26
S. JP II 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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	26
S. APZ	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.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
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 (núm. 1.º)	23
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. APZ	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
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. 2.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
VISTAS OBLICUAS			
S. APZ	21 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
84: SERVIDUMBRES			
ALERA FORAL			
DEFINICIÓN Y CARACTERES			
S. JPII Calatayud 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 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 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
DE ANTENA T.V.			
USUCAPIÓN			
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>DERECHO SUPLETORIO</i>			
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
<i>PRESUNCIONES</i>			
S. JPII Barbastro	26 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	58
<i>SIGNOS CONTRARIOS</i>			
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
<i>USUCAPIÓN</i>			
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
<i>DE PASO</i>			
S. APH	28 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	21
<i>ADQUISICIÓN</i>			
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>APLICACIÓN DE LOS ARTS. 564 Y SS. CC.</i>			
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
<i>EXTINCIÓN</i>			
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
<i>NATURALEZA</i>			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	2 5
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
<i>USUCAPIÓN</i>			
S. JP II Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. JP II Teruel n.º 1	14 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	8
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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	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	25 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	44
S. APH	17 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	50
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
DE PASO DE TENDIDO ELÉCTRICO			
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 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
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>USUCAPIÓN</i>			
S. APT	30 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	22
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
DE VERTIENTE DE TEJADO			
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
<i>DERECHO SUPLETORIO</i>			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
<i>EXTINCIÓN</i>			
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
<i>SIGNOS APARENTES</i>			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
<i>USUCAPIÓN</i>			
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
DERECHO SUPLETORIO			
<i>SIGNO APARENTE</i>			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
EN GENERAL			
<i>APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL</i>			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
<i>PRUEBA</i>			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
EXTINCIÓN			
<i>No uso</i>			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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
INAPLICACIÓN DEL ART. 539 Cc.			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
9: DERECHO DE OBLIGACIONES			
91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL			
DONACIÓN			
FORMA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
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. JP II Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
ELEMENTO OBJETIVO			
S. JP II Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36
OFRECIMIENTO EN VENTA			
S. JP I 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. JP II Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
TRONCALIDAD DE LOS INMUEBLES			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. JP I Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
VENTA A UN EXTRAÑO			
S. JP II Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	49
S. JPII Zaragoza n.º 2	6 de junio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	68
S. JPII 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	16
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
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. 1.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
FUNDAMENTO			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
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 (VII-VIII)	63
GASTOS O PAGOS LEGÍTIMOS			
A. APH	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	18
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE</i>			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
<i>COMPETENCIA FUNCIONAL</i>			
S. TS	15 de junio de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	2
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
<i>DERECHO SUPLETORIO</i>			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
<i>INTERÉS CASACIONAL</i>			
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
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	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
<i>RÉGIMEN TRANSITORIO</i>			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
<i>DERECHO INTERREGIONAL</i>			
<i>EFFECTOS SOBRE LA SUCESIÓN</i>			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
<i>RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL</i>			
S. APZ (PENAL)	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	47
<i>DERECHO TRANSITORIO</i>			
<i>CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN</i>			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. APH	20 de enero de 1994	1996, I (núm. 1.º)	8
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
<i>CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN</i>			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
LEY DE SUCESIONES			
A. APZ	9 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	43
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
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
LEY APLICABLE			
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
LEY DE CAZA			
CONCEPTO DE PROCEDENCIA			
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CONCEPTO DE «RESIDENTE»			
S. APH	22 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	15
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
LEY DE SUCESIONES (1/99 DE 9 ENERO)			
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
PROPIEDAD			
USUCAPIÓN			
S. APH	28 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	47
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
SUCESIÓN LEGAL			
JPII Huesca n.º 2	7 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	68
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

Índice acumulado de Jurisprudencia

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>DE LOS CÓNYUGES</i>			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
<i>USUFRUCTO VIDUAL</i>			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	31

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.
2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.
3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, págs. 272 y stes.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés*, 1945, pág. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 211 y stes.

Las citas de sentencias háganse siguiendo el modelo del «Índice acumulado de Jurisprudencia» que se publica en cada número de la revista.

Los trabajos se dividirán en epígrafes, con la siguiente secuencia: I, 1, A, a.

5. Se encarece la presentación de los originales en su versión definitiva y con la mayor pulcritud. De ser posible, se ruega adjunten disquete informático, con indicación del sistema y procesador de textos utilizado. Si no expresan deseo en contrario, se enviará a los autores pruebas de imprenta para su corrección, con señalamiento de un breve plazo pasado el cual la Revista se encargará de ella.
6. Los trabajos no solicitados por la Revista carecerán de remuneración económica. El autor recibirá gratuitamente 25 separatas de su artículo y un ejemplar del número en que se publique.
7. A todos los autores que envíen originales a la Revista se les remitirá acuse de recibo. El Consejo de Redacción decidirá, en un plazo no superior a dos meses, la aceptación o no de los trabajos recibidos. Esta decisión se comunicará al autor, con indicación, en su caso, del número de la Revista y fecha en que previsiblemente se publicará.

Los trabajos publicados en la *RDCA* en soporte papel podrán publicarse también en CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como incluirse en bases de datos. Eventualmente podrán aceptarse trabajos para su publicación únicamente en la edición informática.

8. Envío de originales a la siguiente dirección:

Secretaría de la
REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
ifc@dpz.es

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del número 22 (junio 2003)

ESTUDIOS Y DEBATES

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Reflexiones sobre la Constitución (de su elaboración y de su reforma)*. - SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: *Los retos de la contratación pública*. - SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS: *El sistema estatal de archivos públicos: pasado, presente y futuro*. - IGNACIO BARRIOBERO MARTÍNEZ: *La aprobación del texto refundido de la Ley de Aguas y su incidencia sobre el régimen transitorio*. - PILAR CORTÉS BURETA: *Los recursos económicos de los partidos políticos: una perspectiva histórica de su regulación*. - JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA: *Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública*.

ARAGÓN Y AUTONOMÍAS

ANTONIO FANLO LORAS: *La ruptura del principio de unidad de la cuenca: el Plan de Protección Integral del Delta del Ebro*. - FERNANDO GARCÍA VICENTE: *El Justicia de Aragón en los últimos veinte años*. - LUIS POMED SÁNCHEZ: *El Justicia de Aragón, defensor del Estatuto de Autonomía*. - ANTONIO J. GARCÍA GÓMEZ y MIGUEL ÁNGEL BARBERÁN LAHUERTA: *El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones desde la perspectiva autonómica. Competencias normativas y corresponsabilidad fiscal*. - PEDRO LUIS MARTÍNEZ PALLARÉS: *Los servicios en el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón*. - AGUSTÍN GARCÍA INDA: *El Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local y sus efectos en el régimen local aragonés y, en particular, en el de Zaragoza*. - IGNACIO PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL y MIGUEL ÁNGEL SOLÁ MARTÍN: *La adjudicación de pastos y rastrojeas en los términos municipales aragoneses: de la ordenación (1938) a la desregulación (2002)*.

ESPECIAL URBANISMO

IGNACIO TRICAS AZNAR: *Crónica del II Seminario de Urbanismo: Ciudad sostenible y territorio*. - VINCENT BERDOULAY: *La evolución del urbanismo francés hacia la ciudad sostenible: los orígenes de su difícil institucionalización*. - VICENTE BIELZA DE ORY: *Sistema de ciudades y territorio en la Unión Europea*. - TOMÁS QUINTANA LÓPEZ: *La ciudad sostenible. Conservación y rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico*. - MARÍA PILAR SANCHO MARCO: *Reflexiones sobre los desequilibrios internos de las ciudades*. - ZAIDA MUXÍ MARTÍNEZ: *La ciudad dual o el reto de la globalización sobre las ciudades*.

JURISPRUDENCIA

AGUSTÍN GARCÍA URETA: *Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las empresas de radio y televisión: análisis jurisprudencial*. - CÉSAR CIERCO SEIRA: *La legitimación de las Administraciones Autonómicas para impugnar las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos estatales en materia de tributos cedidos*. - GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL: *Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un Reglamento*.

DERECHO COMPARADO

BIBLIOGRAFÍA

Precio de la suscripción anual 21,04 € + IVA
Número suelto 12,02 € + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública

Instituto Aragonés de Administración Pública

Diputación General de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del número 23 (diciembre 2003)

ESTUDIOS

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Reflexiones sobre los Acuerdos de cooperación del Estado con las Federaciones Evangélica, Judía y Musulmana, en los diez años de su vigencia.* - JUAN PEMÁN GAVÍN: *El marco jurídico de la asistencia social en España: competencias, principios y modalidades de la acción administrativa.* - JOSEP OCHOA MONZÓ: *La Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón y su encaje en el sistema estatal de protección civil.* - JOSÉ TUDELA ARANDA: *La problemática jurídica de la calidad turística.* - TERESA CANTO LÓPEZ: *La producción integrada. Aspectos de régimen jurídico estatal y autonómico.*

DEBATES

ALFONSO LÓPEZ DE LA OSSA: *Aspectos jurídicos y éticos de la investigación médica en España (ante la reforma normativa).* - JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO: *Administración y seguros. Una nueva quiebra de la unidad jurisdiccional.* - VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ: *Sobre los controles del cumplimiento de la Carta Europea de la Autonomía local.*

CRÓNICAS

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ: *Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2003.* - JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA: *Aspectos jurídicos del procedimiento administrativo de la incapacidad permanente contributiva en materia de seguridad social.* - VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ: *Crónica del curso «Líneas de reforma de las Administraciones Públicas».*

BIBLIOGRAFÍA

JORGE INFANTE: *Recensión al libro El proceso de comarcalización de Aragón. Análisis político y administrativo.* - IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE: *Recensión al libro El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.* - EVA SÁENZ ROYO: *Recensión al libro Recursos públicos y partidos políticos.* - MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY: *Recensión al libro El contrato administrativo.*

Precio de la suscripción anual..... 21,04 € + IVA

Número suelto 12,02 € + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública

Instituto Aragonés de Administración Pública

Diputación General de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del monográfico VI (2003)

«Ciudadanía e inmigración»

Luis POMED SÁNCHEZ y F. VELASCO CABALLERO (eds.)

- J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *Ciudadanía e inmigración en las sociedades multiculturales.*
- C. IZQUIERDO SANS Y S. TORRECADRADA GARCÍA-LOZANO: *La regulación internacional de los flujos migratorios.*
- J. MERCADER UGUINA: *El régimen jurídico del permiso de trabajo: funciones y disfunciones.*
- M. A. PRESNO LINERA: *Permisos de estancia y residencia.*
- I. VILLAVARDE MENÉNDEZ: *El reagrupamiento familiar y la política de contingentes.*
- L. DÍEZ BUESO: *El marco competencial.*
- J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores de origen inmigrante en el sistema educativo español.*
- H. LOSADA GONZÁLEZ: *Prestaciones sanitarias y de Seguridad Social.*
- V. AGUADO I CUDOLÀ: *Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros.*
- F. VELASCO CABALLERO: *Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras «salidas obligatorias».*
- L. POMED SÁNCHEZ: *La efectividad de la tutela judicial de los extranjeros.*
- M. PÉREZ MANZANO: *Ius puniendi, fronteras y derechos fundamentales: un modelo constitucional de extradición.*

Precio de la suscripción anual 21,04 € + IVA

Número suelto 12,02 € + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del número 24 (junio 2004)

ESTUDIOS

JUAN RIVERO LAMAS: *El ámbito territorial de las Reales Academias y su relación con las Comunidades Autónomas*. - SERGIO SALINAS ALCEGA: *Los comités intergubernamentales del Consejo de Europa. Mecanismos de funcionamiento y aportaciones a la construcción europea*. - JESÚS CONDE ANTEQUERA: *El deber de restauración derivado de la existencia de responsabilidad del sujeto particular causante del daño ambiental por la infracción administrativa*. - SANTIAGO CASAJÚS AGUADO: *Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso*.

DEBATES

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *La sociedad del conocimiento y la Administración Pública*. - RAMÓN SALANOVA ALCALDE: *La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local: un comentario crítico*. - JOSÉ TUDELA ARANDA: *Un nuevo Derecho para un nuevo turismo*. - PEDRO LUIS MARTÍNEZ PALLARÉS: *Los servicios públicos locales en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Especial referencia a su incidencia en la legislación de Administración local de Aragón*. - JESÚS OLITE CABANILLAS: *Consideraciones sobre la adecuada realización de la evaluación de impacto ambiental en determinados proyectos*. - FERNANDO LÓPEZ RAMÓN: *Necesidades de revisión de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón*.

JURISPRUDENCIA

GERARDO GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA: *La imputación de la lesión causada por la declaración de un inmueble como bien de interés cultural. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2003*.

DERECHO COMPARADO

FILIPPO SALVIA: *La tutela transversal de los bienes culturales. Los bienes culturales urbanísticos*. - MARÍA TERESA CARBALLEIRA RIVERA: *La enseñanza práctica del Derecho en las Universidades de Estados Unidos*. - ANTONIO ARROYO GIL: *Realidades y perspectivas del federalismo alemán*.

CRÓNICAS

JOAQUÍN ÁLVAREZ MARTÍNEZ: *Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2004*. - PEDRO LUIS MARTÍNEZ PALLARÉS: *Crónica del Seminario sobre «Las realidades y perspectivas del federalismo alemán»*. Fundación Manuel Giménez Abad. - PABLO OCTAVIO GARFELLA MARTÍNEZ: *Conflictividad competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón (junio 2002-mayo 2004)*.

BIBLIOGRAFÍA

Precio de la suscripción anual 21,04 € + IVA
Número suelto 12,02 € + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del monográfico VII (2004)

«Régimen de prevención y control integrados de la contaminación»

Agustín GARCÍA URETA (ed.)

Inmaculada REVUELTA PÉREZ: *El sistema comunitario de prevención y control integrados de la contaminación.*

Borja LÓPEZ-JURADO: *Ámbito de aplicación de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.*

María Consuelo ALONSO GARCÍA: *La autorización ambiental integrada.*

Carmen AGOUES MENDIZÁBAL: *Autorización ambiental integrada y licencias municipales de obras y de actividades clasificadas.*

René Javier SANTAMARÍA ARINAS: *Autorizaciones de producción y gestión de residuos tras la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.*

Juan ROSA MORENO: *Autorización ambiental integrada y evaluación de impacto ambiental.*

Antonio FANLO LORAS: *Autorización ambiental integrada y autorizaciones de vertidos.*

Íñigo LAZCANO BROTONS: *La regulación del procedimiento para la obtención de la autorización ambiental integrada en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.*

José Francisco ALENZA GARCÍA: *La disciplina ambiental en la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.*

Germán VALENCIA MARTÍN: *La legislación catalana de intervención integral de la Administración ambiental tras la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.*

Precio de la suscripción anual 21,04 € + IVA

Número suelto 12,02 € + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

**TÍTULOS Y LUGAR DE EDICIÓN
DE LAS REVISTAS O COLECCIONES
QUE SE RECIBEN EN INTERCAMBIO CON
REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

Anuario de Derecho Civil. Madrid

Anuario Jurídico de La Rioja. Anales del Convenio Universidad de La Rioja-DGLR.

Logroño (La Rioja)

BCA. Boletín de Legislación de las Comunidades Autónomas. Madrid

Boletín de la Facultad de Derecho (BFD). Madrid

Cuadernos de Historia del Derecho. Madrid

Glossae. Revista de Historia de Derecho Europeo. Murcia

Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Madrid

Revista de Estudios Políticos. Madrid

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Granada

Revista da Faculdade de Direito da UPG. Goiânia (Brasil)

Revista Jurídica de Catalunya. Barcelona

Revista Jurídica de Navarra. Pamplona (Navarra)

Revista de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal. 2.ª Região. Rio de Janeiro (Brasil)

Sobrarbe. Revista del Centro de Estudios de Sobrarbe. Boltaña (Huesca)

Studia Carande. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas. Vicálvaro (Madrid)

Treserols. Cuadernos del Centro de Estudios de Sobrarbe. Boltaña (Huesca)



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: Bianaual

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](http://ifc.dpz.es)

Correspondencia: Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Intercambio de Revistas. Plaza de España, nº 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.: