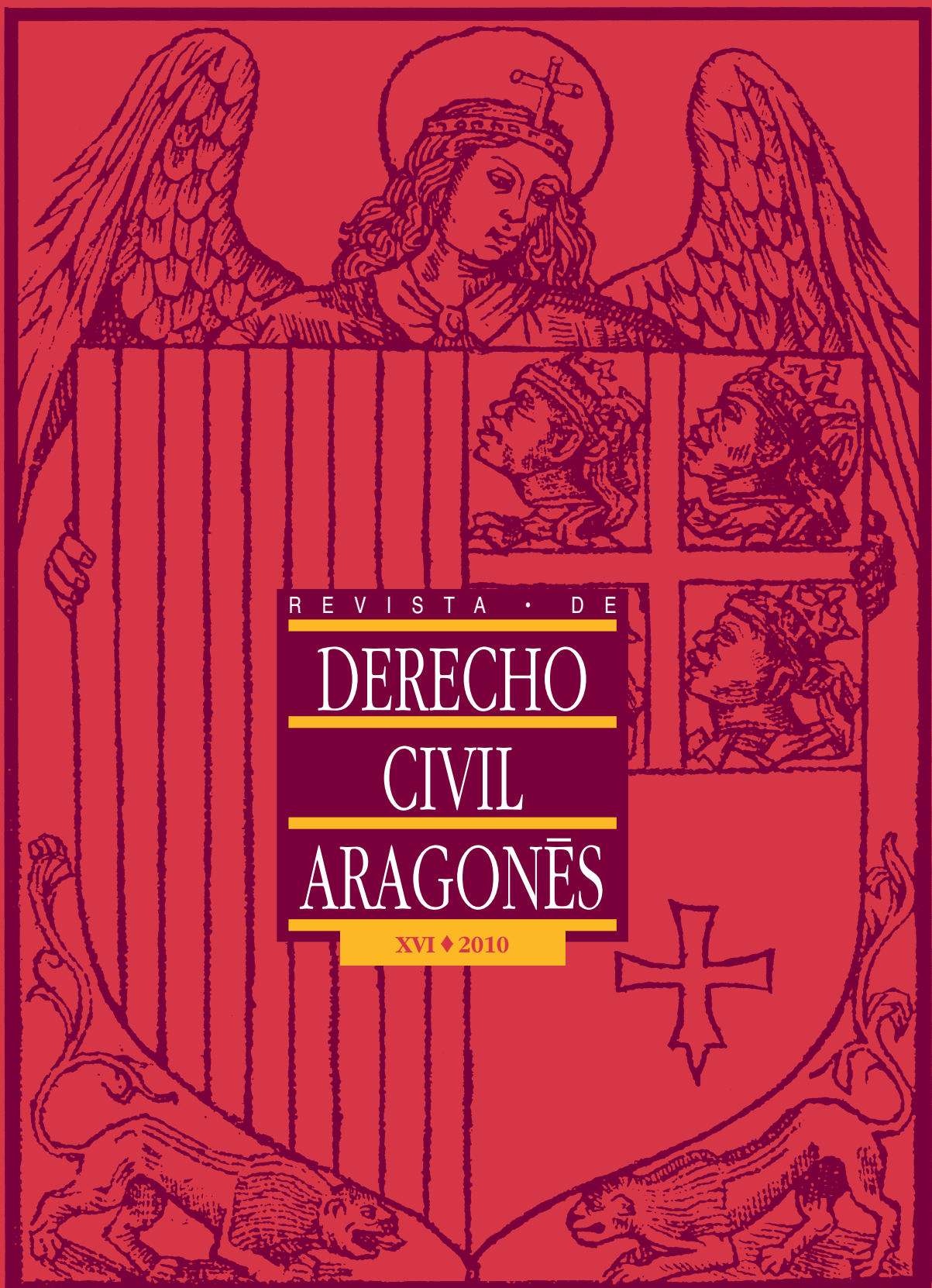
CÁTEDRA «MIGUEL DEL MOLINO»



REVISTA · DE

DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVI ♦ 2010

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3096

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

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

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

REVISTA DE
DERECHO CIVIL ARAGONÉS
XVI
AÑO 2010

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

Adolfo Calatayud Sierra
Notario
Zaragoza

Francisco Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

Saúl Gazo Ortiz de Urbina
Abogado
Huesca

Manuel Giménez Abad †
Diputado autonómico y Senador

Carmen Maestro Zaldívar
Procuradora
Zaragoza

Ignacio Martínez Lasierra
Magistrado
Tribunal Superior de Justicia

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

Ana María Iguácel Pérez
Asesor del Justicia de Aragón

Mauricio Murillo García-Atance
Magistrado.
Audiencia Provincial
de Zaragoza

Honorio Romero Herrero
Notario
Zaragoza

Rafael Santacruz Blanco
Abogado del Estado
Zaragoza

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XVI

AÑO 2010

INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2011

Publicación número 3.066
de la Institución «Fernando el Católico»
Organismo Autónomo de la Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
Tff.: [34] 976 28 88 78/79 - Fax: [34] 976 28 88 69
ifc@dpz.es
http://ifc.dpz.es

FICHA CATALOGRÁFICA

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

Anual

ISSN: 1135-9714

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

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

Motivo cubierta:

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

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

I.S.S.N.: 1135-9714
Depósito Legal: Z-3.869/95

Preimpresión: A+D arte digital. Zaragoza
Impresión: INO, Reproducciones

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE
RDCA, 2010, XVI

ESTUDIOS

BONET NAVARRO, Ángel: «El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del art. 809.2 LEC» 11

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La legítima en Aragón» 67

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «Cuestiones de invalidez testamentaria en la sucesión aragonesa» 135

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho civil patrimonial» 177

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Cuestiones prácticas sobre consorcio foral» 215

GONZÁLEZ CAMPO, Francisco de Asís: «Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres» 227

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario de la Sentencia de 14 de mayo de 2010 del TSJ de Aragón: arrendamiento y consorcio conyugal» 253

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Comentario de la sentencia del TSJA de 1 de diciembre de 2009 sobre servidumbre de paso» 267

MATERIALES

I. Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres 285

II. Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial .. 285

III. Tramitación parlamentaria de la Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres 285

IV. Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial 287

V. Observaciones del Colegio Notarial de Aragón al Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial 289

VI. Propuestas del Justicia de Aragón sobre el Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial 293

VII. Otras iniciativas parlamentarias relacionadas con el Derecho civil aragonés 297

VIII. Proyecto de Ley de Mediación Familiar de Aragón (BOCA núm. 263, de 15-12-2010) 301

IX. Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón (BOCA núm. 265, de 17 de diciembre de 2010) 315

X. Cuestiones de constitucionalidad de la DA 3ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, reformada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, en lo relativo a la equiparación de parejas de hecho y matrimonio 329

NOTICIAS

A) Noticias del Justicia de Aragón 359

B) Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés..... 362

C) Cursos, Charlas y Seminarios sobre Derecho civil aragonés..... 363

D) Noticias de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación 366

E) Tesis Doctorales..... 370

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía 373

JURISPRUDENCIA

A) Resoluciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (2008 a 2010) 395

B) Resoluciones de Audiencias Provinciales de Aragón (2008) 467

C) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Aragón (2008) 583

D) Índices de Jurisprudencia 591

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número 591

2. Índice acumulado de jurisprudencia (desde el año I al XVI de la RDCA) 615

ESTUDIOS

EL RECURSO DE CASACIÓN Y LAS SENTENCIAS DE APELACIÓN DICTADAS EN EL PROCESO INCIDENTAL DEL ARTÍCULO 809.2 LEC[*]

Ángel Bonet Navarro

RESUMEN

El proceso incidental, seguido al suscitarse controversias sobre la inclusión y exclusión de bienes y derechos en la formación del inventario del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, termina con una sentencia a la que la nueva jurisprudencia autonómica aragonesa le niega el carácter de resolución que pone término a la tramitación ordinaria de un proceso en la primera instancia. Esta nueva calificación, que sustituye a la anterior, determina, según la nueva doctrina, que la sentencia recaída ante la Audiencia Provincial no sea considerada sentencia de segunda instancia. Con esta interpretación restrictiva se impide el acceso a la casación foral de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales aragonesas, cuando las normas sobre la materia de la calificación de comunal o privativa de los bienes y derechos han sido aplicadas en este proceso incidental. El cambio de doctrina repercute sobre la futura formación de jurisprudencia foral sobre esta cuestión.

Palabras clave: Liquidación del régimen económico matrimonial. Proceso para la inclusión o exclusión de bienes en el inventario. Cuestión incidental. Proceso incidental. Recurso de casación foral. Selección de asuntos en el recurso de casación. Jurisprudencia foral.

---

[*] Este trabajo se inscribe en el ámbito del proyecto de investigación DER 2010-17538 Plan Nacional de I+D+I, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es el autor.

ABSTRACT

Procedures for motions about the inclusion and exclusion of the assets in the inventory formation for the liquidation of the community property state, finishes with a judgment to which the new jurisprudence in Aragon declines the quality of resolution that would put an end to the ordinary proceedings of a process in courts of first instance. This new qualification substitutes for the previous one and determines, according to the new doctrine, that the judgment that arrives to the *Audiencia Provincial* will not be considered as a trial on first appeal. This restrictive interpretation does not allow access to the cassation in the high court about *foral* issues of the judgments given by the *Audiencias Provinciales* in Aragon, when the rules about the issues qualified as communal or as separate have been applied in this motion. This change of the doctrine has repercussions over the future formation of the jurisprudence in *foral* issues about this matter.

Keywords: Liquidation of the community property state. Procedure for the inclusion and exclusion of the inventory assets. Motion. Cassation. Selection of suits in the cassation procedure. Jurisprudence in *foral* issues

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. Una doctrina a examen; 2. Las cuestiones. II. LA LEY DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA Y SU INTERPRETACIÓN: 1. El tipo de la norma; 2. ¿Vinculación jurisprudencial? III. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA. UNA CUESTIÓN PLANTEADA EN LA LEC: 1. Unidad o diversidad de caracteres; 2. Una aproximación provisional al concepto de instancia. IV. PRIMERA INSTANCIA Y LO INCIDENTAL: 1. Primera instancia; 2. Lo incidental. V. CUESTIÓN INCIDENTAL, PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL Y PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL: 1. Cuestiones incidentales; 2. Proceso con procedimiento incidental; 3. Proceso incidental con procedimiento no incidental; 4. El trámite del juicio verbal, un procedimiento genérico; 5. Denominaciones, procedimientos o contenido; 6. La «incidentalidad» de los procesos mencionados en el auto del Tribunal Superior de Justicia y su exclusión de la casación; 7. Incidentalidad en la LEC/1881; 8. Incidentalidad en la LEC/2000; 9. Razones de la exclusión. VI. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN: 1. El objeto; 2. El trámite. VII. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO: 1. ¿Un procedimiento no jurisdiccional? 2. ¿Uno o dos procedimientos? 3. Un proceso universal. VIII. EL MODO INCIDENTAL DE LA OPOSICIÓN EN EL INVENTARIO… IX. …Y SU CARÁCTER DE INSTANCIA: 1. La instancia en los procesos incidentales y su acceso a la casación; 2. La controversia en el inventario en su primera instancia…; 3. …Que es seguida por la segunda instancia. X. EL CAMBIO DE DOCTRINA Y SUS EFECTOS: 1. El punto de partida; 2. Nueva forma de selección de los asuntos. 3. Una quiebra en la formación de la doctrina jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN

1. Una doctrina a examen

El auto de 16 de abril de 2010 del TSJA inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Esta sentencia había resuelto en segundo grado la controversia suscitada en la formación de inventario de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial seguido ante el Juzgado de primera instancia número Cinco de Zaragoza. El objeto de la disceptación quedaba concretado de la siguiente manera: «dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo y pasivo consorcial diferentes bienes, así como la consideración como privativos de determinados incrementos patrimoniales» (fj 1º). El argumento motivador de la inadmisión se halla recogido a continuación en el mismo fj:

> «Como se señaló en la providencia de fecha 15 de abril pasado, el Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil.
>
> »Así, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 15 de abril pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica (Fundamento de Derecho 2):
>
> *"Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.*
>
> *"Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…).*
>
> *"Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación*

de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incusos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos)"». (La cursiva pertenece al texto original del auto)

El razonamiento transcrito involucra el uso de conceptos construidos en el seno de la teoría –y ofrecidos a la práctica– del Derecho procesal que, por su sola mención, sugeriría una oportunidad de contrastar las afirmaciones de la mayoría de los magistrados que votan a favor de la decisión consistente, en sustancia, en la inadmisión del recurso. Pero, por si esto fuera insuficiente, la parte argumentativa y dispositiva del auto va seguida de un vigoroso voto particular formulado por dos magistrados de la misma Sala, manifestando su discrepancia con la mayoría precisamente por considerar que no han sido bien examinadas las cuestiones que se encierran en el uso de los conceptos expuestos. En dos párrafos de síntesis los magistrados discrepantes centran la causa de su opinión:

> «La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.
>
> »La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisamente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría» (fj 2º).

2. Las cuestiones

La lectura de una y otra argumentación lleva a plantear primordialmente dos reflexiones sobre el sentido de lo «incidental» y el de la «segunda instancia», ya que constituyen, para las posturas encontradas, el punto de inflexión sobre el cual estriba la conclusión definitiva: admitir o inadmitir el recurso de casación.

Antes de entrar en el examen del asunto central hay que advertir que, según la manifestación de los magistrados que formulan el voto particular, la Sala, con anterioridad a este auto, venía admitiendo los recursos de casación interpuestos contra las sentencias recaídas en este tipo de proceso. Por otro lado, de las razones dadas en la fundamentación jurídica del auto, resulta manifiesto que la causa determinante del cambio de criterio viene establecida por el cambio que también se ha producido en la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la misma

materia. Si la postura adoptada por el Tribunal Supremo resulta convincente, no hay nada reprobable. Pero, resulta llamativa –por la inexactitud de la apreciación– la forma en que el auto acoge la *disciplina* del Tribunal Supremo:

> «La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la Jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón» (fj 2º).

Este razonamiento merece un comentario previo.

II. LA LEY DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA Y SU INTERPRETACIÓN

1. El tipo de la norma

La lectura de la Ley 4/2001, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa (en adelante LCFA), nos hace caer en la cuenta de que, en su artículo 1, contiene una regla de atribución de competencia que es copia casi literal de lo establecido en el art. 73.1.a) LOPJ. La norma autonómica repite el tenor de la norma estatal. Pero, fuera del reproche de la jurisprudencia constitucional, la cual señala como impropio del legislador autonómico introducir en sus textos las denominadas *leges repetitae*, cuando, en el ordenamiento autonómico, no tienen por objeto dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo (STC 47/2004, de 25 de marzo, fj. 8), el precepto del art. 1 no contiene indicación alguna referente a la exclusión de determinadas sentencias del recurso de casación foral. Más bien, su lectura poco reflexiva induce a pensar que se concede el recurso de casación frente a *todas* las resoluciones de los tribunales con sede en la Comunidad Autónoma. Sabemos que esto no es así y puede concluirse de manera inmediata tan pronto como se lee el artículo 2 en el que se hace referencia a la recurribilidad sólo de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Por tanto, puede señalarse que lo que contiene el art. 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio no es una regla especial de recurribilidad, sino una regla de competencia funcional.

La que podíamos denominar *licencia* del legislador autonómico introduciendo esa regla de competencia, fuera de lugar y habilitación, tiene una explicación más o menos convincente, pero real y *justificada* en el debate parlamentario que precedió a la promulgación de dicha Ley. Pueden verse las alusiones en el trámite parlamentario de su creación a la conveniencia o necesidad de hacer esta «declaración» del art. 1 por causa de las reticencias que habían surgido acerca de la posible falta de competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

para conocer del recurso de casación, al haberse suprimido el correspondiente texto normativo que, en el entonces vigente Estatuto de Autonomía, hiciera referencia a esta competencia.

Aunque el Tribunal Supremo había declarado, con mayor intención pacificadora que corrección jurídica, que existía tal competencia del TSJA, y el mismo TSJA había aceptado la existencia de su competencia anteriormente negada por él, había alertado a los parlamentarios aragoneses el Informe del Consejo General del Poder judicial sobre el anteproyecto de la Ley de casación en el que se recuerda esta carencia estatutaria, señalando que el TSJA no tenía competencia para conocer del recurso de casación. Recibido el sentir del Informe a modo de aviso respecto de nuevas interpretaciones, los diputados –sin fundamento jurídico posible– pensaron que la norma inserta en el art. 1 serviría de base para mantener, sin discusión, la competencia casacional del TSJA, mientras se elaboraba y aprobaba la reforma de dicho Estatuto.

Pero, la Ley aragonesa no es una norma determinadora de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, sino una ley de selección de asuntos. Y para ello elige el mismo punto de partida que la LEC: *serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales* (art. 2). Podía haber sido otro, como el fijado por el legislador autonómico gallego, que, en la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, declarada inconstitucional parcialmente por la STC 47/2004, de 25 de marzo, admitió al recurso de casación no sólo las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, sino otras resoluciones; la norma estuvo vigente durante más de un decenio, al no haber sido suspendida su aplicación.

Y, precisamente, éste es el estribo en que se apoya la argumentación de los magistrados mayoritarios que aprueban la resolución que inadmite el recurso de casación. Ésta es, al parecer, su fórmula práctica. Si la letra de los preceptos (art. 477.2 LEC y art. 2 LCFA) es la misma: *sentencias dictadas en segunda instancia,* no hay razón para separarse de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre los casos en que debe entenderse que hay una verdadera sentencia de segunda instancia, por la simple razón de que, en unos casos procedimentales, el segundo grado de conocimiento por un tribunal superior da lugar a una segunda instancia y, en otros, este segundo camino no lo es; y, como consecuencia, las sentencias dictadas en estas ocasiones son o no *recurribles* en casación, según la calificación que merezca el trámite ocurrido en el segundo grado.

2. ¿Vinculación jurisprudencial?

Este ajuste del criterio de los magistrados mayoritarios a la «doctrina» del Tribunal Supremo, se debe a una admitida y supuesta *jurisprudencia vinculante* de este Tribunal. Ésta es una segunda cuestión que hay que examinar preliminarmente. La EM de la LEC/2000 no deja lugar a dudas sobre la eficacia de la jurisprudencia en cuanto a su imposición para los tribunales inferiores de aquel o aquellos que la crean: «En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás

fuentes del Derecho objetivo–, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica». Una cosa es la «singular autoridad jurídica» y otra la «fuerza vinculante» de la doctrina de la sentencia o sentencias del tribunal superior de casación o de apelación: los tribunales, de cualquier instancia o grado son soberanos en el momento de argumentar y tomar sus decisiones. Sólo debe hablarse del influjo persuasivo de la jurisprudencia sobre las resoluciones futuras de los tribunales inferiores y sobre las conductas de los mismos justiciables; quizá, mirando al futuro, como instrumento de enriquecimiento de la obra legislativa (*la tarea de revitalizar nuestro Derecho*; LCFA, preámbulo). El mismo Tribunal Supremo afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ATS de 13 de octubre de 1998).

Si es cierto que, tal como se hallan las cosas en nuestro país, en la actualidad hay dos fuentes de producción de jurisprudencia foral civil aragonesa, no puede decirse que una esté subordinada a la otra o que una deba recibir el refrendo o rectificación de la otra, aun sin perder de vista que el Tribunal Supremo *es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes* (art. 123.1 CE) y que la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma se halla en el Tribunal Superior de Justicia, *sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo* (art. 152.1.II CE).

Aunque leyendo el art. 477.3.II LEC pueda defenderse que sólo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia será la adecuada para resolver lo concerniente a la apertura del recurso de casación ante este Tribunal, al prestar atención al art. 3.1 LCFA, se debe admitir que, por razón de la especialidad introducida, también la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es apta para esta función. Las dos doctrinas son jurisprudenciales. El fenómeno distorsionante que se produce respecto de la pretendida función casacional de la búsqueda de la uniformidad en la interpretación de la ley es palmario, pero la coexistencia de estas dos fuentes de jurisprudencia es incontestable.

Si el asunto no plantea problemas en lo que se refiere a la formación de la propia doctrina jurisprudencial respecto de la interpretación de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, tampoco los debe plantear en lo que concierne a la interpretación de las normas procesales que regulan la preparación, interposición, admisión y tramitación del recurso de casación foral. Entre estas normas se halla precisamente la que establece la recurribilidad de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales; es decir, el art. 477 LEC. Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia son soberanas en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia. Así lo han entendido los TTSSJ de las Islas Baleares (S. de 14 de enero de 2005), de la Comunidad Valenciana (S. de 17 de enero de 2008) y de Cataluña (S. de 27 de marzo de 2008); especialmente significativa es la STSJ de Navarra de 2 de marzo de 2004: «aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, no puede dejar de

afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en las de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior». Y si esto es así respecto de las normas estatales sobre la regulación del recurso de casación, con mayor razón ha de entenderse que es procedente tal plenitud de soberanía interpretativa, en su caso, respecto de las normas autonómicas que establecen especialidades procesales en esta materia.

Esta separación interpretativa, en contra de lo afirmado por los magistrados mayoritarios, «desvincula» a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de cualquier particular interpretación –porque es mera interpretación y nada más– realizada por el Tribunal Supremo sobre el carácter del proceso tramitado para impugnar el inventario en el procedimiento seguido para la liquidación del régimen económico matrimonial, caracterización que es concluyente para rechazar el recurso de casación.

III. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA. UNA CUESTIÓN PLANTEADA EN LA LEC

1. Unidad o diversidad de caracteres

La base del debate dialéctico mantenido entre la argumentación del auto desestimatorio y la del voto particular, en contra de lo que pueda parecer a primera vista, no hay que buscarla en una cuestión de nombres y categorías procesales sobre el procedimiento (nótese que el capítulo II del título II del libro IV LEC no se refiere a un proceso, sino al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial), sino en la posibilidad de reconocer o no reconocer si, a la sentencia, que es objeto de recurso, dictada por la Audiencia Provincial se le puede atribuir el determinante «sentencia de segunda instancia». Porque, la cuestión trae causa de la lectura de dos preceptos de la LEC: «*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*» (art. 466.1); y «*Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales…*» (art. 477.2). Y la formulación de la cuestión introduce inmediatamente la pregunta sobre cuándo una sentencia es de segunda instancia.

En síntesis podríamos decir que una sentencia es de segunda instancia cuando se dicta en la segunda instancia, poniendo término a ésta. Pero el acierto de la respuesta queda en suspenso, por ahora, porque la LEC no define qué es la segunda instancia. En los arts. 455 y siguientes regula el recurso de apelación y la segunda instancia («*Capítulo III. Del recurso de apelación y de la segunda instancia*»), pero ni siquiera existen, en este conjunto de artículos, criterios suficientes para determinar cuándo regula la apelación o cuándo la segunda instancia, ni

existen elementos concluyentes para determinar si apelación y segunda instancia son cosas distintas, pero piezas concurrentes y conformadoras de una unidad, o, si, por fin, son términos intercambiables con los que se denomina una misma cosa. Algo parecido puede afirmarse de la primera instancia. No hay tampoco precepto que afirme qué es la primera instancia.

En la LEC/1881 se utilizaba indistintamente la expresión *segunda instancia* y *apelación* para referirse a una misma realidad (arts. 840 a 896). Es decir; el texto positivo tampoco proporcionaba criterios para concluir cuándo la apelación abría una segunda instancia y cuándo no ocurría así, porque, aun *devuelto* el conocimiento del asunto momentáneamente a un tribunal superior, esta actuación pertenecía a la primera instancia que no había terminado todavía. Bajo el cobijo del rótulo del Tít.VI del Lib. II: *De la segunda instancia*, se disponían las diversas regulaciones de los distintos modos de tramitarse lo que, en todos los casos, se denominaban «recursos de apelación»: *apelación de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía* (Sección 2ª); *apelación de sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía* (Seccion 3ª). Al mismo grado de indefinición se llegaba en la regulación dispersa por la LEC y por otras normas complementarias sobre la forma de sustanciar apelaciones y segundas instancias: arts. 702 a 710 (juicio de menor cuantía); 732 a 736 (juicio verbal); 62 y 63 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (juicio de cognición).

Legal y experimentalmente sabemos cuándo comienza el primer grado en que es conocido un pleito por un tribunal, al que la norma, por tener en cuenta en primer lugar las pretensiones de las partes, denomina *tribunal de primera instancia* (art. 456.1); de esta manera queda establecido el primer grado: «*El juicio principiará por demanda*» (art. 399.1 LEC); y también sabemos cuándo termina: «*una vez que haya concluido su tramitación ordinaria*» (del proceso) se dictará sentencia (art. 206.1.3ª LEC). Entre la demanda y la sentencia, siguiendo la tramitación ordinaria, existe el primer grado de conocimiento de un asunto por el órgano jurisdiccional correspondiente.

Respecto del segundo grado de conocimiento del asunto, puede decirse que tal grado comienza, en todo caso, cuando termina el primero. El inicio del segundo grado lo determina el fin o agotamiento del primero, privando al tribunal de primer grado del conocimiento del asunto ya resuelto: «*Durante la sustanciación del recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada*» (art. 462). En cuanto al segundo grado, también pueden discernirse legal y experimentalmente sus momentos inicial y final: «*el recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne*» (art. 457.1 LEC); es decir la resolución de primer grado; y «*el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario*» (art. 465.1 LEC). Pero, de todo esto, no se puede concluir que grado e instancia sean una misma cosa de tal modo que el primer grado de conocimiento tenga los elementos necesarios para configurar una primera instancia y que el segundo esté dotado de todos aquellos que le asignan la función de una segunda instancia.

Una indagación minuciosa de lo establecido en los preceptos reguladores del recurso de apelación y de la segunda instancia, ya citados, sirve para afirmar que el legislador no adopta una postura clara que lleve a especificar como cosas distintas la segunda instancia y la apelación. Las expresiones legales son muy diversas. «*Conocerán de los recursos de apelación*» (art. 455.2); «*se tramitarán preferentemente los recursos de apelación*» (art. 455.3); «*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las prensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal*» (art. 456.1); «*el recurso de apelación se preparará*» (art. 457.1); «*el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida*» (art. 458.2); «*se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes*» (art. 460.2); «*el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario*» (art. 465.1).

Por lo demás, la expresión «*segunda instancia*» se limita en el texto de la LEC a asignar funciones o a caracterizar actuaciones de segundo grado; pero la ley también utiliza la palabra «*apelación*», o la expresión «*recurso de apelación*» para referirse a funciones o actuaciones propias de la segunda instancia: «*el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso*» (art. 465.5). El contenido de esta apelación no es otro que el de una segunda instancia: «*contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*» (art. 466.1).

Lo único que queda claro nominalmente en la LEC y, al menos, conceptualmente –porque una cosa es definir y otra obrar en consecuencia– en la jurisprudencia es que los recursos extraordinarios no son instancias. El art. 206.1.3ª, al señalar los casos en que el tribunal debe dictar sentencia, establece una línea divisoria entre tales recursos extraordinarios y procedimientos de revisión, por una parte, y la primera y segunda instancia, por otra parte: los tribunales dictan «*sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia*» (…); y como algo distinto: «*también se resolverán mediante sentencias los recursos extraordinarios*».

La lectura de los arts. 236 y 237.1 arroja cierta luz sobre esta cuestión. El primero de estos artículos distingue entre la posibilidad de darse la caducidad de la instancia y la caducidad del recurso. El art. 237.1, por una parte, en primer lugar, también distingue entre *instancias* (en plural) y *recursos* como si se tratara de géneros bien distintos. Seguidamente, habla de primera y segunda instancia, susceptibles de caducidad, para separarlas de lo que entiende por recursos extraordinarios, a los efectos de las consecuencias que produce la caducidad del recurso: *el extraordinario por infracción procesal y el de casación.* Sigue manteniéndose esta distinción en el art. 238. Y, por fin, al señalar los efectos que produce la caducidad de la instancia, el art. 238.1 utiliza indistintamente los términos apelación y segunda instancia para referirse a una misma realidad: *si la caducidad se produjere en la segunda instancia* (…) *se tendrá por desistida la apelación.* Según se advierte, el recurso

en términos del art. 450 no es sólo el acto inicial de impugnación que abre la segunda instancia, sino toda ésta cuando se abre efectivamente. La jurisprudencia del TSJA, al igual que ha venido haciéndolo la del TS, afirma que la casación no es una tercera instancia y por eso no se pueden introducir en ella pretensiones impugnatorias propias de una instancia (STSJA de 11 de mayo de 2005).

Esta confusión, en el sentido de reunión (fusión) de elementos en una unidad, se da también en el lenguaje habitual utilizado por los litigantes en los tribunales al decir que se sostiene (o *mejora*) el recurso de apelación, con apoyo en lo que dispone el art. 463.1.II, o por los magistrados al convocar a una vista de la apelación (art. 464), o al dictar una sentencia para resolver sobre el recurso de apelación, con apoyo en el art. 465.1.

2. Una aproximación provisional al concepto de instancia

En un sentido muy llano y general, pero no carente de apoyo legal y conceptual en términos correspondientes al Derecho procesal, puede decirse que existe una segunda instancia siempre que existe una segunda posibilidad u ocasión de que un asunto sea conocido por otro tribunal distinto del que lo conoció por primera vez. A este segundo conocimiento da entrada, en principio, el recurso de apelación con el cual «*podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia* (…) *mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal*» (art. 456.1). El segundo conocimiento se garantiza al justiciable en todos aquellos casos en que se dicten sentencias en toda clase de juicios, autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale (v. art. 455.1).

Este proyecto de actuación que proporciona la ley es aplicable a todo tipo de recurso de apelación formulado contra una resolución judicial, sea interlocutoria, incidental (art. 205.2ª) o definitiva (art. 207.1). Así lo entendió un procedimentalista del siglo XIX, al comentar la LEC/1855. La exposición que hace acerca de esto es merecedora de ser citada extensamente. «Siendo la providencia interlocutoria una decisión intermedia que pronuncia el juez en el discurso del pleito, entre su principio y su fin, para preparar la definitiva o sobre algún artículo o accidente, esto es, sobre un punto accesorio del objeto principal de la sentencia definitiva, no era conveniente que las apelaciones de aquella clase de sentencias se sustanciaran por los trámites estensos y solemnes que las de esta. En su consecuencia, la nueva ley, conforme con la regulación y práctica anteriores, ha establecido un procedimiento breve y sencillo para apelación de sentencia interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva, esto es, aunque decida algún artículo o incidente que ocurra durante el pleito…»[1].

La diferencia del sistema de apelación, establecido en la LEC/1855, no estribaba en la calidad del conocimiento atribuido al tribunal que debía conocer del

---

[1] Vicente y Caravantes, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1858, t. IV, p. 49.

asunto por segunda vez, sino en la brevedad de la tramitación, en razón de la clase de resolución apelable y apelada. En la LEC/1881 los arts. 840 a 902 reunían los preceptos que regulaban lo que en el título VI del libro II se denominaba: «*De la segunda instancia*», repartiéndose los artículos en tres secciones, de las cuales, la primera era aplicable a toda «segunda instancia» y las otras dos, ajustándose a los criterios doctrinales procedimentalistas ya expuestos, eran aplicables sucesivamente: a) a las apelaciones de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía; y b) a las apelaciones de las sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía.

Sin embargo, conviene concretar un poco más los elementos formadores del concepto de la segunda instancia, mirando ahora a lo que hemos apuntado antes. Para que la segunda instancia, como segundo grado, pueda, no sólo recibir, arregladamente a su orden de desenvolvimiento temporal, esta designación, sino realizarse como tal, es preciso que haya terminado totalmente la primera instancia. Si hemos sido capaces de señalar cuál es la duración temporal y espacial de la primera instancia, podremos afirmar que la segunda instancia viene procedimentalmente después y no se puede iniciar antes de que haya terminado ordinariamente la primera instancia. Por tanto, toda intervención de un tribunal de segundo grado en una parte o en la totalidad de un asunto mientras éste, en su primer grado, no haya *concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley* (art. 206.1. 3ª) será, a virtud de haberse formulado un recurso de apelación, un segundo grado de conocimiento de algo que está ocurriendo en el primer grado, pero no podrá hablarse de que se ha abierto una segunda instancia.

En consecuencia, dejando ahora a un lado otras consideraciones, si bien puede afirmarse que, en este punto, la LEC/2000 no efectúa un avance decisivo para resolver la «cuestión» ya planteada al leer el texto de la LEC/1881 en torno a lo que es una instancia y una segunda instancia, al contrario puede sostenerse actualmente, al igual que pudo hacerse antes con el texto de la LEC/1881, que el recurso de apelación, como acto de iniciación, es el instrumento ideado por el legislador para abrir (incoar) una serie de actuaciones ante el tribunal superior, *devolviéndole* el conocimiento del asunto (*tantum devolutum quantum appellatum*), según la terminología clásica, y señalando el ámbito del pronunciamiento pretendido: «*el auto o 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*». Sin quitar el sentido que tienen, en conjunto, las palabras en el art. 456.1 puede resumirse la finalidad a la que tiende el establecimiento del recurso de apelación: «*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse* (…) *un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal de primera instancia*». Esto ha de ocurrir siempre. Otra cosa es que, manteniéndose la finalidad revisora en todos los casos, en unas ocasiones, por medio del recurso de apelación, se abra una segunda instancia y en otras no. Y este segundo caso ocurrirá siempre que la primera instancia no haya terminado.

Hagamos ahora una aproximación al concepto a través de la lectura de algunos preceptos de la LEC.

A) Por no haberse terminado la primera instancia, las actuaciones subsiguientes a la interposición de un recurso de apelación autorizado por la LEC, no constituirán una segunda instancia en los casos de suspensión por causa de prejudicialidad civil y penal (arts. 41 y 43); en los recursos de apelación interpuestos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje y competencia objetiva (art. 66.1); en los recursos admitidos por la denegación de las diligencia preliminares o por su rechazo por considerar justificada la oposición (arts. 258.2 y 260.4); así como en los dictados al conceder o denegar medidas cautelares (arts. 735 y 736); en los recursos admitidos en el proceso de ejecución (art. 562.1.2º); en los recursos de apelación contra el auto resolviendo el recurso de revisión cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación (art. 454 bis); en los admitidos contra el auto resolutorio del recurso de reposición al proveer en contradicción con el título ejecutivo (art. 563.1); y en cualesquiera otros casos en que se admita el recurso contra resoluciones no definitivas (arts. 206.1.2ª y 207.1).

B) Esto mismo se advierte en el caso de que el recurso de apelación, frente a una sentencia de primera instancia, denuncie solamente una infracción procesal cometida en la primera instancia antes de dicha sentencia y la infracción sea de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas; en este caso el tribunal de apelación no abrirá y agotará la segunda instancia para pronunciar una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto dilucidado en la primera instancia, sino que declarará, sin dictar sentencia, en vía de apelación, aun habiéndose terminado la primera instancia, la nulidad de las actuaciones por medio de una providencia y ordenará reponer las actuaciones al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió en la primera instancia (art. 465.4).

C) El asunto reviste los mismos caracteres cuando el recurso de apelación se interpone contra una resolución judicial (art. 206.1.2ª II) que pone fin a las actuaciones en la primera instancia antes de que concluya su tramitación ordinaria (por sentencia; art. 206.1.3º); puede pensarse en los supuestos regulados en los arts. 418.2, 420.4, 421.1, 424.2 que determinan el pronunciamiento de un auto definitivo que será apelable (art. 455.1); si el recurso de apelación fuere estimado, el tribunal superior que ha conocido de él, tras revocar el auto recurrido no entrará a conocer del fondo del asunto ventilado en la primera instancia terminada, pero no acabada según su tramitación ordinaria, sino que devolverá las actuaciones al tribunal inferior para que siga conociendo del asunto en la primera instancia (no agotada) que se deberá reanudar hasta dictarse la sentencia definitiva.

Estos casos nos permiten distinguir que, frente a un recurso de apelación que abre una segunda instancia ante un tribunal superior del que dictó la resolución recurrida con la finalidad de que la revoque y dicte otra en su lugar, existe un recurso de apelación para remitir el conocimiento de un asunto o parte de él al tribunal superior a fin de que declare la nulidad de alguna o algunas de las actuaciones desarrolladas ante el tribunal inferior. Por tanto, en este segundo caso, el recurrente accede a un tribunal superior que va a conocer de la cuestión planteada, pero toda esa actuación pertenece, en su caso –como antes hemos dicho–,

a la primera instancia o a la actuación que quedó pendiente ante el tribunal *a quo;* de lo que diga el tribunal superior no se produce una decisión definitiva suya hurtada al tribunal del que procede la resolución recurrida, sino el desarrollo posterior de la actuación en la que recayó la resolución recurrida sobre la que incide la decisión para su ordenación correcta. Por tanto, en todos estos casos, la resolución, dictada al término del examen realizado por el tribunal de segundo grado, no será una resolución (digamos por ahora: auto o sentencia) de segunda instancia.

D) Por contraste, será de segunda instancia, la resolución que ponga término a una auténtica segunda instancia configurada de la manera que llevamos dicha. Pero esto no es todo. Ahora, penetrando con mayor intensidad en el examen, importa saber si lo que viene detrás de la sentencia o auto recurridos en apelación es una segunda instancia por haber concluido en un caso u otro la primera instancia. Esto lleva a examinar preliminarmente qué elementos debe haber en una actuación ante el tribunal de primer grado para que a ella se le pueda denominar y ser considerada *instancia* y por tanto *primera instancia.*

IV. PRIMERA INSTANCIA Y *LO INCIDENTAL*

1. Primera instancia

Si ya tenemos una idea aproximada, formada negativamente sobre lo que es una instancia –es decir, aquello que no es un recurso extraordinario– y también de forma negativa conocemos qué es una segunda instancia –lo que no es la primera instancia–, nos damos cuenta de que, a pesar de la apariencia de lo contrario, hemos avanzado bien poco, porque tal suma de negaciones ayudan insuficientemente a fijar los límites objetivos de la instancia, sustantivo al que se podrá añadir seguidamente el adjetivo numeral ordinal: *segunda,* correspondiente por razón de su sucesivo desarrollo temporal y ordinatorio dentro de un proceso. Por eso, conviene dedicar alguna otra reflexión para examinar cuándo una petición formulada por un litigante ante un tribunal da lugar a una instancia que será la primera, si lo hace por primera vez, o, contrariamente, tal pretensión incoa por primera vez también otro género de actuaciones. No interesándonos introducirnos en las breñas de la discusión doctrinal acerca de si en España existe una verdadera segunda instancia, asunto que no atañe a lo que estamos ahora tratando, si somos capaces de culminar con éxito esta pequeña empresa, nos resultará fácil decir que lo que sigue a la primera instancia, por haber terminado ésta, es una verdadera segunda instancia, o que, por el contrario, es otra cosa: es simplemente una apelación con finalidad distinta de la de una segunda instancia, como hemos visto anteriormente a través de algunos ejemplos.

Determinado el ámbito temporal de duración de la primera instancia: desde la demanda hasta la sentencia definitiva, podemos adentrarnos en concretar los elementos que determinan la existencia de una *instancia* propiamente dicha.

Intentemos una mayor aproximación al concepto para determinarlo de manera positiva. Con carácter general y poco definido todavía, podemos decir que *instancia* es cada uno de los grados jurisdiccionales en que se pueden conocer y resolver los diversos asuntos sometidos a los tribunales de justicia. En esta perspectiva de la instancia, el nombre sirve para designar todos y cada uno de los grados por los que puede desarrollarse un proceso, incluidos los recursos extraordinarios. Con la misma indefinición utiliza la palabra el artículo 152.1.III CE: *las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*, sabiendo que a los Tribunales Superiores de Justicia existentes en las Comunidades Autónomas, en algunos casos, se les concede la competencia para conocer del recurso de casación (art. 73.1. a) LOPJ).

FEBRERO y ESCRICHE definen la instancia más concretamente como «el ejercicio de la acción en juicio hasta la sentencia definitiva». Pero con esta definición tampoco se significa propiamente lo que es una instancia para diferenciarla de un recurso extraordinario que, según hemos visto antes, se separa en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, como género distinto de las instancias.

Es preciso indagar y determinar cuál es el elemento identificador de la instancia. Prestando atención a la función que desempeña el tribunal de primero y de segundo grado, hace algún tiempo tratamos de construir un concepto de la instancia que pudiera ser respetuoso con lo que exige su constitución y desarrollo y además ser útil para caracterizar cada una de las instancias ordinarias como algo distinto de los grados extraordinarios en que puede ser conocido un proceso[2]. Así, concluimos que la instancia es el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda, o un recurso devolutivo ordinario, terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el fondo de un asunto. Por ello, tres son los elementos definidores: a) la pretensión de fondo ejercitada; b) la resolución definitiva dictada; c) el juicio de hecho y de derecho pleno del tribunal sobre todos los elementos identificadores del asunto.

Éste es el sentido que cobra la palabra *instancia* cuando el Tribunal Supremo, añadiendo, a su función casacional, las «facultades integradoras del *factum*», decide «*asumir la instancia*» o «*recuperar la instancia*» para tomar en consideración los hechos no apreciados suficientemente o expresados con falta de claridad o el exceso de concisión en las sentencias de los tribunales de las instancias con cuyos hechos construir su juicio para resolver sobre el fondo del asunto al dictar la sentencia de casación (STS de 10 de junio de 1995). Por tanto, no puede considerarse una instancia, el procedimiento seguido ante el Juzgado de primera instancia para las diligencias preliminares (art. 256), o para adoptar las medidas cautelares con carácter previo a la demanda (art. 730.2), ni el proceso de ejecución.

---

[2] V. mi estudio en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Dir. José Bermejo Vera. Madrid, 1985, pp. 292 y 293, en el que puede consultarse la referencia a la anterior mención de FEBRERO Y ESCRICHE.

2. Lo incidental: cuestiones incidentales

Hechas estas precisiones, que me parecen fundamentales para discernir el asunto tratado por la mayoría de magistrados cuyo voto sirvió para aprobar el auto analizado y por los otros magistrados que manifestaron su disentimiento mediante el voto particular, procede examinar si el inicio y desarrollo de un incidente comporta por sí la aparición de una instancia.

El procedimiento establecido para aquellas (todas) *cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación* (art. 388) es único. La respuesta a la cuestión planteada no es unívoca. Bajo la cobertura de un mismo nombre (*incidente; cuestión incidental*) se despliegan actuaciones encaminadas a resolver aspectos muy diversos; unos son del proceso, otros son de un asunto relacionado con aquel sobre el que versa el proceso principal e incluso existen cuestiones incidentales sobre incidentes del proceso principal. Por esta razón, una cuestión incidental, o un incidente incoado dentro del proceso ya iniciado puede tener muy diversa naturaleza: unas pueden ser cuestiones incidentales *procesales*, porque guardan relación con la validez del proceso principal; y otras pueden ser cuestiones incidentales *materiales*, porque guardan relación con el objeto del proceso principal.

El art. 387 LEC denomina cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso. Las segundas hacen relación a cuestiones procesales; las primeras pueden tener que ver con cuestiones procesales o con cuestiones de fondo relacionadas inmediatamente con el objeto principal del proceso.

Pero, sin perjuicio de prestar atención a esta clasificación más adelante, hemos de detenernos en este momento en el examen del fenómeno procesal que ocurre al plantearse una cuestión incidental. Este examen ha de ser provechoso para avanzar en nuestra indagación.

Sólo las cuestiones de previo pronunciamiento, por tratarse de asuntos que constituyen un obstáculo para la continuación del juicio por sus trámites ordinarios hasta la sentencia definitiva, darán lugar a la suspensión del curso de las actuaciones hasta que sean resueltas (art. 390), abriéndose un trámite al efecto que terminará con un auto (definitivo; art. 206.1.2ª.II) que, si pone fin al proceso, será recurrible en apelación (art. 393.5). En el caso de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (*suspensivas*: art. 390), el escrito de planteamiento de la cuestión incidental no abre una nueva instancia; se suspende la que se halla en trámite; el auto que resuelve el incidente ordenando poner fin al proceso no termina una primera instancia por el agotamiento de la tramitación ordinaria; y, por tanto, el recurso de apelación interpuesto contra dicho auto no abre una segunda instancia; la resolución dictada al final del recurso no es una resolución de segunda instancia.

Sin embargo, las cuestiones incidentales denominadas de especial pronunciamiento, tramitadas separadamente del asunto principal, que han de resolverse también separadamente en la sentencia definitiva antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito, no suspenden el curso ordinario de la primera instancia (arts. 389 y 455.1). En el caso de las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento (*no suspensivas*: art. 389.II), el planteamiento de la cuestión incidental da lugar a un proceso (*incidental*) distinto, aunque no independiente del proceso principal que discurre paralelamente a éste. Si bien en la LEC/2000 no se establece, como sucedía en la LEC/1881, que deberá formarse pieza separada, parece indiscutible, o por lo menos razonable, que así se haga para que no se instaure el desorden procedimental al cumplir el mandato impuesto: *estas cuestiones no suspenderán el curso ordinario del proceso*. Esta era la razón aducida en la Instrucción de 30 de septiembre de 1853 (art. 58): «de todo caso incidental que legalmente ocurra en un juicio, se formará precisamente pieza separada para que nunca se entorpezca el curso de la tramitación, a no tratarse de cosa tan íntimamente unida con la cuestión principal que no sea posible dividirlas».

Por tanto, el proceso incidental, con un *objeto accidental* (que *accede*, o *incide*) de especial pronunciamiento que guarda relación con el objeto *principal* del pleito, abre una instancia que se desenvuelve por trámites propios (los de los arts. 392 y 393) paralelamente al proceso principal; y la cuestión incidental es resuelta por la sentencia definitiva *única* que pone fin a la primera instancia de ambos asuntos (principal e incidental). Si se recurre esta sentencia resolutoria del incidente y, eventualmente, del fondo, el recurso de apelación abrirá una segunda instancia sobre la cuestión principal y sobre la cuestión incidental, porque de ambas se ha tratado en la respectiva primera instancia de cada uno de estos procesos principal e incidental y en la sentencia única que ha puesto fin a ellas. Si la resolución del incidente, mediante la sentencia, llevara a no pronunciarse sobre el fondo del asunto, se habría agotado la primera instancia, la sentencia dictada sería de primera instancia e, interpuesto el recurso de apelación contra ella, se abriría una segunda instancia.

V. CUESTIÓN INCIDENTAL, PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL Y PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL

Una primera conclusión que podemos obtener de lo expuesto es que *lo incidental* no es algo que hace referencia a lo puramente procesal, sino que, en ocasiones, hace referencia al fondo y a lo decidido como tal en una sentencia definitiva. La doctrina distinguió entre «incidente» y «cuestión incidental», en términos de relación entre el proceso y su objeto; también se ha practicado una distinción entre cuestión incidental en sentido lato y cuestión incidental en sentido estricto, según que, respectivamente, cada una de ellas dé lugar a un nuevo

proceso, o se plantee formando parte del mismo proceso en que surge[3]. La lectura de la LEC nos permite, según nos parece, distinguir dentro del género de *lo incidental*, tres categorías o especies: a) la cuestión incidental propiamente dicha; b) el proceso autónomo seguido por el procedimiento incidental; y c) el proceso incidental con forma no incidental. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar esta distinción.

1. Cuestiones incidentales

A) En el primer grupo encontramos los *incidentes* que de forma genérica se mencionan en el art. 387 LEC. Pertenecen específicamente a esta categoría las cuestiones planteadas sobre la concurrencia o deficiencia de presupuestos o requisitos procesales, la competencia (art. 63), la acumulación de autos (art. 83), la recusación (arts. 108, 110 y 123), la tasación de costas (art. 246), la oposición en las diligencias preliminares (art. 260). En todos ellos se regulan cuestiones incidentales *procesales*. Todas terminan por medio de un auto, frente al que, en ocasiones, se da el recurso de apelación.

B) La tercería de dominio (arts. 595 a 604) fue reiteradamente considerada por la jurisprudencia como una «incidencia a un juicio de ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y por tanto una incidencia del mismo» (SSTS de 20 de julio de 1994 y 10 de octubre de 1996). Era errónea la doctrina jurisprudencial que trató la tercería como el instrumento en que se ejercitaba la acción reivindicatoria. El objetivo de la tercería de dominio siempre ha sido distinto del de reivindicar la propiedad de un bien embargado, como si el embargo supusiera una expropiación de dicho bien. Respecto de la ella, la EM de la LEC/2000, negando su carácter autónomo, la considera un «incidente en sentido estricto de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo»; un asunto puramente procesal (art. 601). El, por así llamarlo, asunto «de fondo» (la pertenencia del bien al tercerista), que debe decidirse conforme a normas de derecho material, no es resuelto más que *secundum eventum litis*. La decisión sobre el «fondo» tiene carácter puramente instrumental de la modificación (procesal) perseguida respecto del bien indebidamente trabado; por eso el pronunciamiento no produce efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien (art. 603.I). Es un incidente resuelto por auto (art. 603) que será recurrible en apelación, la cual será decidida también por auto (art. 456.1).

2. Proceso con procedimiento incidental

En ocasiones, el procedimiento incidental tiene carta de naturaleza para ordenar el desarrollo de algunos procesos que no necesariamente son incidente

[3] Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1962, p. 684.

de otro proceso principal. Entendemos que en la LEC/1881 no siempre que se mencionaba el trámite o procedimiento de los incidentes existía un incidente en el sentido que señalaba el art. 742: *para que* [las cuestiones] *puedan ser calificadas de incidentes deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan.* Eran juicios principales con forma incidental, pero no procesos incidentales. Por eso junto al procedimiento de los juicios de mayor cuantía, menor cuantía, cognición y verbal se enumeraba el procedimiento o trámite común de los incidentes como una clase de procedimiento por el que podían sustanciarse determinadas pretensiones.

En lo procedimental, se impuso el trámite de los incidentes como un modelo de juicio utilizable para diversas finalidades. La Base 5ª de las aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 para hacer la reforma de la LEC de 1855 establecía: «ordenar un solo procedimiento, breve y sencillo, tanto en primera como en segunda instancia, para todos los incidentes, artículos y demás cuestiones que no hayan de ventilarse necesariamente por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, o no tengan señalada en la ley tramitación especial».

La elección del trámite de los incidentes hecha por el legislador no sólo se manifestaba en ciertas remisiones que se hacían desde dentro de la misma LEC/1881, tal como hemos visto, sino que también, después de promulgarse ésta, se siguió extendiendo el trámite de los incidentes a procesos que nacían en regulaciones sectoriales del ordenamiento jurídico: los juicios de incapacitación aludidos en el art. 248 CC (Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1894), el juicio de responsabilidad civil de funcionarios administrativos (arts. 3 de la Ley de 5 de abril de 1904 y art. 13 del Reglamento de 23 de septiembre del mismo año), determinados juicios de la legislación especial de arrendamientos urbanos atribuidos a los Jueces de Primera Instancia (art. 126 LAU 24 de diciembre de 1964); en los casos de robo de documentos de crédito (art. 551 Ccom.); proceso para la tutela judicial de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 41º LH); y en la constitución o ampliación judicial de cualquier hipoteca legal (art. 165 LH); más recientemente el proceso para la garantía jurisdiccional civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona regulado por el art. 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre (derogada).

La LEC/2000, en la Disposición derogatoria única, dejando en vigor los Títulos XII y XIII del Libro II que regulaban el concurso de acreedores y la quiebra, en tanto no entrara en vigor la Ley Concursal, ordenó que los incidentes que surgieran en el seno de los procesos concursales se regirían por lo dispuesto en *la presente Ley* para la tramitación de los incidentes. Es decir que, de manera expresa, remitía a este procedimiento tal como está regulado en la nueva Ley (arts. 387 a 393) para todo lo que se considerase *incidente* en los procesos concursales. Esto planteaba un cambio no sólo de procedimiento a seguir, sino de tipo de resolución a dictar para resolver *lo incidental* que se hubiera planteado en el curso de tales procesos universales.

El trámite de los incidentes ha sido preferido por el legislador por ofrecer un modelo de trámite rápido, por su indudable simplicidad y con garantías estimadas

como suficientes para introducir justamente la controversia en asuntos cuya complejidad no se consideraba excesiva. Sin embargo, en la actualidad la LEC, fuera del caso antes citado (no vigente, hoy), no remite al trámite de los incidentes para ordenar el desarrollo de procesos que no sean verdaderos incidentes, con lo cual se abona cierto grado de claridad en la cuestión.

3. Proceso incidental con procedimiento no incidental

En la LEC/1881, a ciertas demandas *incidentales o consecuencia de otro juicio* se les atribuía como cauce procedimental para poder ventilarlas la vía ordinaria, sustanciándose por los trámites establecidos para el juicio declarativo que correspondiera por razón de la naturaleza o de la cuantía de la cosa litigiosa (art. 488 LEC/1881). En la LEC/2000 se remite con frecuencia –aunque no exclusivamente– para estos casos al procedimiento del juicio verbal. Son procesos declarativos en los que se ejercitan pretensiones de contenido material. Veamos algunos casos.

A) La tercería de mejor derecho también tiene carácter incidental respecto del proceso de ejecución por las razones que ya van dichas. STS 26 marzo 2007 reitera la doctrina, expuesta en SSTS de 22 de noviembre de 2002, 3 de marzo de 2005 y 14 de marzo de 2006:

> «la tercería de mejor derecho, tiene por objeto, la determinación de la preferencia del crédito invocado por el tercerista, frente al utilizado por el ejecutante, a efectos de aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al pago preferente de uno de los créditos en pugna, debiendo representar, por tanto, el título del tercerista un crédito, vencido, líquido y exigible, es decir, una indiscutible realidad crediticia, pues de otro modo no puede haber concurrencia de créditos. Así pues, la tercería de mejor derecho, no podrá ser ejercitada antes de que nazca el crédito concurrente con otros, y cuya preferencia esgrime el actor; ni, por otro lado, después del pago al acreedor ejecutante, entendido como acto físico de entrega del numerario».

En esta tercería, tramitada por el procedimiento del juicio ordinario, no se persigue escueta y principalmente el éxito de una mera pretensión procesal (art. 620), consistente en pedir la determinación del orden en que los créditos concurrentes deben ser satisfechos en el proceso de ejecución en que la sentencia recaiga (art. 613). En la tercería de mejor derecho –suele decir la doctrina[4]– el tercerista acumula dos pretensiones: a) una personal de condena, dirigida frente al deudor ejecutado, basada en un crédito cierto, vencido y exigible y b) una constitutiva procesal, dirigida frente al acreedor ejecutante, basada en la prelación de su crédito. Por ello, el tercerista pretende un pronunciamiento sobre un asunto

---

[4] De este asunto, durante la vigencia de la LEC/1881, me ocupé en «La tercería de mejor derecho. Los derechos del tercero concurrente en el proceso de ejecución singular y su ejercicio», *Ejecución de sentencias civiles*. Madrid, 1992, p. 394; más recientemente, partiendo de la actual regulación en la LEC/2000, ha tratado el asunto, recogiendo la doctrina de diversos autores, con sus debidas matizaciones, Lafuente Torralba, A., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*. Cizur Menor, 2009, p. 207.

material; «de fondo»: la definición del crédito del tercerista y de su preferencia (EM y arts. 620 LEC; y 1921 ss. Cc): hace falta, por tanto, una sentencia que resuelva sobre estas pretensiones materiales. La resolución será recurrible en apelación, la cual será resuelta también mediante una sentencia (art. 456.1).

B) En el proceso de ejecución, el escrito del ejecutado oponiéndose al despacho de ejecución dará lugar a un incidente en la ejecución de carácter declarativo (arts. 560 y 561), con tramitación específica, en el que, si la oposición se sustancia por motivos de fondo, para dilucidar el debate «de fondo» sobre los motivos de Derecho material alegados (arts. 556, 557 y 558), se dictará un auto (art. 561.1) que será recurrible en apelación (art. 561.3) la cual será resuelta también por auto (art. 456.1).

C) Traigamos a colación un ejemplo conspicuo y puntual. El *incidente concursal*, que, por su posición en el actual proceso concursal, es semejante en *incidencia, relatividad y conexión* a la de aquellos procesos con tramitación autónoma surgidos en el seno de la quiebra que utiliza por vía de ejemplo el ATSJA comentado, se desarrolla dentro de un proceso, llamémosle principal, y dependiente de él[5]. El objeto de este denominado (art. 194.1 LC) incidente, tramitado por el procedimiento del juicio verbal (art. 194.4 LC), es el de ventilar en él *todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación.* Pero además este mismo procedimiento se utiliza para acoger otro tipo de pretensiones: «*También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51*» (art. 192 LC). Contra las sentencias dictadas en estos incidentes concursales cabrá interponer recurso de apelación (art. 197.5 LC). Y las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial tendrán acceso a la casación cuando sean *relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta* (art. 197.7 LC). En lo que se refiere a esta última mención, debe tenerse en cuenta la amplia colección de actuaciones que pueden surgir al amparo de lo enunciado en el art. 183 LC: determinación de la masa activa, ejercicio de acciones de reintegración y de reducción, realización de bienes y derechos que integran la masa activa, pago de los acreedores, deudas de la masa, determinación de la masa pasiva, comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos, los juicios declarativos contra el deudor que se hayan acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

En el incidente se acogen cuestiones procesales y materiales «*conexas*» o relacionadas con el objeto del proceso principal. Pero, ni la norma ni el buen sentido permiten afirmar que lo que se da en este incidente concursal ante el Juzgado de lo mercantil que conoce del ejercicio de las acciones referidas no es una verdadera primera instancia: lo es; luego vendrá la segunda instancia ante la Audiencia Provincial; después, en los casos ya anotados, el recurso de casación.

---

[5] Sobre el incidente concursal puede verse mi artículo «La reforma del incidente concursal», en *Anuario de Derecho Concursal.* Madrid, 2010. Número 19, pp. 9-44.

4. El trámite del juicio verbal, un procedimiento genérico

En la LEC/2000, aquella remisión profusa al trámite de los incidentes de la LEC/1881, ha sido sustituida en la LEC/2000 por la remisión generalizada al trámite del juicio verbal para el ejercicio de pretensiones de necesitada rápida tutela y que, eventualmente, no presentan excesiva complejidad, porque el modelo del juicio verbal reúne también las características de la simplicidad y rapidez del procedimiento, aunque no en todas las ocasiones pueda asegurarse un conveniente grado de seguridad por la forma extremadamente sencilla en el modo de formular las alegaciones; y por eso se matiza la sustanciación obligando a presentar una demanda ordinaria (art. 399) en lugar de la sucinta (art. 437) propia del juicio verbal; a contestar a ella también en forma escrita (art. 405); y a formular oralmente conclusiones al terminar la práctica de la prueba (art. 753) con lo que se produce cierta aproximación al trámite del juicio ordinario.

El art. 514 establece como trámite del juicio de revisión de sentencias firmes el correspondiente al juicio verbal. Éste es un proceso en el que se ejercita una acción autónoma constitutiva de contenido procesal. Asimismo la Disposición derogatoria única de la LEC remite al trámite del juicio verbal para sustanciar todas aquellas cuestiones contenciosas que puedan surgir en las actuaciones de jurisdicción voluntaria. El mismo incidente concursal debe tramitarse por el procedimiento del juicio verbal (art. 194.4 LC). Para aquellos otros casos en que quiere lograrse celeridad en la solución supuestamente sencilla de la controversia suscitada *incidenter tantum* en el curso de proceso, se elige también la celebración de la vista del juicio verbal. Al fin y al cabo, el trámite de los incidentes también se instruye actualmente por el procedimiento del juicio verbal con demanda y contestación escritas (art. 393.3).

5. Denominaciones, procedimientos o contenido

Sin embargo esta proximidad y fluida utilización e intercambio de trámites no permite asignar el carácter de incidental a todo procedimiento que se sustancie como juicio verbal. Junto al juicio verbal, que podemos llamar «*común*», existen otros procedimientos que, bajo la forma (trámite) del juicio verbal más o menos desarrollado o modificado, servirán de cobijo a cuestiones incidentales que terminarán con auto; a procesos autónomos o incidentales con pretensiones materiales que terminarán con sentencia; y a procesos especiales que terminarán con sentencia (art. 753.1). La naturaleza de cada proceso, en cada caso, no viene determinada por el trámite, sino por su contenido, u objeto.

6. La «incidentalidad» de los procesos mencionados en el auto del Tribunal Superior de Justicia y su exclusión de la casación

En la argumentación del *auto de 16 de abril de 2010*, transcribiendo la doctrina del TS, se atribuye al «*juicio al que se remite el art. 809.2* (…) *una evidente naturaleza incidental*» y, resumiendo, «*según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias*

Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

El TSJA, argumentando la fundamentación del auto (fj 1º) sobre la inadmisión del recurso de casación *per relationem* con los razonamientos del TS expuestos en una serie de autos resolutorios de recursos de queja, cita los que califican como incidentes en los que no se ha admitido el acceso al recurso de casación:

> «*AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos*».

Y a este efecto utiliza el TSJA también la argumentación del TS construida sobre otra circunstancia observada en la disposición legal del trámite de este incidente:

> «*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…)*».

Veamos, en primer lugar, los casos que menciona la argumentación jurisprudencial transcrita en los que se estima la existencia de unos procesos regulados en la LEC/1881 con una naturaleza *incidental* que, consideradas las circunstancias de sus respectivas tramitaciones, deberían entenderse insertas, como incidentes, en la *instancia* (cuando la hubiera) o proceso seguido con carácter principal. Luego, en segundo lugar, veremos los casos referidos a la legislación procesal actualmente vigente.

7. Incidentalidad en la LEC/1881

Estos son los casos, que cita el auto, regulados por la LEC/1881:

A) La pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de quiebra, una vez repuesto el auto de declaración, cualquiera

que fuera la cuantía del montante reclamado, se ventilaba en juicio de mayor cuantía dentro del expediente de reposición del auto de declaración de quiebra (art. 1332 LEC). La sentencia era apelable.

B) La oposición del quebrado a la pretensión formal de la petición de la calificación de la quiebra formulada por los síndicos o el Ministerio Fiscal se sustanciaba por los trámites establecidos en la LEC/1881 para los *incidentes* (art. 1385). Esta sentencia también era apelable.

C) La oposición del quebrado al auto de declaración de la quiebra, que recibía el nombre de *incidente* (art. 1327), formándose expediente separado de la quiebra, se tramitaba por el procedimiento de los incidentes (art. 1330). Contra la sentencia dictada cabía interponer recurso de apelación.

D) La demanda para pedir los efectos de la retroacción establecidos en el art. 1038 del Ccom 1829, recibía el nombre de *incidente* y se tramitaba por el procedimiento de los incidentes (art. 1374). Su sentencia era apelable.

E) La impugnación de la tasación de costas por haberse incluido partidas cuyo pago no correspondiera pagar al condenado en costas, se sustanciaba también por los trámites y con los recursos establecidos para los *incidentes* (art. 429). La sentencia dictada era apelable (arts. 751 y 758).

Es interesante conocer la doctrina en que el TS venía sustentando la exclusión del recurso de casación respecto de estas actuaciones desarrolladas en el proceso de quiebra.

La postura doctrinal del TS, en este punto ha sido cambiante, siempre teniendo en cuenta el régimen del recurso de casación vigente en cada momento y las especialidades de los procedimientos. Una antigua jurisprudencia mostrada en las SSTS de 17 enero 1924 y 8 octubre 1947, declaró que ni siquiera contra la resolución que ponía fin a la pieza principal o esencial del procedimiento de quiebra cabía recurso de casación, porque no se hallaba comprendido en los números 1 a 3 del artículo 1687 LEC y porque tampoco la normativa procesal específica del procedimiento de quiebra preveía expresamente, como requería su residual número 4, la posibilidad de recurso de casación; a mayor abundamiento no debía admitirse el recurso de casación contra las sentencias que se dictaran en alguno de los procesos incidentales que se plantearan dentro de dicho procedimiento, porque «ninguna resolución será recurrible en casación si el proceso en que se ha dictado carece a su vez de acceso a la casación».

Sin embargo, posteriormente, durante cierto tiempo el TS consideró recurribles en casación las sentencias resolutorias de algunos incidentes de la quiebra (SSTS de 9 de enero de 1984, 17 de diciembre de 1987, 27 de abril de 1989, 18 de abril de 1990 y 16 de julio de 1991).

Desde hace casi dos decenios, partiendo del auto de 26 de octubre de 1992, el TS ha venido manteniendo un criterio denegatorio firme del recurso de casación, que mantiene invariablemente en todos los autos inadmisorios de recursos de casación y resolutorios de recursos de queja (V. AATS de 28 abril y 12 mayo 1998) y en algunas sentencias (STS 25 noviembre 1996).

Es ilustrativo examinar algunas de las resoluciones dictadas a lo largo de todo ese tiempo para conocer y seleccionar los argumentos utilizados para inadmitir el recurso de casación o desestimar el de queja; o para desestimar el recurso de casación por entender, en el momento de dictar la sentencia, que concurrían causas de inadmisión que debieron dar lugar, en trámite de admisión, al rechazo de tal recurso. La variedad de supuestos no es menguada, como se advierte en los siguientes asuntos: a) rehabilitación del quebrado (STS de 12 de noviembre de 1993[6]); b) oposición a la declaración de la quiebra (STS de 25 de febrero de 1994[7]); c) solicitud de declaración de estado legal de quiebra (ATS de 14 de febrero de 1995[8]); d) calificación de la quiebra (ATS de 13 de octubre de 1998[9]); e) habilitación de fondos en el proceso de quiebra (ATS de 27 de julio de 1999[10]); f) tratamiento como cuestión incidental de la LEC/2000 de procesos de calificación de la quiebra (ATS de 6 de noviembre de 2001[11]); g) tratamiento

---

[6] «Ni de la Sección Quinta sobre calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado, inserta en el Título XIII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el orden de proceder en las quiebras (especialmente el art. 1385), ni de los preceptos atinentes al Código de Comercio de 1885, ni de cualquier otra norma aplicable, se obtiene conclusión alguna en favor de la existencia legal del expresado recurso. En definitiva, como ya se adelantó, el recurso es inadmisible y, por ello, se desestima».

En igual sentido se pronuncian los AATS de 5 marzo 1992, de 13 julio y 20 noviembre 1992, 25 marzo y 29 abril 1993 y 10 febrero 1994así como las SSTS de 24 mayo 1993, 25 mayo 1993, 15 octubre 1993, 12 noviembre 1993 y 31 de enero de 1995.

[7] «No existe ninguna norma legal que expresamente admita la casación contra las sentencias recaídas en incidente de oposición a la declaración de quiebra, pues sólo prevé la ley la apelación en un solo efecto (artículos 1330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1031 del Código de Comercio de 1829)».

[8] «Siendo la resolución recurrida un auto dictado por la Audiencia Provincial desestimando el recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el Juez de Primera Instancia sobre la no admisión a trámite de la solicitud de declaración de estado legal de quiebra (…) la conclusión ha de ser la irrecurribilidad de aquel auto en casación por no aparecer incluido en los tres primeros números del artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni estar expresamente previsto tal recurso, como exige el residual 4.º».

[9] «…ninguna resolución será recurrible en casación si el proceso en que se ha dictado carece a su vez de acceso a la casación, siendo aquellos artículos simplemente definidores de las resoluciones que, por poner término al proceso, se equiparan a su sentencia definitiva a los efectos previstos en el artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

[10] «Teniendo en cuenta que la resolución cuyo acceso se pretende en casación es un auto resolutorio de un recurso de apelación dictado en un procedimiento de habilitación de fondos que se produce en el seno de un juicio universal de quiebra forzosa, resulta claro que no cabe incluirla en el ordinal primero del art. 1687 de la LEC al no tratarse de una sentencia dictada en un juicio de mayor ni de menor cuantía».

[11] «…si bien la LEC 2000 deja en vigor la regulación precedente en materia de quiebra, ello lo hace con una excepción, tal y como resulta de la Disposición Derogatoria única de la LEC 2000, apartado 1, 1ª, al establecer que «mientras no entre en vigor la Ley Concursal, los incidentes que surjan en el seno de procesos concursales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley para la tramitación de los incidentes», remitiéndose por tanto a los arts. 387 y siguientes de la LEC 2000, señalando el art. 393.4 de dicha LEC que las cuestiones incidentales se resolverán por medio de Auto, lo que en todo caso es acorde con lo establecido en el art. 206.2.2ª de la nueva Ley, el cual indica que se resolverán por Auto cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador de excluir este tipo de procedimientos del recurso de casación, limitado en la nueva legislación procesal a las Sentencias (art. 477.2 LEC)».

como cuestión incidental de la LEC/2000 de la oposición a la declaración de quiebra (ATS de 4 de diciembre de 2001[12]).

8. Incidentalidad en la LEC/2000

El texto, transcrito de los AATS en el ATSJA comentado, también recoge supuestos referidos a la vigente LEC. Pero en estos autos no existe una mención de su carácter incidental, o de que deban tramitarse por el procedimiento de los incidentes, o de que la resolución que ponga fin a las actuaciones sea la correspondiente a las cuestiones incidentales.

A) A la solicitud de modificación de medidas adoptadas en procesos matrimoniales de separación o divorcio durante la vigencia de la LEC/1881 era aplicable el trámite y los recursos de los *incidentes* (Disp. Adic. Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio y art. 1900 LEC). La sentencia era recurrible. En la LEC/2000, inicialmente, hasta la reforma introducida por la Ley 5/2005, de 8 de julio, la solicitud, por remisión del art. 775.2, debía sustanciarse por el trámite establecido en el art. 771 (comparecencia con alegaciones y pruebas de las partes y auto resolutorio; aptº. 4). Posteriormente, el art. 775.2 reformado remite a los trámites del juicio verbal, según la disposición del art. 770.1. El proceso termina con sentencia. La solicitud de la modificación de las medidas concedidas en un pleito anterior (art. 775.3) se resolverá en la comparecencia a que se refiere el art. 773 y se resolverá mediante auto o sentencia (art. 773.4).

B) Asimismo, hemos de ver el carácter que tiene el juicio verbal sustanciado para determinar la falta de necesidad de asentimiento (art. 177 CC) de los padres biológicos en la adopción de un menor (arts. 753 y 781 LEC), el cual incide en un expediente administrativo de jurisdicción voluntaria (no un proceso) seguido para constituir la adopción del menor (arts. 1829 ss. LEC/1881).

Como muestra de los argumentos utilizados por el TS, podemos anotar tres resoluciones; las dos primeras referidas a un supuesto de retroacción de la quiebra y a un incidente de tasación de costas. La tercera construye, ordena y aplica toda la teoría de la «incidentalidad exclusionista» a un caso de proceso *incidental* sobre formación de inventario en un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial[13].

---

[12] «La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un incidente de oposición a la declaración de quiebra, iniciado bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881, se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. Pues bien, la conclusión ha de ser negativa, fundamentalmente por dos razones: 1º) porque la sentencia recurrida carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia», y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre «apelación» y «segunda instancia», configurando esta última como aquélla en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso al tener la oposición a la quiebra, a tenor de la legislación precedente, un carácter meramente incidental».

[13] Hacemos una cita aunque sea sucinta de las dos primeras resoluciones, porque interesa conocer el enlace de unos argumentos con otros para determinar el camino de la evolución que ha seguido la doctrina no siempre desarrollada conforme a una misma línea argumental.

A) ATS de 16 de septiembre 2003: «al estar excluidas de la casación las cuestiones incidentales, al resolverse según la nueva ley por medio de Auto, cuestiones incidentales, entre las que se encuen-

El ATS de 3 de febrero de 2004, refiriéndose al proceso de impugnación del inventario promovido en un procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales afirma: «Según se deduce de los antecedentes de hecho del Auto denegatorio recurrido, la Sentencia contra la que se intentó la preparación del recurso de casación fue dictada, en grado de apelación, en un incidente sobre formación de inventario suscitado en un procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial de sociedad de gananciales, por cuanto debemos concluir que dicha Sentencia no tiene acceso al recurso de casación. A tal efecto es doctrina reiterada de esta Sala, plasmada en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja, así como de inadmisión de recursos de casación ya interpuestos (Autos de 16 de abril de 2002, en recurso 3721/2001, de 21 de mayo de 2002, en recurso 2087/2001 , de 31 de julio de 2002, en recurso 3284/2001, de 5 de noviembre de 2002, en recurso 1424/2002, de 25 de febrero de 2003, en recurso 2037/2001, de 11 de marzo de 2003, en recurso 2107/2001, de 18 de marzo de 2003, en recurso 952/2002 y de 20 de mayo de 2003, en recurso 229/2002 , entre otros) que sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo; doctrina que ha sido aplicada por esta Sala para la resolución de numerosos recursos de queja en AATS, entre otros muchos, de 4 de marzo de 2003 y de 11 de marzo de 2003, en recurso 119/2003, sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en juicios de menor cuantía sobre tercería de dominio; de 18 de marzo de 2003, en recurso 123/2003 sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en incidente de oposición a la declaración de quiebra; de 20 de marzo de 2002, en recurso 2374/2001 sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en incidente de oposición a la aprobación del convenio en autos de suspensión de pagos; de 25 de marzo de 2003, en recurso 1479/2002, en incidente promovido en ejecución de sentencia sobre impugnación de tasación de costas; de 25 de marzo de

---

tran las planteadas en la pieza de retroacción de la quiebra, cual sucede también con otros procedimientos, como el de tercería de dominio, que bajo la antigua LEC de 1881 tenían acceso a la casación si habían sido tramitados como mayor cuantía o menor cuantía, al amparo del art. 1687-1º y 1687-1º c), sin embargo concebida dicha tercería ahora como simple incidente, a resolver por Auto (art. 603 LEC 2000), queda excluida del recurso, incluso en los supuestos de las demandas presentadas al amparo de la LEC de 1881, siempre que la resolución haya recaído después de comenzar la vigencia de la LEC 2000».

B) ATS de 6 de julio de 2004: «Según se recoge en el Auto denegatorio, e igualmente alega el recurrente en queja, la Sentencia de 8 de marzo de 2004, cuya copia también se aportó, recayó en grado de apelación en un incidente de impugnación de la tasación de costas, por indebidas, resolución que está excluida de acceso al recurso de casación, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (cfr. AATS, entre otros, de 23-4-2002, 11-6-2002, 8-10-2002, 30-12-2002, 27-5-2003, 21-10-2003, 9-12-2003, 30-3-2004, 20-4-2004 y 18-5-2004, en recursos de queja 287/2002, 542/2002, 974/2002, 1328/2002, 1345/2002, 813/2003, 1300/2003, 224/2004, 73/2004 y 381/2004), por la obvia razón de que en tal caso la resolución carece de la condición de propia y verdadera "sentencia de segunda instancia" exigida en el art. 477.2 LEC 2000».

2003, en recursos 1318/2002, sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en juicio relativo a la impugnación del cuaderno particional en liquidación de la sociedad de gananciales; de 31 de julio de 2003, en recurso 787/2003 , dictada en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en procedimiento sobre división judicial de herencia; y de 8 de julio y 30 de septiembre de 2003, en recursos 466/2003 y 708/2003, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales.

«En relación con el carácter incidental de las Sentencias que resuelven las controversias planteadas sobre la formación de inventario, en esta clase de procedimientos como el que nos ocupa, ya se hayan iniciado vigente la LEC 2000, ya se hayan seguido al amparo de la LEC de 1881, como procedimiento declarativo o en fase de ejecución de sentencia, esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3ª LEC 2000) y en el régimen de la nueva LEC 2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

9. Razones de la exclusión

Las razones que se esgrimen hacen equilibradamente referencia a la calidad incidental del proceso seguido, al tipo de resolución (auto) dictada, y a la falta de inclusión del proceso (no inclusión en el catálogo legal) entre los que, en el correspondiente precepto de la LEC/1881, se daba el recurso de casación. Pero hemos de resaltar que, a partir de la fecha en que entra en vigor la LEC/2000 (V. Disp. Derogatoria única) se añade un argumento a los anteriores para rechazar el recurso de casación: los *incidentes concursales* surgidos en la tramitación de las quiebras debían tramitarse conforme al nuevo trámite de los incidentes de los arts. 387 a 393 y por tanto, al terminar su itinerario procedimental con un auto, a esta resolución habría de aplicársele llanamente el régimen de los recursos impuestos por la nueva LEC: sólo las sentencias son susceptibles de recurso de casación; en modo alguno los autos. Por lo que nos parece, el énfasis argumentativo ya no estriba sólo en la calidad *incidental* del procedimiento, sino en que al tramitarse el proceso como incidente y terminar aquél con un auto que hace inhábil el acceso a la casación, se refuerzan los argumentos mantenidos sobre el rechazo del recurso en las quiebras desde hace casi dos decenios. Este argumento ha perdido fuerza desde el momento en que, entrada en vigor la Ley Concursal, en ella se admite el recurso de casación contra determinadas resoluciones que enumera el texto positivo.

Al referirse a la exclusión del proceso promovido sobre la formación del inventario, dando por indiscutibles los argumentos sobre la exclusión del acceso a la casación de los incidentes, afirma, como tesis indiscutible: «la naturaleza

incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos…».

VI. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

1. El objeto

El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial se ha creado *ex novo* para dar solución a las necesidades derivadas de la exigencia de la norma material contenida en los arts. 1392 a 1434 CC, así como en los artículos 258 a 270 del Código del Derecho Foral de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; en el art. 73 del Código de Familia, aprobado por Ley catalana 9/1998, de 15 de julio; en el art. 42.1, de la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo; leyes 82 y ss y 101 y ss de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en Navarra; arts. 95 ss de la Ley 3/1992, de 1 de julio de Derecho Civil Vasco. En todos estos casos existe una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones que debe liquidarse por razón de haberse concluido el régimen económico matrimonial existente: sociedad de gananciales, consorcio conyugal, comunidad de bienes, *agermanament* o pacto de mitad por mitad, *convinença,* o, *mitja guadanyeria*, sociedad legal de conquistas y régimen de comunidad universal de bienes, y comunicación foral de bienes.

2. El trámite

Este procedimiento es uno de los regulados por la LEC para la división judicial de patrimonios. El objeto de la actividad procesal común de todos estos procesos es un patrimonio considerado íntegramente y no uno o algunos bienes y derechos pertenecientes a un patrimonio. Y por ello, en lo procesal, existe entre ellos una relación interna de ordenación de los trámites. Son frecuentes las remisiones de unos preceptos a otros (arts. 810.4 y 5; 784, 785, 788). Tanto en el procedimiento para la división de la herencia como en el de liquidación del régimen económico matrimonial existe el trámite del inventario. Este trámite, por lo que atañe al segundo de los procesos citados, se inserta en un conjunto de actos que siguen, en todo caso, a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o a la iniciación del proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial (art. 808). El procedimiento de liquidación se desarrolla en las siguientes fases:

A) Inventario.

El inventario, a su vez, está compuesto por estas etapas:

1.ª Solicitud por cualquiera de los cónyuges de la formación de inventario a la que se debe acompañar una propuesta en la que harán constar las diferentes partidas que deben incluirse en el inventario (V. *ad ex.* arts. 1396 a 1398 CC).

2.ª Señalamiento por el Secretario del día y hora para que se proceda en una comparecencia a la formación del inventario, mandando citar a los cónyuges.

3.ª Si, sin mediar causa justificada, no se persona alguno de los cónyuges se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que se haya personado. Se levantará acta de lo ocurrido y se dará por concluido el acto.

4.ª Si comparecen los dos cónyuges y llegan a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el inventario.

Las etapas tercera y cuarta se desarrollan ante el Secretario. El Juez sólo interviene, una vez terminado el procedimiento en la manera expuesta para resolver lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809.1.IV). Aunque no lo expresa la norma, parece oportuno decir que, en esta resolución, el tribunal también procederá a la homologación de dicho convenio. Su resolución (auto; art. 206.1.2ª) no definitiva (art. 207.1) será recurrible en reposición (art. 451.2).

Las tres etapas siguientes, no siempre necesarias, pero posibles, constituyen un proceso incidental de declaración; una actividad contenciosa que tiene por objeto determinar cualitativa y cuantitativamente el caudal partible

5.ª Si se suscitare discusión sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Secretario citará a los interesados a una vista.

6.ª La vista se celebrará conforme a lo establecido para las del juicio verbal. En ella, el tribunal oirá a las partes (demanda y contestación) y admitirá las pruebas que propongan, practicándose las pertinentes y útiles conforme a lo establecido en el art. 443 LEC.

7.ª El tribunal competente dictará sentencia en la que: a) resolverá todas las cuestiones suscitadas; b) aprobará el inventario de la comunidad matrimonial; c) dispondrá lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

Esta sentencia es susceptible de ser impugnada por el recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial (art. 455.1).

Concluido el inventario hay que esperar a que termine el proceso en que se ventila la declaración de disolución del régimen económico matrimonial.

B) Liquidación, propiamente dicha.

Una vez que sea firme la sentencia estimatoria que haya resuelto sobre la pretensión de disolución del régimen económico matrimonial, se procederá a liquidar dicho régimen, mediante las siguientes etapas:

1.ª Solicitud de cualquiera de los cónyuges de liquidación del régimen a la que se deberá acompañar una propuesta de liquidación.

2.ª Admitida a trámite la solicitud, el Secretario señalará día y hora para celebrar una comparecencia ante él con uno de estos dos fines de proyección sucesiva: a) alcanzar un acuerdo sobre la liquidación; si no es posible el acuerdo, b) designar contador y, en su caso, peritos para la práctica de las operaciones divisorias.

3.ª Si, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no compareciera, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación efectuada por el cónyuge comparecido. La propuesta hecha se consignará en acta. El Secretario dará por concluido el acto.

4.ª Si comparecen los dos cónyuges y llegan a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto. Nuevamente percibimos la falta de referencia directa en la LEC a la intervención del tribunal en lo que respecta a la aprobación u homologación de este acuerdo. No cabe duda de que debe llevarse a cabo por medio de una resolución. Si cupiera alguna incertidumbre acerca del tipo de resolución que deba dictarse, hemos resolverla diciendo que hay que descartar el decreto del Secretario judicial porque, según el art. 206.2.2ª, tal tipo de resolución final del proceso corresponde cuando el procedimiento es de la exclusiva competencia del Secretario; en este caso la competencia viene atribuida al Juez (art. 807) con una intensa, pero no exclusiva, intervención del Secretario judicial. El procedimiento terminará por auto (art. 206.1.2ª).

5.ª El Secretario procederá a entregar a cada uno de los cónyuges lo que en la partición se le haya adjudicado y los títulos de propiedad con nota expresiva de la adjudicación (art. 788).

6.ª El Secretario, una vez protocolizadas las particiones, dará al cónyuge que lo pida un testimonio de su haber adjudicado.

En todas estas etapas la intervención del Juez es limitada. Pero el procedimiento puede seguir de otra manera.

7.ª Si en la comparecencia convocada, conforme a lo señalado en la etapa segunda, no se lograra acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico matrimonial, se nombrará contador y, en su caso, peritos (art. 784).

8.ª Elegido el contador y los peritos, previa aceptación, el Secretario entregará lo actuado al contador y pondrá a disposición suya y de los peritos los objetos, documentos y papeles que necesiten para practicar el avalúo, la liquidación y la división del caudal consorcial. El Secretario podrá fijar plazo al contador para que realice las operaciones divisorias (art. 785.1).

9.ª El contador deberá presentar las operaciones divisorias al Secretario y éste dará traslado a los cónyuges para que formulen oposición o conformidad.

10.ª Si no se formula oposición o ambos cónyuges muestran su conformidad, el tribunal dictará auto aprobando tales operaciones y mandará protocolizarlas (art. 787.2).

En las etapas anteriores se limita la intervención del Juez a la aprobación mencionada con sus consecuencias.

11.ª Si alguno o ambos cónyuges formulan oposición a las operaciones divisorias, el Secretario judicial convocará al contador y a los cónyuges a una comparecencia ante el Juez.

12.ª Oídos los intervinientes en la comparecencia a presencia judicial, si se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto de las cuestiones promovidas (fase de conciliación o acuerdo), se ejecutará lo acordado; el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas.

13.ª El tribunal aprobará por auto las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

14.ª Si no hubiere conformidad de todos los interesados, el tribunal (fase contenciosa) oirá a los cónyuges y admitirá las pruebas que propongan, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal, siguiendo su propia ordenación: demanda, contestación, proposición y práctica de la prueba.

15.ª La sentencia que dicte el tribunal no tendrá efecto de cosa juzgada.

16.ª Lo dispuesto en la sentencia sobre las operaciones divisorias se llevará a efecto por el Secretario, según lo señalado en las etapas quinta y sexta.

Esta exposición pormenorizada del esquema del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial revela cómo éste ha sido construido con las reglas específicas de los arts. 806 y siguientes y las tomadas en préstamo, por la remisión que en ellos se encuentra referida a los artículos que regulan el procedimiento de la división de la herencia (arts. 784 a 788). Además, tal exposición puede servir para valorar los razonamientos desarrollados por los magistrados que dieron su voto para aprobar el auto de inadmisión del recurso y los de los magistrados disidentes del parecer de la mayoría.

Tengamos en cuenta algunos presupuestos de partida. El primero de ellos es el que concierne al tiempo en que puede nacer el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial y, en concreto los *tiempos* en que debe iniciarse cada una de las fases del procedimiento. La primera fase (inventario) comienza una vez que se ha admitido a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio o cuando ya se ha iniciado el proceso en que, por causa distinta de la extinción de la relación matrimonial, se pide la disolución del régimen económico matrimonial (art. 1373 CC y 541.3 LEC). Desde esta perspectiva, la fase de inventario es consecuencia de un proceso ya iniciado; no es imaginable legalmente otra posibilidad.

La fase de liquidación propiamente dicha sólo puede incoarse, mediante solicitud de cualquiera de los cónyuges, cuando haya concluido el inventario y además –esto es necesario– sea firme la sentencia definitiva recaída en el proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio o en el proceso de disolución del régimen económico matrimonial por cualquier otra causa establecida en la ley. Esta consideración pone de manifiesto que la fase de liquidación es consecuencia

de un proceso ya terminado. Otra solución carecería de sentido; la liquidación sigue a la disolución del régimen económico matrimonial impuesta o declarada por sentencia firme.

El segundo presupuesto que debemos tener en cuenta es el que atañe al objeto del primer proceso que es la disolución del régimen económico matrimonial; diferenciándolo del objeto del procedimiento que le sigue que es la liquidación del haber procedente del régimen económico matrimonial disuelto, siguiendo el modelo de determinación del activo, del pasivo (con su valoración) y pago de deudas y cargas de la sociedad (art. 1399 CC), abono de indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad (art. 1403 CC) y determinación final del caudal resultante partible (art. 1404 CC) para llevar a cabo la división y adjudicación de su respectiva parte a cada uno de los cónyuges (art. 786 LEC; y 1406 y 1407 CC). Si se trata de la división del patrimonio consorcial aragonés, el modelo a seguir está regulado en los artículos 262 a 270 del Código citado.

El tercer presupuesto a considerar es que el procedimiento para la liquidación puede conseguir su finalidad (*la liquidación de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones*) sin necesidad de que intervenga el Juez más que puntualmente para la aprobación de acuerdos obtenidos por las partes (y adopción de decisiones sobre la administración y disposición de los bienes) o, según las necesidades que se presenten en cada momento por razón de la administración y disposición de los bienes o de las controversias surgidas.

VII. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO

1. ¿Un procedimiento no jurisdiccional?

Tras la modificación efectuada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial ha sido parcialmente desjudicializado en toda su tramitación, entregándose a las manos del Secretario judicial para que lo instruya, y lleve a efecto, salvo en lo concerniente a la aprobación de acuerdos, o cuando deba decidirse lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario, o se formulen oposiciones y sea preciso un conocimiento plenario del asunto por el tribunal, con alegaciones y pruebas, y una sentencia decisoria.

Si el legislador ha querido ordenar el procedimiento de esta manera aparentemente no judicial, es porque estaría considerando que éste, en las dos fases (inventario y liquidación) que acabamos de resumir, es uno de los *trámites* que,

según el preámbulo de la referida ley reformadora, está excluido de *los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional* (Ley 13/2009 de 3 de noviembre; preámbulo, apto. III). La conclusión que podría extraerse es que, al reconocer este modo procedimental, se acreditaría que no estamos en presencia de una función estrictamente jurisdiccional. Se afirmaría: no hay demanda, sino solicitud; ni controversia fáctica o jurídica ni decisión del debate mediante una resolución judicial; contrariamente, hay comparecencia para formar el inventario o para alcanzar un acuerdo de liquidación y una resolución final aprobando las operaciones divisorias acordadas. En esta remoción de atribuciones de los juzgados y coetánea entrega de ellas a los secretarios judiciales, el ejemplo considerado no es único; piénsese ahora en el acto de conciliación anterior al proceso (arts. 460 ss. LEC/1881).

Sin perder esta perspectiva, en análisis, podríamos seguir argumentando que, salvo que estemos dispuestos, dentro de la más arcaica doctrina procedimentalista, a denominar –y considerar– *instancia* toda actuación que, iniciada por una solicitud, se desarrolla en un tribunal, sea ante el Juez o ante el Secretario, y que termina con una resolución de cualquier tipo (judicial o secretarial), el examen de todo lo mostrado manifiesta que la secuencia de actos procedimentales anotada no tiene los elementos definidores de lo que es una instancia procesal, como no los tiene todo lo actuado ante el Secretario, con decreto homologador de la avenencia incluso, en la conciliación anterior al proceso (art. 471 LEC/1881).

Aun teniendo en cuenta que, cuando se dictó el auto comentado, no había entrado todavía en vigor la reforma de la LEC introducida por la citada Ley 13/2009, contemplada aquella regulación procesal desde el plano que ahora tenemos, podríamos concluir diciendo –así se mantuvo, por algunos autores, respecto del procedimiento para la división de la herencia cuyo género es bastante próximo al de liquidación del régimen económico matrimonial en el compartir fases y trámites– que todo el procedimiento está bien próximo a la jurisdicción voluntaria[14].

Una respuesta inmediata la hallamos en la consideración doctrinal opuesta que no deja de ver la existencia de un auténtico proceso jurisdiccional en el que, como ocurre en cualquier otro proceso, cabe alcanzar acuerdos sobre el objeto del proceso o sobre determinados aspectos del objeto del proceso y por eso se ha facultado al Secretario judicial para que intervenga en la gestión de ellos[15].

2. ¿Uno o dos procedimientos?

En este punto debemos tener en cuenta la cuestión, que podría plantearse, en torno a si el denominado procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, pese a la unidad con que se presenta, resiste la calificación

---

[14] V. por ejemplo el comentarista Reus, E., *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Madrid, 1908, t. II, p. 917.

[15] Vegas Torres, J., *Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con De la Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I.), Madrid, 2005, 3ª ed. p. 502.

de ser un único procedimiento, y no una suma de dos procedimientos con objetos, como hemos dicho antes, bien distintos. Ambos actúan sobre un patrimonio estimado en su conjunto (la «masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones» inherentes a la existencia del régimen económico matrimonial) y no sobre bienes o derechos específicos, pero con finalidad distinta.

En esta construcción del trámite procedimental se podría distinguir el primero de los procedimientos que tiene carácter y objeto cautelar e instrumental respecto del segundo: determinar y asegurar el caudal partible mientras no haya terminado el proceso de disolución del régimen económico matrimonial. Es preciso asegurar la identidad de los objetos inventariados y conservarlos hasta que se pueda operar la división del patrimonio integrado por ellos por medio del procedimiento de liquidación; tómese razón de que al final del inventario el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario. Mientras que el segundo procedimiento tiene por objeto la división y reparto de los bienes y derechos, ofreciendo un sistema de liquidación del caudal partible.

En ambos procedimientos, así considerados, su desarrollo ordinario se lleva a cabo mediante acuerdos de los cónyuges aprobados por el tribunal. Pero cuando en cada uno de ellos surge la discusión entre los cónyuges, termina el respectivo procedimiento, y la cuestión suscitada: a) sobre inclusión o exclusión indebida de bienes y derechos; b) sobre el importe de las partidas; o c) sobre la reprobación de las operaciones divisorias, se ventila en un proceso incidental: los respectivos juicios verbales (art. 809.2 y 787.5). La LEC/1881 para resolver estas controversias señalaba el juicio ordinario que correspondiera por razón de la cuantía; la actual LEC, como acabamos de anotar, remite al trámite del juicio verbal para que en él, de forma plenaria, respectivamente puedan sustanciarse las controversias surgidas con alegaciones, pruebas y decisión definitiva. La simple circunstancia de que el trámite del procedimiento de los incidentes y de los juicios sobre el inventario y sobre la adjudicación de bienes sea idéntico (cfr. arts. 393.3, de una parte; y 784.5, 809.2, de otra parte), no convierte en *cuestión incidental* lo que es un proceso incidental de declaración.

3. Un proceso universal

Ya hemos tenido oportunidad de referirnos al carácter *universal* que tiene este proceso. Ahora hemos de señalar que esta denominación le corresponde por doble título. El primero resulta de descubrir y examinar fundamentalmente el objeto del proceso: un patrimonio estimado en su conjunto (la «masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones» inherentes a la existencia del régimen económico matrimonial). El segundo trae causa de la configuración procedimental del proceso divisorio.

Poco hemos de añadir a lo dicho sobre el primero de los títulos de atribución del nombre que hace relación al objeto del proceso. Pero hemos de dedicarnos con más detenimiento al sentido de lo *universal* manifestado en el desarrollo del

trámite del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

Los procesos universales (división judicial de patrimonios, con sus distintas variedades y proceso concursal) tienen como característica procesal que la finalidad perseguida en cada uno de ellos, es decir, la consecución de la tutela judicial pretendida, se logra por medio de un complejo de actuaciones con objeto parcial, limitado y específico de muy diversa clase y proyección jurisdiccional, *concurrentes* en un procedimiento; en unos casos se dan determinadas actuaciones parciales previstas en la ley, porque es necesario; en otros casos, no. A estos procesos universales, por el fenómeno de la acumulación de procesos *concurren* todos los procesos iniciados por el ejercicio de una pretensión contra el caudal partible que sea objeto del proceso (art. 98.1.2º LEC).

Sin aparente unidad y coherencia entre ellas, se producen tales actuaciones específicas para resolver las distintas vicisitudes que ocurren, sobre asuntos concretos en el desarrollo del proceso unitario y universal. Por otra parte, advertimos cómo en estos procesos concurren junto al juez otros órganos no judiciales que conforman las operaciones necesarias para lograr el fin propio del proceso. Sin necesidad de alargar la explicación con ejemplos innecesarios, porque surgen en la mente del lector cuando piensa en estos procesos, hallamos en ellos actuaciones de carácter declarativo, constitutivo, de condena, cautelar y ejecutivo; vemos al juez, al administrador concursal, al contador, al secretario judicial, etc. En definitiva, están compuestos estos procesos universales por un conjunto organizado (podríamos decir un «*universo*») de procedimientos insertos dentro del procedimiento unitario y universal que responden a distintos tipos de tutela judicial que se reputan necesarios para conseguir la finalidad general del proceso universal.

Esta disparidad de actuaciones se ordena por fases o piezas. VICENTE Y CARAVANTES, teniendo delante la LEC/1855, dividía el juicio universal de testamentaría en tres períodos llamándoles: de inventario, de avalúo y de división[16]. La LEC/1881 destinaba un precepto a establecer que «el procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez» (art. 1321). En efecto; el artículo distingue bien. Por una parte, el procedimiento para el que se desea *el buen orden y la claridad* es uno: *el procedimiento sobre las quiebras.* Por otra parte, son otras las actuaciones que ocurren en cada sección, las cuales son distintas, de diversa naturaleza y con finalidades parciales, particulares o específicas que concurren a la finalidad unitaria del proceso universal de quiebra. El art. 183 de la Ley Concursal también determina que «el procedimiento del concurso se dividirá en las siguientes Secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes»: no hace falta

[16] *Op. cit.,* t. III, p. 18.

más que una lectura somera de este precepto para percatarse de esta diversidad concurrente de actuaciones en provecho del proceso concursal.

En los arts. 806 y siguientes LEC/2000 es fácil advertir la repetición de este esquema ordenador del desarrollo del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial. Por tanto, podemos afirmar que este procedimiento es un proceso jurisdiccional en el que ocurren diversas actuaciones (cautelares, declarativas, constitutivas y ejecutivas) con una finalidad única: conseguir la partición de un caudal entre los dos cónyuges. En todo caso, a todo lo que ocurre en este proceso es a lo que, si fuera posible, habría que aplicarle, aunque sea provisionalmente, la denominación de *instancia*, en alguno de los términos que antes hemos expuesto: a) cada uno de los grados jurisdiccionales en que se pueden conocer y resolver un asunto judicial; b) el ejercicio de la acción en juicio hasta la sentencia definitiva; c) el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda o un recurso devolutivo terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el fondo de un asunto.

Lo cierto es que en el auto comentado hallamos expresiones que responden a esta idea: la oposición al inventario constituye un incidente de índole declarativa que no pone fin a la tramitación ordinaria. Junto con otras expresiones que veremos más adelante el auto anticipa una argumentación fundamental para inadmitir el recurso de casación:

> «la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

Ya hemos visto cómo dicho auto considera que, al iniciarse el proceso sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario, estamos ante una cuestión incidental (no auténtica instancia) ocurrida dentro del proceso divisorio el cual integraría propiamente, al cabo de su desarrollo completo, «la instancia». Pero sabemos que el proceso divisorio, en cuyo estudio estamos ocupándonos, no siempre termina por sentencia, como terminan las auténticas instancias: a) si existe acuerdo entre los cónyuges sobre las operaciones divisorias, se consignará en acta y se dará por concluido el acto: el tribunal dictará auto homologador de aquél y el Secretario judicial llevará a efecto este acuerdo (arts. 810 y 788, por este orden de desarrollo de las actuaciones); b) practicadas por el contador las operaciones divisorias, si no se formulare oposición, el tribunal dictará auto, aprobando tales operaciones, mandando protocolizarlas y llevará a efecto lo aprobado (arts. 787 y 788).

¿Puede haber un proceso jurisdiccional que en sí no genere una instancia? Evidentemente, la cuestión ahora planteada exige un examen detenido de aquellos procesos que iniciados por demanda no terminan «*su tramitación ordinaria prevista en la Ley*» con una sentencia definitiva (art. 206.2.3ª). Un ejemplo lo tendríamos en el proceso de liquidación, incoado por una pretensión constitutiva, y terminado ordinariamente sin necesidad de sentencia; o en el proceso de ejecución, incoado por una pretensión ejecutiva, en el que, considerado en sí, no

se dicta nunca una sola sentencia. Pero este estudio –salvo lo que diremos más adelante– no cabe en el marco de este comentario orientado simplemente a examinar el acierto o desacierto en que se haya incurrido al no denominar *instancia* al *incidente* suscitado por la discusión acerca de la inclusión o exclusión de bienes en el inventario.

Sin embargo, esta consideración sirve para mostrar que en el curso de esos procedimientos principales –universales o singulares– pueden surgir procesos *incidentales* que se inician por demanda y terminan su tramitación ordinaria con una sentencia definitiva: la tercería de mejor derecho es un ejemplo conspicuo respecto del proceso de ejecución; la controversia sobre el inventario o sobre la adjudicación de los bienes respecto del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, sería otro ejemplo, si lográramos hallar en la sustanciación procedimental de tal controversia los elementos identificadores de una instancia. Y todo esto lo mencionamos sin tener que añadir a estos ejemplos la intervención de terceros en el proceso universal de liquidación, como es el caso de los acreedores (arts. 1402 y 1410 CC). La circunstancia de que estos procesos sean incidentales no permite, según nos parece, considerarlos *cuestiones incidentales* que son resueltas por auto. A este respecto, no deja de ser significativo que, cuando, en las motivaciones de los autos anteriormente anotados, el TS hace referencia a procesos que, por ser *incidentes* no ponen término a una instancia, cita la tercería de dominio, pero en modo alguno hace referencia a la tercería de mejor derecho, proceso tan incidental como el primero, pero tan distinto en cuanto a su función y efectos dentro del proceso de ejecución.

VIII. EL MODO INCIDENTAL DE LA OPOSICIÓN EN EL INVENTARIO…

El auto comentado inadmite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por considerar que la oposición al inventario es un *incidente* suscitado en el *proceso de liquidación* del régimen matrimonial. En el voto particular se ofrece la conclusión contraria. Para tomar en consideración todos los elementos del debate dialéctico interno existente en el auto entre los argumentos de la mayoría de los magistrados y los de los magistrados disidentes, es oportuno ver algunos párrafos del auto y del voto particular que atañen a esta cuestión específica.

Anotemos, en primer lugar, algunos párrafos del auto de inadmisión en los que se indica la construcción de un proceso de liquidación unitario compuesto de dos fases (inventario y liquidación) con todas sus consecuencias:

> «las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil».
>
> (…)

> «la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».
>
> (…)
>
> «Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…)».

Anotemos ahora, en segundo lugar, otros párrafos correspondientes al voto particular. Éste adopta otra óptica del asunto:

> «el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad».
>
> (…)
>
> «Dice el último párrafo del artículo 809 que *"la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes"*, de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes».
>
> (…)
>
> «Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario».

Si veo las cosas acertadamente, considerando lo que ocurre en el proceso universal de división de patrimonios, según la configuración que hemos ofrecido, todas las oposiciones que se susciten respecto del objeto principal del proceso tienen carácter incidental. Pero ¿incidental de qué? e ¿incidental para qué?

Mirando la definición que se nos ofrece en la LEC sobre lo que es una cuestión incidental, comprobamos que se trata de algo distinto de lo que constituye el objeto principal del pleito que guarda con éste relación inmediata (art. 387). Incoado el proceso de liquidación para determinar la parte del caudal partible correspondiente a cada cónyuge y entregársela finalmente, al margen de considerar si este proceso es unitario o está compuesto por distintas fases, ordenadas o coordinadas entre sí, lo cierto es que lo que ocurre en cada una de estas fases, sí está relacionado inmediatamente con el objeto del proceso de liquidación; es

incidental. En este punto, quizá debamos hacer caso a esta advertencia: si mantenemos esta afirmación que acabamos de hacer, estamos negando que el juicio verbal, sustanciado para decidir la oposición formulada frente al inventario, sea un proceso autónomo (y principal) separado del proceso *universal*. Éste es un aviso estimable que debemos aceptar.

Pero, seguidamente, hemos de plantear el asunto ampliando el objeto de nuestro análisis. Antes ha quedado en suspenso una pregunta acerca de si puede haber procesos que no puedan considerarse instancia al no terminar en sentencia. Ahora bien, planteadas las cosas como lo hace el auto, aún tenemos que esperar la respuesta a esta pregunta, a que quede cumplidamente respondida esta otra: ¿el proceso de liquidación es un auténtico proceso principal o, por el contrario es un proceso incidental o apéndice necesario, en ocasiones («*en defecto de acuerdo entre los cónyuges*» [art. 806]) del proceso principal que es el de disolución del régimen económico matrimonial?

Si ponemos un poco de atención en el señalamiento de los objetos de uno y otro, vemos que, entre ellos, hay una gran proximidad. El objeto del proceso de disolución es el régimen económico matrimonial que configura «*la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones*» (art. 806); el objeto del proceso de liquidación es la división y entrega del patrimonio resultante de ese régimen económico matrimonial disuelto. La relación que guarda el segundo con el primero es bien patente. Por tanto, si se mantiene que el proceso de liquidación es un incidente del primero, siguiendo el razonamiento de la Sala que aprueba el auto comentado, habría que decir que este proceso no es una instancia tampoco.

Si no queremos mantener esta afirmación y decimos que el proceso de liquidación es autónomo, no podremos dejar de reconocer que, en todo caso, es consecuencia del primero. Algo parecido a la relación que se da entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución de títulos judiciales seguido para llevar a cumplido efecto la condena impuesta en la sentencia del juicio de declaración. Es decir; un proceso de liquidación sin proceso de disolución anterior no tiene sentido; más bien, es inviable. Una lectura del Código civil y otra de la LEC sobre los artículos ya citados anteriormente lo pone inmediatamente de relieve. No en vano, bajo el régimen de la LEC/1881, esta liquidación se hacía en la ejecución de la sentencia del proceso de disolución.

En este caso puede costar un notable esfuerzo intelectual –quizá ímprobo y además estéril– sostener que el proceso de liquidación constituya una instancia que, una vez terminada, puede verse seguida por otra, a la que sin inconveniente alguno podamos llamar segunda. Por eso, tendríamos que considerar que la única sentencia definitiva (porque termina la supuesta «instancia») es la última que puede dictarse; la del (¡también!) proceso incidental contencioso sobre la discrepancia en las adjudicaciones (art. 787.5); en este aspecto, esa sería la sentencia de primera instancia. Y, de esta manera, la sentencia dictada en la segunda instancia de este proceso sería la recurrible en casación. El esfuerzo es baldío, sobre todo, cuando tenemos que admitir que el proceso de liquidación puede terminar sin sentencia, ni intervención del juez (art. 788).

Pero, entendemos que éste no es un asunto en el que debamos entretenernos ahora, sino que debemos volver a fijar la mirada en lo *incidental* que ocurre en el proceso de liquidación para, al cabo, concluir si en ello se da o no se da una instancia. Parece incuestionable que la actuación que surge por la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas comporta un auténtico proceso. Por el modo como surge es un proceso jurisdiccional singular de naturaleza incidental; y por la clase de tutela pedida, tiene carácter declarativo.

En este punto conviene introducir una reflexión que puede ilustrar mejor toda esta cuestión. Tal como hemos visto antes, en los procesos universales se trata de un patrimonio en conjunto –no un solo bien o unos cuantos bienes– sobre el que ha de actuar el tribunal; la introducción del objeto viene determinada unilateralmente por los legitimados que respectivamente incoan el proceso; ellos determinan el patrimonio que hay que liquidar o dividir. Por eso no deja de ser interesante contemplar cómo en todos estos procesos (concursal, de división de la herencia y de liquidación del régimen económico matrimonial) existe un trámite idéntico regulado específicamente por cada una de las normas reguladoras de tales procesos con la misma finalidad: es el inventario (arts. 794, 809 LEC y 82 LC). En él se hacen constar los bienes y derechos que forman el patrimonio sobre el que debe actuar el tribunal.

Ahora bien, la expectativa de que haya errores o inexactitudes en la determinación cualitativa y cuantitativa del patrimonio está aceptada por el legislador y por eso concede la posibilidad de que los demás interesados en el proceso puedan corregir esta determinación incompleta o inexacta. En todos estos procesos universales existe también un proceso cuya finalidad es acoger el ejercicio de la acción –de contenido material– de impugnación del inventario del patrimonio por haber sido incluidos bienes que son ajenos a tal patrimonio, porque han de incluirse bienes que no han sido incluidos en el inventario, o porque se han incluido ciertos bienes y derechos o partidas del pasivo asignándoles un valor económico distinto del real. Un análisis paralelo de los artículos 809.2 LEC (liquidación de régimen económico matrimonial); 794.4 LEC (división de herencia); y 96.2 LC (concurso de acreedores) ilustra y acredita bien esta consideración.

Ahora ya podemos proseguir con la argumentación que hemos dejado más atrás. En todos estos supuestos, el proceso construido para impugnar el inventario tiene indudablemente naturaleza incidental. La pretensión ejercitada en ellos tiene por objeto singular un bien o derecho o algunos bienes o derechos, no todos de los relacionados con el patrimonio; su finalidad es excluirlos, incluirlos o valorarlos más adecuadamente.

Para el concurso de acreedores, la norma especial señala el trámite del incidente concursal, al que hemos aludido anteriormente (art. 96.4 LC). La sentencia dictada al término de este incidente concursal será recurrible en apelación; y la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, al ser de las correspondientes a acciones comprendidas en la sección tercera del concurso, será recurrible en casación (art. 197.5 y 7 LC).

Parece ser que la dificultad advertida por los magistrados que, con su voto, aprobaron el auto comentado, queda resuelta para el incidente concursal incoado para impugnar el inventario. El ser incidental del proceso concursal (universal) —como lo es— no impide hablar de instancia en el «incidente» planteado e incurso en el proceso principal. Las tesis sostenidas por el TS en los autos anotados anteriormente sobre la inaccesibilidad a la casación de los incidentes tramitados en los procedimientos de quiebra han dejado de tener sentido, porque el legislador ha desatado el nudo en que se introdujo la jurisprudencia anterior al separar de la censura casacional las sentencias recaídas en aquellos procesos.

Descubiertos estos lugares comunes de ejercicio de actuaciones impugnatorias encaminadas a conseguir unos mismos fines en diversos procesos, debemos ver seguidamente si este sistema establecido para el proceso concursal, es susceptible de ser trasladado a otros procesos. Si lo que acabamos de decir es satisfactorio respecto del incidente concursal y su finalidad en este asunto, debemos ahora examinar si la impugnación corre la misma suerte, cuando se trata del inventario en el proceso de liquidación del régimen matrimonial.

Recapitulando algunas conclusiones parciales ya expuestas, podemos reiterar que la controversia suscitada, *ex art.* 809.2, da lugar a un proceso incidental, porque nace dentro del procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial en relación con la materia que es objeto principal del pleito. Pero no es una cuestión incidental, en el sentido estricto en que éstas son consideradas por los artículos 387 y siguientes. Respecto de tales cuestiones incidentales, en sentido estricto, el legislador admite una variedad de procedimientos: su tramitación puede estar regulada en la LEC, o fuera de ella, y en cualquier caso establece un procedimiento común para todas estas cuestiones. Pero lo que, en modo alguno permite es que *las cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la Ley exigiera decisión del Tribunal*, puedan ser resueltas por medio de sentencia; su forma de resolución final es el auto (arts. 206.1.2ª.II y 393.5). Una interpretación integradora del precepto contenido en estos artículos con el mandato del art. 809.2.II pone de relieve que la controversia *incidental* suscitada dentro del inventario no es una cuestión incidental, en sentido estricto, con todas sus consecuencias, sino que es un proceso incidental con el contenido que ya hemos puesto de relieve y por eso termina con una sentencia, forma de la resolución que pone fin a un proceso en primera o segunda instancia una vez concluida su tramitación ordinaria (art. 206.2.3ª).

IX. …Y SU CARÁCTER DE INSTANCIA

1. La instancia en los procesos incidentales y su acceso a la casación

La idea de que un proceso es incidental o que se tramita por el procedimiento incidental no comporta ni ha comportado nunca, de forma absoluta, la admisión de que su tramitación no dé lugar a una sentencia definitiva de

primera instancia y que por ello no sea posible pensar, tras la sustanciación de la segunda instancia, en la interposición de un futuro recurso de casación. Existen *incidentes* cuya incoación hace surgir una instancia y otros que no. Hubo procesos tramitados por el procedimiento incidental que, abriendo las correspondientes instancias en su tramitación, desembocaban en el recurso de casación (arts. 130 ss. LAU de 24 de diciembre de 1964). Ha habido genuinas cuestiones incidentales que tenían acceso a la casación. En la actualidad existen y antes han existido procesos incidentales con trámite no incidental que tienen y han tenido acceso a la casación. Por fin; ha habido procesos incidentales que, pese a abrir las oportunas instancias, la sentencia dictada en segunda instancia no era recurrible en casación. Hay que examinar los casos pormenorizadamente para comprobar esta tesis.

A) Durante la vigencia de la LEC/1881, las cuestiones incidentales promovidas durante la segunda instancia y en los recursos de casación terminaban con una sentencia que era suplicable ante la Sala que las hubiera dictado (art. 759 LEC/1881). La sentencia dictada por la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de súplica era recurrible en casación (art. 761 LEC/1881).

B) También durante la vigencia de la LEC/1881, la doctrina reconoció que, en el denominado «juicio ejecutivo», podía incoarse un incidente declarativo sumario (arts. 1463 a 1478); se trataba de un auténtico proceso declarativo incidental con primera y segunda instancia, en su caso. En efecto; mientras que, al plantearse la oposición del ejecutado al proceso de ejecución éste quedaba suspendido, la «*formalización de la oposición*», como *demanda de oposición*, abría una primera instancia de ese *proceso incidental*. Al término de esta tramitación se dictaba sentencia; si ésta era recurrida, el recurso de apelación abría una segunda instancia de tal proceso. La jurisprudencia asumió esta construcción con ocasión de los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, al no haberse recibido el pleito a prueba en el recurso de apelación interpuesto contra unas sentencias de remate dictadas sin oposición del ejecutado. El TS, mientras que, por una parte, excluía el concepto de instancia en el juicio ejecutivo, reducido a un genuino proceso de ejecución, cuando el ejecutado, citado de remate no se personaba o, personado, no se oponía le ejecución, determinando que el juez dictará sentencia sin más; por otra parte, sin embargo, reconocía la calidad de primera instancia al incidente declarativo incoado por el ejecutado con su «*formalización de la oposición*» para oponerse a la ejecución:

> «No procede otra prueba en los juicios ejecutivos que la referente a la excepciones alegadas al formalizar el ejecutado su posición a la ejecución, y no habiéndose opuesto en tiempo y forma, ni alegado excepciones, es improcedente con arreglo a derecho el recibimiento a prueba en la segunda instancia como lo habría sido en la primera, por no ser de aplicación el artículo 767, que supone que los autos se han recibido a prueba o podido recibir a dicho trámite que no tiene lugar en el juicio ejecutivo si el ejecutado citado de remate no se opone a la ejecución conforme a los arts. 1462 y 1463» (STS de 1 de octubre de 1884; en el mismo sentido SSTS de 4 de noviembre de 1893, 3 de noviembre de 1897, 27 de junio de 1905, 6 de mayo de 1906, 17 de noviembre de 1910, 19 de diciembre de 1916, 3 de marzo de 1917).

La sentencia de segunda instancia no era recurrible en casación, porque el juicio ejecutivo no se mencionaba en el catálogo de procesos cuyas resoluciones eran impugnables por medio de este recurso extraordinario (art. 1687 LEC/1881).

C) Es cierto que, por un lado, existen incidentes que constituyen auténticas cuestiones incidentales, bien sea sobre el fondo o sobre la forma, y que, sustanciados los cuales temporáneamente, terminan con un auto que no pone fin a la tramitación ordinaria del proceso principal. Tómense como ejemplo las mencionadas en los arts. 390 y 391 LEC. Si el auto es recurrido en apelación, nunca se resolverá el recurso por una sentencia, sino por un auto. Por ello, la resolución definitiva que pone término a este procedimiento no será recurrible en casación.

D) Por otro lado, existen procesos incidentales que, albergando cuestiones de fondo, terminan con una sentencia. Téngase en cuenta la tercería de mejor derecho (art. 620). En ella, básicamente se produce la comparación de dos créditos (títulos), actualmente existentes y válidos (el del ejecutante y el del tercero, que alega preferencia en el cobro), con apoyo en las normas aplicables (arts. 1921 a 1929 CC); para seguidamente poder formular la declaración del derecho preferente del tercero al cobro; y finalmente conseguir la efectividad de ese derecho (mediante el desvío del producto de lo subastado en el proceso de ejecución).

La STS de 16 de mayo de 2000 declara que:

> «la jurisprudencia, a propósito de las tercerías de mejor derecho, afirma que es un proceso intercalado dentro del juicio ejecutivo, pues al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la concesión de una decisión judicial que, conectada con el trámite principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; (..) si lo es el de mejor derecho, pretende la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia, si se estima la acción, al del ejecutante, y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado; la tercería no es, por tanto, un procedimiento autónomo, sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha»

Como ya hemos dejado dicho antes, en la tercería de mejor derecho (auténtico proceso incidental [incidente en el proceso de ejecución], o como lo define la sentencia que acabamos de anotar: «*proceso intercalado*», o «*superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal*») no se plantea una simple cuestión *procesal* (quién cobra en primer lugar su crédito con cargo al producto obtenido en la subasta), sino que en ella hay un pronunciamiento sobre el derecho material del tercerista (a saber; si el tercerista tiene ese crédito cuya preferencia alega). Si contra la sentencia dictada se interpone recurso de apelación, a su término el tribunal *ad quem* dictará una sentencia. La tramitación de la tercería constituye una verdadera instancia, a pesar de su *incidentalidad*. La sentencia dictada al terminar dicho proceso en el primer grado será una sentencia de primera instancia; y la sentencia dictada en segundo grado, será una sentencia de segunda instancia.

Por ello, es recurrible en casación, asunto que no ha sido cuestionado por el TS. Antes de la reforma de la LEC, y posteriormente, se ha admitido el recurso de casación contra esta sentencia cuando se han dado los demás requisitos procesales establecidos en cada momento[17].

E) En el caso de las genuinas cuestiones incidentales, al ser planteadas, no se abre una nueva primera instancia distinta de la ya abierta por el proceso principal que queda en suspenso durante la tramitación de aquéllas; por tanto, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que recaiga en ellas no abre una segunda instancia. Tiene sentido lo que afirma el auto comentado; el recurso no abre una segunda instancia cuando la resolución «*no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo*». En el caso de los procesos incidentales dependiendo de la pretensión deducida, se sustanciará una auténtica instancia. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva que haya puesto término a la tramitación ordinaria de este proceso, abrirá una segunda instancia; su sentencia puede ser recurrida en casación, si se dan los demás requisitos exigidos por la ley. Por eso, carece de perspectiva la doctrina jurisprudencial del TS que afirma:

> «la LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial» (Auto de 7 de noviembre de 2.006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

2. La controversia en el inventario en su primera instancia…

En la controversia suscitada en el inventario (art. 809.2 LEC), *incidental* en cuanto al modo de proponerse, lo menos decisivo para señalar su naturaleza procesal es la clase de trámite (el del juicio verbal) al que el legislador envía para su sustanciación. Las razones de la elección profusa de este modelo procedimental en la LEC/2000 para ser utilizado en diversos incidentes, ya las hemos explicado anteriormente[18]. Sin embargo, lo que ha de conducirnos con mayor seguridad a la conclusión acerca de si lo que hay detrás de este trámite es una instancia procesal, ha de ser el analizar si el procedimiento nace como consecuencia del ejercicio de una auténtica pretensión de tutela jurídica declarativa autónoma respecto del bien, derecho o bienes y derechos o deudas que, por estar fuera del patrimonio objeto del proceso, deben ser incluidos; o que, por estar indebidamente incluidos en el patrimonio objeto del proceso, deben ser excluidos; o que, en fin, considerados con un valor que no corresponde al del bien, derecho o deuda, deben ser valorados mejor.

---

[17] V. SSTS de 20 de junio de 1986, 11 de abril de 1988, 4 de julio de 1989 y 15 de octubre de 1990.

[18] V. *supra*: V.4. El trámite del juicio verbal, un procedimiento genérico.

Es preciso reconocer que, al margen del nombre que se dé al proceso (incidente o cuestión incidental) por razón de hallarse relacionado con otro que se reputa principal, la razón de su inclusión en el régimen de las instancias y recursos extraordinarios no depende de la denominación, sino de lo que realmente es el objeto del proceso (la cuestión suscitada) y la clase de tutela pretendida; a esto antes le hemos llamado, no de forma especialmente técnica, *contenido*.

Los procesos acumulados al proceso de división de la herencia o de la liquidación del régimen económico matrimonial se convierten, en algún sentido que explicaremos enseguida, en «incidentales» del proceso universal, pero, por esta incorporación, no son *cuestiones incidentales* del proceso principal con todas las consecuencias que esto comporta.

La «cuestión incidental» *suscitada* en la fase denominada inventario de bienes no tiene por objeto un defecto procesal que se denuncia, un accidente instrumental que ha de resolverse para apreciar la eficacia y validez de determinado acto procesal, o un aspecto formal de la referida pieza procesal como resultado final de esta fase del procedimiento. Contrariamente, connota la existencia de una pretensión y una resistencia planteada por vía de la, así llamada, *controversia suscitada* sobre un derecho subjetivo que incide directamente sobre el patrimonio afirmado como existente para poder actuar sobre él como caudal partible, liquidable y *adjudicable*. En la vista, que sigue a la citación hecha por el Secretario judicial, se especificará, como ya hemos indicado, el contenido de la demanda y el de la contestación; se propondrá prueba, se admitirá la pertinente y útil; y se practicará. Al término, *la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes*.

El proceso incidental en la fase del inventario termina con la sentencia sobre la cuestión suscitada, que resuelve, con plenitud de conocimiento, sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el objeto anotado; es decir, sobre el fondo del asunto: existencia, subsistencia, procedencia y calificación del bien o derecho privativo (art. 1346 Cc [arts. 211 y 212 del Código del Derecho Foral de Aragón citado]) o común (art. 1347 Cc [art. 210 del Código citado]) de que se trate para decidir sobre la inclusión de aquel bien común que, debiendo estar, no está, o sobre la exclusión del bien privativo, que, no debiendo estar, está en el inventario. La sentencia aprobará definitivamente el inventario de la comunidad matrimonial. Esta primera sentencia cierra la tramitación ordinaria del proceso incidental y por ello es una sentencia definitiva que pone término a una auténtica primera instancia.

Poco importa si esta sentencia produce efecto de cosa juzgada o no, disquisición que preocupa a los magistrados disidentes que formulan el voto particular:

> «si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de

> la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario».

Los procesos que terminan con una sentencia que no produce tales efectos de cosa juzgada (art. 447), si reúnen las condiciones que hemos señalado antes, también abren una instancia. Cosa distinta es que, en un posterior juicio definitivo con sentencia que produzca efecto de cosa juzgada, sea alterado el sentido del pronunciamiento recaído en el primero, a través de sus dos grados o instancias sustanciadas. Lo acontecido en la tramitación inicial del proceso es que ha habido una instancia.

3. …Que es seguida por la segunda instancia

No obstante todo lo que acabamos de ver, me parece oportuno volver a examinar –ahora con más detenimiento– el modo en que la LEC establece en el capítulo III, del título IV, del libro II las normas *del recurso de apelación y de la segunda instancia*. Esto quizá nos permita indagar en nuestro asunto con mayor profundidad en lo que atañe a la explicación de lo que es una segunda instancia, cuya sentencia, dictada a su término, pueda recibir regularmente la calificación de sentencia de segunda instancia, eventual objeto del recurso de casación.

El ATS de 3 de febrero de 2004, antes citado, afirma: «esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia"». Ya hemos dicho anteriormente que la LEC/2000, al igual que ocurría en la LEC/1881, no distingue entre apelación y segunda instancia más que nominalmente. El capítulo III, del título IV, del libro II se inicia con la Sección 1ª que aborda nominalmente la regulación *del recurso de apelación y de la segunda instancia: disposiciones generales*. Podría pensarse que se ha reservado esta Sección para insertar en ella todas las normas comunes a los casos en que el recurso de apelación abre una segunda instancia y aquellos otros en que el recurso de apelación no abre nada nuevo que sea distinto de un trámite para la *devolución* momentánea del conocimiento del litigio o de una parte o cuestión de éste a un tribunal superior para que realice actos que, a pesar de hallarse producidos por un tribunal (jerárquicamente) de segundo grado, son propios de la primera instancia inacabada.

Puede seguirse pensando en esta supuesta reserva de normas generales o comunes cuando la Sección 2ª titula las normas que le siguen como propias y específicas *de la sustanciación de la apelación*. Pero la sorpresa se colma cuando se advierte que no hay una tercera sección que –como correspondería de ser la segunda instancia algo tan diverso de la apelación– contenga las normas específicas de la segunda instancia como algo añadido a la apelación.

Contrariamente, ocurre que, cuando el lector se va ilustrando sobre el modo de *sustanciar la apelación*, lo que se va encontrando es la regulación del

procedimiento en el que indistintamente, sin marcar tiempos ni espacios propios y diferenciados, se establece coetáneamente el trámite de un recurso de apelación y segunda instancia de esta guisa: *el recurso de apelación se preparará* (art. 457.1); *si la resolución impugnada fuera apelable se tendrá por preparado el recurso* (art. 457.3); seguidamente *el apelante habrá de interponer la apelación* (art. 458.1) mediante escrito, porque si no presenta el escrito se *declarará desierto el recurso de apelación* (art. 458.2); la remisión de *los autos al tribunal competente para resolver la apelación* (art. 463.1); *el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario* (art. 465.1). En todos estos casos, aunque se utiliza la palabra «apelación» la referencia es indistinta a la apelación y a la segunda instancia, si es que conceptual y realmente son dos cosas distintas. Si no lo son, la diferencia entre una resolución de segunda instancia y una de apelación habrá de buscarse en otro elemento identificador de cada una de ellas. Pero esto lo dejamos para más adelante.

Sin embargo, hay algunos preceptos que contienen referencias a la cuestión de las instancias mencionando la primera y la segunda instancia como aspectos a tener en cuenta respecto de determinadas actuaciones, cuando se tramita la apelación, según lo que acabamos de anotar a grandes trazos. El recurso de apelación persigue que, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las *pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia*, se revoque un auto o sentencia por *el tribunal de apelación* (art. 456.1) que, por definición del precepto, será de *segunda instancia*. La *práctica en segunda instancia de las pruebas* requiere que haya habido una primera instancia en la que se haya producido la perturbación o carencia probatoria que trata de subsanarse con este trámite: *nova producta* o *nova reperta*, denegación indebida, práctica imposible, pérdida de la oportunidad probatoria por rebeldía involuntaria (art. 460); si no ha habido primera instancia, no puede pretenderse la práctica de prueba en la segunda instancia. Denunciada una infracción procesal que se haya cometido al dictar *sentencia en primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso* (art. 465.4.I). Si el vicio o defecto procesal cometido en la primera instancia *pudiere ser subsanado en la segunda instancia* no se declarará la nulidad de actuaciones (art. 465.4.II). Por fin; *contra las sentencias dictadas por las Audiencias en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación* (art. 466.1).

En todos estos supuestos se especifican normas que contemplan la «apelación» como segunda instancia, por la sencilla razón de que antes ha habido una primera. No hay definiciones, pero existen conclusiones. Es obvio que para que pueda producirse la eficacia de las normas que hemos citado últimamente (aportación de documentos, práctica de pruebas, subsanación de defectos procesales) es preciso que nos hallemos en una auténtica segunda instancia, la cual supone que antes se ha tramitado una primera instancia.

La lectura detenida de estos preceptos sobre la apelación y la segunda instancia proporciona una consideración que puede reportar alguna utilidad. En algunos puntos (arts. 455, 456, 465.1.2.3.5, 466, 467) se distingue el tratamiento de los autos y de las sentencias. En efecto; esto es lógico, porque responde a la

diferencia que, en el artículo 206, se hace de estos dos tipos de resoluciones en lo que respecta a su finalidad. Los autos se dictan en los casos que establece la LEC. Nunca un auto puede poner término a la tramitación ordinaria de la instancia de un pleito. Esto se reserva para las sentencias definitivas. Debe dictarse sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resuelven mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.

Leyendo conjuntamente los preceptos que regulan: a) las cuestiones incidentales, b) el recurso de apelación y c) las clases de resoluciones judiciales, se advierten algunos puntos específicos que son dignos de tenerse en cuenta para la formación y explicación del concepto de sentencia de segunda instancia, siguiendo la regulación actual en la LEC y, sobre todo, para comprender que cuando es recurrida en apelación la sentencia dictada en el proceso incidental de inclusión o exclusión de bienes en el inventario, se abre una auténtica segunda instancia.

1. En el derecho histórico español se conocieron, junto con las sentencias definitivas (que resuelven terminando el proceso), las sentencias interlocutorias (decisiones intermedias en el curso de proceso) que eran de tres clases: *puras o simples* (ej.: para dar traslado de un escrito), *con gravamen irreparable para la definitiva* (ej.: para repeler una demanda no formulada con claridad); y *con fuerza de definitiva* (ej.: para negar la capacidad para litigar, o para rechazar una prueba)[19]. En la LEC/2000 sólo son conocidas las sentencias definitivas (art. 206.1.3ª); han sido desechadas las sentencias interlocutorias que históricamente han servido para resolver incidentes (artículos), o para preparar la sentencia definitiva, según tradición recogida en la LEC/1881 (arts. 369 y 1690).

2. Toda cuestión incidental, tenga o no señalada en la LEC una tramitación especial, si exige decisión del tribunal, se resuelve, según las normas reguladoras de las resoluciones de las cuestiones incidentales (arts. 387-393).

3. Las cuestiones incidentales suspensivas se resuelven siempre por medio de auto (arts. 206.1.2ª y 393.4.I).

4. Las cuestiones incidentales no suspensivas se resuelven por la sentencia definitiva (art. 393.4.II).

5. Un auto es definitivo cuando pone fin a la primera instancia, sin haberse concluido toda su tramitación ordinaria (art. 207.1).

6. Un auto dictado en un incidente que pone término al proceso antes de que concluya su tramitación ordinaria tiene el carácter de definitivo (art. 393.5), pero no agota la instancia (art. 207.1.2ª.II).

7. Si el auto definitivo pone fin al proceso, aun sin agotar la instancia, será recurrible en apelación (arts. 393.5 y 455.1). Si no pone término al proceso, el auto no es recurrible, pero podrá ser impugnado al apelar la sentencia definitiva (art. 393.5).

---

[19] V. Vicente y Caravantes, J., *op. cit.*, t. II, pp. 265-266.

8. Las sentencias siempre son definitivas, porque son las resoluciones que ponen término a la tramitación ordinaria de un proceso en su primera o segunda instancia (art. 206.1.3ª).

9. Se distingue entre sentencia definitiva y auto definitivo a efectos de los recursos. Por lo que concierne a la procedencia del recurso de apelación frente ellos, existe la diferencia de que dicho recurso será resuelto en el primer caso mediante una sentencia y en el segundo mediante un auto indefectiblemente (arts.456.1 y sobre todo 465.1 y 5).

10. Otra distinción entre los autos definitivos y las sentencias definitivas reside en que la posibilidad de censura de las resoluciones dictadas al resolver el recurso de apelación, en uno caso y otro, es distinta. Los autos resolutorios del recurso de apelación dictados por las Audiencias Provinciales no son recurribles en casación (art. 477.2). Sólo son recurribles en casación las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia (arts. 466.1 y 477.2 LEC; y art. 2 Ley sobre la casación foral aragonesa).

Se deben considerar sentencias de segunda instancia, a los efectos de admitir el recurso de casación, todas las dictadas al resolver el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva dictada por un Juzgado de primera instancia (art. 466.1). En consecuencia, son sentencias de segunda instancia las dictadas por la Audiencia Provincial aunque sea la primera vez en la que recae un pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas en la primera instancia ante el Juzgado de primera instancia: a) al suplir la omisión de pronunciamiento de la sentencia de primera instancia; b) al estimar una pretensión del actor (recurrente) que no fue enjuiciada por la sentencia de primera instancia al acoger otra de varias propuestas alternativamente o sucesivamente en la demanda; c) al acordar la resolución de un negocio jurídico con base en distinta causa de la estimada en la sentencia de primera instancia, habiéndose aducido varias alternativa o sucesivamente en la demanda; d) al estimar una excepción de las propuestas alternativamente en la contestación que no fue enjuiciada en la sentencia de primera instancia al haber estimado otra; e) al pronunciarse por primera vez sobre el fondo, cuando revoca la sentencia definitiva absolutoria en la instancia que dejó imprejuzgada la acción sin pronunciarse sobre el fondo.

11. La LEC no establece diferencias para el acceso a la casación atendiendo al tipo de proceso en que se haya dictado la sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial (art. 466.1).

Por el tipo de proceso, la LEC/2000 no establece limitación alguna como ocurría en la LEC/1881 para conceder el acceso a la casación de las sentencias dictadas en la segunda instancia, según el tipo de proceso (art. 1687 [antes arts. 1689 y1690] LEC/1881); en ella se designaban nominalmente los juicios y los casos en que tales juicios se deberían hallar para reconocer la procedencia del recurso. La LEC/2000 ha modificado la cláusula de implantación del recurso: el criterio de recurribilidad o de procedencia del recurso.

El artículo 466 LEC/2000, aunque su vigencia se halla suspendida por la DF 16ª 2 LEC, no deja de ofrecer una pauta establecida por el legislador respecto

del ámbito del recurso de casación, *contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de procesos civil*, que se explica suficientemente en la EM: «*el propósito de no excluir de ella* [la casación] *ninguna materia civil o mercantil*».

Esta amplitud de apertura del recurso de casación, contraria a la estrechez establecida en la ley anterior que fue objeto de sucesivas interpretaciones jurisprudenciales restrictivas, asienta seguramente la afirmación de que en todo caso que se haya dictado sentencia en segunda instancia, ésta será susceptible del recurso de casación, siempre que reúna los requisitos establecidos en la ley (art. 477).

Por esta razón, podemos afirmar que toda sentencia dictada por la Audiencia Provincial al conocer del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva que terminó el curso ordinario del primer grado del procedimiento, en cualquier tipo de proceso civil, principal o incidental que da lugar a una (primera) instancia, es sentencia de segunda instancia susceptible de ser recurrida en casación.

X. EL CAMBIO DE DOCTRINA Y SUS EFECTOS

Es preciso realizar un esfuerzo final para establecer una relación consistente y comparativa entre lo que llevamos dicho y los efectos de la interpretación efectuada por el auto comentado. Tanto el TS como el TSJA, en la *jurisprudencia* expuesta, ofrecen una interpretación de la regulación del proceso establecido en el art. 809.4 que, dando la espalda a planteamientos doctrinales bien asentados, conduce a un ensanchamiento, no legal, de los criterios de la selección de asuntos que tiene su reflejo en un estrechamiento del acceso a la casación, el cual no está inspirado en la EM de la LEC: «*el propósito de no excluir de ella* [la casación] *ninguna materia civil o mercantil*» que queda explicitada en el art. 466.1 LEC, en suspenso, pero esclarecedor de la voluntad del legislador, no restringida, modificada o matizada por el tenor de la Disposición final Decimosexta, que rige transitoriamente en materia de recursos extraordinarios.

1. El punto de partida

Es conocida la respuesta de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000, a la nueva regulación de la casación, según consta en el Acuerdo de esa fecha. Los propósitos del legislador, manifestados en la EM: a) el de «*no excluir de ella* [la casación] *ninguna materia civil o mercantil*», de una parte; y b) el de que «*el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objetive*» en la LEC, de otra parte, quedaron

matizados subjetivamente por la Junta General, abordando precisamente, en esa ocasión, una perspectiva que tiene que ver con el proceso, y no sólo con la sentencia. Volvió a hacer uso del sistema restrictivo que era tenido en cuenta en la anterior LEC/1881 al enlazar tipo de resolución y clase de proceso para abrir la recurribilidad en casación, pero que, según leemos en la EM, había desaparecido en la nueva LEC. Con la interpretación que la Junta General hace del artículo 477.2 en relación con los arts. 249.1 y 250.1, sólo podrán recurrirse por interés casacional las sentencias recaídas, por razón de la materia, en el juicio ordinario o en el juicio verbal, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC; es decir, que sólo son recurribles por interés casacional las sentencias dictadas en procesos en los que el procedimiento que deba tramitarse se haya fijado por razón de la materia. Por otra parte, la referida Junta General, tomando apoyo en el art. 477 en el que el recurso de casación se limita a las sentencias, incrementaba el peso de la restricción admitiéndolo sólo cuando el tipo de resolución procedente fuera una sentencia y no un auto.

El razonamiento, inserto en los autos, que excluye de la casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra las dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos surgidos en la formación del inventario, añade al anterior ejercicio de limitación del acceso a la casación, un nuevo modo subjetivo de selección de asuntos que no está amparado por la ley.

El TSJA, en otras ocasiones, ha manifestado sentirse desligado de la interpretación que el TS haya efectuado al aplicar las normas procesales que regulan el recurso de casación, poniendo de relieve que no le obligan los criterios del referido Acuerdo ni ningún otro[20]. En este caso, como hemos anotado al principio, la Sala de lo Civil se ha sentido obligada por una «*jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo*», hasta el punto de afirmar: «*En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto*».

En este caso, el TSJA ha seguido el criterio restrictivo iniciado por el TS. Dos son los pilares esenciales de la argumentación para exclusión de la casación en el auto de 16 de abril de 2010; recordémoslos:

> 1. «*…sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo*».

---

[20] V. STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2001 afirmando su soberanía para interpretar la norma de la Disposición Final 16ª LEC en forma distinta a como lo venía haciendo la Sala Primera del Tribunal Supremo como consecuencia del referido Acuerdo en lo que atañe a los requisitos procesales para admitir el recurso de casación, cuando se tratara de asuntos de su competencia.

2. «*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…)*».

2. Nueva forma de selección de los asuntos

Tanto en el auto del TSJ, como en la jurisprudencia del TS mencionada por aquél, en su fundamentación, se hace una interpretación de los correspondientes preceptos que en la LEC/2000 (art. 477.2) y LCFA (art. 2) establecen el objeto del recurso de casación. En definitiva están interpretando una regla de selección de asuntos para la casación. Veamos el sentido de estas reglas.

Hemos dicho ya anteriormente que en la LEC/1881 las reglas de selección de asuntos tomaban como parámetros tres elementos: a) las resoluciones (sentencias, determinados autos y ciertas resoluciones para las que expresamente se admitiera el recurso en las circunstancias y conforme a los requisitos que vinieran establecidos); b) la clase de procesos (con una nómina que fue modificándose durante la vigencia de la ley); y c) la instancia (resoluciones de segunda instancia o de recurso de apelación; y algunas sentencias de primera instancia).

En la LEC/2000, el art. 477.2 establece una regla general de selección con estos dos elementos: a) la resolución; y b) la instancia en que se dicta. El art. 2 LCFA sigue la misma pauta. Se señalan como objeto del recurso únicamente las sentencias; se excluyen los autos. Asimismo, se limita el acceso sólo a los recursos contra las sentencias de segunda instancia; en modo alguno cabe el recurso contra las sentencias de primera instancia. Una y otra ley añaden que las sentencias de segunda instancia deberán ser dictadas por la Audiencia Provincial. Por eso, no son recurribles en casación las sentencias dictadas por los Juzgados de primera instancia (aun siendo sentencias de segunda instancia) al conocer en segunda instancia, resolviendo los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de Paz de sus respectivos partidos judiciales. Tampoco son recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia en los procesos mencionados en el art. 73.2 a) y b) LOPJ.

Finalmente, se ha suprimido la referencia determinante de la clase de proceso; por consiguiente, no existe razón alguna para excluir las sentencias de segunda instancia dictadas en uno u otro tipo de proceso. Al ser general, esta regla debe aplicarse en todo caso, sin restricciones, salvo que el legislador las imponga.

El legislador estatal ha matizado la regla general de recurribilidad al ordenar el régimen de los recursos en los incidentes concursales; el art. 197.7 LC establece una regla especial de selección de asuntos para la casación; el recurso no se concede frente a todas las sentencias dictadas por las Audiencias, sino, partiendo de los criterios de admisión previstos en la LEC, sólo frente a las relativas

a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o las que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta; aquí se dirige la gestión selectiva al contenido (objeto) del proceso en que recae la sentencia.

El TS, al interpretar con carácter restrictivo el tipo de resoluciones recurribles en casación, ha afirmado que sólo son recurribles las sentencias de segunda instancia, acudiendo, para resolver esta cuestión, a calificar de primera instancia la tramitación anterior al segundo grado del conocimiento del asunto por el procedimiento reduccionista de asimilar cuestión incidental con proceso incidental.

Ahora bien, sin negar que las cuestiones incidentales, que no crean una instancia distinta de aquella en la que surgen, no tienen acceso a la casación, nos parece que el sentido de las normas del art. 477.2 LEC y 2 LCFA es disponer que sólo las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales tienen acceso a la casación. Dicho esto, se niega que tengan acceso a tal recurso los autos de las Audiencias y también las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de primera instancia. En esto consiste el giro impuesto por la nueva regulación de la casación frente a las normas de la anterior LEC/1881 en la que se admitía, respecto de ciertos casos, el recurso de casación frente a autos dictados en grado de apelación (sin ser una segunda instancia) y frente a sentencias de primera instancia (casación *per saltum*). La norma actualmente es taxativa y, de por sí, restrictiva. Pero no debe irse en la interpretación más allá de lo que corresponde.

Así, en el art. 197.7 LC, que también contiene una norma de selección de asuntos en la casación, se lleva a cabo esta selección, no, como lo hace la LEC, calificando a la sentencia como de segunda instancia, sino diciendo llanamente: «*las sentencias dictadas por las audiencias*». En su referencia a la clase de incidentes concursales en los que cabe el recurso de casación, se advierte que no se trata de los que cobijan meras «cuestiones incidentales» en sentido propio, sino de los «*procesos incidentales*», en el sentido que hemos expuesto antes. En definitiva, en los mismos procesos de los que antes y después de la vigencia de la nueva LEC el TS calificó como *incidentes* para excluirlos del recurso de casación.

Entendemos que no es preciso introducirse en la dificultosa cuestión de separar apelación y segunda instancia para repartir asignaciones de recurribilidad en casación, dependiendo de la situación que ocupa, respecto de otros pleitos, el proceso en el que se ha dictado la sentencia.

Es suficiente mirar la ordenación procedimental de los incidentes; terminados por auto tanto en el primer grado como en el segundo, nunca tendrán acceso a la casación, porque a ella sólo acceden las sentencias. La exclusión, pues, no deriva de la *clase* de proceso, sino de la *resolución* recaída en él. Y si faltara todavía un mínimo de convencimiento sobre esta interpretación, bastaría mirar seguidamente al trámite procedimental del juicio sobre inclusión, exclusión de bienes o valoración de partidas, para comprobar que, como hemos dicho antes, no es el de los incidentes, porque no es una *cuestión incidental*. Pero, sobre todo,

para confirmar que tal proceso termina con una sentencia, que, de ser recurrida en apelación, ésta será resuelta también por una sentencia.

De decir «*trámite incidental*» o «*cuestión incidental*», a decir proceso seguido por los trámites del «*juicio verbal*» (aunque éste sea un proceso incidental) hay algo más que un asunto de terminología; hay todo un universo de conceptos y de realidad práctica: distinto modo de incoación, distinto procedimiento, distinto tipo de resolución y, por fin, distinto régimen y clase de recursos. La lectura de la LEC así lo expresa.

3. Una quiebra en la formación de la doctrina jurisprudencial

Por lo que atañe a la materia que se ventila en este proceso incidental, podemos decir, sin temor a errar ostentosamente, que en bien pocos otros procesos podrán obtenerse tan abundante número de sentencias sobre la calificación de los bienes de los cónyuges aragoneses, como en el proceso incidental sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, ya que en esta circunstancia de la disolución y posterior liquidación del régimen matrimonial, es cuando se suscitan habitualmente tales cuestiones (piénsese en los arts. 1392 y 1393 CC; y 541 LEC). Quizá no se plantee nunca problema alguno interpretativo del régimen económico matrimonial (citado expresamente en el preámbulo de la LCFA) al resolver, en el proceso incidental del art. 809 LEC, las cuestiones suscitadas en la formación del inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial, que sea preciso uniformar jurisprudencialmente sobre la interpretación. Pero si llegara a surgir la necesidad de uniformar jurisprudencialmente la interpretación de los arts. 211 a 217 (bienes comunes y privativos) y 218 a 226 (deudas comunes y privativas) del citado código, realizada en esos procesos, esa nueva doctrina, mantenida en el auto del TSJA, se constituye en la llave de clausura para la función revitalizadora de nuestro Derecho (…) y complementadora del ordenamiento civil aragonés preconizada en el preámbulo de la LCFA.

Principal importancia tiene este asunto de abandonar el criterio seguido por la Sala de lo civil del TSJ hasta ese momento, cuando se trata de interpretar una ley (la LCFA) cuya razón de ser es la de «*permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento*», ya que se trata de «*hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés*» (Del preámbulo de la LCFA). Para eso precisamente, separándose de los criterios restrictivos impuestos por la Junta General antes citada, reiterada en centenares de autos de inadmisión de recursos de casación o de resolución de recursos de queja y sancionados por el Tribunal Constitucional, el legislador aragonés dispone que «*el interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía*» (art. 2.2 LCFA): vivaz eco del precepto del art. 466.1 LEC que no mira, para tenerlo en cuenta, el tipo de proceso en orden a determinar la procedibilidad del recurso de casación.

LA LEGÍTIMA EN ARAGÓN[1]

José Antonio Serrano García
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Trabajo de síntesis y de exposición ordenada y clara del estado de los conocimientos sobre el sistema legitimario aragonés. Se resumen los principales rasgos del sistema legitimario en el Derecho histórico, así como en la Compilación y se da cuenta de la polémica sobre la mención suficiente suscitada durante su vigencia; se informa de los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y de la tramitación parlamentaria de la reforma del Derecho de sucesiones de 1999 en lo relativo a la legítima, para seguidamente acometer la exposición sistemática del Derecho vigente.

Con el necesario detalle, pero a la vez de forma concisa y clara, se expone el contenido de la legítima (cuantía, títulos de atribución, libertad de distribución, cálculo y valoración del caudal computable, imputación), las clases de legitimarios (en particular, los de grado preferente), la intangibilidad cuantitativa y la acción de lesión, la intangibilidad cualitativa (cumplimiento en bienes relictos y prohibición de gravámenes), la preterición y sus consecuencias según sea intencional o no intencional, la desheredación con causa legal y la exclusión simple o absoluta, el derecho a alimentos, la renuncia a la legítima y la prescripción de acciones en materia de legítima.

Palabras clave: Legítima, legitimarios, defensa de la legítima, preterición, desheredación y exclusión.

---

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2008-01669/JURI, «Validez y eficacia de normas y de actos jurídicos», cuyo investigador principal es el Profesor Jesús Delgado Echeverría.

ABSTRACT

A work of synthesis and an ordered and clear exposition about the degree of knowledge about the Aragonese legitimate inheritance system. The main features of the legitimate inheritance system in historic law are resumed, as well as in the Compilation of Civil Law of Aragón and it gives an account of the controversy regarding sufficient mention generated during its validity. The paper relates the work of the Aragonese Commission of Civil Law and of the parliamentary procedure concerning the reform of the Aragonese Law of Inheritance on Death of 1999 regarding the legitimate inheritance and goes on to carry out a systematic exposition of current Law.

With necessary detail, but at the same time in a concise and clear manner, the content of the legitimate portion of the inheritance (amount, rights of conferral, freedom of distribution, calculation and assessment of the computable estate, assignment), the classes of heirs (particularly, those who are in a preferential group), quantitative intangibility and the action for loss, qualitative intangibility (fulfilment in the estate of the deceased and prohibition of encumbrances), preterition and its consequences based on whether there was or not intentionality, disinheritance with legal cause and the simple or absolute exclusion, the right to financial maintenance, relinquishment of the inheritance and the prescription of actions related to the legitimate inheritance are exposed.

Key words: Legitimate inheritance, heirs, defence of the legitimate inheritance, preterition, disinheritance and exclusion.

SUMARIO

I. PRINCIPALES RASGOS DEL SISTEMA LEGITIMARIO ARAGONÉS HISTÓRICO: 1. La legítima en el derecho anterior a la compilación; 2. Las legítimas en la compilación; 3. La polémica sobre la mención suficiente. II. DE LA COMPILACIÓN A LA LEY DE SUCESIONES: 1. Los trabajos prelegislativos de la comisión aragonesa de derecho civil: 1.1. *La Ponencia General;* 1.2. *El grupo de trabajo sobre la legítima;* 1.3. *El debate de la legítima en el pleno de la Comisión;* 2. La tratamitación parlamentaria en lo relativo a la legítima: 2.1. *Enmiendas;* 2.2. *Ponencia, Comisión y Pleno;* 3. Visión de conjunto de la reforma de 1999. III. CONTENIDO DE LA LEGÍTIMA: 1. Concepto y cuantía de la legítima: 1.1. Legítima material a favor de descendientes; 1.2. *Límite a la eficacia de la facultad de disponer a título gratuito;* 1.3. *Cuantía de la legítima;* 1.4. *Legítima colectiva;* 2. Títulos de atribución: 2.1. *Cualquier título lucrativo;* 2.2. *Posibilidad de que el heredero sea un extraño;* 2.3. *Legítima «pars bonorum»;* 3. Libertad de distribución; 4. Cálculo y valoración del caudal computable: 4.1. *Reunión ficticia de «relictum» y «donatum»;* 4.2. *El caudal relicto y su valoración;* 4.3. *Las donaciones computables y su valoración: A) Donaciones que, por excepción, no se computan;* B) *Valoración de los bie-*

nes donados; 5. IMPUTACIÓN: 5.1. *Liberalidades recibidas del causante por sus descendientes;* 5.2. *Liberalidades no imputables;* 5.3. *Valoración de las liberalidades imputables.* IV. LEGITIMARIOS. CLASES: 1. DESCENDIENTES DE CUALQUIER GRADO; 2. CLASES DE LEGITIMARIOS; 3. LEGITIMARIOS DE GRADO PREFERENTE: 3.1. *Por derecho propio;* 3.2. *Por sustitución legal.* V. INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA: 1. LESIÓN CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA; 2. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE LESIÓN: 2.1. *Legitimación determinada por el disponente;* 2.2. *Legitimación legal subsidiaria;* 3. CUANTÍA DE LA RECLAMACIÓN INDIVIDUAL DE CADA LEGITIMADO; 4. PRELACIÓN EN LA REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES; 5. FORMA DE PRACTICAR LA REDUCCIÓN. VI. INTANGIBILIDAD CUALITATIVA: 1. EL DEBER DE CUMPLIMIENTO EN BIENES RELICTOS: 1.1. *Requisitos del incumplimiento;* 1.2. *Consecuencias del incumplimiento;* 1.3. *Forma de practicar la reducción de liberalidades en bienes relictos;* 2. PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES SOBRE LA LEGÍTIMA: 2.1. *Ámbito de aplicación de la prohibición;* 2.2. *Concepto de gravamen prohibido;* 2.3. *Gravámenes permitidos como excepción;* 2.4. *Efectos de la infracción de la prohibición;* 2.5. *Cautelas de opción compensatoria.* VII. PRETERICIÓN: 1. SUPRESIÓN DE LA LEGÍTIMA FORMAL; 2. SUPUESTOS DE PRETERICIÓN: 2.1. *Concepto de preterición;* 2.2. *Preterición y fiducia;* 2.3. *Sustitución legal y preterición;* 3. MENCIÓN SUFICIENTE PARA EVITAR LA PRETERICIÓN; 4. PRETERICIÓN INTENCIONAL. CONSECUENCIAS; 5. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL. CONSECUENCIAS: 5.1. *Concepto y supuestos;* 5.2. *Consecuencias de la preterición no intencional;* 5.3. *Cálculo y pago de la cuota del preterido;* 5.4. *La preterición no intencional total sin designar a otro descendiente heredero o legatario;* 5.5. *Preterición y lesión cuantitativa.* VIII. DESHEREDACIÓN Y EXCLUSIÓN: 1. REGULACIÓN CONJUNTA; 2. DESHEREDACIÓN CON CAUSA LEGAL; 3. EFECTOS DE LA DESHEREDACIÓN CON CAUSA LEGAL; 4. EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE DESCENDIENTES; 5. EXCLUSIÓN ABSOLUTA Y DESHEREDACIÓN SIN CAUSA LEGAL; 6. ERROR EN EL MOTIVO DE LA EXCLUSIÓN O LA CAUSA DE LA DESHEREDACIÓN. IX. DERECHO A ALIMENTOS. X. RENUNCIA A LA LEGÍTIMA. XI. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EN MATERIA DE LEGÍTIMA. BIBLIOGRAFÍA.

Disposiciones normativas: arts. 171 a 200 y DT 10ª Lsuc.

I. PRINCIPALES RASGOS DEL SISTEMA LEGITIMARIO ARAGONÉS HISTÓRICO

1. LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN

La Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, derogó el Libro II, «Derecho de sucesión por causa de muerte», artículos 89 a 142, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Esta Ley inició el proceso de renovación del Derecho civil aragonés, partiendo –como dice su Preámbulo– de *cuanto de bueno y útil hay en la Compilación, que es casi todo, para actualizarlo, desarrollarlo y completarlo con las normas que parezcan más conformes con los ideales cívicos y las circunstancias vitales de los aragoneses y aragonesas de hoy y de mañana.*

La configuración del sistema legitimario aragonés como de *legítima material colectiva de cuantía determinada* (dos tercios desde 1925; un medio desde 1999) *a favor exclusivamente de los descendientes del causante*, es algo relativamente reciente puesto que sólo con la llegada del Apéndice de 1925 puede afirmarse con seguridad que éstas son las principales características de la legítima en Aragón. Características que se mantienen en la Compilación de 1967 y, con algunas modificaciones en la cuantía y en los límites en la libertad de distribuirla entre los descendientes, en el Derecho vigente.

Para la construcción de los puntos 1 y 2 del sumario me sirvo, básicamente, de lo dicho en mi trabajo sobre «La reforma de la legítima aragonesa», en *Homenaje a Díez-Picazo,* Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, págs. 5537-5556. (Con posterioridad pueden verse las referencias al Derecho histórico que traen LASIERRA GÓMEZ: «La legítima en el Derecho civil aragonés», Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 1 (2004), http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=94, respecto a la preterición GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los Derechos civiles forales*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 50-61, y, con interesantes reflexiones en especial sobre la etapa del Apéndice, MOREU BALLONGA: «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel, 2005.* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 149-163; en la relación de bibliografía que se acompaña se citan los trabajos que desde 1926 (entrada en vigor del Apéndice) se han ocupado específicamente de la legítima en el Cuerpo Fueros y Observancias, en el Apéndice y en la Compilación de 1967; la bibliografía completa puede consultarse en la *Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés* (BIVIDA): http://www.derechoaragones.es).

El sentido y contenido de la legítima en el Derecho histórico aragonés, desde los Fueros de 1247, pasando por los *de testamentis nobilium* de 1307 y *de testamentis civium* de 1311, hasta el Apéndice de 1925, no es todavía una cuestión pacífica. El sistema legitimario aragonés anterior al Apéndice ha sido entendido de forma muy diversa por los autores que a lo largo de los siglos se han ocupado de él. El estado de la cuestión en 1926 puede verse en Marceliano ISÁBAL Y BADA *(Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926) en las páginas que dedica a comentar el artículo 87 que formula así: *El padre, cualquiera que sea su condición, puede instituir a su voluntad, heredero a uno de sus hijos, dejando de sus bienes a los demás lo que quiera* (pp. 268 a 305, de la edición de 1985 del Colegio de Abogados de Zaragoza).

Lo que parece seguro, según han demostrado estudios recientes de la práctica documental, es que los testadores a la hora de hacer testamento consideraban que no había una legítima global, sino una amplia libertad de distribución de los bienes entre las personas que desearan, aunque no fueran descendientes suyos, con el límite de una legítima meramente simbólica consistente en cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco por bienes sitios (o cinco arrobas de los montes comunes por sitios, con algunas otras ligeras variantes) que necesariamente se habían de atribuir a los legitimarios. Como ha señalado el prof. DELGADO (Prólogo al libro de Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA sobre *El*

testamento mancomunado, Zaragoza, 1997, pág. XXI), «en el estado actual de nuestros conocimientos, no es posible establecer cómo se llega a esta práctica, cuando los Fueros de 1247 y los de 1307 y 1311 (últimos que se ocupan de esta materia) parten de principios muy distintos. La clave parece estar en el principio *standum est chartae*». Cree la profesora BELLOD que, hasta la promulgación del Apéndice, es la costumbre y no la ley la que determina el contenido del testamento mancomunado (*Op. cit.,* p. 569).

El Apéndice, al implantar la legítima colectiva de dos tercios del caudal computable a favor de los descendientes del causante, con libertad de distribución entre los inmediatos, terminó con las dudas anteriores sobre la amplitud de la legítima y la libertad de testar. La clara formulación del sistema consiguió que la práctica antigua de hacer testamento tuviera que adaptarse a la nueva regulación. Además el Apéndice distingue entre legitimarios mediatos e inmediatos, regula el derecho de alimentos de los legitimarios excluidos de la legítima, señala que el preterido singular y el injustamente desheredado tienen derecho a equipararse con el legitimario menos favorecido.

2. LAS LEGÍTIMAS EN LA COMPILACIÓN

La Compilación de 1967 conserva el sistema de legítima material colectiva de dos tercios a favor del grupo de descendientes (legítimos), pero completa el sistema añadiendo, como novedad, una *legítima formal a favor de los descendientes inmediatos*. Según dice su exposición de motivos, *los descendientes del causante, sin mediación de persona capaz para heredarle, son los únicos que tienen derecho a una legítima formal consistente en que si son preteridos o injustamente desheredados serán llamados a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador; y si en la distribución de los bienes hereditarios quedaren en situación legal de pedir alimentos podrán reclamarlos de los sucesores del causante*. Añade que *de este modo se resuelve expresa y afirmativamente la cuestión de si los nietos pueden ser instituidos herederos viviendo su padre. Éste quedará amparado por los preceptos protectores de la legítima formal y por la acción de petición de alimentos*. Así que, junto a la legítima material colectiva de todos los descendientes, intangible cuantitativa y cualitativamente, que el causante puede distribuir entre ellos como quiera, existen unos descendientes especialmente protegidos en caso de preterición, injusta desheredación o estado de necesidad.

La reforma de la Compilación de 1985 se limitó, en materia de legítimas, a suprimir el inconstitucional tratamiento, por discriminatorio, que recibían los hijos ilegítimos.

La doctrina aragonesa, de forma casi unánime (MOREU BALLONGA, en su «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», *RDCA*, 1997-1, págs. 9-64, discrepa en varios puntos de la doctrina común aragonesa), ha considerado que *la legítima material colectiva puede ser distribuida libremente entre los descendientes* del causante, cualquiera que sea su grado, y que *éstos son los únicos legitimarios*. Cualitativamente, la mayoría entiende que la legítima aragonesa, en caso de lesión, constituye una *pars bonorum*, es

decir, una parte alícuota del activo hereditario resultante después de deducidas las deudas y cargas y añadidas las donaciones computables, por lo que debe ser pagada en bienes hereditarios, sobre los que, además, el causante no podrá establecer otros gravámenes que los permitidos por la Compilación; ahora bien, la legítima puede ser recibida por cualquier título gratuito, entre vivos o por causa de muerte. Cuantitativamente, su contenido total está constituido por las dos terceras partes del caudal, calculado de la forma indicada por remisión a lo dispuesto en el art. 818 del Código civil (art. 119 Comp.). De modo que, habiendo legitimarios, sólo el tercio restante es de libre disposición. En caso de lesión de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa se prevén específicos mecanismos de protección de la legítima en los arts. 124 y 125 Comp.: la reducción de las liberalidades hechas a favor de no descendientes en caso de lesión cuantitativa y la posibilidad de tener por no puestos los gravámenes prohibidos sobre la legítima.

Además, ya se ha dicho que en la Compilación los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar pueden reclamar alimentos a los sucesores del causante si como consecuencia de la distribución hereditaria quedan en situación legal de pedirlos (art. 121 Comp.) y, si son preteridos o injustamente desheredados, tienen derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador (preterición o desheredación singular: art. 123 Comp.). La preterición y la desheredación injusta cuando afectan a todos los legitimarios determinan: a) *La delación abintestato de los dos tercios del caudal, si la existencia de todos aquellos era conocida por el testador al tiempo de hacerse la disposición* mortis causa; b) *La de todo el caudal, en otro caso* (art. 122 Comp.).

La preterición total es la falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios (art. 122 Comp.); la preterición singular resulta de la infracción de la *legítima formal* prevista en el art. 120.1 Comp., según el cual *aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya.* La injusta desheredación, singular o total, tiene los mismos efectos que la preterición correspondiente, pero su concepto y régimen hay que deducirlos, razonando *a contrario*, de la desheredación del Derecho supletorio.

En la doctrina aragonesa sobre legítimas en la Compilación destacan los trabajos de José Luis Lacruz Berdejo (citados en la bibliografía).

3. La polémica sobre la mención suficiente

Fue en el campo de la preterición singular y, en particular, en la interpretación de cuándo hay mención suficiente para evitar la lesión de la legítima formal, donde surgieron las mayores dudas interpretativas y donde llegó a existir una doctrina jurisprudencial muy criticada por ser contraria al entendimiento más común y a la práctica habitual en las notarías aragonesas. Ya Lacruz había señalado las dos posibilidades de interpretar el art. 120 y aconsejado, para evitar problemas, usar las fórmulas más seguras: *nombrar o mencionar formalmente para excluir* (*RCDI*, 1968, p. 523). La S. TSJA de 30 de septiembre de 1993 (publicada

en la *RDCA*, 1995, sección de jurisprudencia, marginal 12) entendió que la Compilación, a diferencia del Derecho histórico que obligaba a dejar algo a cada uno de los hijos (*quantum eis placuerit*), sólo exige que sean nombrados o mencionados en el testamento que los excluya pero que *dicha mención «formal» ha de realizarse necesariamente en la parte «dispositiva» del testamento para evitar la preterición*, salvo que se prefiera una asignación simbólica o hayan recibido ya liberalidades imputables en la legítima. Confirma esta interpretación jurisprudencial una segunda S. TSJA, la de 11 de noviembre de 1998 (publicada en la *RDCA*, 1999-1, sección de jurisprudencia, marginal 2), que entiende que *hay que nombrar al legitimario para decir que se le deja algo o que no se le deja nada*, pues la exclusión tiene un alcance patrimonial.

Esta segunda sentencia cuenta con un voto particular de dos de los magistrados fundado en que en el testamento no se pueden distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos, sino que debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante, de manera que la exclusión del legitimario mencionado tanto puede ser expresa como derivada del hecho de no hacer disposición alguna a su favor; por otra parte afirma que, en defecto de ley, no hay costumbre que obligue a dejar algo a los legitimarios excluidos y que no es contrario al principio de equidad excluir a algunos descendientes del reparto de la legítima material.

Con anterioridad a esta segunda S. del TSJA, tanto la doctrina (Bellod Fernández de Palencia, Elena, 1994; Calatayud Sierra, Adolfo (ponente), Martínez Lasierra, Ignacio y Gil Nogueras, Luis A. (colaboradores), 1994) como la jurisprudencia de instancia (SJPI núm. 2 Zaragoza 14.9.1996 –*RDCA,* 1998, marginal 71–, SAPT 21.3.1997 -*RDCA* 1998, marginal 19-) habían reaccionado manifestando su oposición a tal interpretación que, sin embargo, encontró eco en el citado trabajo del prof. Moreu Ballonga.

Esta cuestión de la mención suficiente para evitar la preterición era, sin duda alguna, la más necesitada de reforma, pero muy unidas a ella se hallaban la propia subsistencia de la legítima formal, el sentido de la preterición y sus clases, la exclusión y la desheredación; además se hacía necesario completar la regulación de la legítima material colectiva y los medios de defensa ante lesiones cuantitativas o cualitativas, así como evitar algunas otras dudas y objeciones puestas de manifiesto por la doctrina.

II. DE LA COMPILACIÓN A LA LEY DE SUCESIONES

1. Los trabajos prelegislativos de la Comisión Aragonesa de Derecho civil

1.1. *La Ponencia General*

El Gobierno de Aragón ha contado desde el principio con Comisiones asesoras en materia de Derecho civil que han ido cambiando en su denominación y

composición. La creada en 1994 se denominó *Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (en la *RDCA*, 1995, puede verse el Decreto 162/1994, de 12 de julio –BOA, núm. 90, de 27 de julio–, que crea esta Comisión, además en dicha *RDCA* se da cuenta de las Comisiones que existieron con anterioridad hasta enlazar con la *Comisión Compiladora Aragonesa*) y, en materia de legítimas, preparó una propuesta de regulación del derecho de alimentos de los legitimarios no favorecidos en la sucesión, que venía a desarrollar el art. 121 de la Compilación, pero que no prosperó (propuesta publicada en la *RDCA* 1995, pp. 168-171).

En 1996 la nueva *Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (CADC) surgida del D. 10/1996, de 20 de febrero (*BOA*, núm. 24, de 28 de febrero de 1996), presidida por el Prof. Delgado Echeverría (en la *RDCA*, 1996-1, se recoge la composición inicial de esta Comisión y, en números sucesivos, se da cuenta de las modificaciones que se han ido produciendo en ella), elaboró, en primer lugar, una *Ponencia General sobre «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón»,* terminada en octubre de 1996, que fue distribuida entre los juristas aragoneses (la publica la *RDCA,* 1996-2º, pp. 175 a 196). En ella se cita, entre los aciertos de la Compilación, la amplia libertad de disponer distribuyendo los bienes entre los descendientes; pero, a su vez, entre los límites de origen de la Compilación, se alude a que la regulación de la protección de la legítima –con la utilización de conceptos como desheredación y preterición no desarrollados en la Compilación– es fragmentaria y su aplicación requiere una tarea interpretativa de cierta dificultad. *Para esta tarea* –dice– *hay que conocer muy bien el sistema de la Compilación y el sistema del Código, y tratar de conseguir partiendo del primero soluciones coherentes mediante la aplicación de normas del Código en concepto de Derecho supletorio en todo aquello que la Compilación no regula.* Más adelante, entre las deficiencias del texto compilado que los estudiosos han señalado, alude a *la dificultad de entender correctamente las normas sobre preterición, como ha puesto de manifiesto una conocida sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia.*

La Comisión se propuso ocuparse, en primer lugar, de la parte correspondiente al Derecho de sucesiones, y terminó la *Ponencia General* haciendo una llamada a la participación más amplia y plural en las tareas prelegislativas (en respuesta a la invitación de la Comisión, los Registradores de Aragón presentaron un Informe y el Colegio Notarial de Zaragoza también informó de los resultados de una encuesta dirigida a los Notarios del Colegio: ambos documentos los publica la *RDCA,* 1997-2, pp. 151-155 y 157-176).

1.2. *El grupo de trabajo sobre la legítima*

Desde el principio de los trabajos de la Comisión en materia sucesoria hubo acuerdo sobre la necesidad de actualizar y desarrollar plenamente la regulación de la legítima (sobre la preparación de la Ley de sucesiones por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, véase mi trabajo: «Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte», en la *Revista de Economía Aragonesa* (Iber Caja, Zaragoza), núm. 8, junio de 1999, pp. 75-98). En el seno de la Comisión se formó un grupo de trabajo encargado de elaborar el borra-

dor de reforma de esta parte del Derecho de sucesiones (integrado por Don Adolfo Calatayud Sierra (director), D. Joaquín Cereceda Marquínez y yo mismo. El grupo contó con el apoyo de la Profesora Doña Elena Bellod Fernández de Palencia).

A propuesta del director del grupo, la Comisión debatió sobre la conveniencia de aplicar a todos los profesionales del Derecho en Aragón una encuesta sobre la libertad de testar, y no creyó conveniente hacerlo en tal momento. El 22 de enero de 1997, el director del grupo de trabajo presentó a la Comisión un *Informe sobre la reforma del sistema legitimario*, con diversas alternativas, para que la Comisión decidiera el sistema que creyera más conveniente. El Informe era netamente favorable a la libertad de testar absoluta, practicada –como se ha dicho– en las notarías desde antiguo y hasta la entrada en vigor del Apéndice, si bien contrapesada con los derechos de los legitimarios en caso de preterición y falsedad de la causa de privación de derechos, así como con un derecho de alimentos a cargo de la herencia. Como segunda alternativa, subsidiaria de la anterior, el Informe proponía mantener el sistema de legítima colectiva en favor de sólo los descendientes pero con las siguientes modificaciones: a) reducir cuantitativamente su contenido, a la mitad o la tercera parte del caudal; b) permitir gravar la legítima en beneficio del cónyuge viudo, de modo que fuera posible establecer una sustitución fideicomisaria de residuo en la que resultara llamado como heredero de primer grado el cónyuge viudo; y c) modificar su aspecto cualitativo, convirtiéndola en un derecho de crédito, como en Cataluña. Por último, otra posibilidad que apuntaba, por si eran rechazadas las dos anteriores, era «mantener todas las características esenciales del sistema vigente, en cuyo caso la reforma se limitaría a completar las lagunas hoy existentes en la normativa y corregir los defectos que se han observado en su aplicación».

En la sesión de 12 de febrero de 1997, la Comisión debatió dicho informe y, por amplia mayoría, rechazó la supresión de la legítima material y el establecimiento de la libertad de testar absoluta; se llegó a la conclusión de que –según dice el acta– *el grupo encargado del tema trabaje sobre la base del sistema vigente, intentando mejorar la regulación, sin perjuicio de poder plantearse una posible reducción, no muy grande, de la extensión cuantitativa de las legítimas y la posibilidad de conceder al cónyuge viudo ciertas facultades de disposición sobre los bienes heredados. Y en cualquier caso debe trabajarse en la línea de completar y aclarar la normativa.* Además, en el debate algunos de los miembros señalaron la conveniencia de reformar la regulación de la preterición suprimiendo la legítima formal y tal vez también el derecho de alimentos de los legitimarios; hubo acuerdo en que la desheredación debía regularse de forma completa. Estas son las pautas que se dieron al grupo de trabajo encargado de las legítimas.

El grupo de legítimas comenzó sus trabajos en marzo de 1997, las reuniones se sucedieron a lo largo de los meses de abril, mayo y junio, mes en el que concluyen los trabajos preparatorios con la presentación al pleno de la Comisión de dos textos: uno mayoritario y otro alternativo (El mayoritario es obra de Don Adolfo Calatayud Sierra y Don Joaquín Cereceda Marquínez, apoyado también por Doña Elena Bellod Fernández de Palencia; el alternativo lo presenté yo

mismo). En ambos borradores se presenta una regulación completa de la materia, partiendo de los principios básicos de la Compilación: legítima sólo de descendientes, de naturaleza colectiva y consistente en un derecho de propiedad sobre una parte importante del caudal. Ambos intentan resolver las muchas dudas interpretativas y los defectos técnicos existentes, en diversos aspectos pero muy especialmente en tema de preterición; y en ambos se reduce el importe de la legítima a la mitad del caudal computable. El de la mayoría es más favorable a la libertad de testar y al reforzamiento de los derechos del cónyuge viudo, así como más innovador en sus propuestas al introducir en ocasiones verdaderos cambios respecto a la Compilación. También la sistemática es diferente. Las principales diferencias de fondo se producen en temas como el de los efectos de la renuncia a la legítima en los descendientes del renunciante, la legitimación para accionar en defensa de la intangibilidad cuantitativa, las cautelas de opción compensatoria de la legítima, la atribución de facultades dispositivas al cónyuge viudo, la regulación de la preterición y sus efectos, el derecho de alimentos y la extinción de la legítima.

1.3. *El debate de la legítima en el pleno de la Comisión*

El debate de los borradores sobre la legítima comienza en la sesión extraordinaria del 23 de mayo de 1998 (sábado): se sigue como texto de ponencia el mayoritario, si bien se tiene muy presente el alternativo. El debate continuó en las sesiones, de tres horas de duración, de 24 y 27 de mayo, 3, 6, 7, 10 y 15 de junio de 1988. Al llegar a la preterición D. Jesús Delgado Echeverría presenta un borrador de regulación que se acepta como texto de ponencia; también en materia de desheredación y exclusión se toman en consideración nuevos textos. No se aprueba el artículo sobre «atribución de facultades dispositivas al cónyuge viudo», sin equivalente en el texto alternativo; se suprime el capítulo dedicado en el texto de ponencia a la extinción de la legítima, aunque parte de su contenido se lleva al capítulo de disposiciones generales; también se altera la sistemática del texto mayoritario al aprobarse la anteposición de la intangibilidad cuantitativa a la cualitativa. La regulación del derecho de alimentos, no contemplada en el texto alternativo, queda muy reducida al decidirse, tras un previo acuerdo de supresión total, aprobar sólo una pequeña parte del texto de la ponencia.

El texto del Anteproyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte aprobado antes de las vacaciones de verano de 1998 (sesión de 15 de julio de 1998) es revisado detenidamente en la maratoniana sesión de 19 y 20 de agosto de 1998, atendiendo a las notas y observaciones presentadas por escrito y oralmente por los miembros de la Comisión.

El texto aprobado por la Comisión se presentó inmediatamente al Gobierno de Aragón, que acordó su tramitación como Proyecto de Ley, sin ninguna modificación (*BOCA* núm. 208, de 18 de septiembre). Como vamos a ver a continuación, tampoco en las Cortes de Aragón hubo grandes cambios.

2. La tramitación parlamentaria en lo relativo a la legítima

2.1. *Enmiendas*

Los 30 artículos (del 168 al 197, ambos incluidos) que el Proyecto de Ley dedica a la legítima recibieron un total de 49 enmiendas parciales (de la núm. 277 a la núm. 325, ambas incluidas), de un total de 372 presentadas (*BOCA* núm. 222, de 20 de noviembre de 1998).

Muchas de las enmiendas en materia de legítima eran de aquellas cuya aprobación, a juicio de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, hubiera exigido un estudio cuidadoso de sus consecuencias en otros artículos o instituciones o en el sistema interno del Proyecto de ley; la núm. 319, en cambio, aun encerrando una opción de política legislativa distinta, carecía de repercusiones en el resto del Proyecto; y, por último, las enmiendas núms. 293, 308 y 322 tendían a mejorar aspectos concretos del Proyecto (una descripción de las enmiendas en materia de legítima puede verse en mi citado trabajo sobre «La reforma de la legítima aragonesa», 2003, p. 5547).

2.2. *Ponencia, Comisión y Pleno*

De conformidad con el criterio manifestado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, la Ponencia designada en la Comisión Institucional de las Cortes de Aragón aprobó las enmiendas núm. 293, 308 y 322 (la núm. 293 pretendía aclarar el apartado 1 del artículo dedicado a la «imputación» (172 del Proyecto y 175 de la Ley) añadiendo que se trataba de la legítima «colectiva»; la núm. 308, de corte meramente gramatical, para sustituir en el número 3º del art. 181 (184 de la Ley) «en que queden sin efecto» por «en que deben quedar sin efecto»; y la núm. 322 propuso sustituir en el apartado 2 del art. 194 (197 de la Ley) «y el de suceder abintestato» por «y los que les correspondan en la sucesión legal»); pero la Ponencia admitió también, contra lo sugerido por la Comisión Aragonesa, la núm. 278 que tiene por motivación «procurar una mayor claridad sobre la forma de distribuirse la legítima colectiva». En efecto dice el Informe de la Ponencia (*BOCA* núm. 240, de 8 de febrero de 1999) que se aprueba por unanimidad la enmienda núm. 278, en el sentido de añadir en el último párrafo del artículo 168 (171 de la Ley vigente) la siguiente frase: «Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente».

Algunas enmiendas de los Grupos Parlamentarios Socialista y del Partido Aragonés fueron retiradas en Ponencia, las restantes se mantienen para su defensa en Comisión. Rechazadas así mismo por la Comisión Institucional (*BOCA* núm. 242, de 15 de febrero de 1999), se mantienen para su defensa en Pleno. El debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional tuvo lugar en la sesión plenaria núm. 97, celebrada los días 11 y 12 de febrero (*Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, núm. 99, Legislatura IV). Un buen número de enmiendas fueron retiradas. Ninguna de las enmiendas defendidas en el Pleno fue aceptada (*BOCA* núm. 244, de 25 de febrero de 1999).

Por consiguiente, el Título VI, «De la legítima», llegó a ser ley con el mismo texto en su día acordado en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, excepción hecha, como se ha indicado, de las cuatro enmiendas admitidas en Ponencia.

3. Visión de conjunto de la reforma de 1999

La Compilación, en el Título V, rubricado «De las legítimas», dedicaba 8 artículos (del 119 al 126), distribuidos en dos capítulos («Contenido de la legítima» y «Protección a la legítima»), a la regulación de esta materia; dentro del «Contenido» distinguía la «legítima material colectiva», la «legítima formal» y el «derecho de alimentos»; en el capítulo segundo («Protección») regulaba la «preterición o desheredación», total o parcial, la «lesión de la legítima colectiva», la «intangibilidad [cualitativa] de la legítima» y, por último, la «imputación en la legítima».

Ahora el Título VI de la Ley de sucesiones, que ha pasado a ser el tít. VI del Libro III del *Código del Derecho Foral de Aragón* (CDFA), lleva por rúbrica «De la legítima» (en singular, al haber desaparecido la legítima formal), consta de 30 artículos (del 171 al 200; 486 a 515 CDFA) y está dividido en seis capítulos que tienen los siguientes titulillos: «disposiciones generales» (I), «intangibilidad cuantitativa» (II), «intangibilidad cualitativa» (III), «preterición» (IV), «desheredación y exclusión» (V) y «alimentos» (VI).

La regulación es, por tanto, mucho más extensa y tendencialmente completa, por lo que ya no está necesitada en parte alguna del recurso al Derecho supletorio (Cereceda Marquínez, *RDCA*, 1999-1º, p. 111). Con acertada técnica habla siempre de legitimarios y no de herederos forzosos como, de forma desafortunada, dice el Código civil (Rodríguez Boix, *La preterición*, 2001, p. 9; no obstante, Moreu Ballonga, 2006, a lo largo de su extenso trabajo, es muy crítico con la regulación de la legítima en la Ley de sucesiones).

En cuanto a cuestiones concretas, desaparece la legítima formal y, en cambio, se regulan la «exclusión», la «renuncia a la legítima», la «prescripción de acciones» y las «cautelas de opción compensatoria»; así mismo, se distingue entre preterición intencional y no intencional y se regula con detalle la desheredación con causa legal.

Como dice el Preámbulo, *se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto.*

La innovación más visible, con la finalidad principal de aumentar las posibilidades de favorecer al cónyuge viudo, consiste en la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad.

En consideración al viudo, además, se introducen a su favor algunas desviaciones en las reglas sobre reducción de liberalidades e intangibilidad cualitativa de la legítima.

La preterición es la parte de la regulación de la legítima que más polémica había generado durante la vigencia de la Compilación y donde la reforma se nota más. La reforma, aunque en el concepto y en parte de los efectos de la preterición no se aleja mucho de la Compilación, sí que resulta novedosa al suprimir la legítima formal y especificar con criterio amplio cuándo hay mención suficiente, también al distinguir entre preterición intencional y no intencional para privar a aquélla de toda consecuencia específica tanto si es total como singular. Por otra parte, la preterición ya no está en un capítulo dedicado a la «protección de la legítima» porque no es tal cosa y, además, se la ha separado también de la desheredación. Como indica GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2004, p. 67), sistemáticamente se ha producido un avance importante en cuanto a la ubicación de las normas sobre preterición.

Para la exposición de la regulación vigente de la legítima en los apartados siguientes me voy a servir fundamentalmente de las Memorias de los dos textos articulados en materia de legítima que se presentaron a la CADC, así como de las Actas de esta Comisión de las sesiones que dedicó a debatir la regulación de la legítima, y añadiré las referencias a la jurisprudencia y doctrina en materia de legítima en la Ley de sucesiones producidas a lo largo de estos más de 11 años desde su entrada en vigor.

III. CONTENIDO DE LA LEGÍTIMA

1. CONCEPTO Y CUANTÍA DE LA LEGÍTIMA

1.1. *Legítima material a favor de descendientes*

La Ley de sucesiones no ha considerado necesario dar un concepto de legítima que, *como límite de la libertad de disponer de que gozan los aragoneses, sigue siendo* –en palabras del Preámbulo– *legítima colectiva a favor de los descendientes, no hay más legitimarios que ellos, y el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio.*

La rúbrica del Título VI, *De la legítima*, presenta la novedad de aparecer en singular, porque siendo legitimarios en Aragón sólo los descendientes y al suprimirse la llamada legítima formal ya no era necesario mantener el plural que empleaba la Compilación. Sólo hay, por tanto, legítima material de descendientes. Es una legítima *material* (con contenido económico o patrimonial), como en la Compilación (art. 119), si bien ahora al haberse suprimido la legítima formal, tampoco es necesario recalcarlo.

Aclara el art. 171-1 Lsuc. (486 CDFA) que *los descendientes, de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios.* No hay legítima de ascendientes, ni del cónyuge viudo, ni puede defenderse la aplicación supletoria del sistema legitimario del Código civil a falta de descendientes (CERECEDA MARQUÍNEZ, *RDCA*, 1999-1º, p. 112; también lo ve así, ahora, MOREU BALLONGA, 2006, pp. 163-164).

Como en otros Derechos, con la expresión *legítima* se alude, en primera instancia, a un *quantum* proporcional a la fortuna del causante (caudal computable a efectos del cálculo de la legítima) que, con imputación a la legítima, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquél denominadas *legitimarios*. La legítima es la porción del caudal computable (suma de donaciones y caudal relicto) que debe recaer o haber recaído en los legitimarios por estar legalmente reservada a ellos, pues en otro caso la Ley les dota de acciones para conseguirlo.

1.2. *Límite a la eficacia de la facultad de disponer a título gratuito*

A la muerte de una persona, la existencia de legitimarios hace que el ejercicio hecho de sus facultades de disponer a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte, tenga ahora que superar el límite del respeto de la legítima. La eficacia de la ordenación voluntaria de la sucesión, así como, en su caso, de las donaciones, puede verse afectada a la muerte del disponente en caso de que haya incurrido en infracción de la legítima. El que al morir tenga legitimarios sólo habrá dispuesto de sus bienes de forma inatacable por ellos si al hacerlo no ha infringido la legítima (art. 149.2; 464.2 CDFA). El respeto a la legítima es, por tanto, un límite a la eficacia de la ordenación voluntaria de la sucesión (art. 3; 318 CDFA) y, en general, un límite a la eficacia de los actos de disposición a título gratuito. En cambio, si al morir el causante no tiene legitimarios, no habrá que comprobar ahora si ha respetado o no la legítima al disponer de sus bienes o de parte de ellos, por donación, pacto sucesorio o testamento, a favor de no descendientes (art. 149.1; 461.1 CDFA).

La legítima se halla reservada por la ley a los legitimarios, de modo que sólo respecto de la persona que al morir carece de ellos se puede decir que ha tenido entera libertad de disponer de todos sus bienes sin la limitación de efectos que la legítima puede producir. Si al morir hay legitimarios, sólo la parte que no es legítima resulta ser finalmente de libre disposición, por lo que si personas extrañas (no legitimarios) reciben o han recibido más de esa parte libre habrá infracción cuantitativa de la legítima.

Es importante caer en la cuenta de que, como dice Sánchez-Rubio García (*Manual*, 2ª ed., 2007, p. 614), quien dispone de sus bienes está vivo y sólo quien ha muerto tiene legitimarios. De manera que, quien tenga potenciales legitimarios al tiempo de disponer a título gratuito, entre vivos o por causa de muerte, puede hacerlo con entera libertad porque la legítima no opera como prohibición al tiempo de disponer, sino como causa de ineficacia de las liberalidades hechas que, abierta la sucesión y habiendo legitimarios, infrinjan la legítima, causa de ineficacia que sólo los legitimarios legitimados pueden hacer valer.

1.3. *Cuantía de la legítima*

La Ley de sucesiones ha reducido la cuantía de la legítima de dos tercios a una mitad del caudal computable: la cuantía de la legítima es *la mitad del caudal fijado conforme al art. 174* (489 CDFA) (art. 171-1 Lsuc.; 486 CDFA). La reducción es una

concesión a la mayor libertad de testar que la sociedad actual parece demandar (en contra: MOREU BALLONGA, 2006, pp. 164-169). Por otra parte, esta reducción hace innecesario que la ley permita conceder facultades dispositivas al cónyuge viudo, vía usufructo con facultad de disposición o vía sustitución fideicomisaria.

Se amplía notablemente la libertad de disposición (así lo cree también GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 552), pensando sobre todo en que quien se beneficiará de ello será frecuentemente el cónyuge viudo. Dice el preámbulo que *se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron; ahora bien, no se restringe la mayor libertad a este fin específico, sino que queda abierta a las variadas circunstancias y motivaciones de cada causante.*

1.4. *Legítima colectiva*

El art. 171.1 Lsuc. (486.1 CDFA) aclara que los *descendientes* en quienes es posible cumplir la legítima pueden ser *de cualquier grado*, basta con que sean descendientes, de modo que es posible, por ejemplo, instituir directamente a un nieto en el total de la herencia, viviendo su padre, pues la legítima es colectiva: del grupo de descendientes. La legítima está cumplida siempre que el grupo de descendientes ha recibido o recibe su importe. No hay una legítima individual de cada descendiente, ni siquiera de los legitimarios de grado preferente. Salvo el descendiente único, nadie tiene una expectativa legitimaria cuantitativamente medible, pero uno o varios de los descendientes han de recibir el importe de la legítima, pues en otro caso habrá infracción cuantitativa.

El carácter colectivo de la legítima significa que, aunque no todos los legitimarios tienen la misma consideración legal, todos están legitimados para recibir la legítima y ninguno, salvo que sea el único, tiene derecho individual a parte alguna. El carácter colectivo es una manifestación de la libertad de distribuir la legítima entre el grupo de descendientes (art. 171-2; 486.2 CDFA). MOREU BALLONGA (2006, p. 227) en lugar de «legítima colectiva» prefiere la expresión «legítima de libre disposición».

Al no existir una legítima individual, nadie puede demandar a otro legitimario por infringir lo que no existe: la legítima estricta. En Aragón no existe la acción de suplemento de legítima y tampoco procede por ley la colación de los bienes donados a los descendientes (AAPZ, Secc. 5ª, 10.10.2005 –*RDCA* 2007, marginal 51-; SAPZ, Sección 5ª, 14.11.2003 –*RDCA* 2005-06, marginal 36–). La legítima sólo se individualiza a través de las concretas liberalidades hechas por el causante o su fiduciario o por la ley a favor de los descendientes.

El legitimario único concentra en su persona el derecho a la legítima y es el único legitimado para su defensa (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, pp. 625-626). Pero siendo varios los descendientes, del carácter colectivo de la legítima

no se deriva un *derecho colectivo* o *del grupo*. Como indica el autor citado (*Manual*, 2007, p. 635), «el conjunto de legitimarios carece de personalidad y no puede ser titular de derecho alguno; sus integrantes, los legitimarios, sólo tienen derecho para reclamar a extraños si existe lesión y son de grado preferente, pero no reclaman para el grupo sino para sí mismos, y no la totalidad de la lesión sino su fracción individual».

2. Títulos de atribución

2.1. *Cualquier título lucrativo*

La legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo (art. 172-1; 487.1 CDFA). Es decir, los legitimarios pueden recibir bienes imputables a la legítima por cualquier título gratuito, tanto mediante atribuciones o liberalidades hechas en vida (donaciones) como por atribuciones o liberalidades por causa de muerte, ya sean a título singular o a título universal, hechas por el causante (en testamento o pacto) o por su fiduciario. Por tanto, no satisfecha íntegramente la legítima mediante donaciones, podrá resultar cumplida con lo que en la sucesión (voluntaria o legal) corresponda a los legitimarios. Además, la presencia de legitimarios no impide al causante o a su fiduciario instituir heredero a un extraño y satisfacer la legítima con atribuciones a título particular.

La legítima no es un nuevo tipo de delación de la herencia al lado de la delación voluntaria (por testamento o pacto) y la legal. En realidad, la legítima, cuando se cumple, actúa como un freno del cual no ha habido que hacer uso: El legitimario será donatario, heredero o legatario según el título lucrativo empleado por el disponente para favorecerle. El que su derecho a obtener determinada cantidad de bienes nazca de la ley, con carácter imperativo, en modo alguno transforma sin más a la institución de heredero, o al legado, o la sucesión legal, en un modo distinto de suceder.

No existe una sucesión necesaria o forzosa «como regla general», pero, por otra parte, la adquisición de los legitimarios no se opera siempre y necesariamente a través de las formas canónicas de la donación, la sucesión voluntaria y la legal: hay supuestos en los que el legitimario recibe los bienes en cumplimiento del deber de legítima y por modo distinto de los habituales (Cereceda Marquínez, *RDCA*, 1999-1º, p. 113; Moreu Ballonga, 2006, p. 189), por obra de la ley y como resultado del ejercicio de sus acciones de defensa de la legítima, lo que puede permitir considerarlo en tales casos un sucesor por disposición legal conforme al artículo 2-1 Lsuc. (317 CDFA) (Moreu Ballonga, 2006, pp. 266-271, defiende la existencia de una «vocación forzosa o llamamiento forzoso de los legitimarios preferentes»).

2.2. *Posibilidad de que el heredero sea un extraño*

Los legitimarios no han de ser necesariamente instituidos herederos, ni siquiera es preciso que uno, al menos, de ellos sea designado heredero; por contra, es posible nombrar heredero a un extraño en presencia de legitimarios.

En el Derecho de los Fueros la institución de heredero debía recaer precisamente en uno de los hijos. En el Apéndice parece que las cosas no cambian. Los compiladores, sin embargo, pensaron que no debía impedirse al causante nombrar heredero a un extraño en presencia de descendientes, pero que tal institución requería una manifestación clara y explícita de apartar a los descendientes de la condición de herederos. Se propuso, al efecto, sin mucho éxito, añadir un último párrafo al art. 120 Comp. del siguiente tenor: *Habiendo legitimarios, la institución de heredero en favor de un extraño se presumirá legado.* Párrafo suprimido por la Comisión General de Codificación, no se sabe bien con qué intención. La normativa de la Compilación era del todo inexpresiva, si bien la mejor doctrina interpretaba que el legitimario no tenía que ser necesariamente heredero.

Para eliminar las posibles dudas interpretativas y recoger, en sentido positivo, la propuesta del Seminario, el art. 172-2 (487.2 CDFA) dice que *la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de forma clara y explícita, heredero a un extraño.* En otro caso, la institución de heredero a favor de un extraño se presumirá legado. En el art. 172-2 (487.2 CDFA) queda claro que no es obligatorio designar heredero a alguno de los legitimarios: éstos han podido recibir en vida del causante el importe de la legítima mediante donaciones (*por cualquier título lucrativo*) o pueden recibirlo a su muerte mediante legados si el disponente ha instituido heredero, de forma clara y explícita, a un extraño.

2.3. *Legítima «pars bonorum»*

También queda claro en el art. 172-2 Lsuc. (487.2 CDFA) que la legítima no es *pars hereditas*: los legitimarios pueden recibir lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, como herederos o como legatarios. No es necesario que alguno de ellos sea instituido heredero.

Por otra parte, el legislador aragonés nunca ha pretendido convertir la legítima en un simple derecho de crédito (*pars valoris*), por el contrario tradicionalmente se ha configurado la legítima como un derecho a una parte de los bienes del causante (*pars bonorum;* LACRUZ, RCDI, 1968, pp. 515-517; contra: MOREU BALLONGA, *RDCA*, 1997-1º, pp. 56-61). Pero esta idea de que *la legítima debe atribuirse en bienes relictos*, como dice el art. 182-1 Lsuc. (497.1 CDFA), sólo es exacta referida a lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables en ella. La legítima a recibir mediante atribuciones sucesorias es la que debe ser entregada en bienes del caudal relicto, no siendo suficiente a tal efecto atribuir un mero derecho de crédito representativo de parte del valor de éste a pagar por el heredero o legatario extraño, pues en tal caso habría infracción del deber de cumplimiento en bienes relictos. No obstante hay casos, en los que, por excepción, la legítima funciona como *pars valoris*: son los supuestos contemplados en los arts. 181-3, 182-3 y 193-1 (496.3, 497.3 y 508.1 CDFA) (BRUN ARAGÜÉS, «Intangibilidad cualitativa de la legítima», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2006, p. 411).

Ahora bien, una vez satisfecha a uno o varios descendientes la legítima colectiva con las donaciones imputables o el caudal relicto, el disponente puede favorecer a los legitimarios con créditos contra el heredero o legatario extraños.

3. Libertad de distribución

Al ser legítima colectiva de descendientes, por cualquier título lucrativo (donación, herencia o legado) *puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo* (art. 171.2, primer inciso; 486.2 CDFA). La libertad del causante o su fiduciario de distribuir libremente entre los descendientes bienes que cubran el importe de la legítima está implícita en el concepto de legítima colectiva. Libertad de distribución que el disponente puede usar para igualar o desigualar o que puede dejar de usar si lo prefiere (Moreu Ballonga, 2006, pp. 225-228, recoge una amplia casuística).

En la parte final del primer punto del art. 171.2 (486.2 CDFA), no se ha incluido el oscuro inciso del art. 119 de la Compilación «con las modalidades establecidas en este Capítulo». Pero ello no supone que la facultad de distribuir la legítima colectiva entre los descendientes se haya convertido en absoluta: la distribución de los bienes ha de respetar, como es obvio, los límites legales que derivan de la regulación de la intangibilidad, cuantitativa y cualitativa, de la preterición no intencional, de la desheredación o exclusión por motivo o causa erróneos y determinantes, así como del derecho a alimentos, figuras que, en ocasiones, pueden modalizar la distribución efectuada por el disponente. Si en la distribución de los bienes del causante no se han respetado los límites legales derivados de la legítima, los legitimarios legitimados podrán ejercitar las correspondientes acciones de defensa de sus derechos.

Igualmente, en la distribución de los bienes del causante entre los descendientes han de respetarse, en su caso, las asignaciones y preferencias impuestas por pacto preexistente, así como las contenidas en las instrucciones dadas al fiduciario.

Por otra parte, ya se ha indicado que no pretendía introducir novedad alguna, sino meramente aclarar, el inciso añadido por las Cortes de Aragón según el cual *si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente*; inciso innecesario que, para no inducir a error, debe ser interpretado de forma armónica con las normas de la sucesión legal de los descendientes (a las que también se remite el art. 179-2; 494.2 CDFA): el inciso confirma lo dispuesto en el art. 207 (522 CDFA) (los hijos heredan por derecho propio y a partes iguales) y no altera para nada el contenido del 208 (523 CDFA) (los nietos y demás descendientes –salvo en el caso de repudiación del descendiente más próximo, si es solo, o de todos los más próximos, si fueren varios– heredan por sustitución legal y dividen por estirpes aunque concurran solos). Lo único que puede querer decir este inciso es que si se abre la sucesión legal y la legítima no está satisfecha o no lo está del todo, lo que los descendientes reciban en la sucesión legal, por derecho propio o por sustitución legal, se imputa a la legítima colectiva. Y se abra o no la sucesión legal, la distribución de la legítima en caso de lesión se hace, por indicación expresa del art. 179-2; 494.2 CDFA, conforme a las reglas de la sucesión legal

(MOREU BALLONGA, 2006, pp. 186-187 y 220-225, que termina considerando este inciso como una mera regla interpretativa de títulos sucesorios como la del art. 157-d; 472.d CDFA). El inciso, como dice SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (*Manual*, 2007, p. 634), «carece por completo de utilidad y es, además, erróneo». El CDFA ha suprimido *por partes iguales*, y ha añadido al final del inciso *conforme a las reglas de la sucesión legal*. Así ya no se induce a error.

4. CÁLCULO Y VALORACIÓN DEL CAUDAL COMPUTABLE

4.1. *Reunión ficticia de «relictum» y «donatum»*

Para la fijación del caudal computable a efectos del cálculo de la legítima ya no se hace una remisión al art. 818 del Código civil, como hacía el art. 119 Comp., sino que el art. 171-1 Lsuc. (486.1 CDFA) se remite a lo dispuesto a tal efecto en el artículo 174 Lsuc. (489 CDFA). Un precepto como éste era necesario para completar la regulación aragonesa y evitar la remisión al Código civil (en el mismo sentido GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, pp. 552 y 564). En la nueva regulación desaparece la histórica confusión entre colación (que en Aragón no procede por ministerio de la Ley: art. 47; 362 CDFA), cálculo de la legítima e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 Cc. (SAPZ, Secc. 4ª, 8.6.2009; PUEYO MOY, *RDCA*, 2005-2006, pp. 150-155; MOREU BALLONGA, 2006, pp. 211-214 y 219).

Para fijar el caudal computable a efectos de calcular la legítima se ha dado entrada en el art. 174; 489 CDFA a la fórmula tradicional en el conjunto de los sistemas legitimarios de la reunión ficticia del *relictum* y el *donatum*, debidamente actualizados ambos. En efecto, el art. 174-1 (489.1 CDFA) dice que *el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima se forma de la siguiente manera:*

1.º Se parte del caudal relicto valorado al tiempo de liquidarse la legítima.

2.º Se añade el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima.

La legítima es una mitad de este caudal así computado. Puede ocurrir, por tanto, que todo el caudal relicto sea de libre disposición porque el disponente hizo efectiva la legítima a los descendientes por medio de donaciones, y puede ocurrir, al contrario, que nada del caudal relicto sea de libre disposición, porque las donaciones a extraños llenan ya la mitad del caudal computable. Puede ocurrir también, como es lógico y normal, que sólo parte del caudal relicto sea de libre disposición: aquella parte que no sea necesaria para completar el pago de la legítima.

4.2. *El caudal relicto y su valoración*

La expresión *caudal relicto* es lo suficientemente clara: está formado, como en la Compilación y en el Código civil, por los bienes y derechos que quedaren a la muerte del causante y por las deudas y cargas hereditarias existentes en tal momento, sin comprender entre ellas las impuestas en el título sucesorio a cual-

quier sucesor (arts. 175-2 y 183-3 Lsuc.; 490.2 y 498.2 CDFA; *cfr.* 818 Cc.; contra: MOREU BALLONGA, 2006, p. 171-172). En los pactos sucesorios también forman parte del caudal relicto los bienes transmitidos de presente (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 177-179). El caudal relicto es la diferencia entre activo y pasivo de la herencia. La situación pasiva del caudal relicto no elimina la legítima si hubo donaciones: en tal caso el *relictum* cuenta como cero y la legítima se calcula exclusivamente sobre el *donatum*. Pero si no hay donaciones y el saldo del *relictum* es negativo, no hay legítima.

El caudal relicto se debe valorar *al tiempo de liquidarse la legítima*. La doctrina del Código civil discute si la valoración del caudal relicto ha de hacerse en relación al día del fallecimiento del causante o al día en que se haga la valoración para la partición o el cálculo de la legítima. Esta segunda opción, que parece la más equitativa para la mayoría de casos, es la tomada por el legislador aragonés: el caudal relicto se debe valorar atendiendo al valor que los bienes y deudas que lo integran tengan al tiempo de hacer la valoración para averiguar si la legítima está satisfecha o no (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 173-175, propone una interpretación flexible del art. 174-1º; 489.1 CDFA). Al retrasar la valoración a un momento posterior a la muerte, no parece que además de actualizar a ese tiempo el valor de los bienes y deudas de la herencia, haya que incluir los nuevos bienes y deudas originados durante la situación de comunidad hereditaria (contra: GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 565). En particular, a estos efectos, no parece razonable descontar como pasivo relicto los gastos causados por el funeral y entierro o incineración del causante, ni los de conservación y defensa de los bienes de la herencia causados en interés común ni cualesquiera otros de naturaleza análoga a los que se refiere el art. 41 Lsuc. (356 CDFA).

4.3. *Las donaciones computables y su valoración*

Al caudal relicto así valorado se añade el *valor de los bienes donados por el causante* (*donatum*) a favor de parientes o de extraños, sin límite alguno de tiempo, y sin atender a su tamaño ni a la ausencia de voluntad dolosa del donante, ni a si han sido hechas con la renta o con el capital, o si son manuales o están disimuladas bajo la forma de un contrato oneroso. Por excepción no serán objeto de reunión las liberalidades no computables (*cfr.* art. 174-2; 489.2 CDFA). Son parcialmente reunibles las donaciones remuneratorias y *sub modo* (la reunión ficticia opera respecto al exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga: SSTS 12.7.1984 y 29.7.2005 citadas por la SAPZ, Secc. 4ª, 8.6.2009).

A) Donaciones que, por excepción, no se computan

En cuanto a las donaciones no computables, a la vista de lo dispuesto en los arts. 1041, 1042 y 1044 del Cc., en la Ley de sucesiones se han formulado dos reglas de no imputación menos casuísticas y más modernas (*vid.* GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, pp. 566-567 y MOREU BALLONGA, 2006, p. 218, que se ocupa de la posible aplicación supletoria de los nuevos –reforma de 2003– arts. 822 y 1041 Cc.).

En primer lugar, *no se computan las liberalidades usuales* (art. 174-2-a; 489-2-a CDFA). Se ha prescindido de la regla del art. 1044 Cc. y se ha formulado una más general, no referida sólo a las donaciones por razón de matrimonio sino a toda liberalidad o regalo que pueda considerarse, sopesadas las circunstancias, como usual o de costumbre.

En segundo lugar, *no se computan los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos.* (art. 174-2-b; 489-2-b CDFA). La alusión del art. 1041 Cc. a los regalos de costumbre ya está salvada en la primera regla. El resto de gastos del 1041 Cc. son los que en la actualidad suelen englobarse en el concepto de cargas del matrimonio, si bien, como el causante puede no estar casado o vivir en familia no matrimonial se ha formulado la regla de manera más genérica y amplia. No se computan estos gastos aunque no haya obligación legal de satisfacerlos para no penalizar la solidaridad familiar y facilitar el cumplimiento de ciertas obligaciones morales. Los alimentos legales y las atenciones legítimas de la familia, en realidad, no son verdaderas liberalidades.

Termina el art. 174-2-b (489-2-b CDFA) diciendo que *los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios.* No ha parecido oportuno reproducir en la Ley de sucesiones lo dispuesto en el art. 126-1 y 3 de la Compilación, que remitía tácitamente al art.1042 del Cc., sobre la imputación de lo gastado para dar al legitimario carrera profesional o artística. En la actualidad, afortunadamente, es cada vez más frecuente en muchas familias considerar parte de la educación ordinaria o normal, de acuerdo con sus posibilidades económicas, el estudio de una carrera superior. Por ello, solo en la medida en que, atendida la condición social de la familia, los gastos de educación y colocación puedan considerarse extraordinarios, serán computados a efectos de cálculo de la legítima, e imputados en la legítima del beneficiario, quien, por ello, no se considerará preterido.

B) Valoración de los bienes donados

El valor de los bienes donados que se adiciona al caudal relicto se calcula *al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima* (art. 174-1-2º; 489-1-2º CDFA). Este criterio, como dice la exposición de motivos del texto mayoritario, supone una novedad respecto del consagrado en el art. 1045 Cc., que atiende al valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, si bien excluye de esta regla el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida; en cambio, los incrementos y disminuciones de valor por causas no físicas posteriores a la donación (p. ej., por recalificación urbanística de una finca, o por pérdida de cotización de un pintor) se deben tener en cuenta para la computación, incluso en el caso de que los bienes ya no formen parte del patrimonio del donatario y a pesar de que la donación se haya realizado muchos años antes de la apertura de la sucesión. El sistema de la Ley de sucesiones es más adecuado que el del Código civil. Es más coherente, puesto que da el mismo tratamiento a las modificaciones físicas de

valor que a las demás. De lo que se trata es de que se traiga a colación aquello en lo que el patrimonio del causante sufrió mengua al tiempo de la donación, con independencia de las vicisitudes ulteriores experimentadas, pero, eso sí, actualizando su valor. Así se evitan, además, los problemas que plantea el caso de que el donatario haya enajenado los bienes que recibió en donación (contra: MOREU BALLONGA, 2006, p. 176).

Así que para calcular el valor de los bienes donados que se añade al caudal relicto para formar el caudal computable, se parte del valor de los bienes al tiempo de la donación y se actualiza su importe *al tiempo de liquidarse la legítima*; aunque la referencia al tiempo de «liquidación» de la legítima no sea del todo precisa (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 633), con ella se ha querido aludir al tiempo de hacer la valoración o cálculo de la legítima (momento de la partición de la herencia o momento en que los legitimarios formulen sus reclamaciones) como tiempo más equitativo que el del fallecimiento del causante para hacer la valoración actualizada (GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 566).

5. IMPUTACIÓN

Hecha la computación (reunión ficticia) y calculada la legítima hay que ver si las liberalidades recibidas del causante por los descendientes por donación, herencia o legado cubren suficientemente el importe de la legítima colectiva (imputación). Sólo habrá infracción cuantitativa de la legítima si lo atribuido a extraños excede de la parte de libre disposición.

5.1. *Liberalidades recibidas del causante por sus descendientes*

Dice el art. 175-1 (490.1 CDFA) que *serán imputables a la legítima colectiva las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de sus descendientes, incluso premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa legal o renunciantes a la legítima.* Así que en la legítima colectiva se imputan todas las liberalidades, tanto «mortis causa» (herencia o legado; sucesión legal o voluntaria, en testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia) como «inter vivos» (donaciones), que tienen o han tenido lugar en favor de descendientes del causante de cualquier clase y grado (no es necesario que lleguen a ser verdaderos y definitivos legitimarios; contra: MOREU BALLONGA, 2006, p. 211). Las liberalidades por causa de muerte pueden ser realizadas por el causante o por su fiduciario.

El proyecto aragonés de Compilación contenía una frase muy significativa a efectos de la imputación, y que fue suprimida por la Comisión de Codificación, sin fundamento. Empezaba el artículo equivalente al 119 Comp. con la manifestación, tomada principalmente de Sessé, de que *en Aragón toda la herencia que recae en legitimarios es legítima (in hoc regno tota haereditas est legitima)*, con lo que se querían eliminar las distinciones del Código civil entre imputación en la legítima estricta, en la mejora o en la parte de libre disposición. La frase fue suprimida como una mención inútil, pero no porque se intentase cambiar el sentido de la regulación aragonesa.

Con este sistema de imputación es prácticamente imposible una acción de reducción de liberalidades entre los legitimarios, porque cuanto percibe o ha percibido cada uno del causante a título gratuito es legítima, y, por tanto, no cabría lesión de la legítima ajena. Por la misma razón no hay un orden de imputación de liberalidades. En caso de lesión cuantitativa sólo se reducen las liberalidades a extraños.

Se resuelve también en este artículo el problema de la naturaleza, legitimaria o no, de la donación hecha al descendiente que por alguna razón no llega a ser legitimario al abrirse la sucesión. Como creía LACRUZ (*ADC*, 1968), hay motivos concluyentes para conservar la imputación en la legítima de los bienes donados a descendientes en vida del causante, aunque el descendiente no sea luego legitimario. Es lo más acorde con la naturaleza y finalidad de la legítima: con el reconocimiento legal de cierta libertad para disponer en favor de no legitimarios, con la conveniencia de que ya en vida pueda el ascendiente favorecer a los legitimarios, estrictamente con cargo a la legítima global y como expresión de su potestad de dividir ésta *ab libitum* y, sobre todo, con el hecho de haberse mencionado efectivamente un legitimario en el testamento al otorgarse éste (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 196-200 y 211 y ss., propone una interpretación alternativa y restrictiva para el art. 175-1).

Lo contrario llevaría a consecuencias poco razonables; por ejemplo, la desheredación con causa legal o indignidad de un descendiente que hubiera recibido una donación supondría la imputación de ésta en la parte de libre disposición, con lo que el causante además de haber sufrido la ofensa que ha dado lugar a la desheredación o indignidad vería disminuir su libertad de disposición.

Por último, como es obvio, las liberalidades hechas a no descendientes se imputan en la parte de libre disposición. En cuanto excedan de ella serán liberalidades lesivas que podrán reducirse en la forma que indican los arts. 179 a 181 (SAPZ, Secc. 4ª, 8.6.2009).

5.2. *Liberalidades no imputables*

No obstante, por excepción, dice el art. 176 (491 CDFA) que *no se imputan a la legítima*: a) *Las liberalidades* a descendientes *que el causante hubiera excluido de imputación.* No se impide al causante, y lo mismo cabe decir respecto de su fiduciario, hacer liberalidades a descendientes y excluirlas de imputación en la parte de legítima; en tal caso habrá que imputarlas en la parte de libre disposición, y considerar al descendiente donatario, con relación a esa liberalidad, como un extraño. Si la obligación de colacionar impuesta en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento fuera posteriormente dispensada por el disponente en testamento o en escritura pública (art. 47; 362 CDFA), la dispensa de la obligación de colacionar no implica, en principio, exclusión de imputación en la legítima (MOREU BALLONGA, 2006, p. 213).

El problema surge cuando las liberalidades excluidas de imputación en la legítima exceden de la parte libre. CERECEDA MARQUÍNEZ (*RDCA*, 1999-1º, p. 115) cree

que hay que sujetar dichas liberalidades a la reducción en cuanto no quepan en la parte libre, pues así se respeta la voluntad del disponente y se cumple lo ordenado en el art. 179 (484 CDFA) (en el mismo sentido RODRÍGUEZ BOIX, 2001, p. 34); en cambio, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (*Manual*, 2007, p. 634,) cree que en tal caso la legítima queda reducida en la medida del exceso; yo me inclino a pensar que en un caso así no debe existir la acción de reducción de liberalidades entre descendientes [el art. 179 (494 CDFA) sólo contempla la acción de lesión contra no descendientes], de manera que el descendiente que ha recibido liberalidades que exceden de la parte libre se las queda en cuanto al exceso en concepto de legítima.

Obviamente, tampoco se imputan en la legítima colectiva *las liberalidades* a descendientes *no computables para el cálculo de la legítima*, como dice la letra b) del art. 176 (491 CDFA). Hemos visto que las liberalidades no computables son las que señala el art. 174-2 (489-2 CDFA). Recordemos que cuando los gastos de educación y colocación de los hijos sean extraordinarios, sí se computarán (art. 174; 489 CDFA) y, por tanto, también se imputarán a la legítima colectiva, que de esta forma puede estar ya atribuida, al menos parcialmente, al abrirse la sucesión (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 216-217, pone ejemplos de gastos ordinarios o extraordinarios).

5.3. *Valoración de las liberalidades imputables*

A la imputación se le aplican las mismas reglas de valoración del artículo anterior, dice el primer inciso del art. 175-2 (490.2 CDFA). A la imputación se aplican, por tanto, las mismas reglas de valoración que a la computación del *relictum* y el *donatum* a efectos del cálculo de la legítima, reglas contenidas en el art. 174-1 (489-1 CDFA).

Las liberalidades por causa de muerte a descendientes, en cuanto sean bienes del caudal relicto, se valorarán al tiempo de hacer la computación e imputación (*al tiempo de liquidarse la legítima*, dice el 174-1-1º; 489-1-1º CDFA). Pero aclara seguidamente el art. 175-2 (490-2 CDFA) que *no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, los cuales tendrán el derecho que les confiere el artículo 184* (499 CDFA), *ni el de los impuestos por la ley*. Esta regla está relacionada con el tratamiento que se hace de los gravámenes sobre la legítima en los arts. 183 a 186 (498 a 501 CDFA). Se tiene derecho a que se tengan por no puestos los gravámenes impuestos por el disponente sobre los bienes relictos que atribuya a descendientes, cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima no cubra el importe de la legítima colectiva, (arts. 183 y 184; 498 y 499 CDFA), salvo si se trata de los gravámenes permitidos indicados en el art. 186 (501 CDFA). Así que los gravámenes prohibidos no se deducen porque se pueden tener por no puestos; mientras que los gravámenes permitidos, entre los que se incluyen los previstos por la ley (art. 186-4º; 501-4º CDFA)), no se deducen tampoco precisamente porque no son gravámenes prohibidos sobre la legítima. En ambos casos los bienes así gravados se imputan por su valor sin deducir de él el valor de dichos gravámenes (contra: SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 638, para quien el bien queda excluido por completo de la

imputación). Si los gravámenes prohibidos sobre la legítima se pueden tener por no puestos, no sería razonable que a la vez se dedujera el valor del gravamen para determinar el valor por el que se imputa la liberalidad recibida. Es decir, la defensa contra los gravámenes prohibidos sobre la legítima tiene un cauce diferente y por ello no se tienen en cuenta a efectos de la imputación. También aclara el 183-2 (498-2 CDFA), al final, que *no se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente.*

Las donaciones imputables recibidas por los descendientes se valoran al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de «liquidarse la legítima» (174-1-2º; 489-1-2º CDFA) (contra: GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 570, y MOREU BALLONGA, 2006, p. 219).

IV. LEGITIMARIOS. CLASES

1. DESCENDIENTES DE CUALQUIER GRADO

En Aragón, legitimarios, al fallecimiento de una persona, son exclusivamente sus descendientes (matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos); pero lo son todos, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante. Así lo dice, con toda claridad, el art. 171-1 Lsuc. (486-1 CDFA). Por tanto, el descendiente que sobreviva al causante y tenga capacidad para sucederle (art. 10 Lsuc.; 325 CDFA) no excluye de la consideración de legitimarios a los otros descendientes capaces de suceder al causante que lo sean por su mediación. En principio, los nietos, bisnietos y ulteriores descendientes del causante son tan legitimarios como los hijos de éste con los que concurran. SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (*Manual*, 2007, pp. 620-623) se ocupa de la condición de descendientes de los *nasciturus* y *concepturus*, así como de los descendientes por adopción; por su parte, MOREU BALLONGA (2006, pp. 203-208), junto a los legitimarios concebidos tras la apertura de la sucesión, trata también de los descendientes ulteriores.

Si no existen descendientes al abrirse la sucesión no hay legítima, puesto que ellos son los únicos legitimarios. Por otra parte, como los legitimarios para adquirir por causa de muerte deben tener capacidad sucesoria, si premueren, son declarados indignos o desheredados con causa legal todos los existentes, no hay tampoco legítima. El legitimario ha de tener capacidad sucesoria y no renunciar a los derechos que, en cuanto tal, puedan corresponderle.

Legitimario lo es quien es descendiente y descendiente lo es quien ostenta la pertinente filiación. Pero el causante puede tener hijos biológicos, conocer su existencia e incluso tratarlos como hijos, y morir sin que la relación de filiación haya quedado legalmente determinada. Tales descendientes no son legitimarios en el momento de la muerte del causante, pero son legitimarios potenciales en cuanto pueden conseguir la determinación legal de la filiación respecto de éste tras su muerte (SAPZ, Secc. 4ª, 25.2.2009).

No existe legítima en favor de los ascendientes ni en favor del cónyuge viudo.

2. Clases de legitimarios

Aunque todos los descendientes, y sólo ellos, son legitimarios y ocupan una misma posición frente a la distribución voluntaria de la legítima, sin embargo sólo algunos de entre ellos son tenidos en cuenta por la Ley a la hora de concederles derecho a reclamar cuando se ha producido lesión cuantitativa de la legítima, han sido preteridos de forma no intencional, han sido excluidos o desheredados por error determinante o han quedado en situación de pedir alimentos. En estos casos son los legitimarios inmediatos o de grado preferente los únicos legitimados por la Ley para ejercitar las acciones previstas a tal efecto.

Por consiguiente, ante el disponente todos los descendientes, cualquiera que sea su grado, son iguales; pero ante la ley, cuando ésta prevé acciones individuales de lesión cuantitativa, de preterición no intencional (extensible a los casos de exclusión o desheredación por error determinante) o de alimentos, no son todos iguales sino que hay unos que la Ley llama *legitimarios de grado preferente* que son los únicos, salvo que la voluntad del disponente sea otra, que tienen derecho a ejercitar tales acciones y a adquirir mediante ellas lo que por ley les corresponda. Todos los descendientes están legitimados para recibir la legítima, pero sólo algunos están legitimados para reclamar en caso de infracción de la misma.

La expresión de la Compilación *descendientes sin mediación de persona capaz de heredar* ha sido sustituida por la de *legitimarios de grado preferente*, condición que se define con precisión en el art. 173 (488 CDFA) (Moreu Ballonga, 2006, pp. 185 y 208, prefiere la terminología de la Compilación y considera insuficiente la descripción del art. 173; 488 CDFA). No todos los legitimarios son, por tanto, iguales: los que no son de grado preferente carecen de legitimación, salvo si se la ha conferido el disponente, para reclamar ante cualquier infracción o contingencia en materia de legítima, si bien lo que reciban del causante por donación o sucesión se imputa a la legítima, y, por supuesto, pueden ejercitar la acción de defensa de la intangibilidad cualitativa de la legítima si lo atribuido en la sucesión no lo ha sido en bienes relictos o sin gravamen. No hay sustitución legal en la condición de legitimario mediato (Serrano García, *La sustitución legal*, 2000, p. 100).

3. Legitimarios de grado preferente

Dice el art. 173.1 Lsuc. (488-1 CDFA) que *son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes.*

Al fallecimiento del causante son legitimarios de grado preferente los hijos capaces de sucederle, así como los descendientes que ocupen el lugar de otros hijos por sustitución legal en los casos y forma indicados por la Ley. La norma del 173-1 (339 CDFA) concuerda con la general del 24-1 (488-1 CDFA) sobre la sustitución legal en la legítima, y debe ser completada con lo dicho en los arts. 24-2 y 198-2 (339-2 y 513-2 CDFA) para el caso de exclusión absoluta. La renuncia no es causa de sustitución legal.

En definitiva, al abrirse la sucesión, legitimarios de grado preferente, además de los hijos capaces de suceder, son los descendientes que enlazan directamente con el causante, por no haber descendiente intermedio vivo (premoriencia) o porque el descendiente intermedio vivo no tiene capacidad para suceder (desheredado, indigno, excluido absolutamente), excepción hecha de los descendientes del legitimario de grado preferente que renuncia a la legítima que no ocupan su lugar por sustitución legal.

3.1. *Por derecho propio*

Entre los legitimarios de grado preferente hay que distinguir los que lo son por derecho propio y los que lo son por sustitución legal de otros que lo eran antes en potencia y no han llegado a serlo al abrirse la sucesión o en el momento de la delación de la herencia si es posterior. Los primeros son los hijos que, naturalmente, sobrevivan al causante y sean capaces de sucederle. Los hijos precisan simplemente tener capacidad sucesoria y por ello, aunque hayan sido preteridos o excluidos de forma simple, conservan la condición de legitimarios de grado preferente. Los excluidos de forma absoluta, a los que se asimilan los desheredados sin causa legal, sólo la conservan en parte.

3.2. *Por sustitución legal*

La sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente se produce a favor de los descendientes del descendiente sustituido, sin limitación de grado y aunque concurran solos (*cfr.* art. 23; 338 CDFA), pero exclusivamente en los casos previstos a tal efecto por la Ley. Los nietos y demás descendientes son legitimarios de grado preferente por sustitución legal, en los casos y en la forma previstos para que opere esta institución en la legítima en los arts. 19 a 26, 173 y 198-2 (334 a 341, 488 y 513-2 CDFA).

Además de los casos indicados de premoriencia (extensible a los supuestos de comoriencia y declaración de fallecimiento), desheredación con causa legal e indignidad, la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente puede tener lugar también, aunque de modo parcial y no siempre (sólo si no afecta a todos o al único legitimario: art. 198-3; 513-3 CDFA), en caso de exclusión absoluta (arts. 24-2 y 198-2; 339-2 y 513-2 CDFA).

Efectivamente, en caso de exclusión absoluta que no afecte a todos o al único legitimario, el legitimario de grado preferente excluido absolutamente conserva el derecho a alimentos previsto en el art. 200 (515 CDFA) (como dice el 24-2; 339-2 CDFA), pero sus descendientes le sustituyen en el derecho a suceder abintestato y en el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderle (art. 198-2; 513-2 CDFA). Así que el absolutamente excluido no pierde, o no del todo, su condición de legitimario de grado preferente (RODRÍGUEZ BOIX, *La preterición*, 2001, pp. 16-17; MOREU BALLONGA, 2006, pp. 186 y 385-389, critica la extensión de la sustitución legal al caso de exclusión absoluta).

Añade el art. 173-2 (488-2 CDFA) que no tendrán la condición de legitimarios de grado preferente los descendientes de tales legitimarios que hubieran

renunciado a su legítima. La regla es aplicación de lo dispuesto de modo general en el art. 26 (341 CDFA): *En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal.* Con esta exclusión el legislador ha optado, en una cuestión claramente opinable (MOREU BALLONGA, 2006, p. 239, considera que la supresión de la renuncia como causa de sustitución en la legítima no es coherente con el sistema legitimario aragonés), por aumentar la libertad de disposición en perjuicio de los descendientes del renunciante. Así resulta porque, por un lado, la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de grado preferente de su derecho de reclamación por lesión cuantitativa no incrementa el derecho de los demás legitimarios de grado preferente (art. 179-3; 494-3 CDFA), y, por otro, porque su derecho de reclamación no pasa por sustitución legal a sus descendientes. Los extraños que han recibido más de la parte de libre disposición consolidan su adquisición porque nadie puede reclamar el exceso. Puede darse el caso del hijo único que tiene descendientes y renuncia a la legítima: toda la herencia es de libre disposición aun habiendo legitimarios, pues ninguno de ellos lo es de grado preferente y nadie puede reclamar si el disponente ha dejado todo a un extraño. La mayoría de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil entendió que la aprobada era la mejor solución y la tradicional en todos los Derechos que nos circundan, en que la renuncia extingue los derechos de la estirpe. No consideró razonable que los hijos del único descendiente de grado preferente que renuncia a la legítima porque está de acuerdo en que los bienes de la herencia pasen, por ejemplo, a una entidad benéfica, pudieran reclamar la legítima (Acta 23 mayo 1998).

Y no parece defendible que, lo mismo que pasa en la sucesión legal a favor de otros descendientes haya de pasar también con la condición de legitimario de grado preferente de los nietos y demás descendientes: así que renunciando a la legítima el legitimario de grado preferente, si es solo, o, si fueren varios, todos los legitimarios de grado preferente, no corresponderá la condición de legitimarios de grado preferente a sus descendientes por su propio derecho (art. 208-2; 523-2 CDFA). Los nietos y demás descendientes no tienen un derecho propio a ser legitimarios de grado preferente (contra: MOREU BALLONGA, 2006, pp. 242 y 339-341).

La Ley de sucesiones no ha previsto la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente en caso de ausencia (lo que a MOREU BALLONGA, 2006, p. 209, le parece razonable), de modo que el ausente conserva esa condición y sus derechos legitimarios, pero al abrirse la sucesión en estado de ausencia legal, no parece que su representante legal pueda ejercitar las acciones derivadas de tal condición pues no es seguro que el representado esté vivo (art. 190 Cc.). Hubiera sido preferible dar entrada a la ausencia entre las causas de sustitución legal en la legítima. MOLINS GARCÍA-ATANCE (*IX Encuentros del Foro*, 2000, p. 125) propone una interpretación correctora de los arts. 24 y 173 Lsuc. (339 y 488 CDFA) para incluir la ausencia declarada entre las causas de sustitución legal en la legítima.

Los legitimarios de grado preferente por sustitución legal ocupan el lugar que habría correspondido al sustituido en la legítima si no hubiera concurrido causa de sustitución (art. 25-1; 340.1 CDFA). La sustitución legal a favor de los descendientes de los legitimarios de grado preferente sustituidos se produce sin

limitación de grado y aunque concurran solos cada estirpe de descendientes recibe los derechos legitimarios de su ascendiente (*cfr.* art. 23-2; 338.2 CDFA). Ahora bien, si todos los iniciales legitimarios de grado preferente han incurrido en causa de sustitución legal y sólo alguno de ellos tiene descendientes, éstos tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero; en los casos de sustitución legal, cuando algunos legitimarios de grado preferente premuertos, desheredados con causa legal, indignos de suceder o excluidos absolutamente no tienen descendientes sus derechos a la legítima no se extinguen sino que se concentran por derecho propio (acrecimiento) en los legitimarios sustituidos que sí tienen descendientes y pasa a éstos entero por sustitución legal. La renuncia o la simple falta de ejercicio de su derecho de reclamación por alguno de los legitimarios de grado preferente no incrementa el derecho de los demás (art. 179; 494 CDFA), pero la extinción de los derechos a la legítima por haber incurrido en causa de sustitución legal y no tener descendientes debe incrementar los derechos de los demás legitimarios de grado preferente sustituidos (en este sentido, GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 615) o alternativamente, ir, por derecho propio, a los descendientes de los sustituidos (art. 205.1, 2º y 3º; 520 CDFA).

V. INTANGIBILIDAD CUANTITATIVA

1. LESIÓN CUANTITATIVA DE LA LEGÍTIMA

En el Capítulo II, titulado *intangibilidad cuantitativa*, se modifica en parte lo dispuesto en el art. 124 de la Compilación sobre legitimación y cuantía de la reclamación individual y se añade la regulación de la prelación en la reducción de liberalidades, así como la forma de practicarla.

Sabemos que en Aragón no hay legítima individual, de manera que por haber recibido poco o nada, nada se puede reclamar, salvo si hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva. La infracción cuantitativa de la legítima colectiva se corrige reclamando a los terceros lo recibido en exceso (reducción de liberalidades).

En Aragón sólo hay lesión cuantitativa de la legítima, como se deduce del artículo 179-1 (494-1 CDFA), cuando los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes no alcanza la cuantía de la legítima colectiva (mitad del caudal computable); en tal caso, la consecuencia es que pueden reducirse las liberalidades hechas a favor de no descendientes en la forma prevista en la Ley (liberalidades inoficiosas).

Si hay lesión cuantitativa es porque los beneficios percibidos por no descendientes exceden de la parte de libre disposición, pues las liberalidades, entre vivos o por causa de muerte, percibidas por los descendientes se imputan, como regla, a la legítima. Excepcionalmente, en la parte libre puede haber también liberalidades a descendientes que el causante haya excluido de imputación en la legítima; pero si tales liberalidades no cupieran en la parte de libre disposición, no deben ser objeto de reducción, como ya se ha dicho, porque la reducción de liberalidades sólo afecta a las realizadas a favor de no descendientes (en el mismo sentido MOREU BALLONGA, 2006, p. 326).

Además de pedir la reducción de liberalidades a extraños, cabrá impugnar los negocios onerosos en fraude de la legítima (art. 6.4 Cc.). En otro caso, la legítima podría vaciarse de sustancia mediante tales actos (SAPZ, Secc. 4ª, 8.6.2009). Son impugnables, por simulación absoluta o relativa, estrictamente aquellos negocios del causante que, disfrazados de contrato oneroso, se dirigen a proporcionar un beneficio gratuito, y en tanto en cuanto perjudican la legítima (no los «malos negocios»).

2. Legitimación para ejercitar la acción de lesión

Cuando exista lesión cuantitativa de la legítima, dice el art. 179-2 (494-2 CDFA) que, *salvo que la voluntad del disponente sea otra, el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal.* Luego cuando exista lesión cuantitativa lo primero es averiguar cuál es la voluntad del disponente en cuanto a la legitimación para ejercitar la acción de lesión y cuantía que puede obtener a su través; sólo a falta de dicha voluntad rige lo dispuesto por la Ley.

Pero en todo caso la globalidad de la legítima no arguye colectividad de pretensiones, sino pluralidad de eventuales legitimados individuales. Es decir, el carácter colectivo de la legítima no permite a cada legitimario accionar para el conjunto de legitimarios. Es perfectamente compatible, como lo era en la Compilación (Lacruz, «La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», 1969), ese carácter colectivo de la legítima con la concesión de derechos individuales a ciertos legitimarios para ejercitar la acción de lesión y obtener una cuota material de legítima exclusivamente para él. Cada legitimario legitimado tiene derecho a decidir si ejercita o no la acción que le pueda corresponder a obtener su parte en la lesión cuantitativa. La acción es individual de cada legitimario legitimado y sólo favorece al que la ejercita.

2.1. *Legitimación determinada por el disponente*

La determinación definitiva de los legitimarios con legitimación para ejercitar la acción de lesión corresponde, en primer lugar, al disponente: de modo que la designación de un heredero o herederos, con atribución de cantidades o cosas concretas a los restantes descendientes de grado preferente, puede permitir interpretar en ocasiones que la voluntad del disponente es localizar exclusivamente en aquél o aquéllos la legitimación para reclamar en caso de lesión.

La voluntad del disponente, que no puede infringir el deber de legítima colectiva, puede dotar a su arbitrio de legitimación individual a ciertos legitimarios que, desde entonces, pueden reclamar la legítima global incluso contra la voluntad de dicho disponente. El disponente no puede privar a todos los legitimarios del derecho a reclamar contra la lesión de la legítima colectiva: al menos uno tendrá derecho a reclamar. Esta facultad del disponente de determinar la legitimación para accionar por lesión es una manifestación del principio de libre distribución de la legítima entre los descendientes (art. 171-2; 486-2 CDFA).

La Compilación procuró impedir la división del patrimonio cuando se ha nombrado un único sucesor en él, ya sea por pacto o por testamento. Por eso, la reducción de las liberalidades la concedía en primer lugar al heredero o donatario universal, en quien se concentraba la legítima global, entendiéndose que los demás legitimarios inmediatos sólo tenían derecho a la cosa o cantidad concretas señalada por el disponente (LACRUZ, 1969).

Con la Ley de sucesiones la institución de heredero universal no es sinónimo de atribución de legitimación exclusiva por el disponente: habrá que atender a las circunstancias del caso. Será cuestión de interpretar la voluntad del disponente según el tenor del pacto o testamento y demostrar que no coincide con la legitimación legal subsidiaria. La institución de heredero ha perdido el carácter que históricamente ha tenido y hoy casi siempre se utiliza para determinar el llamamiento al remanente no distribuido en legados, los cuales comprenden en muchos casos la mayor parte o incluso todo el caudal. En tales casos, la voluntad del disponente no es que el instituido heredero sea el único legitimado para ejercitar la acción de lesión. Pero si ha designado heredero o legatario de parte importante de la herencia a uno de los legitimarios, tal vez pueda interpretarse que en caso de lesión cuantitativa quiere que la legitimación para obtener la reducción le corresponda a él (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 317-318, critica el cambio introducido por la Ley de sucesiones).

2.2. *Legitimación legal subsidiaria*

No habiendo pacto o testamento, o faltando en él la voluntad del disponente de establecer una legitimación *ad hoc*, el derecho a obtener la reducción corresponderá por Ley individualmente a cada uno de los legitimarios de grado preferente, con independencia de lo que haya recibido cada uno del disponente o aunque alguno no haya recibido nada, careciendo de legitimación en cambio los restantes descendientes del causante, incluso aunque hayan recibido algo o mucho del disponente.

La legitimación legal subsidiaria corresponde individualmente a todos los que sean legitimarios de grado preferente, con independencia de si han sido o no mencionados en el testamento o pacto, o excluidos voluntariamente o favorecidos con la institución de herederos, con legados o con donaciones entre vivos, o si los legados son de cosa cierta o de cantidad, etc. Nada importa a estos efectos lo que reciban, si algo reciben, ni cómo lo reciban. Como dice el Preámbulo, *la acción de reducción de liberalidades (o de lesión de la legítima colectiva, si atendemos a su causa) es la principal que se ofrece a los legitimarios cuando el causante ha dispuesto infringiendo los límites legales. En efecto, además de ser la que procede cuando el conjunto de los descendientes no ha percibido beneficios en cuantía al menos de la mitad del caudal computable, es la única que, en su caso, corresponde a los legitimarios de grado preferente que hayan sido preteridos intencionalmente o excluidos voluntariamente* (arts. 192 y 197.2; 507 y 512-2 CDFA).

3. Cuantía de la reclamación individual de cada legitimado

Cuando el disponente haya manifestado su voluntad sobre el derecho a obtener la reducción de liberalidades a no descendientes que excedan de la parte de libre disposición, habrá que estar a lo por él dispuesto sobre la cuantía de la reclamación individual si fueren varios los descendientes legitimados para reclamar por lesión.

En su defecto, cada legitimario de grado preferente tiene *derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal* (art. 179-2; 494-2 CDFA), con independencia de lo que haya recibido del causante si algo ha recibido. Así que el importe de la lesión cuantitativa se divide entre los legitimarios de grado preferente, si son varios. Si es uno sólo, él puede reclamar todo el importe de la lesión. Siendo varios, la división no se hace necesariamente a partes iguales sino en proporción a su cuota en la sucesión legal: si son todo hijos, dividen a partes iguales (art. 207; 522 CDFA); pero si concurren nietos y demás descendientes por sustitución legal, dividen por estirpes y aunque concurran solos (arts. 23-2 y 208-1; 338-2 y 523-1 CDFA); cuando, por darse el supuesto del art. 208-2 (523-2 CDFA), los nietos y demás descendientes hereden por derecho propio y no como sustitutos del repudiante, dividen a partes iguales. Lo mismo sucede en el supuesto del art. 205.1.3º (520 CDFA)

Como en la Compilación, al tratarse de una acción individual de cada legitimado que sólo favorece al que la ejercita, *la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás* (art. 179.3; 494-3 CDFA). La acción de cada legitimario de grado preferente es independiente de la de los demás. Cada uno puede hacerla valer exclusivamente por la fracción que le corresponda, sin que, una vez satisfecha su pretensión, pueda valerse de las de sus colegitimarios, aunque la legítima colectiva, al no haber reclamado éstos, no se halle totalmente cubierta (SJPI núm. 17 Zaragoza 12.2.2004 –*RDCA* 2005-06, marginal 98–). En caso de renuncia no hay sustitución legal (173-2; 488-2 CDFA) ni tampoco acrecimiento.

El complemento de legítima obtenido mediante el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades a no legitimarios se recibe a título de heredero si el accionante había sido designado heredero y también cuando la condición de heredero le proviene de la apertura de la sucesión legal; en los demás casos, parece preferible entender que se recibe como una atribución por disposición de la Ley (art. 2-1; 317-1 CDFA).

4. Prelación en la reducción de liberalidades

La reducción de liberalidades –que comprende tanto la institución de heredero, como los legados y las donaciones– sólo recae sobre las hechas a extraños y en cuanto excedan de la parte de libre disposición (liberalidades lesivas o inoficiosas).

En la Compilación, a falta de precepto expreso, algunos defendían que la reducción había que hacerla siguiendo la regulación del Código civil como

Derecho supletorio, debidamente adaptada a nuestro sistema: primero se reducía la institución de heredero en favor de extraños (arts. 815 y 817 Cc.), después los legados (arts. 820 y ss. Cc.), y sólo en último término se reducían las donaciones (arts. 654 a 656 Cc.). No obstante, la anteposición de la institución de heredero a los legados era muy discutible y carente de toda lógica, apuntándose ya como mejor solución la reducción de todas las liberalidades por causa de muerte a prorrata, con independencia de su título universal o particular.

En esta línea, dice ahora el art. 180 Lsuc. (495 CDFA) que *las liberalidades lesivas se reducirán en el orden que el causante hubiera dispuesto y en lo no previsto se procederá de la siguiente forma:*

a) Se reducirán primero las liberalidades por causa de muerte, a prorrata, con independencia de su título de atribución.

b) Si no fuera suficiente, se reducirán las liberalidades entre vivos, empezando por las de fecha más reciente; las de la misma fecha se reducirán a prorrata.

En esta fórmula queda a salvo, en primer lugar, la preferencia que haya podido ordenar el causante (*cfr.* art. 820.2º Cc.). En su defecto, la institución de heredero y los legados (sucesión voluntaria, en testamento, pacto o fiducia, y sucesión legal: «liberalidades por causa de muerte»), se reducen a prorrata. Si dejada a salvo la legítima con esta reducción queda un resto de la parte de libre disposición, con él se pagarán las liberalidades por causa de muerte a extraños que quepan en ella, teniendo en cuenta si fuera necesario el orden de prelación entre legatarios del art. 165 Lsuc. (480 CDFA).

Eliminadas en la reducción todas las liberalidades «mortis causa», las donaciones del causante en favor de extraños que, siendo de las computables a efectos de la legítima, no respetan tampoco la cuantía de ésta son inoficiosas y pueden asimismo ser objeto de reducción en cuanto perjudiquen a cada legitimario reclamante (*cfr.* 636 Cc.). Si, siendo dos o más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente. (*cfr.* 656 Cc.). Las donaciones de la misma fecha se reducirán a prorrata. Pero esta posibilidad de llegar a ser reducidas no obstará para que las donaciones tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos (*cfr.* 654 Cc.).

La lesividad o inoficiosidad de la liberalidad corresponde probarla al legitimario que la alega, quien puede conseguir la reducción por vía de acción o de excepción. La acción planteada antes de la partición deberá intentarse contra la comunidad hereditaria y, en su caso, contra cada uno de los legatarios extraños; planteada después de la partición se ejercitará contra cada uno de los herederos y legatarios extraños; unos y otros responden mancomunadamente.

5. Forma de practicar la reducción

Mientras los bienes y derechos permanezcan sin dividir o, en otro caso, mientras su titular siga siendo el mismo heredero, legatario o donatario extraño que

los adquirió del disponente, podrá exigirse la entrega de los propios bienes. Pero si el heredero, legatario o donatario los hubiere vendido antes de la anotación de la demanda de reducción en el Registro de la Propiedad, parece que sólo se restituirá su valor (*cfr.* arts. 645, 649 y 650 Cc.).

Novedad interesante de la Ley de sucesiones es la excepción al derecho a recibir la legítima en bienes del caudal relicto (art. 182-1; 497.1 CDFA) que, en beneficio del cónyuge viudo, ha introducido el apartado 1 del art. 181 (496 CDFA) al decir que *si la reclamación de reducción se dirige contra el cónyuge viudo, podrá éste evitarla pagando en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiera percibir.* Por tanto, frente al cónyuge viudo la legítima es sólo un derecho de crédito (*pars valoris*) que puede ser pagado en metálico extra hereditario. De este modo se facilita que determinados bienes, que en muchos casos será la vivienda familiar, puedan atribuirse en propiedad al cónyuge viudo.

La Ley de sucesiones se ha ocupado también de dar reglas para practicar la reducción cuando quien la sufre ha recibido del causante varios bienes: *tendrá derecho a determinar cuáles de ellos, que cubran el valor reclamado, son objeto de la misma* (art. 181-2; 496-2 CDFA). Es la solución más razonable, con el fin de que la reducción cause el menor trastorno a quien la sufre (en este sentido MOREU BALLONGA, 2006, p. 326).

Por último, dice el 181-3 (496-3 CDFA) que *si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de ellos que no admita cómoda división, ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan. En defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico.* La solución que se ha dado sigue los patrones generales sobre la reducción parcial de liberalidades que no admitan cómoda división. Las novedades consisten, por un lado, en la mejora en la definición del supuesto, ya que se refiere no sólo al caso de un bien en concreto (cualquier bien, no sólo inmueble como aparece en la literalidad del art. 821 Cc.) que no admita cómoda división, sino que abarca también el supuesto consistente en un conjunto de ellos que no admita cómoda división. Y por otro, se da preferencia siempre al acuerdo entre las partes, preferencia ésta que en algunos casos puede ser muy conveniente, sobre todo a efectos tributarios, para evitar la pretensión de liquidar actos diversos (motivación del texto mayoritario). Del texto legal se deduce que cuando la reducción absorbe exactamente la mitad la elección corresponde al legitimario (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 636).

VI. INTANGIBILIDAD CUALITATIVA

La Compilación en materia de intangibilidad cualitativa se limitaba, en el artículo 125, a establecer los gravámenes permitidos sobre la legítima y a tener a los demás por no puestos. La reforma, de acuerdo con la opinión dominante en

la doctrina aragonesa (contra: MOREU BALLONGA, 1997, pp. 56-61, y 2006, pp. 328-334), ha formulado además el principio de que la legítima debe atribuirse en bienes relictos (art. 182.1; 497-1 CDFA). Dos son, pues, los componentes de la intangibilidad cualitativa de la legítima (el deber de cumplimiento en bienes relictos y la prohibición de imponer gravámenes sobre ella) y dos las posibilidades de infringir la intangibilidad cualitativa de la legítima: a) incumplimiento del deber de atribuir la legítima (no satisfecha mediante donaciones) en bienes relictos; b) incumplimiento de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima.

1. EL DEBER DE CUMPLIMIENTO EN BIENES RELICTOS

1.1. *Requisitos del incumplimiento*

Los trabajos preparatorios de la Compilación y el Derecho histórico son muy claros en cuanto a la necesidad de satisfacer lo que falte de la legítima colectiva en cuerpos hereditarios. Ahora el art. 182-1 Lsuc. (497-1 CDFA) ha dispuesto que *la legítima debe atribuirse en bienes relictos*, en coherencia con la naturaleza de *pars bonorum* que como se ha dicho tiene la legítima aragonesa (no lo considera acertado MOREU BALLONGA, 2006, pp. 327 y 333-334).

Pero este deber se refiere exclusivamente a *lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables*, como dice el inicio del art. 182-2 (497-2 CDFA). De modo que el cumplimiento en bienes relictos se refiere sólo a las liberalidades por causa de muerte. Si las liberalidades entre vivos recibidas por los descendientes, por sí solas o sumadas a las liberalidades por causa de muerte en bienes relictos, cubren el importe de la legítima colectiva, no habrá incumplimiento de este deber. Por ende, la legítima no atribuida mediante donaciones ha de ser pagada con bienes del caudal relicto del causante; esa porción de legítima ha de recibirse en cuerpos ciertos, en bienes de la herencia, y nunca (a salvo las excepciones legales) a través de un gravamen de pago de cantidad o cosa no relictas impuesto al heredero o legatario extraños. La finalidad de la norma es evitar que el extraño haga suyos los bienes del caudal relicto pagando la legítima en metálico. Conviene recordar, a estos efectos, lo dispuesto en el art. 164 Lsuc. (479 CDFA) que dificulta la defensa de los derechos de los legitimarios frente al legatario de cosa cierta y específica existente en el caudal relicto (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 271-278)

Por otra parte, sólo podrá haber incumplimiento de este deber cuando no haya a la vez lesión cuantitativa de la legítima. Esto quiere decir que habrá que aplicar con preferencia las normas sobre lesión cuantitativa; sólo si no hay lesión cuantitativa o una vez resuelta ésta se podrá ver si los descendientes han recibido menos bienes relictos de aquellos a los que tienen derecho (CERECEDA MARQUÍNEZ, *RDCA*, 1999-1º, p. 116). BRÚN ARAGÜÉS (2006, p. 414) no descarta el ejercicio acumulado de ambas acciones.

Además, dado el carácter colectivo de la legítima, sólo podrá haber incumplimiento cuando el conjunto de los descendientes no hubieran recibido bienes relictos que sumados a las donaciones imputables a ella alcancen al menos el

importe de la legítima colectiva. No hay derechos individuales de cada uno de los legitimarios a recibir parte de su atribución en bienes relictos cuando el conjunto de los descendientes ha recibido bienes relictos suficientes. Cumplido el requisito de atribución de la legítima en bienes relictos, el disponente puede favorecer a los descendientes con créditos contra el heredero o legatario extraños.

1.2. *Consecuencias del incumplimiento*

Dice el art. 182-2 (497-2 CDFA) que el incumplimiento de este deber *faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos.*

Cuando el legitimario afectado sólo sea uno, él será quien pueda pedir la entrega de los bienes relictos que falten para completar la legítima, renunciando a cambio a los correspondientes bienes no relictos.

Pero si son varios los legitimarios afectados por el incumplimiento (cualquiera que sea su clase), se distribuirá entre ellos el derecho a obtener bienes relictos en proporción al valor de los bienes no relictos que hubieran recibido del causante; de modo que si un legitimario hubiera recibido atribuciones en bienes relictos y otras en otros bienes, sólo se tendrán en cuenta estos últimos bienes para fijar su derecho (contra: BRÚN ARAGÜÉS, 2006, p. 413). Al ser un derecho individual, la renuncia o el no ejercicio por parte de uno no incrementará el derecho de los demás, en coherencia con lo dicho en el art. 179-3 (494-3 CDFA) para la acción de reducción por lesión cuantitativa.

El ejercicio de este derecho por un legitimario produce dos consecuencias:

a) La reducción de la parte proporcional de las liberalidades en bienes relictos realizadas a extraños que corresponda al legitimario reclamante. GIL NOGUERAS (*Manual*, 2006, p. 582) entiende que si son varios los extraños que han recibido bienes relictos no pueden exigir al legitimario reclamante que la reducción se haga a prorrata. *Para su práctica será de aplicación el artículo 181* (496 CDFA), como dice el art. 182-3 (497-3 CDFA) al final.

b) Quienes sufran la reducción recibirán, en la misma proporción, los bienes no relictos que se hubieran atribuido al legitimario que hubiera provocado con su reclamación dicha reducción. Solución razonable, puesto que si no hay lesión cuantitativa no es justo privar a los extraños de los bienes relictos recibidos y no darles nada a cambio. Por tanto, el legitimario tiene la facultad de optar entre conformarse con su atribución en bienes no relictos o reclamar lo que le corresponda en bienes relictos.

1.3. *Forma de practicar la reducción de liberalidades en bienes relictos*

La reducción de liberalidades de bienes relictos hechas en favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo (art. 182-3; 497-3 CDFA). La regla concuerda con la

del apartado 1 del art. 181 (496 CDFA) y tiene por finalidad igualmente aumentar la posibilidad de que el cónyuge reciba los bienes del caudal, fundamentalmente la vivienda, que en muchos casos es el principal y casi único bien existente. Así que al cónyuge viudo no se le pueden quitar los bienes relictos recibidos. Si además de infracción del deber de cumplimiento en bienes relictos hubiera lesión cuantitativa de la legítima, el cónyuge viudo *podrá evitar la reducción de liberalidades pagando en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiera percibir* (art. 181-1; 496-1 CDFA). De manera que, como dice el Preámbulo, *en consideración al viudo, se introducen a su favor algunas desviaciones en las reglas sobre reducción de liberalidades e intangibilidad cualitativa de la legítima*. Pero si no hay lesión cuantitativa el cónyuge viudo se queda los bienes relictos recibidos sin tener que pagar nada por ello (contra: Brún Aragüés, 2006, p. 413).

Para la práctica de la reducción de las liberalidades en bienes relictos realizadas a extraños será de aplicación el art. 181 (496 CDFA) (art. 182-3 al final; 497-3 CDFA). En realidad, regulada específicamente la excepción de las liberalidades hechas a favor del cónyuge viudo, la remisión hay que limitarla a las reglas de los apartados 2 (derecho de opción de quién sufra la reducción si ha recibido varios bienes) y 3 (forma de proceder si se trata de un bien o conjunto de ellos que no admite cómoda división) del art. 181 (496 CDFA). Reglas que ya hemos comentado antes.

2. Prohibición de gravámenes sobre la legítima

2.1. *Ámbito de aplicación de la prohibición*

Los descendientes tienen derecho también, como otra manifestación de la intangibilidad cualitativa, a recibir la legítima, en cuanto no haya sido satisfecha ya mediante donaciones, en bienes hereditarios (bienes del caudal relicto) sin gravamen u otra limitación impuesta unilateralmente en el acto *mortis causa* que disminuya su valor o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante.

La Ley de sucesiones mantiene la prohibición de gravámenes sobre la legítima que contenía el art. 125 de la Compilación y que es la solución que se sigue en la mayor parte de las legislaciones. La prohibición se aplica sólo a las liberalidades por causa de muerte; las entre vivos, en cuanto que tienen que ser aceptadas por el beneficiario, obviamente escapan de la prohibición.

Dice el art. 183-1 (498-1 CDFA) que *el causante sólo puede imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubra el importe de la legítima colectiva*. La norma aclara que la prohibición de gravámenes se refiere sólo a los bienes relictos, es decir, a las liberalidades por causa de muerte, y además adapta la prohibición al sistema de legítima colectiva. En consecuencia, y de modo similar a lo que se dice en el art. 182-2 (497-2 CDFA), sólo se podrá entender infringida la prohibición cuando el valor de los bienes relictos atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima no cubra el importe de la legítima colectiva.

2.2. *Concepto de gravamen prohibido*

Como la expresión *gravamen* es muy imprecisa y la pluralidad de supuestos que puede darse muy numerosa, en el art. 183-2 (498-2 CDFA) se hace un esfuerzo por aclarar esta cuestión. Dice así: *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. No se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente.*

El precepto da un concepto muy amplio de gravamen prohibido. Entran en él tanto auténticas limitaciones de naturaleza real (derecho de usufructo a favor de un tercero que no sea el cónyuge viudo) como obligaciones de carácter personal (obligación de hacer o de no impugnar el título sucesorio). Algunos de estos gravámenes de hecho supondrán una minoración de la atribución recibida (p. ej., usufructo a favor de un tercero), mientras que en otros casos en que tiene naturaleza puramente personal será muy difícil apreciar una disminución de valor (p. ej., obligación de cursar una carrera).

La norma también deja claro que no se comprende en la prohibición el caso de que el legitimario reciba un bien con un gravamen que ya existía en el caudal; es decir, los bienes que ya estuvieran sujetos a gravámenes antes de la apertura de la sucesión son hábiles para el pago de la legítima. En la computación e imputación se deducirá el valor de este tipo de gravámenes.

Para acabar de fijar el concepto de gravamen se incluye la aclaración final sobre los legados en titularidad plena de bienes ciertos (cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario; contra: BRÚN ARAGÜÉS, 2006, pp. 414-415) con que el causante hubiera gravado a un descendiente: estos legados no se consideran gravámenes. El legitimario gravado cumplirá el legado entregando la posesión del bien relicto al legatario propietario. El bien relicto objeto de legado no se imputa en la legítima (CERECEDA MARQUÍNEZ, *RDCA*, 1999-1º, p. 116). En cuanto que estos legados no son gravámenes, nada hay que deducir por ellos al hacer la imputación de lo atribuido al descendiente gravado con ellos (contra: SÁNCHEZ-RUBIO, *Manual*, 2007, p. 638).

Quedan sin solución legal expresa, dada la complejidad que entrañan, supuestos como el de la atribución al descendiente de una servidumbre o el de la atribución de derechos de goce limitado sobre bienes relictos (p. ej., un derecho de usufructo) cuya titularidad plena se atribuye a otra persona. No es posible tratar este último supuesto como el de la atribución sujeta a gravamen, puesto que no podemos conseguir que se tenga por no puesta la nuda propiedad y que el usufructo se convierta en pleno dominio. ¿Suponen un incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva regulado en el art. 182 (497 CDFA)? Esa era la solución propuesta en el texto mayoritario, pero la Comisión prefirió no regular esta cuestión y dejar que sean los Tribunales en cada caso los que decidan si tales atribuciones son suficientes o no para el pago de la legítima (Acta 24 mayo 1998).

2.3. *Gravámenes permitidos como excepción*

Como excepción a la prohibición de gravámenes sobre la legítima, el artículo 186 (501 CDFA) enumera los gravámenes permitidos sobre ella, con ligeras variaciones sobre lo previsto en el art. 125 de la Compilación, y el 187 (502 CDFA) se preocupa de aclarar el alcance y la interpretación de la «justa causa» para establecer gravámenes permitidos (*vid.* GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, pp. 587-590).

Dice el art. 186 (501 CDFA), titulado *gravámenes permitidos*, que *no se incluyen en la prohibición del artículo 183* (498 CDFA) *los siguientes gravámenes:*

1.º Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias.

2.º Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto.

3.º Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

4.º Los demás previstos por la ley.

Por su parte, el art. 187 (502 CDFA), titulado *justa causa de gravamen*, dispone lo siguiente:

1. Sólo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios.

2. Si el gravamen impusiera una obligación cuyo incumplimiento produzca la transferencia de los bienes heredados por el gravado a otra persona, sólo será válido cuando esa persona sea otro descendiente.

3. La causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es.

La excepción 1ª coincide básicamente con la del art. 125-1º de la Compilación (*Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes)*, si bien se ha añadido la aclaración de que el gravamen puede constituirse a favor de descendientes presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias. Con ello se resuelve en sentido afirmativo la cuestión de si dichos límites son aplicables en Aragón. De la regla de libre distribución de la legítima entre descendientes se deduce la posibilidad de gravar, con cualquier gravamen lícito (usufructo, sustitución fideicomisaria, renta vitalicia, etc.), a unos en beneficio de otros.

La excepción 2ª se mantiene exactamente en los mismos términos que estaba en el art. 125-2º de la Compilación. Se permite cualquier determinación del eventual destino ulterior de los bienes para evitar la apertura de la sucesión legal, pero a favor de extraños sólo para el caso de fallecer todos los legitimarios (no sólo el gravado) sin descendencia.

La excepción 3ª se corresponde con la también 3ª del art. 125 de la Compilación, si bien existen algunas variaciones dirigidas exclusivamente a aclarar su alcance: Se ha suprimido la calificación de *prohibiciones de enajenar u otras limita-*

ciones, porque era poco aclaratoria y no hay razones para excluir cualquier otro gravamen siempre que concurra el requisito de la justa causa, que es el verdaderamente determinante de esta excepción. En el 187-1 (502-1 CDFA) se precisa qué se entiende por justa causa: la que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios (coincide en parte con la excepción 1ª); por tanto, en ningún caso es justa causa la concesión a terceros de derechos que repercutan en el propio beneficio de éstos. Para el tipo de gravamen descrito en el art. 187-2 (502-2 CDFA) se indica que sólo es válido cuando la persona con derecho a la transferencia de los bienes heredados en caso de incumplimiento de la obligación impuesta al descendiente sea otro descendiente, pues lo contrario podría dejar sin efecto la intangibilidad cuantitativa de la legítima. En el art. 187-3 (502-3 CDFA) se establece una presunción a favor del carácter justo de la causa alegada, de modo que será el legitimario gravado el que deberá probar que no lo es.

Por último, la excepción 4ª coincide con la 4ª del art. 125 de la Compilación, si bien se ha sustituido la referencia a *la Compilación* por *la ley* en general, para abarcar todos los supuestos posibles. Por ejemplo, las limitaciones legales impuestas sobre los bienes recibidos de la herencia del abuelo en sustitución de un hijo (su padre) declarado ausente (art. 52 LDp.; 55 CDFA) o las limitaciones a la facultad de disponer de los bienes del consorcio foral (art. 59-1 Lsuc.; 374-1 CDFA). El usufructo de viudedad no es un gravamen legal sobre la legítima sino que el viudo usufructuario tiene un derecho previo y preferente al de los legitimarios (contra BRÚN ARAGÜÉS, 2006, p. 416 y SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 639).

No se ha considerado oportuno, en cambio, como proponía el texto mayoritario, incluir entre los gravámenes permitidos sobre la legítima «la atribución por el causante de facultades de disponer a título oneroso sobre los bienes de la herencia al cónyuge viudo», bien como usufructo de viudedad con facultades de disposición bien, cuando el cónyuge viudo no sea usufructuario de los bienes relictos, considerando establecido un fideicomiso de residuo. La Comisión consideró que para favorecer al cónyuge viudo ya era bastante con la reducción cuantitativa de la legítima aprobada y otras medidas tendentes a favorecerle como las excepciones a su favor en la reducción de liberalidades lesivas de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa, o la imputación a la legítima de los gastos de educación y colocación de los hijos que sean extraordinarios, lo que hará que en muchos casos los hijos ya hayan recibido la legítima en vida.

2.4. *Efectos de la infracción de la prohibición*

Comienza el art. 184 (499 CDFA) diciendo que *el legitimario a quien se hubiera impuesto un gravamen que contravenga lo dispuesto en el artículo anterior tiene derecho a que se tenga por no puesto*. El art. 125 de la Compilación decía que los gravámenes *se tendrán por no puestos*, que implica un automatismo, mientras ahora se dice que el legitimario afectado *tiene derecho a que se tengan por no puesto*. La nueva fórmula es más correcta.

Cuando el disponente contraviene la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima, la consecuencia es que los gravámenes prohibidos pueden ser tenidos por no puestos: sin más. Por tanto, no hay asignación de bienes distintos al legitimario reclamante, ni éste puede optar por la repudiación de la herencia gravada y seguidamente pedir la legítima sin gravamen. Se queda con lo recibido, pero suprimidos los gravámenes prohibidos. Pero la supresión de los gravámenes prohibidos no es automática, sino que depende de la voluntad del legitimario, que puede decidir soportarlos, porque sí o porque ha resultado compensado con otras atribuciones a las que no tenía derecho.

La novedad del art. 184 (499 CDFA) está en que contiene varias reglas para determinar cómo funciona este derecho de los legitimarios. Dice que *a este derecho se le aplicarán las siguientes reglas:*

1.ª 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.

2.ª Si fueran varios los descendientes sujetos a gravamen, la parte que deba quedar sin efecto se repartirá entre ellos en la misma proporción en que hayan sido favorecidos por el causante en sus disposiciones por causa de muerte.

3.ª El descendiente al que se hubieran impuesto varios gravámenes podrá decidir el orden en que deben quedar sin efecto.

Son reglas que normalmente no contienen las legislaciones que prohíben los gravámenes sobre la legítima, pero que resuelven algunos de los principales problemas que pueden suscitarse (*cfr.* SAPZ, Secc. 4ª, 29.6.2007 y STSJA 30.1.2008 –*RDCA* 2008, marginal 16–).

2.5. *Cautelas de opción compensatoria*

Novedad importante introducida por la Ley de sucesiones es la regulación de las llamadas «cautelas de opción compensatoria» o «cautelas socinianas». Como dice el art. 185 (500 CDFA), estas cautelas consisten en *la facultad concedida por el causante a algún legitimario 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* (498 CDFA). Pero conviene recordar que no se infringe el art. 183 (498 CDFA) al gravar algunos bienes relictos que se atribuyen a descendientes si el valor de los bienes atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables cubre el importe de la legítima colectiva (parece no haberlo entendido así SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *RDCA*, 2003-04, pp. 48-49).

Las cautelas de opción compensatoria de legítima no son frecuentes en Aragón, ya que normalmente se utilizan para atribuir al cónyuge viudo el derecho de usufructo universal, cosa que no es precisa en Aragón porque la viudedad legal ya es universal. Algún caso se planteó cuando el derecho de viudedad del cónyuge casado en segundas nupcias estaba limitado (no era universal) si concurría con hijos no comunes (art. 73 Comp.: SS APZ 7.3.1994 –*RDCA* 1996-1º, marginal 30– y 16.9.1996 –*RDCA* 1997-2º, marginal 27–). Aunque no sean frecuentes estas cautelas, lo cierto es que puede haber casos en que algún causante

pueda considerar útil su establecimiento, por ejemplo para favorecer con un usufructo universal a una persona distinta del cónyuge.

En principio, la licitud de este tipo de cláusulas en Aragón no planteaba dudas por la aplicación del principio *standum est chartae*. Lo que llevó a la Comisión a regularlas fue la dificultad de su funcionamiento en los casos de legítima colectiva. Más concretamente, ha sido en relación a la mejora del Código civil donde se ha estudiado la posible ilicitud de su establecimiento. En efecto, la mejor doctrina estima que al atribuirse la mejora en favor del hijo o hijos que acepten el gravamen, la entidad global descendientes sufre colectivamente una condición que favorece al titular de ese gravamen, un no legitimario; y por ello, dicha doctrina considera que estas cautelas aplicadas a la mejora sólo son eficaces cuando se da a elegir a los legitimarios entre recibir la mejora y el tercio de libre disposición aun con el gravamen o sólo su legítima, puesto que así el condicionamiento global que sufre la entidad global hijos puede estimarse compensado con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición.

Estas consideraciones son también válidas para la legítima aragonesa, y por ello la Comisión estimó razonable exigir, además de la infracción de lo dispuesto en el art. 183-1 (498-1 CDFA), unos requisitos adicionales para que la cautela de opción compensatoria sea válida. Esos requisitos, contenidos en el art. 185-1 (500-1 CDFA), son los siguientes:

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.

Añade el art. 185-2 (500-2 CDFA) que *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.*

Para que la opción elegida sea eficaz (no, por tanto, toda la cautela) se precisa que cuando se opta por aceptar la atribución libre de gravamen no haya lesión cuantitativa de la legítima colectiva; lo que quiere decir que la aceptación de lo atribuido no hace desaparecer el derecho de los legitimarios de grado preferente a reclamar la reducción de las liberalidades a no descendientes lesivas. Y cuando se opta por aceptar la atribución gravada, la eficacia de la opción elegida requiere que el conjunto de legitimarios reciba, al menos, tres cuartas partes del caudal computable; en otro caso, esa opción es ineficaz, el gravamen se tiene por no puesto y los legitimarios sólo tienen derecho a recibir la legítima colectiva sin lesión; parece que cualquier legitimario de grado preferente estaría legitimado para pedir que se declare la ineficacia de la opción que no cumpla el requisito de la letra b) y que el gravamen se tenga por no puesto (en el mismo sentido Gil Nogueras, *Manual*, 2006, p. 587), porque cuando hay cautela de opción compensatoria válida y eficaz es como si la cuantía de la legítima colectiva fuera de tres cuartas partes del caudal computable (critica la regulación Sánchez-Rubio García, *RDCA*, 2003-04, pp. 43-57, y *Manual*, 2007, p. 640).

VII. PRETERICIÓN

1. Supresión de la legítima formal

La preterición es la parte de la regulación de la legítima que más polémica había generado durante la vigencia de la Compilación y donde la reforma se nota más (recuerda la polémica, reiterando su punto de vista en ella, Moreu Ballonga, 2006, pp. 328-334). Los planteamientos del texto mayoritario de la CADC y los del texto alternativo eran muy distintos, el primero quería respetar lo máximo posible la voluntad del causante y proponía completar en tal sentido con fórmulas novedosas el Derecho compilado, mientras que el segundo defendía la continuidad del Derecho entonces vigente en el que incluso el preterido intencionalmente tenía derecho a una porción de legítima, y en el que la preterición se evitaba mediante el nombramiento o mención formal en el testamento (arts. 120, 122 y 123 Comp.), proponiendo aclarar el concepto de la mención que es lo que había dado problemas.

Don Jesús Delgado Echeverría, Presidente de la CADC, también presenta un borrador de regulación de la preterición, que es aceptado como ponencia, en el que propone un régimen que, siendo cercano al vigente en la Compilación, resulte lo más claro posible, para evitar, sin lesionar gravemente el sentido común de la justicia, la impugnación de testamentos fundada en la preterición. Si tenemos un sistema que permite distribuir desigualmente la legítima entre los descendientes y la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima ha sido respetada, ningún legitimario debe tener ninguna pretensión o derecho individual a ser nombrado por el causante, ni a que se le excluya expresamente cuando nada se le deja, ni menos a que se le explique por qué no se le deja nada. Imponer exigencias adicionales de mencionar o excluir u obligar a dejar algo implica no creer en el fondo en el sistema legitimario aragonés: esperar a ver si el causante cuando ha desigualado a los hijos se ha equivocado en la forma de cumplir esas exigencias para así tener un mecanismo para dejar sin efecto su voluntad. Ahora bien, sucede a veces, excepcionalmente, que, abierta una sucesión, nos parece que la razón por la que determinado descendiente no ha sido tenido en cuenta por el causante y nada le ha dejado es que éste no conocía o no podía conocer su existencia y nos sentimos inclinados a acudir en auxilio del así «preterido», con preterición no intencional, reconstruyendo una voluntad hipotética del causante y dándole primacía sobre la voluntad real (Acta de la CADC de 3 de junio de 1998).

La Ley de sucesiones, aunque en el concepto y en los efectos de la preterición no intencional no se aleja mucho de la Compilación, sí que resulta novedosa al suprimir la legítima formal (*vid.* Gil Nogueras, *Manual*, 2006, pp. 561-564 y 590-594), especificar con criterio amplio cuándo hay mención suficiente y distinguir entre preterición intencional y no intencional, con la finalidad de privar a la intencional de toda consecuencia específica tanto si es total como singular. Por otra parte, en la Ley de sucesiones se ha separado la preterición tanto de la «protección de la legítima» como de la desheredación (Cereceda Marquínez, *RDCA*, 1999-1º, pp. 117-119), lo que supone una clara mejora en la sistemática de la regulación (Garrote Fernández-Díez, 2004, p. 67).

Dice el Preámbulo que *se ha evitado el concepto de «legítima formal», una novedad de la Compilación, que no parece haya podido cumplir la función sistematizadora y de auxilio a la interpretación que cabía esperar de ella. No hay, por tanto, un deber de nombrar o mencionar a ningún legitimario en el acto de disposición «mortis causa»*. No existiendo este deber lo coherente, ciertamente, es que la preterición intencional carezca de consecuencias específicas. La acción de reducción de liberalidades (o de lesión de la legítima colectiva, si atendemos a su causa), cuando se ha dispuesto infringiendo los límites legales, es la única que, por existir en tal caso lesión cuantitativa, corresponde a los legitimarios de grado preferente que hayan sido preteridos intencionalmente. La preterición intencional no atribuye un derecho especial al preterido, sencillamente no le priva del de ejercitar la acción de lesión que ya tenía por ser legitimario de grado preferente (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 334-343 y 347, considera desacertado el «intento» de supresión de la legítima formal y de privación de efectos a la preterición intencional).

2. SUPUESTOS DE PRETERICIÓN

2.1. *Concepto de preterición*

Dice el art. 188-1 (503-1 CDFA), con una fórmula cercana a la del art. 120 de la Compilación, que *se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia.* El precepto contiene un concepto de preterición que comprende tanto la intencional como la no intencional y resuelve la cuestión de la fiducia. Puede definirse, por tanto, la preterición, de manera similar a la propuesta por RODRÍGUEZ BOIX (*La preterición*, 2001, p. 14), como «la falta de mención suficiente en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia, de un legitimario de grado preferente no favorecido en vida del causante ni en su sucesión legal». O de forma más resumida, como dice MOREU BALLONGA (2006, p. 335), la preterición es »la ausencia de atribución y de mención de un legitimario de grado preferente».

La preterición sólo es posible respecto de legitimarios de grado preferente (la falta de mención de un legitimario de grado ulterior no provoca preterición) que vivan en el momento de la delación y sean capaces de heredar al causante, de modo que los premuertos o indignos de suceder no cuentan a tales efectos. Tampoco los desheredados con justa causa, porque la desheredación con justa causa priva al desheredado de su condición de legitimario.

No hay preterición posible cuando el legitimario de grado preferente ha sido favorecido con liberalidades en vida del causante o en su sucesión legal. Son «favorecidos en vida del causante» los descendientes que han recibido donaciones de las imputables en la legítima; se estiman favorecidos también los nietos cuando su padre, premuerto al abuelo, hubiera recibido de éste liberalidades excluyentes de la preterición (cfr. art. 1038, 1º Cc. que contiene una regla que, junto a la colación, vale para la imputación). Por su parte, los llamados a la sucesión legal no han de resultar económicamente «favorecidos» por ella: valdría, según cree LACRUZ (*RCDI*, 1968, pp. 521-524), el mero llamamiento por no con-

tener el testamento institución de heredero, aunque reparta todos los bienes en legados, así como el llamamiento a una herencia pasiva, porque en ambos casos el título de heredero concede la legítima material individual, si ha lugar a reducir liberalidades.

En ambos casos, carece de relevancia la cuantía en que el legitimario haya sido favorecido. Al preterido se le equipara con el legitimario menos favorecido por el causante, lo cual da a entender que no hay preterición si el legitimario ha sido favorecido aunque sea escasamente.

No obstante, podía defenderse razonablemente que las liberalidades a los descendientes no tienen que excluir la preterición cuando el disponente, en el acto «mortis causa», desconocía la supervivencia del legitimario a quien había hecho en tiempos alguna donación, o cuando en tal momento desconocía la existencia, o la condición de legitimario, de quien luego resultará favorecido en su sucesión legal (preterición no intencional). En un caso, el causante no tiene ocasión de favorecer en más al donatario; en otro, aunque resulta favorecido en la sucesión legal, el causante no pudo manifestar su voluntad sobre él. En estos supuestos, podía haberse corregido el sistema y haber dicho que, pese a la existencia de liberalidades, hay preterición no intencional, si bien el así preterido sólo podría reclamar la diferencia con lo que por ley le correspondería. Pero la Ley de sucesiones no ha hecho excepciones.

Tampoco hay preterición, aunque el legitimario de grado preferente nada haya recibido del causante, cuando ha sido mencionado en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia. Por otra parte, los efectos del pacto al más viviente (arts. 80 y 81; 395 y 396 CDFA), así como los de la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado con efectos del pacto al más viviente (art. 104; 419 CDFA), si hay descendientes del premuerto, comunes o no, son los previstos en el art. 81-2 (396-2 CDFA) y no, por tanto, los de la preterición (Bellod Fernández de Palencia, 2001, pp. 50-51; Moreu Ballonga, 2006, p. 373).

2.2. *Preterición y fiducia*

En cuanto a la relación entre legítima y fiducia, el fiduciario, además de desheredar con justa causa o excluir de manera simple o absoluta, puede corregir la desheredación sin causa por error o la preterición no intencional en que hubiera incurrido el causante si, conociendo la existencia del descendiente preterido y su condición de tal, le atribuye bienes o al menos le menciona expresamente, salvo cuando las instrucciones recibidas del causante le impidan favorecer al preterido. La misión genérica del fiduciario es completar la voluntad del causante y hacer que surta los efectos por él deseados. La preterición no intencional en que haya incurrido el causante sólo devendrá efectiva o definitiva si no resulta corregida en el acto, o actos, de ejecución de la fiducia.

Por otra parte, habrá preterición no intencional cuando, no habiéndola padecido el causante, el fiduciario en el acto de ejecución de la fiducia desconozca la existencia de algún legitimario de grado preferente o su condición de

tal y el encargo recibido no excluya la posibilidad de favorecerle. Por ejemplo, el causante no mencionó a algún descendiente que sin embargo conocía pero que no es conocido por el fiduciario; o éste cree que algún descendiente mencionado ha fallecido y resulta que vive.

2.3. *Sustitución legal y preterición*

Otra precisión de gran trascendencia (que MOREU BALLONGA, 2006, pp. 375-377, critica) es la del apartado 2 del art. 188 (503 CDFA): *No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había sido preterido.* La sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente la regulan, en particular, los arts. 24, 173 y 198-2 (339, 488 y 513-2 CDFA); pues bien, quienes en el momento de la apertura de la sucesión, o de la delación si ésta se produce para ellos con posterioridad, sean legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente (premuerto o indigno de suceder) que hubiera sido preterido de haber sobrevivido al causante o haberlo podido suceder, se considerarán también preteridos, pero no en caso contrario. La desheredación con causa legal y la exclusión absoluta, al requerir mención en el título sucesorio, impiden la preterición del desheredado o excluido, de modo que sus sustitutos legales nunca podrán considerarse preteridos. El ascendiente premuerto o declarado indigno de suceder no habrá sido preterido (o no habrá podido serlo; como dice MOREU BALLONGA, 2006, p. 375, el art. 188-2 (503-2 CDFA) no es del todo preciso en su redacción puesto que antes de la apertura de la sucesión no puede haber preterición) cuando haya sido mencionado en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia, ni tampoco cuando, aunque falte la mención, haya sido favorecido en vida del causante o en su sucesión legal. En todos los casos en que el ascendiente sustituido no ha sido preterido o no habría sido preterido, tampoco estarán preteridos sus descendientes que sean legitimarios de grado preferente por sustitución legal suya.

3. MENCIÓN SUFICIENTE PARA EVITAR LA PRETERICIÓN

¿Cuándo se puede entender válidamente «mencionado» a un legitimario de grado preferente? Explicaba LACRUZ (*RCDI*, 1968, p. 523) respecto de la Compilación que «una opinión muy estricta, por similitud con la doctrina del Código civil, entendería que, siendo el testamento acto de disposición de bienes, la mención ha de referirse a la institución, legado o privación de todo beneficio, de manera que no sería suficiente nombrar a un hijo en el acto «mortis causa», por ejemplo, para elogiar sus virtudes, sin decir si se le deja o no algo. La tesis más amplia se conformaría con una mención cualquiera, incluso implícita, como si el testador declara inicialmente que de su matrimonio tiene cinco hijos. El proyecto aragonés [de Compilación], en una posición muy acorde con la finalidad de la norma, exigía la mención, »al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia (la del mencionado) al asignar las legítimas«, y ésta es la interpretación más probable del texto actual, que si distingue entre «nombrar» –es decir, citar nominalmente– y «mencionar»,

tampoco dice que valga cualquier clase de alusión o referencia, aun muy remota o indirecta; y, al contrario, en el art. 122 habla de «mención formal».

Para cortar de raíz la polémica sobre la forma de la mención suscitada por las SS TSJA de 30 septiembre 1993 y 11 noviembre 1998, el art. 189 de la Ley de sucesiones (504 CDFA) ha descrito con toda suerte de detalles la mención que es suficiente para que no haya preterición y la que no lo es (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 343-349, no comparte la utilidad del precepto). Prácticamente cualquier mención es válida o suficiente. Y, además, la disposición transitoria 10ª (DT 22ª CDFA) ha dado efectos retroactivos a lo dispuesto en el artículo 189 (504 CDFA) sobre mención suficiente que, por ello, se aplicará también a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley de sucesiones (y por supuesto a las abiertas después: contra MOREU BALLONGA, 2006, pp. 391-396). Como dice el Preámbulo, acaso la disposición transitoria 10ª (DT 22ª CDFA) no fuera imprescindible, *pues la interpretación llevaba en el Derecho de la Compilación a la misma regla que la más claramente expresada en la presente Ley, pero se ha considerado prudente introducirla para disipar toda posible duda.*

El supuesto general está contenido en el art. 189-1 (504-1 CDFA): *Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios.*

El art. 189-1 (504-1 CDFA) no afronta la virtualidad identificante que deba tener la mención, si debe ser nominativa o si caben designaciones genéricas especialmente referidas a algún legitimario, incluso meramente potencial. Es suficiente toda referencia, nominal o no, que no ofrezca duda acerca de la persona a que se refiere (RODRÍGUEZ BOIX, 2001, p. 21). El testador no sólo conocía la existencia de una hija biológica, sino que la tenía como hija propia aunque nunca, porque no fue esa su voluntad, la reconociera legalmente. En su testamento legó la cantidad de 6 euros en pago de sus derechos legitimarios «a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probare». Entiende la SAPZ, Secc. 4ª, 25.2.2009 que en esas condiciones la cláusula testamentaria, por genérica que lo sea, que lo es, debe reputarse como suficiente a los efectos del art. 189 Lsuc. (504-1 CDFA) por cuanto, sencillamente, era la única forma de la que disponía el causante para referirse a quien, por cuanto no se le quería reconocer no tenía determinada la filiación ni, por ende, su condición legitimaria. Pero que potencialmente sí que podía serlo, como así fue. Potencial situación que es la que se afronta y resuelve en el testamento, por tanto de forma válida para evitar la preterición. De no considerar que la mención es suficiente, la preterición hubiera sido intencional.

El apartado 2 dice que *es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante.* Este supuesto está comprendido en el caso general, pero ha parecido oportuno recogerlo expresamente para amparar de modo explícito los casos en que se deja simbólicamente alguna cantidad mínima. Sirve también para recalcar que hay mención suficiente aunque no se deje absolutamente nada al legitimario mencionado.

Añade el apartado 3 que *no es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos.*

Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive. Aquí se recoge una primera regla ya contenida en el art. 120 de la Compilación, en la que, respecto de los nacidos después de otorgarse el título sucesorio, la falta de mención especialmente referida a ellos equivale a preterición no intencional (por olvido), y ello aunque se empleen expresiones genéricas, como la asignación de una pequeña cantidad a todo hijo que pretendiere derecho a la herencia, o bien a todos los parientes que con derecho a la herencia se creyeren, etc. La mención suficiente, entonces, ha de ser «referida especialmente a ellos», y, por tanto, explicando que comprende a los nacidos después del otorgamiento del acto «mortis causa» (LACRUZ, *RCDI*, 1968, pp. 523-524). Por ejemplo: «Instituyen herederos, por partes iguales, a sus citados hijos y a los demás que pudieran tener en lo sucesivo, los cuales se tienen expresamente por mencionados a todos los efectos» (RODRÍGUEZ BOIX, 2001, p. 23). Se ha añadido otra regla referida a un caso en que la mención no es suficiente para excluir la preterición no intencional, es el caso del padre que está convencido de que un hijo ha fallecido, aun cuando no se hubiera llegado a la declaración de fallecimiento ni a la de ausencia, y de esa forma le menciona en el testamento y resulta que vive. Lo mismo habría que decir de la mención a una persona que el causante no sabe que es descendiente suyo (art. 190-1; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, 2007, p. 628; MOREU BALLONGA, 2006, pp. 344-345). En estos casos, al no haber mención suficiente, existirá preterición no intencional, si bien, conforme al art. 193-1 (508-1 CDFA, el disponente puede establecer las consecuencias de dicha preterición no intencional (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 353-358).

4. PRETERICIÓN INTENCIONAL. CONSECUENCIAS

Es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal (art. 190-1; 505-1 CDFA). Y se añade en el apartado 2 la importante regla de que *la preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario.* La falta de mención en el título sucesorio de un legitimario de grado preferente, cuando la omisión o preterición es intencional, se produce con pleno conocimiento de su existencia y de su condición de descendiente. La presunción *iuris tantum* de que la falta de mención es intencional parece razonable al tratarse de ascendientes y descendientes y también porque al no producir ningún efecto específico complica menos la sucesión. Como la intención de preterir se presume, al que alegue que la preterición es no intencional le corresponderá probarlo.

No se mantiene la distinción de la Compilación entre preterición total y singular porque resulta irrelevante que el preterido intencionalmente lo haya sido solo o en unión de los demás descendientes del causante.

En cuanto a las consecuencias de la preterición intencional, dice el art. 192 (507 CDFA) que *el legitimario preterido intencionalmente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma.* No produce, por tanto, ningún efecto específico. El preterido intencionalmente, en cuanto que es legitimario de grado preferente, conserva su

derecho a reclamar frente a terceros la fracción de legítima colectiva que pueda corresponderle, cuando exista lesión cuantitativa de la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 179 (494 CDFA). Es un derecho que tendría también si no hubiera sido preterido. Por supuesto que el que no ha recibido donaciones ni ha sido mencionado en el título sucesorio no por ello queda excluido de la sucesión legal ni de un posible derecho a alimentos, pero en tal caso ya no puede decirse que ha sido preterido (GIL NOGUERAS, *Manual*, 2007, pp. 606-607; contra: MOREU BALLONGA, 2006, p. 339). Así que la preterición intencional, tanto si es singular como total, carece de sanción y el preterido o preteridos nada pueden reclamar por ello. La nueva regulación es una manifestación de la reafirmación de la libertad civil aragonesa (SJPI núm. 17 Zaragoza 13.7.2004 -*RDCA* 2005-06, marginal 106-).

5. PRETERICIÓN NO INTENCIONAL. CONSECUENCIAS

5.1. *Concepto y supuestos*

Sólo la preterición no intencional es relevante. Con clara intención pedagógica dice el art. 191 (506 CDFA) que *es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo.* Como dice el Preámbulo *la preterición se ha regulado de acuerdo con la que se entiende debe ser su función propia en nuestro Derecho, que es evitar que un legitimario de grado preferente quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante, como consecuencia de que éste, al disponer, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal.* Queda claro, por tanto, que sólo es preterición en sentido propio la no intencional (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2004, p. 64).

El rasgo decisivo de la preterición no intencional es el desconocimiento por parte del disponente (causante o fiduciario), en el momento de otorgar el título sucesorio, de la existencia del preterido o de su condición de legitimario (supuestos de ignorancia o error); desconocimiento que puede producirse en los casos que a título de ejemplo cita el precepto (lista sin duda abierta): descendiente nacido después del otorgamiento del título sucesorio (póstumos y cuasipóstumos), creencia en ese momento de que un descendiente ya ha fallecido (error vicio) o desconocimiento de que cierta persona es hijo o descendiente del causante al ordenar la sucesión (no habrá desconocimiento si se conoce al hijo biológico aunque no esté determinada su filiación: en tal caso la preterición sería intencional). El supuesto del concebido y no nacido deberá tratarse para apreciar preterición intencional o no intencional acudiendo a si el disponente conocía o no el hecho de la concepción al ordenar su sucesión (RODRÍGUEZ BOIX, 2001, p. 202 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2004, p. 65).

No es mención suficiente para evitar la preterición no intencional, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos (sí lo será cuando se utilicen expresiones referidas especialmente a ellos). Tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive (art. 189-3; 504-3 CDFA). Lo mismo habría que decir de la mención a una persona que el causan-

te no sabe que es descendiente suyo aunque lo sea realmente y así quede determinado legalmente tiempo después. En tales casos la mención no evita el desconocimiento ni, por tanto, la preterición no intencional.

En cambio, aunque tampoco eviten el desconocimiento del disponente al otorgar el título sucesorio, parece que si el legitimario de grado preferente ha recibido liberalidades entre vivos o es beneficiario de la sucesión intestada (en los casos de sucesión mixta) no hay preterición, al no darse el concepto descrito en el art. 188-1 (503-1 CDFA) (CERECEDA MARQUÍNEZ, *RDCA*, 1999-1º, p. 119). Para considerar que tales casos son también de preterición no intencional hubiera hecho falta una referencia específica en la Ley, que no se incluyó.

5.2. *Consecuencias de la preterición no intencional*

La preterición no intencional es la única que merece un tratamiento reforzado, puesto que es en relación a ella cuando surge la necesidad de reajustar lo dispuesto por el causante o su fiduciario, con el fin de intentar atribuir al preterido lo que razonablemente la mayor parte de las personas habrían atribuido a un descendiente cuya existencia o condición de tal se ignora. En el caso de la preterición no intencional, la ley aporta un complemento a la voluntad del disponente expresada en el instrumento sucesorio, de acuerdo con lo que parece su intención más probable (*cfr.* LACRUZ, *BCAZ*, núm. 26, 1967). La modificación por obra de la Ley de la ordenación voluntaria de la sucesión no puede tener otra justificación que la protección de la propia voluntad (presunta) del disponente, al no existir un derecho de legítima individual (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2004, p. 64).

Pues bien, señala el art. 193-1 (508-1 CDFA) que el legitimario de grado preferente preterido *tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido por aquél. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 181* (496 CDFA). Estas consecuencias son, con pequeños matices, las mismas del art. 123 de la Compilación para la preterición o desheredación singular. La regla general se aplica tanto a la preterición de algún legitimario de grado preferente como a la de todos los legitimarios de grado preferente (o del único), siempre que se haya designado heredero o legatario a algún otro descendiente (art. 193-2, a contrario; 508-2 CDFA).

La norma da preferencia a las previsiones del causante o su fiduciario sobre los efectos de la preterición. Lo cual resulta coherente con el principio *standum est chartae* (*cfr.* art. 814-5 Cc.). Esta solución permite, entre otras cosas, dar adecuada solución al caso de sucesión de la casa, en la que el causante determina un sucesor, determinación que no quiere que se vea afectada por la posible aparición de descendientes preteridos no intencionalmente; bastará con que así lo indique. El disponente puede incluso privar de todo efecto a la preterición no intencional. El art. 193-1 (508-1 CDFA) es claramente dispositivo (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2004, p. 65; lo que no acepta MOREU BALLONGA, 2006, pp. 353-358, que relaciona

este inciso del 193-1 (5.8-1 CDFA) con las fórmulas de exclusión colectiva de legitimarios futuros que el 189-3 (504-3 CDFA) no considera mención suficiente).

La solución legal subsidiaria es equiparar al preterido con el legitimario, de cualquier clase (mediato o inmediato, y entre éstos por derecho propio o por sustitución legal), menos favorecido en la distribución del caudal relicto por sucesión voluntaria o legal (contra MOREU BALLONGA, 2006, pp. 366-367). La equiparación se hace con el legitimario no preterido que menos recibe por sucesión por causa de muerte, sin tener en cuenta las liberalidades entre vivos a estos efectos. Ese legitimario menos favorecido ha podido recibir una porción mínima, haber sido mencionado simplemente para excluirlo de la sucesión o recibir una atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante o, incluso, puede no haber descendientes que reciban atribuciones por causa de muerte por habérseles asignado la legítima entre vivos. No siempre, por tanto, la equiparación con el legitimario menos favorecido en la sucesión implicará derecho a reclamar una porción del caudal relicto (lo que critica MOREU BALLONGA, 2006, p. 361). En los casos extremos, podría pensarse en equiparar al preterido con el que menos percibe, sin contar a quienes están meramente mencionados u obtienen cantidad simbólica; cuando todo el caudal relicto ha sido asignado a extraños, el preterido podría equiparse al legitimario menos favorecido en vida y permitir reducir en esa medida el caudal relicto asignado a extraños (LACRUZ, *ADC*, 1968). Sin embargo, habrá otros casos en los que la equiparación con el legitimario menos favorecido en la distribución del caudal relicto hará que la cuota del preterido sea superior a los beneficios recibidos en vida del causante por otros legitimarios de grado preferente no mencionados en el título sucesorio. Algunos de estos problemas tienen solución si la equiparación se hace con el legitimario menos favorecido en vida del causante o en su sucesión legal.

5.3. *Cálculo y pago de la cuota del preterido*

Si sólo hubiera un legitimario favorecido en la sucesión del causante, el preterido tiene derecho a la mitad de la porción del caudal relicto recibida por ese legitimario. Cuando son dos o más los legitimarios favorecidos en la sucesión, el preterido tiene derecho a una porción del caudal relicto igual a la que *después de la reducción* corresponda al menos favorecido por el disponente. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones en el caudal relicto de los restantes legitimarios, incluido el menos favorecido. El legislador quiere atribuir al preterido una porción del caudal relicto menor que las otras, salvo una (la que sirve de índice), y a costa de disminuir proporcionalmente todas ellas. De otro modo, podría uno, más favorecido en la distribución del caudal relicto, pasar a serlo menos que el preterido, una vez hecha la reducción proporcional (con alguna duda, también lo ve así MOREU BALLONGA, 2006, pp. 367-368).

La cuota del preterido se forma contribuyendo cada uno de los descendientes partícipes en el caudal relicto, en proporción a lo que de él recibe, sea por herencia o legado. Los donatarios, entonces, no contribuyen en cuanto tales; y, cuando suceden, contribuyen sólo en proporción a lo que reciben del caudal

relicto. Son los sucesores por causa de muerte los gravados (a SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 629, no le parece acertada la mención al caudal relicto que hace el art. 193-1 Lsuc., y MOREU BALLONGA, 2006, pp. 358-369, la considera un duro golpe a la preterición no intencional).

Enseña LACRUZ (*ADC*, 1968, p. 484 de sus *Estudios* II) que para hacer la reducción proporcional se divide el caudal relicto recibido por descendientes por dicho caudal más la cuota inicial del menos favorecido, para hallar así el factor de reducción; las cuotas individuales de cada legitimario se multiplican por el factor de corrección, y la suma de lo reducido a cada uno es la cuota del preterido. Por ejemplo: el padre reparte un caudal relicto de 270 entre cuatro hijos, dando a A, 30; a B, 33; a C, 60, y a D, 147. Queda un quinto hijo, preterido sin intención. Dividido 270 por 270 más 30 (300), nos da un cociente de 0,9, por el que hemos de multiplicar las diversas cuotas para saber la reducida y la del preterido.

A.	30 x 0,9 =	27	Reducción,	3
B.	33 x 0,9 =	29,7	Reducción,	3,3
C.	60 x 0,9 =	54	Reducción,	6
D.	147 x 0,9 =	132,3	Reducción,	14,7
	270	243		27

Cuota del preterido: 27

Ante el silencio de la Ley, parece preferible entender que esa porción del caudal relicto la recibe el preterido como sucesor por disposición de la Ley (art. 2-1).

Al tratarse de una reclamación entre descendientes, se da a quien sufre la reducción el derecho de pagar al preterido su parte en metálico (*pars valoris*). Si ese derecho se confiere al cónyuge viudo en la acción de lesión (181-1; 496-1 CDFA), es lógico que también se reconozca a los descendientes aquí; además, así se facilita el mantenimiento lo máximo posible del contenido del título sucesorio. Si no se opta por pagar en metálico, a la reducción se le aplica también lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 181 (496 CDFA) (MOREU BALLONGA, 2006, p. 368).

5.4. *La preterición no intencional total sin designar a otro descendiente heredero o legatario*

Las consecuencias de la preterición no intencional total, cuando no se ha designado heredero o legatario a ningún otro descendiente, son también, pese a que el supuesto de hecho no es idéntico en ambos cuerpos legales, las de la Compilación: se produce la delación abintestato de todo el caudal relicto (arts. 193-2 Lsuc. (508-2 CDFA) y 122-2 Comp.; solución que critica GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 609; también, en parte, MOREU BALLONGA, 2006, pp. 370-373). En este caso, como dice GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2004, pp. 66-67), el disponente no ha podido (por error o ignorancia) tener en cuenta al descendiente o descendientes preteridos, y por ello ha ordenado instituciones de herederos o legados a favor de extraños; al aparecer luego el preterido o preteridos la Ley ve razonable que, de haberlo sabido, la voluntad del causante habría sido otra, y

por ello anula todo el contenido patrimonial (el derecho a los bienes relictos) del testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia. Es dudoso si cabe previsión distinta del disponente como en el art. 193-1 (508-1 CDFA) (lo niega MOREU BALLONGA, 2006, p. 370). No parece haber duda, en cambio, de que subsistirán las disposiciones de carácter no patrimonial (GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2004, p. 66).

Pero la aplicación de la regla especial del art. 193-2 (508-2 CDFA) requiere, por un lado, que todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente (que no haya mención suficiente de ninguno y que ninguno haya sido favorecido en vida del causante ni en su sucesión legal), y por otro, que no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente. Sólo si se dan ambos presupuestos se produce la apertura de la sucesión legal y se defiere abintestato todo el caudal relicto. Si falta el segundo requisito, lo atribuido por causa de muerte a legitimarios que no son de grado preferente es legítima, evita la apertura de la sucesión legal y debe aplicarse en tal caso la regla general del 193-1 (508-1 CDFA): el preterido o preteridos tendrán derecho individual a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al legitimario menos favorecido.

La donación a algún legitimario de grado preferente evita la preterición no intencional total, mientras que la donación a otros descendientes no la evita.

5.5. *Preterición y lesión cuantitativa*

La porción de caudal relicto que en caso de preterición no intencional corresponde al preterido es independiente del derecho que pueda corresponderle, en cuanto legitimario de grado preferente, a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma (art. 193-3; 508-3 CDFA). Son dos acciones distintas e independientes entre sí, aunque parece preferible ejercitar primero la de preterición; la de lesión corresponde individualmente a cada legitimario de grado preferente, que puede ejercitarla o no; por ello, si el legitimario menos favorecido lo es de grado preferente, su porción en el caudal relicto no hay que incrementarla a efectos de la acción de preterición con la fracción que le correspondería en la lesión de la legítima colectiva; tampoco las participaciones de los restantes legitimarios que deben ser objeto de reducción proporcional.

Pero cuando el preterido no pueda instar ya la acción de lesión por haber sido ejercitada por los demás sin tenerle en cuenta en el cómputo de legitimarios legitimados para accionar individualmente, parece equitativo que lo obtenido en la reducción de liberalidades a extraños se tenga en cuenta para calcular la cuota del preterido y también al hacer la reducción proporcional de las participaciones de los restantes legitimarios (en este sentido MOREU BALLONGA, 2006, pp. 365-366).

VIII. DESHEREDACIÓN Y EXCLUSIÓN

1. Regulación conjunta

El sistema de legítima colectiva lleva consigo que habiendo varios descendientes, con independencia de su grado, el causante pueda atribuir la legítima a aquellos que quiera sin tener que desheredar a los otros, ni siquiera a los de grado preferente. La Compilación, no obstante, aludía a la «injusta desheredación», total o singular, y le atribuía las mismas consecuencias que a la preterición, total o singular, en los arts. 122 y 123. No regulaba la exclusión. La Ley de sucesiones ha regulado por completo la que ha llamado «desheredación con causa legal» (equivalente a la anterior «justa desheredación»), sus requisitos, causas y efectos, así como la reconciliación y el perdón. Junto a ella ha regulado también la «exclusión». El equivalente de la «injusta desheredación» ha quedado reducido ahora a la desheredación por error determinante en la causa legal.

En realidad, puesto que se puede preterir intencionalmente a los legitimarios o excluirlos voluntariamente sin alegación de causa alguna, la desheredación con causa legal *sólo parece tener sentido práctico* –como dice el Preámbulo– *cuando el causante quiere excluir de la herencia a todos o al único descendiente, finalidad que no podrá lograr si no concurre y, en su caso, se prueba, alguna de las causas tasadas para ello.* Así que la desheredación con causa legal tiene un papel mucho más limitado que en los sistemas de legítima individual y buena parte de sus efectos pueden lograrse mediante la simple exclusión o privación consciente de derechos a los descendientes. Esta es la razón por la que ambas figuras, desheredación y exclusión, se regulan en el mismo Capítulo.

2. Desheredación con causa legal

Sólo es desheredación con causa legal aquella que se funda en una de las causas legales de desheredación del art. 195 (510 CDFA), *cierta y expresada en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia* (art. 194-1; 509-1 CDFA). *La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos del causante, si el desheredado la niega* (art. 194-2; 509-2 CDFA). Estos son los requisitos de la desheredación con causa legal. Es una declaración del causante o su fiduciario, expresada en el título sucesorio, de querer privar al legitimario de participar en la herencia, especificando que lo hace por haber incurrido éste en alguna de las causas legales de desheredación. La causa legal alegada ha de ser cierta. En la norma queda claro que también el fiduciario puede desheredar en el acto de ejecución de la fiducia, siempre que el causante le haya atribuido facultades para determinar los derechos que en la sucesión corresponden a los descendientes. La carga de la prueba de la certeza de la causa, si el desheredado la niega, recae como en otros sistemas (*cfr.* art. 850 Cc.) en los herederos del causante (SJPI núm. 18 Zaragoza 17.2.2005 –*RDCA*, 2005-06, pp. 209-211–, SJPI núm. 2 Zaragoza 19.2.2007 –*RDCA*, 2009, marginal 55–).

Indica el art. 195 (510 CDFA) que *son causas legales de desheredación:*

a) Las de indignidad para suceder.

b) Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

c) Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.

d) Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación.

La desheredación se relaciona estrechamente con la indignidad sucesoria, aunque aquélla se refiere sólo a los legitimarios y sus causas, partiendo de las de indignidad, son más amplias. Son causas de indignidad las que enumera el art. 13 de la Ley de sucesiones (328 CDFA), la del art. 58 LDp. (61 CDFA) y la del art. 713 Cc.; las causas de las letras b y c proceden del art. 853 Cc., si bien en la c) se ha añadido la referencia al cónyuge del padre o ascendiente que deshereda, siempre que dicho cónyuge sea también ascendiente del desheredado, con lo que se excluye el maltrato o injuria al padrastro o madrastra. La causa d) está inspirada en el Derecho catalán (art. 370 CSC). La interpretación de las causas de desheredación ha de hacerse de forma restrictiva sin poder extender su aplicación a otros casos no previstos en la Ley (SJPI núm. 17 Zaragoza 9.2.2006 –*RDCA* 2008, marginal 50–).

3. Efectos de la desheredación con causa legal

Si se cumplen los requisitos del art. 194 (509 CDFA) hay desheredación con causa legal y sus efectos son los del art. 196 (511 CDFA). En cambio, la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el art. 194 (509 CDFA) produce los efectos de la exclusión absoluta (art. 198; 513 CDFA). Y si la causa legal de desheredación expresada en el título sucesorio es errónea (no es cierta) pero ha sido determinante de ella, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional (art. 199; 514 CDFA). Aquí comentamos sólo los efectos de la desheredación con causa legal.

El apartado 1 del art. 196 (511 CDFA) dice que *la desheredación realizada conforme al artículo 194* (509 CDFA) *priva al desheredado de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título, excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación.* La desheredación con causa legal, por su propio concepto, se refiere a los legitimarios (de cualquier clase) y conlleva la privación anticipada de cualquier beneficio atribuido por la ley (sucesión legal) o por anterior disposición sucesoria del causante o su fiduciario (testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia), amén de su pretensión a la legítima que pudiera corresponderle en caso de lesión si fuera legitimario de grado preferente y del derecho a alimentos. Si la causa de desheredación lo es también de ingratitud (*cfr.* art. 648 Cc.) el donante podrá además revocar las donaciones hechas al desheredado (Moreu Ballonga, 2006, pp. 378-379).

Pero la desheredación no impide hacer al desheredado alguna atribución sucesoria voluntaria con posterioridad: tal atribución no arguye de modo necesario la reconciliación entre ofensor y desheredante o el perdón del disponente

(MOREU BALLONGA, 2006, p. 379). La condición de legitimario de grado preferente del desheredado que lo sea pasará a sus descendientes, si los tiene, conforme al art. 173-1. Las liberalidades (entre vivos o por causa de muerte) recibidas por el desheredado con causa legal, aunque pierde la condición de legitimario, se imputan a la legítima como dice el art. 175-1 (490-1 CDFA).

Añade el art. 196-2 (511-2 CDFA) que la desheredación con causa legal, *además, extingue la legítima colectiva si no hubiera otros descendientes que conserven la condición de legitimarios*. Pudiera suceder que fuera desheredado con causa legal el único descendiente o todos los descendientes que pudiera haber, en cuyo caso la legítima colectiva quedaría extinguida. Precisamente, en una normativa como la aragonesa, ésta es la principal virtualidad de la desheredación con causa legal, pues los otros efectos se pueden conseguir sin necesidad de desheredar con causa legal: basta la preterición intencional o la mención en el título sucesorio para excluir de todo derecho en la sucesión.

El apartado 3 del art. 196 (511-3 CDFA) regula la reconciliación y el perdón en los siguientes términos: *La reconciliación posterior entre el disponente y el desheredado o el perdón de aquél a éste, privan al disponente del derecho a desheredar y dejan sin efecto la desheredación ya hecha*. La reconciliación requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, de tipo social o familiar, mientras que la remisión o el perdón pueden ser actos unilaterales del desheredante y no dar lugar a relación de hecho alguna que indique la reconciliación. Por ello, la norma incluye, junto a la reconciliación (*cfr.* art. 856 Cc.), el perdón unilateral. Pero no se dice, como en la rehabilitación del indigno (art. 17-1; 332-1 CDFA), que el perdón deba constar en escritura, lo que permite sostener que cabe el perdón tácito (GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, p. 618). La reconciliación y el perdón son irrevocables (art. 17-1; 332-1 CDFA). La desheredación ya hecha queda sin efecto, no se producen los efectos de la exclusión absoluta, pero tampoco, al haber mención suficiente, los de la preterición.

4. EXCLUSIÓN VOLUNTARIA DE DESCENDIENTES

La posibilidad de excluir a un descendiente o privarle de beneficios sucesorios es obvia en un sistema de legítima colectiva, en el que el disponente puede distribuirla entre todos los descendientes en la forma que estime oportuno como dice el art. 171-2 (486-2 CDFA). Por ello, aun no siendo necesario decirlo, pero con la finalidad de completar el sistema legitimario, el art. 197-1 (512-1 CDFA) establece que *el disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurran los requisitos del artículo 194* (509 CDFA) *y aun sin alegación de causa alguna*. Para privar de atribuciones sucesorias a un hijo, no hace falta desheredarle con causa legal, ni siquiera es necesario mencionarle en el título sucesorio, basta con no dejarle nada en la sucesión voluntaria y evitar la apertura de la sucesión legal. Pero, si se quiere, se le puede mencionar en el título sucesorio para excluirle de la sucesión voluntaria o de toda atribución sucesoria, sin necesidad de alegar para ello causa alguna. Lo mismo se puede hacer respecto de descendientes de grado ulterior.

Pues bien, *los legitimarios excluidos no tienen otros derechos que el que pueda corresponderles a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma, y los que les correspondan en la sucesión legal, salvo lo dispuesto en los dos artículos*

siguientes (art. 197-2; 512-2 CDFA). La mención en el título sucesorio para excluir a un descendiente evita, de entrada, la preterición; si el excluido es legitimario de grado preferente y hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva, conserva el derecho que pueda corresponderle a reclamar una parte de la lesión frente a terceros y el derecho de alimentos previsto en el art. 200 (515 CDFA); el excluido conserva también, en cuanto no sea declarado indigno de suceder, el derecho que le pueda corresponder en la sucesión legal si llega a abrirse; pero si se trata de una exclusión absoluta conforme al art. 198 (513 CDFA) pierde estos derechos, excepto el de alimentos.

La exclusión simple, por oposición a la absoluta, sólo priva de atribuciones sucesorias en la ordenación voluntaria de la sucesión, pero como para lograr este fin basta, sin necesidad de exclusión expresa, con no hacer ninguna atribución sucesoria a favor del excluido tácitamente, la exclusión expresa simple carece por completo de función y utilidad (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 631).

Además, si el motivo de la exclusión, aún absoluta, es erróneo y determinante de la exclusión, se producen para los legitimarios de grado preferente excluidos las consecuencias de la preterición no intencional como dice el art. 199 (514 CDFA).

5. EXCLUSIÓN ABSOLUTA Y DESHEREDACIÓN SIN CAUSA LEGAL

Una primera excepción al régimen general de la exclusión voluntaria de descendientes del art. 197 (512 CDFA) la constituye el supuesto de la llamada «exclusión absoluta» regulada en el art. 198 (513 CDFA). Dice su apartado 1 que *la exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión. La misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 194* (509 CDFA).

No cumple los requisitos expresados en el art. 194 (509 CDFA) la desheredación pretendida que no se funde en una de las causas legales de desheredación del art. 195 (510 CDFA), o aquella en que la causa legal alegada no sea cierta, o no se halle expresada en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia, o no resulte probada si el desheredado la niega. En la desheredación que podemos llamar genéricamente «sin causa legal», aunque no puede producir los efectos de la desheredación con causa legal, existe la declaración de voluntad del disponente de que el desheredado no reciba nada de su sucesión. La equiparación a la exclusión absoluta, a todos los efectos previstos en los tres apartados del art. 198 (513 CDFA), es por ello razonable, y así se respeta lo máximo posible la voluntad del disponente (contra: MOREU BALLONGA, 2006, pp. 379-384). En caso de error determinante en la causa alegada se aplica el art. 199 (514 CDFA).

No es lo mismo la exclusión simple que la exclusión absoluta (o la desheredación sin causa legal), ésta tiene unos efectos más reforzados que aquélla. A salvo lo dispuesto en el art. 199 (514 CDFA) para el supuesto de que la causa expresada de la exclusión absoluta sea errónea y determinante, *los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción*

de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran (art. 198-2; 513-2 CDFA).

No obstante, si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma (art. 198-3; 513-3 CDFA).

Así que si la exclusión absoluta (o la desheredación sin causa legal) afecta a todos o al único legitimario produce los efectos de la exclusión simple: los excluidos no reciben atribuciones sucesorias voluntarias pero conservan los restantes derechos, incluido el de heredar si la sucesión legal, por falta de previsión del disponente, llega a abrirse (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *RDCA*, 2005-06, p. 215, considera que el mantenimiento del derecho a la sucesión legal carece de fundamento razonable; también MOREU BALLONGA, 2006, p. 388). Los que sean legitimarios de grado preferente podrán, si existe lesión, reclamar la legítima colectiva frente a terceros.

Cuando la exclusión absoluta (o la desheredación con causa legal) no es total (no afecta a todos o al único legitimario) sí tiene unos efectos reforzados: priva del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponder al así excluido (o desheredado sin causa legal) que fuera legitimario de grado preferente; pero el legitimario de grado preferente excluido de forma absoluta (o desheredado sin causa legal) no pierde del todo esa condición porque conserva el derecho a alimentos del art. 200 (515 CDFA) (arts. 24.2 y 198.2; 339 y 513-2 CDFA). En los derechos que pierde el legitimario de grado preferente excluido de forma absoluta (o desheredado si causa legal) le sustituyen, si no han sido excluidos o desheredados también, sus descendientes si los tuviera (SJPI núm. 2 Zaragoza 19.2.2007), lo que critica MOREU BALLONGA (2006, pp. 385-389). A juicio de este autor la Ley de sucesiones ha llamado a la estirpe del excluido absolutamente cuando no debió hacerlo (art. 198-2; 513-2 CDFA) y ha dejado de llamarla cuando sí que debió hacerlo (art. 198-3; 513-3 CDFA).

La exclusión absoluta, en cuanto forma de privar del derecho a suceder abintestato, puede afectar a cualquier potencial sucesor legal, no sólo a los descendientes (SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *RDCA*, 2005-06, pp. 209-215; y, con reservas, MOREU BALLONGA, 2006, pp. 389-390).

6. Error en el motivo de la exclusión o la causa de la desheredación

La norma del art. 199 (514 CDFA) es una manifestación de lo que se conoce como «falsedad en la causa» (art. 767 Cc.) o error en la motivación de la disposición sucesoria. Como dice el art. 156 Lsuc. (471 CDFA) *la expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición.* No hacer una atribución sucesoria a favor de un descendiente no parece que pueda tener un motivo ilícito (*cfr.* art. 190-1 Lsuc.; 505-1 CDFA). Pero sí puede haber un error en el motivo o la causa de la no atribución sucesoria que, en lugar de ser cierto como creía el disponente, es en realidad falso. El error en los motivos de la disposición sucesoria, cuando es determinante

de ella, la hace anulable (art. 109-2 Lsuc.; 424-2 CDFA). Pero la anulación de una exclusión o de una desheredación, por error determinante en el motivo o la causa legal, no hace que el así excluido o desheredado tenga derecho a una porción individual en la legítima colectiva. Además de dejar sin efecto tal exclusión o desheredación, hay que corregir la voluntad declarada del disponente si se quiere que el excluido o desheredado por error determinante tenga derecho a una porción individual en la legítima colectiva.

Es lo que hace el art. 199 (514 CDFA) al decir que *si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional.*

El error ha de ser determinante, pues en otro caso el motivo o la causa se tienen por no puestos. La exclusión no necesita motivación alguna, por lo que la eliminación del motivo alegado no tiene ninguna consecuencia; en cambio, la desheredación con causa legal necesita causa legal, cierta y probada, de modo que si la causa legal se tiene por no puesta (al ser falsa o errónea o al no poder probarse la certeza) la pretendida desheredación deja de cumplir los requisitos expresados en el art. 194 (509 CDFA) y adquiere la consideración de una exclusión absoluta como dice el art. 198-1 (513-1 CDFA).

Cuando el error en el motivo o la causa legal ha sido determinante de la exclusión, simple o absoluta, o de la desheredación porque del título sucesorio resulta que el disponente no las habría hecho de haber conocido el error, la exclusión o desheredación son anulables y, por ello, si se anulan no privan de ningún derecho, pero en tal caso se producen además para los legitimarios de grado preferente (sólo para ellos) las consecuencias de la preterición no intencional. Si el error ha sido determinante parece razonable atribuirle los mismos efectos que a la preterición no intencional, que procede de otro error: el de ignorar la existencia del legitimario o su condición de tal [SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 632; MOREU BALLONGA, 2006, pp. 341-343, relaciona el art. 199 Lsuc. (514 CDFA) con el art. 123 Comp.].

Así que el excluido o desheredado por error determinante en el motivo o en la causa legal que sea legitimario de grado preferente tiene derecho a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al legitimario menos favorecido por aquél (art. 193-1; 508-1 CDFA); tiene derecho a esa porción del caudal relicto con independencia de las donaciones imputables a la legítima que hubiera podido recibir. Aquí se trata simplemente de reparar el error determinante sufrido por el disponente al ordenar la sucesión: le hizo donaciones en vida pero un error le ha impedido poder favorecerle también en su sucesión. Si el legitimario de grado preferente excluido o desheredado por error determinante premuere al disponente, las consecuencias de la preterición no intencional podrán ser hechas valer por sustitución legal por sus descendientes como excepción a lo dicho en el art. 188-2 (503-2 CDFA).

Cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido excluidos o desheredados por error determinante en el motivo o la causa legal, si no

ha sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación abintestato de todo el caudal relicto (art. 193-2; 508-2 CDFA). Si ha sido designado heredero o legatario otro descendiente, se producen los efectos de la preterición singular del art. 193 (508 CDFA).

IX. DERECHO A ALIMENTOS

La Ley de sucesiones ha mantenido en lo esencial el derecho a alimentos del art. 121 de la Compilación, si bien lo ha trasladado al final de la regulación, en capítulo separado, y ha introducido algunas precisiones y restricciones (*vid.*, por extenso, RUFAS DE BENITO, 2006, pp. 419-426; GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, pp. 621-630 y *El derecho de alimentos del legitimario,* 2007). Dice el art. 200-1 (515-1 CDFA) que *los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos.*

En Aragón no hay legítima individual, ni legítima formal y se puede, por tanto, preterir intencionadamente o excluir, incluso de forma absoluta, sin que ello otorgue derecho alguno a los legitimarios preteridos o excluidos (salvo en caso de error determinante), por ello no deja de ser hasta cierto punto contradictorio que, sin embargo, los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos porque no se les ha dejado nada de la herencia (la situación de necesidad debe existir ya en ese momento) puedan reclamarlos de los sucesores del causante (aunque no sean legitimarios), en proporción a los bienes recibidos del caudal relicto.

La Ley de sucesiones ha precisado que se trata de los alimentos que les corresponderían «como descendientes del causante», más amplios que los debidos entre hermanos; y, en el apartado 2 del art. 200 (515 CDFA), ha restringido mucho su aplicación al indicar que *sólo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general.* Quedan, por tanto, como unos alimentos muy residuales, como una obligación legal para los sucesores del causante pero en última instancia, es decir, en defecto de la obligación de alimentos legales entre parientes del cónyuge, descendientes, ascendientes (entre los que hay que incluir al viudo usufructuario: arts. 116 y 71-2 Lrem.; 298 y 253-2 CDFA) y hermanos, por este orden conforme al art. 144 Cc. (GIL NOGUERAS, 2007, p. 21).

Con la actual configuración no parece que esta obligación de alimentos del art. 200 (515 CDFA) pueda ser ningún contrapeso a la amplia libertad de testar de los aragoneses en aras de un pretendido deber moral de no dejar en la indigencia absoluta a los hijos habiendo patrimonio hereditario (en parecido sentido, MOREU BALLONGA, 2006, p. 390, y GIL NOGUERAS, 2007, p. 16).

X. RENUNCIA A LA LEGÍTIMA

El art. 177 (492 CDFA) regula la renuncia a la legítima de la siguiente manera:

1. La renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio.

2. Los requisitos de capacidad y forma de la renuncia a la legítima son, cuando se hace después de la delación, los mismos de la repudiación de la herencia, y, cuando se hace antes, los mismos del otorgamiento de pactos sucesorios.

3. La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que le provengan de la sucesión voluntaria del causante.

4. La renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendiente implica la renuncia a la legítima

La renuncia a la legítima se regula, por tanto, de forma amplia y completa, recogiendo también la presunción del art. 106 de la Compilación (que estaba en sede de sucesión paccionada).

Dicha renuncia es posible tanto antes como después de la muerte del causante; si bien el momento decisivo que separa ambos tipos de renuncia no es tanto el de la muerte como el de la delación a favor del renunciante, cuando no son coincidentes (MOREU BALLONGA, 2006, p. 235, cree que el momento a tener en cuenta es solo el de apertura de la sucesión). Mientras no ha tenido lugar la delación de la herencia en favor del renunciante, la renuncia es previa al nacimiento del derecho del legitimario a lo efectivamente atribuido en pago de la legítima. La hecha antes de la muerte del causante puede hacerse tanto unilateralmente como en pacto sucesorio (art. 84 Lsuc.; 399 CDFA).

En el apartado 2 se aclaran los requisitos de capacidad y forma. Cuando se hace la renuncia después de la delación, los requisitos de capacidad y forma son los mismos de la repudiación de la herencia: pueden repudiar los mayores de edad no incapacitados, así como los menores mayores de catorce años y las personas sometidas a curatela, en los dos últimos casos con la debida asistencia (lo que critica MOREU BALLONGA, 2006, pp. 235-237); por los menores de catorce años o incapacitados sometidos a tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada repudian sus representantes legales con autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez; denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución legitimaria; cuando sean representantes ambos padres, la repudiación exige la intervención de los dos (art. 31; 346 CDFA). Por otra parte, la repudiación ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente (art. 36; 351 CDFA). Sin embargo, la STSJA 30 enero 2008 (*RDCA* 2008, marginal 16), sin hacer aplicación de lo dicho en el art. 177-2, dice que la renuncia a la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que no considera renuncia a la legítima, puede hacerse de forma tácita mediante actos inequívocos y concluyentes.

La renuncia hecha antes de la delación, incluso unilateralmente, tiene los mismos requisitos de capacidad y forma que el otorgamiento de un pacto sucesorio: el renunciante ha de ser mayor de edad (art. 63; 378 CDFA) y la renuncia ha de hacerse en escritura pública (art. 62; 377 CDFA), afectándole también (como dice SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Manual*, 2007, p. 626; contra: MOREU BALLONGA, 2006, p. 234) el carácter personalísimo que impone el art. 64 (379 CDFA), por lo que no puede hacerse por apoderado. La renuncia unilateral no tiene la misma flexibilidad que la realizada en pacto sucesorio (*cfr.* arts. 84-2 Lsuc.), es irrevocable y no puede someterse a plazo ni condición (art. 28; 343 CDFA), ni puede hacerse parcialmente (art. 30; 345 CDFA), por aplicación del régimen general de la repudiación de la herencia (CALATAYUD SIERRA, *RDCA*, 2000-1º, p. 190).

El apartado 3 contiene la presunción de que la renuncia a la legítima va referida exclusivamente a las acciones que pudieran corresponder al renunciante para reclamar en razón de su condición de legitimario. No se renuncia a la condición de legitimario ni se renuncia a las atribuciones que en la sucesión legal o voluntaria del causante le puedan corresponder. La renuncia a las eventuales acciones derivadas de la legítima, o bien a su ejercicio si hubiera lugar a él, es independiente de la aceptación o repudiación de los posibles beneficios *mortis causa*. Y, por ello, lo que de hecho reciba el renunciante del causante por cualquier título lucrativo se imputa en la legítima.

Ahora bien, esta presunción admite declaración en contrario, de modo que la renuncia, previa o posterior a la delación, puede no limitarse a las acciones derivadas de la legítima sino extenderse a la condición de legitimario, a las atribuciones sucesorias voluntarias o legales o a todas ellas (CALATAYUD SIERRA, RDCA, 2000-1º, p.193, defiende que «no hay razones que impidan esa renuncia cuando el renunciante no es legitimario de la persona cuya herencia renuncia, dado el principio *standum est chartae* que consagra la autonomía de la voluntad en Aragón»). La renuncia o la simple falta de ejercicio de una acción individual no incrementa el derecho de los demás legitimarios (art. 179-3; 494-3 CDFA) sino que reduce el importe de la legítima colectiva. En cambio la renuncia a la herencia por parte de un legitimario de grado preferente o a su condición de tal no reduce la legítima colectiva sino que, al haber un legitimario menos, hace que los restantes legitimarios de grado preferente sean por derecho propio los titulares de las acciones de defensa. La renuncia a la legítima de todos los legitimarios o del único existente extingue la legítima (MOREU BALLONGA, 2006, p. 242).

En el apartado 4 el legislador ha optado por ampliar las facultades de disposición del causante al negar al legitimario que renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte la legitimación para accionar en defensa de la legítima (con muy dudoso acierto, en opinión de MOREU BALLONGA, 2006, p. 238). Es obvio que la aceptación de las atribuciones sucesorias no hace presumir la renuncia a la legítima; en cambio, la renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendente sí implica la renuncia a la legítima: el legislador ha entendido que no cabe separar la legítima de las atribuciones ordenadas para satisfacerla: no cabe repudiar la herencia o el legado y reclamar la legítima, y ello aunque el importe de la lesión fuera mucho mayor que el valor de la atribución renunciada.

XI. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES EN MATERIA DE LEGÍTIMA

Al intentar hacer una regulación completa de la legítima, la Ley de sucesiones aborda también la cuestión de la prescripción de las acciones (el titulillo del precepto dice *prescripción* y no caducidad) derivadas de la legítima (por lesión cuantitativa o cualitativa, preterición no intencional, desheredación o exclusión por error determinante, o por derecho a alimentos) y se ha hecho en un precepto general, el art. 178 (493 CDFA), cuyo apartado 1 dice así: *Las acciones reguladas en este Título prescriben en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad.*

El plazo de cinco años, inferior a los que rigen en otros sistemas sucesorios (lo que critica MOREU BALLONGA, 2006, pp. 306-307), es el mismo del art. 33 del Apéndice de 1925, y ha parecido razonable recuperarlo y establecer un plazo de prescripción (susceptible de interrupción, por tanto) único para todas las acciones derivadas de infracciones a la legítima (*vid.* GIL NOGUERAS, *Manual*, 2006, pp. 630-635).

Las acciones por infracción de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima, así como la de preterición no intencional total sin otro descendiente designado heredero o legatario, se interponen contra no descendientes, mientras que las demás acciones derivadas de la legítima (por preterición no intencional, desheredación o exclusión por error determinante y por derecho a alimentos) se interponen contra otros legitimarios (o sucesores, en el caso del derecho a alimentos).

En cuanto al momento de comienzo del cómputo del plazo, la regla general es que se computa desde el fallecimiento del causante (como dice MOREU BALLONGA, 2006, pp. 293-303, el momento verdaderamente decisivo, en la mayoría de los casos, es el de la apertura de la sucesión), si bien cuando la delación a favor del legitimario se produzca después (en particular en caso de fiducia sucesoria) y este hecho sea determinante para el ejercicio de la acción por el legitimario, será entonces cuando empezará el cómputo (para la acción de preterición, *vid.* RODRÍGUEZ BOIX, 2001, pp. 41-44). Conviene recordar que en la sucesión bajo condición suspensiva, la delación tiene lugar al tiempo de cumplirse la condición (art. 6-2; 321-2 CDFA), y son ejemplos de sucesión bajo condición suspensiva los llamamientos a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no (art. 11; 326 CDFA), que incluye al *nasciturus* (art. 10-2; 325-2 CDFA), al hijo póstumo nacido de fecundación asistida *post mortem* (art. 10-3; 325-3 CDFA) y al *concepturus* expresamente llamado en la sucesión voluntaria (art. 10-1 i.f.; 325-1 CDFA); también, por aplicación analógica del art. 6-2 (321-2 CDFA), la delación a favor del hijo biológico cuya filiación se determina legalmente tras la muerte del padre tendrá lugar en el momento de la determinación legal (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 303-305). En todos estos casos la delación no tendrá lugar hasta que nazcan (con las condiciones del art. 30 Cc.) o se determine su filiación respecto del causante.

Hay regla especial para los menores que no han cumplido los 14 años (extensible a *nasciturus* y *concepturus* que lleguen a ser legitimarios): dice el art. 178-2

(493-2 CDFA) que *si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve*. Por los que sean menores de 14 años al iniciarse el cómputo del plazo pueden accionar sus representantes legales, pero si no lo hacen el plazo de prescripción no corre para los menores hasta que no cumplen los 14 años, de ahí que el plazo finalice para ellos cuando cumplan 19 años. De modo que si al llegar a los 14 años el representante legal no ha ejercitado las acciones correspondientes, será el propio menor, con la debida asistencia hasta la mayoría de edad, el que dispondrá todavía de un plazo de 5 años para hacerlo por sí mismo (MOREU BALLONGA, 2006, pp. 308-312, critica la introducción de esta norma).

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA LEGÍTIMA EN ARAGÓN

A) En el Derecho de los Fueros y Observancias (obras posteriores a 1926)

ARVIZU, F. de: «En torno a un artículo del Prof. Lalinde sobre la legítima aragonesa», *AHDE,* núm. 57, 1987**,** pp. 389-494.

ARVIZU, F. de: «La desheredación por cinco sueldos en la Alta Edad Media de Aragón y Navarra», *Anuario de Derecho Foral*, II (Pamplona 1976-77), pp. 65-77.

ARVIZU, F. de: «La reserva hereditaria en el Derecho aragonés bajo medieval». *Estudios en homenaje a los Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, T. I (Coimbra, 1982), pp. 299-335.

ARVIZU, F. de: «Las causas de desheredación en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra». *Melanges offerts a Jean Dauvillier* (Toulouse, 1979), pp. 1-14.

ARVIZU, F. de: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*. Pamplona 1977.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el Apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales», *RDCA*, 1997, III (nº 2), pp. 31-49.

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

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

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Legítima» y «Libertad civil», voces de la *Gran Enciclopedia Aragonesa*, VIII, 1981.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *El Derecho aragonés. Aportación a una conciencia regional*. Alcrudo editor, Zaragoza, 1977, pp. 147-149.

IBARRA FRANCO, Martín: «La legítima en Aragón», *Anuario de Derecho Aragonés* (ADA), X, 1959-60, pp. 431-450 (= *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza* (BCAZ), Núm. 3, 1961, pp. 23 y ss.).

ISÁBAL Y BADA, Marceliano*: Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, Zaragoza, 1926. Edición de 1985 del Colegio de Abogados de Zaragoza.

LALINDE ABADÍA, Jesús: «Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa», *AHDE,* núm. 55, 1985, pp. 333-387.

ORIA DE RUEDA Y ELIA, Galo Alfonso: «Legítimas, preterición y desheredación en el Derecho foral aragonés», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 131, 1993, pp. 37-49.

PALA MEDIANO, Francisco: «Dictamen» (sobre legítimas en Aragón), *ADA*, XII, 1963-64, pp. 367-377.

B) En el Apéndice aragonés

BATALLA GONZÁLEZ, Manuel: «La preterición en Aragón», *Primera Semana de Derecho Aragonés* (PSDA), 1942, pp. 87-91.

FUENTE PERTEGAZ, Pedro de la: «La distribución de la legítima en Aragón», *PSDA*, 1942, pp. 83-85.

IBARRA FRANCO, Martín: «La legítima en Aragón», *ADA*, X, 1959-60, pp. 431-450 (= *BCAZ*, Núm. 3, 1961, págs. 23 y ss.).

PALA MEDIANO, Francisco: «Dictamen» (sobre legítimas en Aragón), *ADA*, XII, 1963-64, pp. 367-377.

RICO GAMBARTE, José Javier: «Alimentos como suplemento de legítima», *ADA*, VI, 1951-52, pp. 221-235.

RIERA AISA, Luis: Voz «Elección de heredero», en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VIII, 1956).

SOLANO NAVARRO, Manuel: «Tres cuestiones mínimas, al parecer», *ADA*, I, 1944, pp. 331-332.

C) En la Compilación aragonesa

ALONSO GIL, Pedro y FERNÁNDEZ VICIEN, Concepción: «Contenido de la legítima», en *Estudios sobre Derecho sucesorio aragonés,* Zaragoza, 1986, pp. 383-414.

BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena: «La legítima formal aragonesa, la preterición y la STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 1993», *RDCI*, 1994, pp. 1253-1291.

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

CALATAYUD SIERRA, Adolfo (ponente), MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio Y GIL NOGUERAS, Luis A. (colaboradores): «Las legítimas en Aragón», *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994), pp. 49-82.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «La renuncia a la legítima en el Derecho civil aragonés», *RCDI*, 1980, pp. 9-15.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *El Derecho aragonés. Aportación a una conciencia regional.* Alcrudo editor, Zaragoza, 1977.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Legítima» y «Libertad civil», voces de la *Gran Enciclopedia Aragonesa*, VIII, 1981.

GARCÍA AMIGO, Manuel: «Comentario a los arts. 119 a 121 (contenido de la legítima) de la Compilación aragonesa», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 3-31.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Derecho de sucesiones por causa de muerte (De la legítima. De la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión)», *BCAZ*, núm. 26, 1967, pp. 145-194 (= *Estudios de Lacruz*, II, 1992, pp. 409-431).

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», en *Estudios Castán*, II, 1969, pp. 275-301 (= *Estudios* de Lacruz, II, 1992, pp. 659-675).

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Las legítimas en la Compilación», RCDI, XLIV, 1968, pp. 505-541.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente», *ADC*, 1968, pp. 513-549 (= *Estudios* de Lacruz, II, 1992, pp. 455-489).

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Colación e inoficiosidad de donaciones en el Derecho aragonés», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, J. M. Bosch Editor, S. A.,1993, pp. 1747-1771.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentario a los arts. 122 a 126 (protección de la legítima) de la Compilación aragonesa», en *Comentarios al Código civil y / /Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 32-74.

MOREU BALLONGA, José Luis: «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», *RDCA*, 1997-1, pp. 9-64; = *ADC*, enero-marzo 1997).

ORIA DE RUEDA Y ELIA, Galo Alfonso: «Legítimas, preterición y desheredación en el Derecho foral aragonés», *BCAA*, núm. 131, 1993, pp. 37-49.

RAMS ALBESA, Joaquín: «Libertad civil, libertad de testar», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz*, vol. 1º, 1992, pp. 695-712 (= en *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas, 20-22 noviembre 1991*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 108-127).

D) En la Ley de sucesiones por causa de muerte

BRUN ARAGÜÉS, Juan José: «Intangibilidad cualitativa de la legítima», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel, 2005*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 411-417.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional histórico y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos», en *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Huesca-Zaragoza, 7, 14 y 21 nov. 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pp. 46-51.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Renuncia a la herencia futura en Aragón: un supuesto práctico», *RDCA*, 2000-1º, pp. 185-193.

CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, Rafael M.: «La preterición de herederos en el Derecho común y en el Derecho aragonés», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»,* núm. 1 (2004). http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=170.

CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: «De la legítima», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 139-151 (= *RDCA* 1999-1º, pp. 111-121).

CURIEL LORENTE, Francisco: «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Aragón», en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. II, pp. 943-960.

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 pp.

GIL NOGUERAS, Luis Alberto: «De la legítima», en *Manual de Derecho sucesorio aragonés* (MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: Coordinador). Edita Sonlibros, Zaragoza, 2006. Núm. 1 de la Colección «Derecho Civil Aragonés». pp. 543-635.

GIL NOGUERAS, Luis Alberto: *El derecho de alimentos del legitimario*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 27 de septiembre de 2007. Contestación de José Luis Merino Hernández. Zaragoza, 2007, 45 pp.

LASIERRA GÓMEZ, Ignacio: «La legítima en el Derecho civil aragonés», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»,* núm. 1 (2004).

http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=94

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón», *Anuario 1998 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación,* pp. 83-101 (= Lunes Cuatro Treinta, Revista de Asuntos Registrales, núm. 257, pp. 22 y ss.).

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio: «La ausencia como supuesto de hecho de la sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 120-127.

MOREU BALLONGA, José Luis: «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel, 2005*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 149-417.

PARRA LUCAN, Mª Angeles: «Derecho de sucesión por causa de muerte», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Volumen VI *(*Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas), Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, pp. 3647-3690.

PARRA LUCAN, Mª Angeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», en VV.AA: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs. M. D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), CGPJ, Manuales de Formación Continua núm. 47, Madrid, 2008, pp. 467-599.

PUEYO MOY, José Luis: «La colación en el Derecho civil aragonés», en *RDCA*, 2005-2006, pp. 123-162.

RODRIGUEZ BOIX, Francisco: «La preterición», en *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Huesca-Zaragoza, 7, 14 y 21 de noviembre de 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pp. 7-45.

RUFAS DE BENITO, Isabel: «El derecho de alimentos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel, 2005*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 419-426.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «La invalidez de las cautelas de opción compensatoria, en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», *RDCA*, 2003-2004, pp. 43-57.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «La voluntad del causante en la exclusión sucesoria. (A propósito de una sentencia sobre desheredación no justificada)», en *RDCA*, 2005-2006, pp. 209-215.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «La legítima», en VV.AA.: *Manual de Derecho civil aragonés* (Dir. Jesús Delgado Echeverría; Coor. Mª Ángeles Parra Lucán). 2ª edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 613-642.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte», en la *Revista de Economía Aragonesa* (IberCaja, Zaragoza), núm. 8, junio de 1999, pp. 75-98.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Matrimonio, pareja estable no casada y Derecho de sucesiones», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, octubre de 1999, pp. 27-32.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 88-119.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La reforma de la legítima aragonesa», en *Homenaje a Díez-Picazo* (Thomson-Cívitas, Madrid, 2003), pp. 5537-5556.

SORIA MONEVA, Ana: «La prueba de la preterición», en en *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Huesca-Zaragoza, 7, 14 y 21 de noviembre de 2000), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pp. 52-57.

SORO DOMINGO, José Luis: «La Ley aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte», *Rolde. Revista de cultura aragonesa,* núm. 87, enero-marzo de 1999, pp. 58-62.

CUESTIONES DE INVALIDEZ TESTAMENTARIA EN LA SUCESIÓN ARAGONESA

Alfredo Sánchez-Rubio García
Profesor Titular de Derecho civil

RESUMEN

Precede al estudio del régimen de la invalidez testamentaria en la Ley de sucesiones por causa de muerte una introducción sobre la invalidez testamentaria en general, indispensable para tomar distancia de la estructura y postulados de la invalidez contractual, que influye más de lo deseable en cualquier tipo de invalidez. Parte de la distinción esencial entre invalidez e ineficacia y de la relación entre estos conceptos: el objetivo de la invalidez es impedir que el acto inválido produzca efectos, pese a su apariencia de validez. Como novedad en los ordenamientos españoles, el aragonés acoge el sistema dualista nulidad-anulabilidad, que se estudia en la parte II, junto a los supuestos que, fuera del régimen general de los artículos 108 y siguientes de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, regulan casos concretos de invalidez e ineficacia, como sucede señaladamente en el Título dedicado a la legítima.

Palabras clave: Invalidez, ineficacia, nulidad, anulabilidad, legitimación, capacidad, prescripción, testamento, vicios de la voluntad, error.

ABSTRACT

An introduction about testamentary invalidity in general precedes the study of the regime of testamentary invalidity in law of inheritance, essential to step away from the structure and principles of contractual invalidity that is more influential than is desirable in all types of invalidity. It starts with the essential dis-

tinction between invalidity and inefficacy and the relation between these two concepts. The objective of invalidity is to prevent the invalid act from producing effects, in spite of its apparent validity. The Aragonese legal system, as a novelty in the Spanish legal system, allows for the nullity-voidability dual system, which is studied in part II jointly with the circumstances that, outside of the general regime of articles 108 and following of the Aragonese Law of Inheritance on Death, regulate specific cases of nullity and voidability, as occurs in the Title dedicated to the legitimate inheritance.

Key words: Invalidity, inefficacy, nullity, voidability, letigitimisation, capacity, prescription, will, defects of intent, error.

SUMARIO

I. LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA: 1. Introducción; 2. Invalidez e ineficacia; 3. La apariencia de validez del acto inválido; 4. Caracteres de la invalidez testamentaria; 5. Carácter unitario de la invalidez; 6. La inexistencia. II. INVALIDEZ E INEFICACIA TESTAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO ARAGONÉS: 1. Régimen general de la invalidez testamentaria en Aragón: 1.1. *Invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias;* 1.2. *Legitimación;* 1.3. *Prescripción;* 1.4. *Tutela judicial de la invalidez testamentaria.* 2. Invalidez del testamento y de sus disposiciones; 2.1. *Requisitos esenciales del testador;* 2.2. *Capacidad natural;* 2.3. *Vecindad civil;* 2.4. *Inobservancia de requisitos esenciales del contenido testamentario;* 2.5. *Infracción de requisitos formales no esenciales;* 2.6. *La nulidad de las disposiciones testamentarias;* 2.7. *Vicios de la voluntad;* 2.8. *El error.* 3. Otros supuestos legales de invalidez y de ineficacia: 3.1. *Disposiciones correspectivas del testamento mancomunado;* 3.2. *La ineficacia sobrevenida.*

I. LA INVALIDEZ TESTAMENTARIA

1. Introducción

Concurren en la invalidez testamentaria caracteres específicos que revelan una naturaleza distinta a la invalidez contractual, cuyas categorías, estructura y postulados aparecen siempre como un efecto reflejo cuando de estudiar la invalidez se trata; influjo que es preciso tener presente en el estudio de la invalidez testamentaria para intentar tomar la necesaria distancia de una teoría que –por hegemónica– ha llegado a manejarse como si de la invalidez del negocio jurídico se tratara, y en la que se han formulado hipótesis, conclusiones y principios pretendidamente inderogables que se intentan aplicar por analogía al régimen de invalidez de otros actos y negocios; y pueden servir como ejemplo el carácter imprescriptible de la acción de nulidad, la legitimación cuasi pública para ejercitarla o la condición insanable del negocio nulo (*quod nullum est non convalescere potest*).

La invalidez contractual ha acuñado también conceptos paradigmáticos, como los de nulidad de pleno derecho, anulabilidad o inexistencia del negocio, exportados fuera de su ámbito a pesar de las reservas formuladas por muchos juristas a tal generalización porque –como dijo LACRUZ– *«las causas de invalidez de sus diferentes tipos se han desenvuelto históricamente con independencia unos de otros, lo que no permite sin más extender la normativa sobre invalidez de los contratos del Código civil a los negocios no contractuales»*[1] y a pesar, también, de que el régimen de invalidez de los contratos que convalida la doctrina mayoritaria y aplican nuestros Tribunales dice asentarse en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, iniciando el Capítulo rubricado «De la nulidad de los contratos», que a muchos lectores sin prejuicios suscitaría la duda de si la teoría dualista de la invalidez contractual se apoya realmente en tales preceptos o se trata más bien de una construcción doctrinal que fuerza su sentido como, entre otros, ha puesto de manifiesto GRIMALT SERVERA[2].

2. INVALIDEZ E INEFICACIA

Invalidez significa cualidad de inválido, y el Diccionario de la RAE (22ª edición) en la cuarta acepción del término dice que inválido es lo «nulo y de ningún valor, por no tener las condiciones que exigen las leyes»; la ineficacia, según el mismo Diccionario, es «falta de eficacia y actividad», de modo que en castellano es inválido lo que está aquejado de algún defecto o carencia, e ineficaz lo que no produce efectos. La relación entre ambos conceptos es de causa a efecto, pero no toda falta de eficacia y actividad es producto de la invalidez, porque la ineficacia tiene en ocasiones otro origen.

En la invalidez del testamento aragonés es obligado distinguir entre estos conceptos porque la Ley de sucesiones por causa de muerte los diferencia tanto para los testamentos como para las disposiciones testamentarias. Existen supuestos en los que la ineficacia no trae causa de la invalidez (heredero único que repudia la herencia) y otros en los que de la invalidez no se sigue falta de eficacia (testamento anulable no impugnado en el plazo legal), lo que evidencia que la correlación entre invalidez e ineficacia no es total, y aunque no lo es en ningún ámbito, en la sucesión testamentaria son más frecuentes los casos de ineficacia de origen distinto a la invalidez que en ámbito contractual, donde no es imaginable un contrato ineficaz por carecer de sujetos a los que sea de aplicación (los contratantes y sus causahabientes), pero un testamento perfecto y válido resulta ineficaz si el instituido no puede suceder y nadie ocupa su lugar, y así sucede cuando el llamado repudia, o en los casos de premoriencia o indignidad.

---

[1] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil, I Parte general del Derecho civil*. Volumen tercero. El Derecho subjetivo. José María Bosch Editor, S. A. Barcelona, 1990, p. 277 y 278.

[2] GRIMALT SERVERA. P. *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*. Editorial Comares, Granada, 2008.

3. La apariencia de validez del acto inválido

Dicen Atienza y Ruiz Manero que en el mundo de las creaciones jurídicas los acontecimientos no cursan de igual forma que los sucesos naturales, donde si alguno de sus elementos no concurre o es defectuoso no se alcanza el resultado previsto, al existir la posibilidad del «éxito tramposo», que explican con un sencillo ejemplo: no habrá ebullición si en condiciones normales el agua no alcanza la temperatura de 100º, pero el testamento ológrafo escrito por un falsificador en principio «*cuenta como*» auténtico, al presentarse bajo una apariencia capaz de dotarle de eficacia en la delación de la herencia de quien no es su autor[3]. La finalidad de las normas que regulan la invalidez es evitar que el acto inválido produzca efectos o, en otros términos, que no obstante su apariencia de validez el acto inválido sea en definitiva ineficaz, como corresponde a su condición.

Esté afectado por un defecto capital –como el falso testamento del ejemplo– o incurso en otra infracción normativa, no se puede tener por inválido un testamento suspecto de irregularidad sino tras el juicio de validez que resulte de contrastarlo con las normas que lo regulan. Si el juicio de validez es desfavorable, cualquiera que sea el tipo de invalidez de que se trate (anulabilidad o nulidad, en la teoría dual), el testamento o la disposición inválida serán ineficaces, o no producirán el efecto pretendido por su autor sino el previsto para el caso por el ordenamiento. El fin práctico de la invalidez es la ineficacia del negocio inválido, y el juicio de validez indispensable para conseguirla.

Justifica Hart[4] la necesidad de este acto de autoridad porque los particulares no pueden desconocer el resultado del ejercicio de los poderes jurídicos, ya que el interés público demanda que una creación jurídica subsista mientras no sea anulada, de igual forma que mantener la sentencia dictada con notorio exceso de poder hasta que el Tribunal superior la revoque[5]; y a juicio de Kelsen, argumentado en relación a las leyes, cuando aparece un acto con la pretensión objetiva de ser una ley aunque ni el procedimiento observado ni su contenido se ajusten a las normas constitucionales promulgadas para elaborarla, hay que determinar a quien debe facultar la constitución para decidir si sus normas fueron respetadas y tal acto puede valer como una ley en sentido objetivo, porque si autoriza a cualquiera para resolver este interrogante apenas podrá contarse con leyes obligatorias. La atribución de competencia para conocer del juicio de validez y la necesidad de observar un procedimiento implica que mientras no se cumplan estos requisitos la norma supuestamente irregular es tenida por válida.

---

[3] Atienza, M. y Ruiz Manero, J. «*Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica.*» Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante 2005. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 724-725.

[4] Hart H. L. A., *«Le concept de droit»*, traducción francesa de *The Concept of Law*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis. Bruxelles. 1976 p. 48.

[5] Principio que inspira el artículo 18.1. LOPJ, a cuyo tenor «Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las Leyes».

Aplicando el argumento a nuestro caso, nadie puede tener por inválido un testamento por su propia autoridad, debiendo impugnarlo ante los Tribunales con sujeción a las normas establecidas[6]; si prospera la acción, el resultado práctico será el mismo no importa cual fuera el tipo de invalidez del testamento o de la disposición inválida: su ineficacia. La diferencia entre nulidad y anulabilidad estriba solo en el régimen de impugnación que arbitra para cada una de ellas el ordenamiento aplicable, del modo que cada legislador juzga oportuno, sin ajustarse necesariamente a un patrón predeterminado, y así, regulan únicamente la nulidad el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 206) y el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (artículos 422-1 y 422-2); acoge el sistema dual que distingue entre nulidad y anulabilidad la Ley aragonesa, y algunos ordenamientos carecen de una regulación general de la invalidez de los testamentos, como el Código civil[7] y las legislaciones forales de Baleares y Galicia.

Dicen Delgado y Parra en relación con los contratos que nulidad y anulabilidad no son sino distintos procedimientos para hacer valer la invalidez[8], lo que también sucede en los regímenes de invalidez testamentaria, y ello tanto para los supuestos generales como para la regulación específica de otros, ubicados en sede distinta de la invalidez, como la preterición no intencional, supuesto de palmario error del disponente según la definición del artículo 191 Lsuc., dado que el testador *«desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal»* en el momento en que otorgó su testamento.

4. Caracteres de la invalidez testamentaria

El testamento despliega su eficacia tras la muerte del testador, al que no es posible atribuir acción alguna que entonces pueda ejercitar, de igual modo que tampoco puede actuar en ese momento con finalidad sanatoria de los posibles defectos del testamento, como pueden hacer los intervinientes en los negocios *inter vivos* y, en particular, no puede confirmar el testamento. Su carácter unilateral supone, por definición, que no hay dos partes en el negocio, y falta el presupuesto característico de la legitimación en la acción de anulabilidad, que se atribuye en la invalidez contractual al perjudicado o víctima del vicio que la origina, sujeto que era aquí el fallecido testador.

---

[6] En la sentencia que motiva mi artículo *La voluntad del causante en la exclusión sucesoria. (A propósito de una sentencia sobre desheredación no justificada)*, Revista de Derecho Civil Aragonés. Zaragoza. 2006. pp. 209-215, se advierte que el único descendiente, desheredado por los causantes que carecen de otro pariente conocido, se ve obligado a impugnar judicialmente la desheredación, sin bastarle con negar la certeza de su causa para que no surta efectos.

[7] Pese a ello, la mayor parte de los trabajos sobre invalidez testamentaria están referidos al Código civil, como los de Capilla Roncero, F. *Nulidad e impugnabilidad del testamento.* Anuario de Derecho civil, Enero-marzo de 1987, pp. 3-88; Seoane Spielberg, J. L. *La nulidad del testamento.* Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2005; y los diversos comentarios a los artículos 673 y 767 del Código civil.

[8] Delgado Echeverría, J. y Parra Lucan, M. A. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica.* Dykinson, Madrid, 2005, p. 29.

Dice JORDANO BAREA que todas las teorías sobre la naturaleza del testamento distinguen dos momentos: otorgamiento y apertura de la sucesión, cuando el testamento despliega su eficacia[9]. El testamento es un negocio perfecto desde que se otorga, pero no es eficaz hasta que fallece el testador, por lo que los problemas sobre su validez o la de sus disposiciones se suscitan abierta la sucesión y en ellos nunca es parte el autor el testador que carece ya de personalidad. El testador puede revocar el testamento mientras vive, facultad que excluye la de impugnarlo, aunque según LACRUZ el representante legal del testador incapacitado puede impugnar en vida de este el testamento afectado por vicios de la voluntad[10]; lo que para JORDANO infringe el artículo 670 del Código civil y fue rechazado por la antigua STS de 7 de abril de 1903, según la cual *«las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria»*, situación que no cambia si el testador ha sido declarado incapaz y no es posible *«conceder al representante o tutor del incapacitado y con referencia a todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que el mismo por sí no hubiera podido ejecutar, pues ni la ley consiente esa especial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado»*. Más de un siglo después, la STS de 23 de marzo de 2010 ha tenido ocasión de volver sobre este asunto y reiterar aquella doctrina, añadiendo a sus argumentos que el tutor debe actuar en beneficio del pupilo y la acción de nulidad del testamento no beneficia los intereses del incapaz sino los de sus sucesores.

La unidad de acto que se exige en el otorgamiento no permite al testador confirmar un testamento inválido de forma distinta a realizar nuevo otorgamiento con todas las formalidades exigibles, como entiende la STS de 4 de noviembre de 2009, que ratifica la nulidad decretada en la instancia del testamento otorgado en peligro de muerte en el que el testador hizo constar ante cinco testigos su voluntad de que valiera como su testamento lo que días antes había manifestado a la oficial de la notaría para que redactase el testamento que no llegó a otorgar al agravarse su enfermedad: aunque las notas recogidas por la oficial de la notaría responden a la voluntad del testador no valen como testamento por falta de los requisitos formales que exige la Ley, defecto que no se purga cuando la forma –aquí la especial de testamento en peligro inminente de muerte– se añade después, sin hacer saber el contenido de la última voluntad a los testigos; de haberse hecho así, el único testamento válido sería el otorgado ante los testigos.

Mientras los contratos regulan relaciones entre los propios contratantes y –en su caso– sus causahabientes, decir que el testamento es «ley de la sucesión»[11] no

---

[9] JORDANO BAREA, J. B. *El testamento y su interpretación*. Ed. Comares, Granada, 1999. pp. 18-36.

[10] LACRUZ BERDEJO, J. L. *Anotaciones a Binder. Derecho de sucesiones*. Barcelona, 1953, pp. 86, 87 y 90.

[11] Proclaman este carácter, entre otras muchas sentencias más antiguas, las de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002 (*«el testamento es la ley de la sucesión y el testador el soberano de la misma»*) y 7 de noviembre de 2008.

supone solo reconocerle su carácter normativo («*la sucesión testamentaria se rige por la voluntad del disponente o disponentes…* artículo 90.1 Lsuc., hoy 405.1 CDFA), sino también que, como la ley en sentido propio, regula relaciones entre sujetos distintos a su autor, mientras el contrato, *lex privata* según el artículo 1.091 CC., nace de la voluntad de los contratantes y está destinado a regular las relaciones entre ellos; diferencia que advierte DE CASTRO entre «*el poder de la persona para dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismo (contrato)*» que da lugar a los «*negocios de intercambio, cuyo alcance se limita inmediatamente a las partes*», y los «*negocios en los que preponderantemente se atiende al poder dispositivo del declarante*»[12], entre los que se cuenta el testamento.

Cualquier contrato podría no haberse celebrado, sin resultar de ello un problema que trascienda de lo que pueda afectar a la economía o a las expectativas de los fallidos contratantes; pero, fallecida una persona, –dicen LACRUZ y SANCHO– en cualquier sistema económico que admita alguna forma de propiedad privada es indispensable que se produzca su sucesión *mortis causa*[13]; carácter necesario que se refleja en la dinámica de la invalidez sucesoria. Tras la declaración de invalidez del contrato se aplica como regla general el artículo 1.303 CC, que impone la recíproca restitución de prestaciones, frutos e intereses; o, para su caso, la del artículo 1.295 del propio Código (*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses*»), siendo evidente que –según dice la jurisprudencia– se trata de volver a *»la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador»* (STS de 15 de abril de 2009, que invoca entre otras las de 11 de febrero de 2003 y 6 de julio de 2005); pero cuando se invalida el testamento no es posible la *restitución* en sentido estricto porque ni puede devolverse el caudal al causante de la sucesión ni reconstruir un nuevo patrimonio sin titular actual como la herencia yacente, debiendo entregarlo aquel cuyo título decae al legítimo sucesor llamado en testamento anterior o a quien designen las normas de la sucesión legal, a quienes legitima este interés para instar la ineficacia del testamento inválido, ejercitando las pertinentes acciones, legitimación que se atribuye en todos los supuestos según este criterio, sin aplicar uno distinto para las de nulidad y las de anulabilidad, como sucede en la invalidez contractual.

5. CARÁCTER UNITARIO DE LA INVALIDEZ

Cada ordenamiento dispone el elenco de causas de invalidez testamentaria y las acciones para hacerlas valer que el legislador estima oportunas, sin necesidad de atender otros criterios que los de política legislativa imperantes al promulgarse sus normas.

---

[12] DE CASTRO Y BRAVO F. *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985 –reimpresión de 1991–, p. 31 y 51.

[13] LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho civil. V* cit. pp. 12-13.

Para invalidar un testamento que presente las cualidades mínimas de pertenencia a esta clase de negocio es preciso impugnarlo con arreglo a derecho, pero es accidental el tipo de acción que se ejercite o que la causa de la invalidez sea nulidad, anulabilidad o cualquier otra, porque aunque se hayan de observar en cada caso las reglas establecidas para la categoría que corresponda se trata siempre de conseguir que el testamento o la disposición inválidos no produzcan efectos y, tras la declaración de invalidez, el resultado obtenido resulta indistinguible si la causa era de nulidad o de anulabilidad.

Hemos visto que ni el criterio de atribución de legitimación de las acciones de invalidez ni su prescriptibilidad resultan decisivos para diferenciar la nulidad y la anulabilidad testamentaria –sistema dual que solo recoge la Ley aragonesa– quedando por examinar si la posible apreciación de oficio de la nulidad supone una diferencia más allá de la meramente terminológica entre ambas categorías.

En los contados casos que los Tribunales han estimado de oficio la nulidad de un negocio su declaración era antecedente necesario para estimar otra pretensión de las partes, lo que sucede generalmente cuando el contrato que se impugna en el pleito trae causa de otro, nulo pero no impugnado, y en los acuerdos societarios cuya invalidez deriva de la nulidad de una convocatoria que tampoco ha sido formalmente impugnada, diciendo la STS de 9 de diciembre de 2010 que *«… es la propia parte la que abocó a los Tribunales a examinar la validez o no de la convocatoria en relación con todos y cada uno de los acuerdos a adoptar, ya que su nulidad constituye un presupuesto para la estimación de la pretensión actora, y su concurrencia, en defecto de allanamiento, está sujeta de oficio al control de los Tribunales»*.

La STS de 5 de diciembre de 2002 declaró nulos de oficio dos contratos que no se habían impugnado por las partes, entendiendo que tal declaración era indispensable para poder decretar otra nulidad pedida, invocando en apoyo de su decisión la concurrencia de un –muy discutible– interés público digno de protección, con el argumento de que «*según la jurisprudencia de esta Sala es posible, al amparo del art. 6.3 CC aunque no sin extremar la prudencia, apreciar de oficio la nulidad de un acto cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público*»[14].

Para la STS de 30 de junio de 2009 el Tribunal puede declarar de oficio la nulidad de «negocios jurídicos», al amparo del artículo 6.3 CC, aunque exhortando a la prudencia a la hora de ejercer esta facultad; pero para la STS de 17 de enero de 2000 *«La nulidad de los actos contra ley imperativa (art. 6º.3 C.civ.) no puede ser acordada de oficio cuando tengan una apariencia jurídica correcta, dando así a la otra parte oportunidad para su defensa»*, reiterando la STS de 3 de diciembre de 2001 que la declaración de oficio de la nulidad *«no procede respecto de actos y negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa»*, lo que pone de manifiesto el riesgo de que el Tribunal pueda colocar en situación de

[14] Más extensamente, mi comentario de esta sentencia en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 62, 2003, pp. 543-557.

indefensión a la parte que no ha tenido ocasión de alegar y probar hechos relevantes para una declaración de nulidad que no obstante se pronuncia en su perjuicio, con posible infracción del artículo 24.1 *in fine* de la Constitución. El principio de justicia rogada, y la necesaria congruencia entre el fallo y la tutela judicial solicitada son también límites procesales en pugna con la facultad de declarar de oficio una nulidad no pedida.

Con estas premisas no es fácil encontrar casos de nulidad testamentaria apreciada de oficio por motivos similares a los expuestos, y de hecho son muy escasas las sentencias sobre estimación de oficio de la nulidad del testamento, única categoría de invalidez en los ordenamientos españoles, salvo el aragonés. La STS de 14 de octubre de 1997 dice que *«… queda como cuestión decidir si puede la Audiencia tener por nulo un testamento sin que medie petición expresa, y la solución afirmativa»* y, «*pedida la nulidad de la declaración de herederos, ese pedimento solo puede tener como razón de fondo para obtenerla, que el testamento fuera valido, y porque la nulidad de éste, no pedida formalmente, ha sido esgrimida como excepción contra la demanda de nulidad del auto de declaración de herederos. Y sabido es que un acto nulo permite ser tenido como tal cuando realmente lo es, incluso de oficio, por los Tribunales… En consecuencia, el testamento nulo con arreglo al viejo artículo 814, da paso a la apertura de la sucesión legítima, según el tenor del artículo 912*» . El actor pidió la nulidad del Auto de declaración de herederos dictado no obstante constar un testamento otorgado en 1962 por la causante, fallecida sin descendencia, resultando preterida su madre supérstite, sin haber pedido la declaración de nulidad de dicho testamento.

El Tribunal Supremo reitera la doctrina tradicional de que un acto nulo puede ser tenido como tal de oficio por los Tribunales, pero en este caso no hay nulidad del testamento porque según el artículo 814 CC antes de la reforma de 13 de mayo de 1981 *«La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta … anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*» y aunque diga el Alto Tribunal que el testamento *«es nulo por preterir a una heredera*», lo que prevé el precepto es la nulidad de la institución de heredero, disposición importante pero solo parte del testamento, que no debe confundirse con el todo, porque la norma excluye la nulidad del testamento cuando deja a salvo las mandas y mejoras que no sean inoficiosas, lo que no sería posible si el testamento fuera nulo. Procedía, en efecto, la declaración de herederos mas no por nulidad del testamento sino para suplir la institución de heredero –esta si– anulada por preterición.

La nulidad testamentaria que permitió dictar el Auto de declaración de herederos que valida la sentencia no fue decidida por la autoridad de la propia legitimaria preterida pues, aunque el trámite no fuera el más ortodoxo del juicio contradictorio, dice la sentencia que «*acudió la madre de la testadora al Juzgado, instando declaración de herederos y en tal trámite el Juzgado, tras advertir y comprobar con el propio tenor del testamento la preterición de Dª. Carmen, afirmando que concurría el supuesto de testamento nulo*» lo que acredita la existencia de una decisión judicial sobre la nulidad.

6. La inexistencia

Recuerda Guarinoni la antigua discusión filosófica sobre si la «existencia» es un predicado o no, o si se trata o no de una propiedad de primer nivel, y que tanto Hume como Kant sostuvieron que no es un predicado. Para Hume la existencia forma parte de la idea de percepción, por lo que la idea de existencia es la misma que aquella de lo que concebimos como existente: la existencia no añade nada a la idea de un objeto. Y si se sostiene lo contrario el autor plantea la paradoja de las proposiciones existenciales negativas, pues si «existe» es un predicado también lo será «no existe», y siendo así, «las brujas no existen» sería predicado de las brujas solo si las brujas existen[15]. Por tanto, «testamento inexistente» es un oxímoron, porque solo cabe predicar la inexistencia de lo que tiene entidad como sujeto del que pueda predicarse tal falta de existencia, y por este solo hecho ya se le está reconociendo como algo que existe.

Si lo que se pretende aceptando tal categoría de invalidez es recoger la acepción para la que inexistente es lo «*que, aunque existe, se considera totalmente nulo*», estamos ante una categoría inane, pues significa lo mismo que nulidad absoluta, radical o de pleno derecho. La teoría del acto inexistente (non avenu) fue un remedio de urgencia que la doctrina francesa se vio forzada a construir frente al principio *pas de nullite sans texte* en relación con el matrimonio, pues a falta de precepto legal que sancionase como nulo el contraído por personas del mismo sexo se afirmaba que no es preciso declararlo nulo porque no existe[16]. Después se aplicó la teoría a la invalidez de los contratos y posteriormente se le dio alcance más general.

Las recientes reformas legislativas desmienten que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo sea imposible[17], y han producido un cambio irreversible que imposibilita recurrir ya al argumento que dio vida a la teoría de la inexistencia, pues si para muchos ordenamientos el matrimonio es lo que el derecho positivo declara tal, allí donde el contraído entre personas del mismo sexo no es legal estamos simple y llanamente ante una prohibición, y es absurdo prohibir lo inexistente: si se quiere será nulo. La inexistencia no es una categoría aceptable en el tratado de la invalidez.

---

[15] Guarinoni, R. V. *De lo que no hay - La inexistencia jurídica.* Cartapacio de Derecho. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN) ISSN 1850-0722 . Volumen 4 (2003) sin paginar.

[16] Ripert, G. y Boulanger, J., *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*, (traducción castellana), La Ley, Buenos Aires, 1963, Tomo II, Volumen I, p. 290.

[17] En España la Ley 13/2005, de 1 de julio, añadió el segundo párrafo al artículo 44 CC, a cuyo tenor «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*», tras el precedente holandés de 2001 y belga de 2003; ha sido legalizado en Canadá en 2005; en 2006 en Sudáfrica; en 2009 y el D. F. de México, en Noruega y Suecia; y también es legal en los estados de Massachusetts, Connecticut, Iowa y Vermont y New Hampshire.

II. LA INVALIDEZ E INEFICACIA TESTAMENTARIA EN EL ORDENAMIENTO ARAGONÉS

1. Régimen general de la invalidez testamentaria en Aragón

La Ley de sucesiones por causa de muerte arbitró un régimen general de invalidez testamentaria que, en homenaje al pensamiento de Lacruz[18], es el único entre los españoles que distingue entre nulidad y anulabilidad. Su artículo 108.1 (hoy, 423-1 CDFA) recoge las causas de nulidad de los testamentos, distribuidas en dos apartados según la acción para hacerla efectiva sea imprescriptible o sujeta a prescripción; y en el artículo 108.2 (hoy 423-2 CDFA) las de anulabilidad, mientras el artículo 109 Lsuc. (hoy 424 CDFA) trata de las causas de invalidez de las disposiciones testamentarias en dos apartados: las de nulidad y las de anulabilidad.

Arbitra también la Ley otras acciones al regular supuestos específicos de invalidez cuya disciplina se encuentra fuera del régimen general, como la preterición errónea o no intencional; supuestos de ineficacia radical, cuando ordena que la disposición «se tenga por no puesta» o «no surta efecto»; y otros de ineficacia que sobreviene por hechos posteriores al otorgamiento del testamento, viva aún el testador, o haya fallecido.

En muchos aspectos la dualidad nulidad-anulabilidad regulada en la Ley de sucesiones aragonesa no trasciende del *nomen iuris* asignado a cada categoría de invalidez, y es posible tratar en conjunto el régimen común de ambas, más fácil en la invalidez testamentaria que en la contractual, donde se diferencian en virtud de criterios que –como hemos visto– aquí se desdibujan: la legitimación para el ejercicio de las respectivas acciones; la prescripción o su carácter imprescriptible y la posibilidad de que los Tribunales declaren de oficio la nulidad. En atención a ello, antes de analizar la casuística legal, consideraremos los criterios generales que informan el tratamiento de la invalidez y la ineficacia en la Ley de sucesiones por causa de muerte.

1.1. *Invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias*

La Ley distingue entre invalidez del testamento y de las disposiciones testamentarias, lo que tiene especial importancia cuando el testamento de cuya vali-

---

[18] Dice Martínez Cortés, J. en *Comentarios breves a la Ley de sucesiones por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil* que la materia se regula en la Ley «siguiendo las enseñanzas de Lacruz Berdejo» RDCA, 1999-V, núm. 1, p. 81. En los *Elementos de Derecho civil V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 231 dice que «*en esta materia ciertamente polémica, me inclino por identificar una pluralidad de regímenes de invalidez a los que se aplicarían, como supletorias, en lo posible, las normas de los contratos*», regímenes que en su opinión son: una nulidad insanable, próxima a la inexistencia; una nulidad prescriptible por vicios de forma, en casos en que el testamento no es mera apariencia y una impugnabilidad por vicios materiales o defecto no sustancial de capacidad del otorgante, del género de la anulabilidad de los contratos. Con redacción mínimamente diferente aparecía en la anterior edición del mismo volumen de los *Elementos*, con Sancho Rebullida, F. de A. Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 289-290, coinciden con las del régimen de invalidez de los artículos 108, 111 y 112 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.

dez se trata revocaba un testamento anterior. Si es inválido el testamento, la sucesión debe deferirse por otro título válido o por las normas de la sucesión legal, pero si la invalidez afecta solo a concretas disposiciones testamentarias, la sucesión se defiere según el testamento que las contiene, pese a la invalidez de aquellas disposiciones, aplicándose las restantes que sean válidas, si las hubiere (art. 109.3 Lsuc. –424 CDFA–), pero aunque no las haya el eventual testamento anterior queda revocado en todo caso.

Valga como ejemplo la ya citada STS de 14 de octubre de 1997, que confunde la nulidad del testamento con la de la institución de heredero cuando aprecia en el testamento *«ostensible y clara nulidad, según el derecho aplicable a la sazón (artículo 814)»* a cuyo tenor, *«La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, anulará la institución de heredero»*, lo que no implica anular el testamento, porque según el propio artículo «*valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas*», contenido imposible de salvar si el testamento fuera nulo.

1.2. *Legitimación*

La Ley de sucesiones carece de normas sobre legitimación para el ejercicio de las acciones de invalidez en el régimen general, por lo que tampoco establece diferentes criterios para nulidad y anulabilidad, como en la invalidez contractual. La legitimación es la misma para unas y otras acciones, y la examinamos conjuntamente.

La única norma sobre legitimación –en sentido negativo– es la que bajo el rótulo «*Límites en el ejercicio de la acción»* contiene el artículo 113 de la Ley (hoy 428 CDFA), a cuyo tenor «*no puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción*», precepto que deslegitima a quienes hubieran podido ejercitar acciones al amparo de las normas aplicables al caso pero no pueden hacerlo según la doctrina de los actos propios porque han aceptado tácitamente la validez del testamento o de la disposición afectada al haberle dado voluntario cumplimiento. No es un caso de convalidación porque el cumplimiento o ejecución voluntaria afecta únicamente a quien los realiza pero no sana el testamento o disposición testamentaria, que podrá impugnar cualquier otro interesado que no se encuentre en la misma situación. El último inciso del precepto recoge un supuesto esencialmente distinto, pues se trata de la renuncia a la acción que impide al renunciante ejercitar la acción después de haberla realizado, determinación legal que es innecesaria a juicio de MERINO[19]; y tiene la escasa utilidad de resaltar la contradicción en el sucesor que lo intentase, además de considerar la renuncia irrevocable.

Por el lugar que ocupa el precepto y su expresa referencia a las acciones «*de nulidad o anulabilidad»*, el artículo 113 Lsuc. (hoy 428 CDFA) solo es aplicable a las acciones que nacen de los artículos 108 y 109 de la propia Ley (hoy 423 y

[19] Para MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. EDERSA, Madrid 2002. Tomo XXXIV, Vol. 1, p. 810.

424 CDFA, y no a las de invalidez o ineficacia que tienen su apoyo en otros preceptos de la Ley de sucesiones.

El artículo 15.1 Lsuc. (hoy 330 CDFA) regula la legitimación en el ámbito específico de la ineficacia de los llamamientos por causa de indignidad disponiendo que «*las causas de indignidad sucesoria producirán efecto cuando las invoquen personas que resultarían favorecidas en la sucesión, caso de declararse la indignidad*», precepto que establece la necesidad de que la indignidad sea invocada por parte interesada y no se pueda apreciar de oficio, y que la legitimación se atribuye a quienes en caso de prosperar la acción resultarían favorecidos en la sucesión, lo que permite entender que los legitimados para instar la indignidad son únicamente quienes puedan resultar favorecidos de forma inmediata en la sucesión, en términos similares a los del § 2080 de BGB, que atribuye la legitimación a quien pueda derivar un beneficio inmediato del ejercicio de la acción.

La ausencia de norma específica para las acciones de invalidez y la equivalencia de situaciones permite aplicar analógicamente el criterio de legitimación del artículo 15.1 Lsuc. (hoy 330 CDFA) a las acciones de invalidez testamentaria que arbitra la propia Ley en la regulación general. Para ejercitar estas acciones, la doctrina se divide entre los que únicamente consideran legitimado a quien pueda resultar beneficiado por la herencia o el legado inicialmente recayente en el indigno (*ius delationis*) y los que, atendiendo al *ius vocationis,* extienden la legitimación a todos los llamados potenciales, aunque su expectativa de participar en la sucesión no sea inmediata porque depende de la eventual repudiación, premoriencia o indignidad de los preferentemente llamados[20]. La jurisprudencia, tras la restrictiva STS de 10 de mayo de 1892, atribuyó la legitimación en términos más amplios, y así, la STS de 13 de octubre de 1934 permitió instar la nulidad al «presunto heredero abintestato», y la de 11 de diciembre de 1964 a considerar legitimado al marido de la testadora, no heredero. Más tarde, la STS de 13 de julio de 1989 estima que «*la acción para impugnar la validez y eficacia de los testamentos corresponde exclusivamente a los que por llamamiento de la Ley ostentan el carácter de herederos, a falta de disposición testamentaria»;* la de 24 de octubre de 1995 dice que para impugnar la validez de negocios absolutamente nulos basta «*un interés que sea legítimo y expectativas de obtener alguna ventaja lícita del resultado favorable de su ejercicio del derecho a la jurisdicción*» y la de 21 de noviembre de 2007, entiende que asiste acción de nulidad a quienes están «*interesadas en la herencia del testador, pues, si se declarase judicialmente su nulidad, serían herederas ab intestato del mismo*». Para MARTÍNEZ CORTÉS, en todos los supuestos de invalidez regulados por la Ley de sucesiones por causa de muerte están legitimadas activamente «*aquellas personas que puedan obtener algún beneficio patrimonial si se declara la nulidad o se reconoce la ineficacia*», sin diferenciar las de acciones de nulidad y las de anulabilidad, pareciendo inclinarse por el *ius delationis* como criterio para atribuir la legitimación[21].

---

[20] Se inclina por la primera solución, entre otros, CAPILLA RONCERO, F., *Nulidad e impugnabilidad* … cit. p. 45, y a favor de la segunda BADOSA COLL, F., en la puesta al día de las *Anotaciones* a KIPP. de ROCA SASTRE, p. 283.

[21] MARTÍNEZ CORTÉS, J., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil.* Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, pp. 104-105.

1.3. *Prescripción*

El artículo 111.1 Lsuc. (hoy 426.1 CDFA) dispone que son imprescriptibles las acciones de nulidad del testamento por las causas comprendidas en el artículo 108.1 a) (hoy 423.1.a] CDFA); según artículo 111.2 Lsuc. (hoy 426.2 CDFA) las acciones de nulidad del testamento por las causas comprendidas en el artículo 108.1 b) (hoy 423.2 CDFA) y las de nulidad de las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea su causa, prescriben a los quince años a computar desde el fallecimiento del causante; y, con igual *dies a quo,* dispone el artículo 112 Lsuc. (hoy 427 CDFA), que las acciones de anulabilidad de los testamentos y de las disposiciones testamentarias prescriben a los cuatro años.

Los plazos son todos de prescripción, por lo que les es aplicable el régimen general de la prescripción de acciones que regulan los artículos 1961 y siguientes del Código civil. Supone una excepción la invalidez que, fuera de los supuestos generales, establece el artículo 160.1 Lsuc. (hoy 475 CDFA) respecto de las incapacidades relativas para suceder, cuando dispone que «*es nula la disposición por causa de muerte a favor de…*», remitiendo el número 2 del propio artículo a las normas de la indignidad el régimen de «*la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa del heredero o legatario*», acción que el artículo 18 Lsuc. (hoy 333 CDFA) dispone que caduca a los cinco años «*desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado*»; lo que supone dos novedades: que esta acción de invalidez está sujeta a caducidad y no a prescripción –así lo dicen tanto el artículo 18 (hoy art. 333 CDFA) como el 160.2 Lsuc. (hoy 475.2 CDFA)–, y que el inicio del cómputo no es el fallecimiento del causante, *dies a quo* fijado por Ley en los demás casos.

Considerar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad un *prius* que el legislador estaba obligado a respetar induce a MERINO a afirmar que «*el legislador aragonés ha cometido un grave error*» al regular una acción de nulidad prescriptible porque prescrita la acción el testamento nulo queda convalidado, atentando contra el axioma de que lo nulo es insanable[22]. Frente a ello, la doctrina entiende que con la prescripción el ordenamiento no pretende alcanzar una solución objetivamente justa, porque no le inspira un criterio de justicia, sino los principios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho dejado de ejercitar[23], y donde esto ocurre el ordenamiento protege en último término situaciones cuya justicia de fondo siempre podrá ser objetada. Dice PASQUAU que el hecho de que se declare prescrita la acción no significa en modo alguno que el vicio de nulidad haya dejado de existir, sino que *«ya es tarde para discutir si existe o no»*[24], por lo que el testamento nulo no mejora su condición porque prescriba la acción, pero ya pasó el tiempo en que se podía contender sobre su validez.

---

[22] MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones…* cit., p. 785.

[23] Así lo entienden uniformemente, entre otras STS, las más recientes de 6 de mayo, 20 de mayo y 22 de octubre, todas del año 2009.

[24] PASQUAU LIAÑO, M., *La acción de nulidad si prescribe,* ponencia del Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, Zaragoza, 9-10 de diciembre de 2006. p. 219.

Y es que, del régimen positivo que regula la Ley resulta que, siendo los dos casos del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423 CDFA) de nulidad en sentido propio, la acción es imprescriptible en los casos del apartado a) mientras prescribe a los quince años en los del apartado b), lo que lleva a concluir que, o la acción de nulidad no es *esencialmente* imprescriptible o que, pese a la terminología del texto legal, los casos del artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.b] CDFA) son supuestos de anulabilidad y no de nulidad, aunque con un plazo de prescripción más extenso que el de cuatro años del artículo 112 (hoy art. 427 CDFA), pues no es la mayor o menor extensión del plazo lo que cualifica la acción de anulabilidad, sino la existencia misma de la prescripción, frente a una nulidad imprescriptible. El planteamiento está evidentemente lastrado por un enfoque contractualista de la invalidez, y se supera la aparente contradicción si se entiende que la Ley de sucesiones por causa de muerte arbitra un sistema general de invalidez testamentaria en el que para los distintos supuestos que tipifica como causas de invalidez dispone unas acciones que son imprescriptibles en unos casos y sujetas a prescripción en otros, pero todas conducentes a un mismo fin: evitar que el testamento o la disposición inválida produzcan efecto.

Las normas que regulan las acciones de invalidez por causas no contempladas en los artículos 108 y 109 Lsuc. (hoy 423 y 424 CDFA) suelen establecer sus propios plazos de prescripción, aunque esta previsión falta en algún caso, como el de invalidez de las cláusulas ininteligibles o de las disposiciones contradictorias de un testamento que pugnen sustancialmente entre si, que establece el artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFA); o para declarar inválida la condición imposible, contraria a las leyes o las buenas costumbres, conforme al artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA). Para todos estos supuestos el régimen de prescripción será el del artículo 112 Lsuc. (hoy 427 CDFA), prevenido para las acciones de anulabilidad sin excepción y que por la generalidad de los términos en que está redactado es el aplicable a todas las de invalidez que no tengan asignado un régimen especial, que son las de los casos del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423 CDFA) en sus dos apartados y los del artículo 109.1 (hoy 424 CDFA) de la propia Ley, únicas a las que se aplica el artículo 111 Lsuc. (hoy 426 CDFA).

Las acciones de invalidez reguladas en el Título VI, de la legítima, están sujetas a su plazo especial de prescripción de cinco años desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si se produce con posterioridad, según el artículo 178 Lsuc. (hoy 493 CDFA), previendo su apartado 2 que para el legitimado menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finaliza para cuando cumple diecinueve años, por lo que realmente el plazo comienza cuando cumple la edad de catorce años, como excepción a lo prescrito por el artículo 1.932 CC (las acciones «*se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas*») y en congruencia con el régimen aragonés de la capacidad, aunque la acción también pueda ejercitarla su representante legal antes de que cumpla dicha edad. Lo que no prevé el precepto es la posibilidad de diferir el inicio del cómputo a la fecha en que se haya establecido una filiación que podría desconocer el legitimario cuando falleció el causante, pues se es legitimario en cuanto descendiente, y si la filiación quedase establecida incluso después de transcurridos los cinco años del fallecimiento la acción ya estaría prescrita según

el artículo 1.969 CC., aplicable como supletorio en Aragón, según el cual «*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*» pero el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFA) precisa el inicio del cómputo desde el fallecimiento del causante, impidiendo iniciarlo en la fecha en que la acción pudo ejercitarse; solución injusta pero inevitable dados los términos en que están redactadas las normas aplicables. En contra, dice MOREU BALLONGA que en este caso *«la delación de la sucesión del legitimario se ha retrasado a efectos del plazo de la acción hasta el momento de la determinación legal de la filiación»*[25], opinión carente de apoyo legal aunque pueda explicarse a partir de la tesis del autor para quien en Derecho aragonés la legítima es «*un título universal específico de adquisición sucesorio distinto tanto a la sucesión voluntaria como a la legal*», aunque relativiza esta afirmación cuando dice entenderla atribuible a la legítima aragonesa «*con carácter tendencialmente general, aunque no con carácter general y absoluto*»[26].

1.4. *Tutela judicial de la invalidez testamentaria*

El artículo 24.1 de la vigente Constitución proclama el derecho a instar la tutela judicial en defensa de derechos e intereses legítimos bajo la fórmula de que «*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos…*», derecho que al estar reconocido en el Capítulo Segundo del Título I vincula en toda su integridad a los Jueces y Tribunales, que garantizan su tutela efectiva de acuerdo con el artículo 7.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio 1985. De este sistema normativo resulta, sin necesidad de mayor argumentación, que el ordenamiento garantiza el ejercicio ante los Tribunales de las acciones de invalidez testamentaria a quienes estén legitimados para ello.

Sin embargo, puede ocurrir –y la experiencia demuestra que así sucede en ocasiones– que el testador pretenda imponer su voluntad a las previsiones legales prohibiendo a sus sucesores impugnar el testamento privándoles del derecho a la tutela judicial, por lo que desde la promulgación del Código civil el último párrafo de su artículo 675 dispone que «*El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley*», norma que en Aragón reproduce el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA), mínimamente modificada para acomodarla al sistema dual de invalidez, al decir que *«El testador no puede prohibir que sea impugnado su testamento en los casos en que concurra causa de nulidad o anulabilidad»*.

Aunque a MERINO le parece innecesaria en primer término esta prevención legal admite que algunos testadores pretenden incluirla en su testamento, aunque considera que esta práctica «debe desaparecer». Reconoce, no obstante, que el testador puede intentar su objeto por la vía indirecta de penalizar al sucesor,

---

[25] MOREU BALLONGA, J. L. *El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones*. XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 303.

[26] MOREU BALLONGA, J. L. *El sistema legitimario… cit.* p. 296.

privándole del beneficio dispuesto a su favor en caso de que impugne el testamento[27], y para evitarlo sugiere que la jurisprudencia sancione tal disposición como fraude de ley, al amparo del artículo 6.3º CC[28]. Nada asegura, sin embargo, que estos deseos vayan a cumplirse.

La condición impuesta por el testador haciendo depender la eficacia de la disposición de que el beneficiado no impugne el testamento no sería válida porque el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA) considera «*válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres*» y esta sería contraria a la Ley, en este caso el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA), y se tendrá por no puesta según prevé el artículo 792 CC, aplicable como supletorio a falta de norma aragonesa sobre la suerte de las condiciones no válidas. Si no se articula formalmente como condición la solución se encuentra en el supuesto de nulidad del artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424 CDFA), a cuyo tenor es «*nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley …*», permitiendo considerar inválida –en su categoría de nulidad– la disposición testamentaria que, cualquiera que sean los términos en que esté formulada, responda esencialmente al designio de impedir la impugnación del testamento, y por ello contraria al mandato del artículo 114 Lsuc (hoy 429 CDFA).

2. Invalidez del testamento y de sus disposiciones

El artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA) relaciona los supuestos de invalidez de los testamentos, comenzando por las causas de nulidad cuya acción es imprescriptible, que son las del apartado 1 a), encontrándose en este caso «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.*». Son claros los términos el artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFA), que la Ley dedica a la anulabilidad del testamento, a cuyo tenor «*son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave*»; pero presenta mayor dificultad la inteligencia del apartado b) del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFA), que recoge un conjunto residual de supuestos de nulidad que afectan a «*los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley*», lo que centra la cuestión en discernir si los requisitos o formalidades que no se observaron son esenciales o no lo son, pues la respuesta afirmativa conduce a los supuestos del artículo 108.1 a) Lsuc (hoy 423.a] CDFA). En suma, el artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.1b] CDFA) comprende, por exclusión, los testamentos afectados por vicios o defectos que no sean los del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFA), ni tampoco los del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), determinantes de la anulabilidad.

---

[27] La STS 8 de junio de 1999 confirma la nulidad declarada en la instancia de una cláusula por la que el testador, para impedir la intervención judicial en su testamentaría, sanciona al heredero que de alguna forma la promoviera a percibir estrictamente la cuota legitimaria mínima.

[28] Merino Hernández, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones…* cit., pp. 810-811.

2.1. *Requisitos esenciales del testador*

Según el artículo 93 Lsuc. (hoy 408 CDFA) «*pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural*». La inclusión del adjetivo *todas* referido a las personas tiene por objeto excluir toda restricción para testar cualquiera que sea el motivo; la edad mínima y la capacidad natural, que requiere el artículo 93 Lsuc. (hoy 408 CDFA) son condiciones de aptitud para otorgar testamento, que no implican discriminación.

El primero de los requisitos personales del testador es haber cumplido la edad de catorce años para otorgar cualquier testamento, salvo el ológrafo, para el que el artículo 93.2 Lsuc. (hoy 408.2 CDFA) exige la mayoría de edad, condición que concurre no solo en quien han cumplido los dieciocho años sino también en el aragonés legalmente casado aunque no alcance dicha edad pues, según el artículo 1.1 b) Ldp. (hoy 4.1.1b CDFA), tiene la condición de mayor de edad y en consecuencia capaz para todos los actos de la vida civil, pues para otorgar testamento ológrafo la Ley no exige haber cumplido dieciocho años, sino literalmente ser «*mayor de edad*». Si el testamento ológrafo fuera mancomunado, según el artículo 93.3 Lsuc. (hoy 408.3 CDFA) ambos testadores deben reunir los requisitos de capacidad requeridos para la forma en que se otorgue este testamento y, por tanto, ambos deben ser mayores de edad.

El defecto de edad del testador es motivo de nulidad comprendida del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFA), porque el artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFA) considera anulable por las causas que contempla el testamento otorgado «*por persona con la edad requerida para testar*» de suerte que si el testador no alcanza la edad legalmente exigida el testamento es nulo por falta de un requisito esencial. En el testamento mancomunado, si uno de los testadores no fuera mayor de edad el otorgamiento puede valer como testamento unipersonal del otro testador, según dispone el artículo 115.1 Lsuc. (hoy 430 CDFA).

Para otorgar cualquier testamento distinto al ológrafo el testador mayor de catorce años no precisa asistencia, según dispone el artículo 20.3 Ldp. (hoy 23.3 CDFA), ya que el artículo 93.1 Lsuc. (hoy 408 CDFA) le permite testar por sí solo.

2.2. *Capacidad natural*

El artículo 31 Ldp. (hoy 34 CDFA) presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y, salvo prueba en contrario, su aptitud de entender y querer para un acto concreto, en este caso el de otorgar testamento. La prueba preconstituida contra esta presunción es la declaración de incapacidad que incluya la *testamentifactio* entre los actos que el incapaz no puede realizar, por lo que el testamento otorgado por quien ha sido incapacitado para testar por sentencia judicial firme está incurso en causa de nulidad del artículo 181.1 a) (hoy 423.a CDFA), conclusión acorde con criterio que informa el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) al considerar anulable el testamento otorgado por persona carente de capacidad natural pero *«no incapacitada judicialmente para ello»*, y acor-

de también con el régimen de invalidez de los actos de la persona no incapacitada del artículo 34.2 Ldp (hoy 37 CDFA), para el que es «*anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo*» el acto de «*la persona mayor de catorce años no incapacitada que en el momento de su celebración carezca de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo*». Este régimen es el que resulta de los textos legales aunque MERINO recabe para los notarios la facultad de decidir en cada caso si el incapacitado judicialmente para testar tiene en ese momento capacidad natural para otorgar testamento, porque «*ese estado mental suficiente para poder testar es una cuestión de hecho a apreciar en cada caso y en el momento mismo del otorgamiento, por el notario autorizante, cuando se trate de testamento abierto*»[29]. La función que cumple el notario en relación con la capacidad del testador consiste, según el artículo 696 CC, en dejar constancia en el otorgamiento «*que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*» lo que –dice la STS de 15 de febrero de 2001– adquiere relevancia de certidumbre mientras no se demuestre lo contrario judicialmente pues, como presunción *iuris tantum,* puede combatirse mediante prueba suficiente; que en este caso es la demostración judicialmente contrastada por la declaración de incapacidad previa, que nunca podrá haberse pronunciado sin el previo dictamen pericial médico que exige el artículo 759.1 Lec.

La capacidad natural para otorgar testamento no se reduce a la aptitud mental del testador –capacidad de entender y querer– ya que en algunos casos se tienen en cuenta otras circunstancias personales, físicas, sensoriales e incluso de instrucción, como el artículo 98.2 Lsuc. (hoy 413.2 CDFA) que –en términos similares al artículo 697 CC– dispone que cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar o aunque pueda firmar sea ciego, o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento, deben asistir al otorgamiento testigos que lo lean a presencia del Notario y declaren la coincidencia de su contenido con la voluntad manifestada por el testador. Si no se cumplen estas previsiones estamos ante un supuesto de inobservancia de requisitos o formalidades esenciales legalmente exigidas, que es causa de nulidad del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.a CDFA)

En otros casos la falta de capacidad natural consiste en una carencia sensorial, como es el caso del artículo 708 CC cuando dispone que los ciegos y los que no sepan o no puedan leer no pueden otorgar testamento cerrado, que será nulo si lo otorgasen; y aunque no medie prohibición, es evidente que el analfabeto no puede otorgar testamento ológrafo al carecer de la aptitud para redactarlo. La *ratio legis* de estas limitaciones supone –en mi opinión– que el testamento ológrafo mancomunado que sugiere el artículo 96.1 Lsuc. (hoy 411.1 CDFA), escrito de mano de uno solo de los testadores, es preciso que el otro testador sea capaz de leerlo por sí mismo y entender lo escrito por el cotestador amanuense, y no basta que sea capaz de escribir la escueta conformidad y firmar todas las hojas y al final del documento, pues se da el caso –y el supuesto lo contempla el artículo 98.2 Lsuc. (hoy 413.2 CDFA)– de quien no puede leer pero es capaz de firmar, o su déficit visual no le permite leer aunque si firmar y

---

[29] MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones…* cit., p. 781.

escribir la aceptación de lo dicho en extenso por el cotestador. Pese a que el testador que limite su intervención a estampar su firma y la aceptación escrita del texto de ajena autoría cumple formalmente con el requisito legal, no siendo capaz de leer por si mismo y entender el testamento así redactado carece de capacidad para otorgar esta variedad concreta de testamento, por aplicación analógica de las normas del artículo 708 CC; y si otorga debe considerarse incurso en causa de nulidad del artículo 108.1 a) (hoy 423.a CDFA), aunque pueda conservarse el testamento del otro otorgante, conforme al artículo 115.2 Lsuc. (hoy 430.2 CDFA).

2.3. *Vecindad civil*

Salvo contadas excepciones, entre las que no se encuentra la materia que nos ocupa, según el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón el Derecho civil aragonés es un fuero personal –el derecho de los aragoneses– lo que hace especialmente trascendente la vecindad civil aragonesa de los otorgantes para otorgar testamento mancomunado, testamento aceptado de forma desigual por los distintos ordenamientos civiles, regulado de forma distinta por los que lo aceptan y rechazado por otros, como el Código civil español. El testamento mancomunado plantea dos cuestiones de interés en lo que atañe a los requisitos del testador: los testamentos en que tiene vecindad aragonesa solo uno de los otorgantes y los «conflictos móviles» de derecho interregional, que se plantean cuando la vecindad civil del causante al abrirse la sucesión es distinta a la que ostentaba cuando otorgó testamento y, por ello, diferentes el ordenamiento que rige la sucesión y el que regulaba en su momento las condiciones del otorgamiento.

Para resolver la primera cuestión dispone decididamente el artículo 102.2 Lsuc. (hoy 417.2) que si uno de los testadores no es aragonés puede otorgar testamento mancomunado con otro testador que lo sea, siempre que ley personal no se lo prohíba, aunque no exige que expresamente se lo permita. Si su ley personal se lo prohibiera, el testamento es nulo de según lo dispuesto en el artículo 6.3 CC. porque infringe una norma prohibitiva, nulidad que no afecta al otorgamiento del testador aragonés, a quien no alcanza la prohibición, siendo válido para él como testamento unipersonal, según el citado artículo 115.1 Lsuc. (hoy 430.1 CDFA).

Para muchos autores el artículo 102.2 Lsuc. (hoy 417.2 CDFA) es inconstitucional porque invade la competencia normativa del Estado al regular la actividad de un testador no aragonés y el régimen legal de un testamento mancomunado otorgado fuera de Aragón. Para ZABALO, la legislación aragonesa no puede dar solución unilateral a un problema en el que juegan esos factores externos porque están implicados otros ordenamientos territoriales españoles, y acaso extranjeros, aunque a su juicio tampoco solucionan el problema las normas de conflicto del Título Preliminar del Código civil[30]; para FONT SEGURA la norma es

[30] ZABALO ESCUDERO, E., *Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés*. Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, p. 121.

correcta, aunque inconstitucional por ser competencia del legislador estatal, al que reprocha su «*dejación de la función constitucional que tiene encomendada*» por no promulgar las normas necesarias para resolver estas cuestiones[31]. Para MERINO, la constitucionalidad del precepto es «discutible y discutida»[32].

En la legislación estatal, el artículo 16.1 CC. remite la resolución de los conflictos de Leyes que surjan por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional a las normas de derecho internacional privado del capítulo IV, considerando ley personal la correspondiente a la vecindad civil y excluyendo la aplicación de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 CC. sobre calificación, remisión y orden público. Según el artículo 9.8 CC., «*la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento*», conservando su validez las disposiciones testamentarias ordenadas conforme a la ley personal del testador al tiempo de otorgar el testamento, mientras el artículo 11.1 CC dispone que «*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la Ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la Ley personal del disponente o la común de los otorgantes*».

Aunque la opinión no es unánime, para ZABALO el «Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias», que ha desplazado la aplicación del artículo 11 CC. en derecho internacional privado, debería entenderse también aplicable al derecho interregional[33], aunque otros autores, como CALATAYUD[34], no lo aceptan.

El testamento puede contrastarse con la norma legal en dos momentos distintos, el otorgamiento y la apertura de la sucesión; surge el conflicto móvil cuando la norma aplicable no es la misma en esos dos momentos por causa de un cambio de vecindad. Desde la perspectiva de la validez será el ordenamiento rector de la sucesión –ley personal del causante cuando fallece– el que determina si las disposiciones testamentaria son válidas y eficaces, y aunque importa también saber si el testamento se otorgó de conformidad con la ley que entonces era aplicable, probablemente este juicio de validez es menos relevante porque a fin de cuentas si una norma de la Ley de sucesiones aragonesa permite testar mancomunadamente con un aragonés a quien ostenta otra vecindad civil, esta norma será relevante en la sucesión de testador de ajena vecindad si por cambio posterior adquirió la aragonesa y es el ordenamiento aragonés el que rige su sucesión, pues de no existir tal cambio de vecindad será su ley personal sucesoria –no aragonesa– la que determinará si el testamento así otorgado es válido o inválido.

El *favor testamenti* informa el derecho transitorio en relación con el conflicto móvil de derecho interregional para mantener la validez que un testamento

---

[31] FONT SEGURA, A. *La sucesión hereditaria en derecho interregional*, ADC, 2000, 1, p. 60.

[32] MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código Civil y compilaciones…* cit., p. 722.

[33] ZABALO ESCUDERO, E., *Conflictos interregionales… cit.* pág. 118.

[34] CALATAYUD, SIERRA, A., *Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles.* Revista de Derecho Civil Aragonés, Zaragoza, 1999-V (número 2) pp. 183-184.

tenía al otorgarse, aunque no la tenga según el ordenamiento que rige la sucesión, pero el problema aquí es el inverso y, en particular, si cabe entender fundadamente que se ha convalidado el testamento que al otorgarse sería nulo por infracción de una norma prohibitiva de la ley personal del testador en aquel tiempo, cuando por cambio de vecindad civil su ley personal al tiempo de abrirse la sucesión no lo prohíbe. ¿Se conserva la invalidez inicial, de igual modo que se conserva la validez?

Un supuesto verosímil es el del testador sujeto al Código civil que otorga testamento mancomunado en Aragón, donde reside por el tiempo suficiente para creer de buena fe que puede hacerlo, aunque no haya adquirido aún vecindad aragonesa, y fallece bajo tal testamento habiendo completado la residencia decenal; o el caso del testador nacido en Aragón, que por residencia adquirió involuntariamente vecindad en territorio sujeto al Código civil y regresa después a Aragón donde testa en las circunstancias descritas; siendo natural y vecino de una localidad aragonesa, no suscitará duda al redactor del testamento en la oficina notarial, que le adjudicará esta vecindad, sin objeción alguna del intensado. El testamento mancomunado infringe en estos casos el artículo 669 CC, incurriendo en causa de invalidez que la jurisprudencia (STS de 28 de septiembre de 1998, entre otras) considera nulidad de pleno derecho[35], conforme al artículo 6.3 CC y, sin embargo, al fallecer ostentando vecindad civil aragonesa rige su sucesión un ordenamiento en el que el testamento mancomunado es plenamente legal.

Las disposiciones testamentarias válidas según la ley personal del testador cuando otorga testamento, dice el artículo 9.8 CC que *conservarán su validez* aunque sea otra ley que rija la sucesión, resolviendo el supuesto contrario al planteado, por lo que en nuestro caso sería preciso aplicar analógicamente este precepto para mantener la invalidez originaria testamento. Sin embargo, en el campo de la analogía podemos acudir a otra norma dictada para un supuesto que guarda con el que nos ocupa la semejanza e identidad de razón que exige el artículo 4.1 CC, que es el apartado 2 de la DT 2ª de la Ley de sucesiones por causa de muerte, a cuyo tenor «*también serán válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes de la entrada en vigor de esta Ley que lo sean con arreglo a ella, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca estando esta Ley en vigor*». La semejanza con el caso planteado es notoria, pues la DT2ª.2 Lsuc. dispone que un testamento inválido según las normas de la legislación vigente al otor-

---

[35] La prohibición de testar mancomunadamente es consecuencia de una decisión de política legislativa de los redactores del Código civil, anticipada por García Goyena que, al comentar el artículo 557 de su Proyecto, casi idéntico al actual artículo 669 del Código civil, dice que «*lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena fe ó con la naturaleza de los testamentos y que por otra parte daba lugar á sugestiones y violencias*» (García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Zaragoza, 1974, p. 300-301). Sin embargo, antes de 1889 no existía tal prohibición y en toda España eran frecuentes los testamentos mancomunados otorgados por dos y hasta por tres personas.

garlo cobra validez al amparo de las normas –distintas– que rigen la sucesión[36], de forma semejante a la convalidación de un testamento que inicialmente era nulo.

Ciertamente, la norma transitoria aragonesa regula un conflicto temporal de leyes y el art. 9.8 CC un conflicto espacial o territorial, materia reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la Constitución, lo que a mi entender no impide la aplicación analógica propuesta, pues la reserva competencial que afecta a la facultad de legislar en determinadas materias no impide resolver un caso carente de solución en las normas promulgadas en ejercicio de la propia competencia por aplicación analógica de otras normas también pertenecientes al ordenamiento que regula la sucesión, si concurren los requisitos del artículo 4.1 CC., porque con ello no se legisla, se aplican las normas.

Desde la perspectiva del derecho interregional, tanto el artículo 11 CC, al disponer que «*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la Ley del país en que se otorguen*», como el artículo primero Convenio de La Haya de 1961, a cuyo tenor *«una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma, si esta responde a la ley interna … del lugar en que el testador hizo la disposición…»*, respaldan la validez del testamento en el caso propuesto cuando haya sido otorgado *en* Aragón, aunque es preciso determinar si la cuestión que nos ocupa es de forma o de fondo, y si bien el Convenio de La Haya no define lo que debe entenderse por forma en materia testamentaria, se puede dar solución al problema al amparo de su artículo 5, según el cual «*A los efectos del presente Convenio, las prescripciones … que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma…»*[37].

La solución propuesta es también la más acorde con el principio *standum est chartae,* porque prevalece la voluntad del causante sobre una norma que impediría su eficacia. El artículo 3º de la Compilación de derecho civil de Aragón (hoy 3 CDFA) dispone que conforme al principio *standum est chartae* «*se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés*» y es patente que la voluntad de quien testó en las circunstancias comentada no infringe norma imperativa alguna de derecho aragonés, sino de derecho estatal.

---

[36] A falta de norma de derecho transitorio similar a la citada, en la STS de 14 de octubre de 2008, el Tribunal Supremo mantuvo la nulidad del testamento en un caso en que este y la sucesión se regían por el Código civil, cuya modificación suprimió el requisito que se había infringido al testar. Según la sentencia «*el conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 C.c ., cuya omisión acarreaba la sanción de nulidad en base al art. 687 C.c. Cierto que a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991, de 20 de diciembre, desapareció aquella exigencia formal, pues no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del art. 682 , tal y como era exigible antes, era nulo*».

[37] En las Actas de la novena sesión de la Conferencia de La Haya (p. 167) el *Rapport* de BATIFFOL afirma la aplicabilidad del artículo a los testamentos *conjuntivos.*

2.4. *Inobservancia de requisitos esenciales del contenido testamentario*

El artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.1b CDFA) incluye como causa de nulidad la inobservancia de los requisitos esenciales prescritos por la ley respecto del *contenido* del testamento, además de las que afectan a los tres apartados clásicos: falta condiciones del testador, infracción de formalidades legales y vicios de la voluntad testamentaria. Pero no es fácil precisar cuales son los requisitos esenciales de contenido del testamento aragonés.

Dice MERINO que, si el artículo 90.3 Lsuc. (hoy 405.3 CDFA) declara válidas «*las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite en testamento*», será nulo aquel que solo contenga disposiciones no patrimoniales no autorizadas por las leyes[38]; aunque en otro pasaje del mismo trabajo sostiene que el artículo 90.3 Lsuc. (hoy 405.3 CDFA) no debe interpretarse en el sentido de exigir que las disposiciones de carácter no patrimonial tengan que estar autorizadas por la ley para poder incluirlas en un testamento, pues hay que «*defender la validez de cualquier disposición no patrimonial que no esté contemplada en una norma legal y que razonablemente pueda contenerse en un testamento*[39], lo que hace inviable que por tal causa se produzca la nulidad del testamento.

Para el mismo autor, está comprendido en el apartado a) del artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFA), e incurso en causa de nulidad por inobservancia de «*los requisitos esenciales prescritos por la ley para … el contenido del testamento otorgado*», el supuesto del artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA) que en caso de preterición total no intencional determina la delación abintestato del caudal, consecuencia para la que apostilla sin más extensa argumentación: «*es decir, el testamento no es válido, lo que equivale a declarar su nulidad*», sin reparar que es indispensable que el preterido o preteridos ejerciten la pertinente acción, que prescribe en plazo de cinco años, según el artículo 178 Lsuc. (hoy 493 CDFA), que por tanto no es imprescriptible como sucedería si esta opinión fuera acertada[40]; y tampoco implica necesariamente la preterición un defecto de contenido del testamento, pues si el legitimario hubiera sido beneficiado por donación no habría sido preterido.

La preterición no intencional de todos o el único legitimario de grado preferente produce la ineficacia de todas las disposiciones de contenido patrimonial, y el caudal se defiere según las normas de la sucesión legal, siendo el preterido o preteridos los únicos herederos. Los efectos son en este caso de mayor entidad que los restantes supuestos de preterición pero, tal como está configurada en la Ley de sucesiones, el supuesto responde sin duda a las características típicas de la anulabilidad fundada en voluntad viciada por error, si bien con plazo propio de prescripción de la acción. Algo semejante sucede con los efectos de la preterición singular no intencional, previstos en el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDFA), que más que un caso de anulabilidad es de ineficacia parcial de las

---

[38] MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* … cit. p. 782.

[39] MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* … cit. p. 648.

[40] MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* … cit. p. 782.

disposiciones afectadas por la reducción a instancia del legitimario preterido. La preterición intencional no produce ninguna clase de invalidez o ineficacia distinta a la que resulta de la eventual lesión legitimaria producida por disposiciones inoficiosas, única facultad que el artículo 192 Lsuc. (hoy 507 CDFA) reconoce al preterido intencional, que en el régimen de la sucesión aragonesa no está causalmente vinculada con la preterición sino con la intangibilidad cuantitativa o lesión del *quantum* legitimario.

Tampoco son casos de nulidad por inobservancia de requisitos esenciales prescritos por la ley para el contenido del testamento los de lesión cuantitativa o cualitativa de la legítima, pues según el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFA) las acciones que nacen de ellos están sujetas también al plazo de prescripción de cinco años desde el fallecimiento del causante, al tener su apoyo en preceptos del Título VI, y si su ejercicio implica reducción de disposiciones testamentarias participan de la naturaleza de las acciones rescisorias, pues las disposiciones de testamento en favor de tercero no legitimario que han de reducirse o modificarse por su ejercicio no está afectadas de causa de invalidez *per se*, aunque resulten ineficaces en la medida en que perjudican el derecho del legitimario o legitimarios que ejercitan las acciones de los artículos 179.2 y 182.2 Lsuc. (hoy 494.2 y 497.2 CDFA). Entre ellas se cuentan también las acciones *ex* artículo 184 Lsuc. (hoy 499 CDFA) para remoción de gravámenes no permitidos por el artículo 186 de la Ley (hoy 501 CDFA) y la acción *ex* artículo 185.2 Lsuc. (hoy 500.2 CDFA), que regula las cautelas de opción compensatoria.

El contenido del testamento puede plantear también un conflicto móvil de derecho interregional similar al de la vecindad que antes hemos visto, si el testador ostenta vecindad catalana o balear cuando otorga un testamento que no contenga institución de heredero, que será nulo según el artículo 422-1.3 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña (salvo la excepción que contempla) o según el artículo 14 de la Compilación de Baleares, para el que «*la institución de heredero es requisito esencial para la validez del testamento*» pero no para el ordenamiento aragonés que rija la sucesión. La solución puede ser la misma propuesta para el conflicto móvil por cambio de vecindad civil de quien otorgó testamento mancomunado, y considerar válido el testamento sin institución de heredero cuando es el ordenamiento aragonés el que rige la sucesión de este testador.

2.5. *Infracción de requisitos formales no esenciales*

La Ley de sucesiones aragonesa no reguló las formalidades que deben observarse en el otorgamiento de los testamentos, salvo las normas sobre el testamento mancomunado cerrado y ológrafo contenidas en los artículos 95 y 96 (hoy 410 y 411 CDFA), aplicándose supletoriamente el Código civil, donde se encuentra la disciplina de sus requisitos y formalidades, aunque las consecuencias de la infracción de estos preceptos no se rige en el testamento aragonés por el artículo 687 CC. sino por el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA), cuyo apartado 1 a) considera incursos en causa de nulidad imprescriptible –como ya hemos visto– los testamentos otorgados con infracción de los requisitos esenciales prescritos por

la ley para la forma del testamento otorgado, mientras la inobservancia de los restantes requisitos y formalidades legales es causa de nulidad comprendida en el apartado 1 b), que se distingue de aquella en que la acción prescribe a los quince años.

Según LACRUZ la validez del testamento se encuentra estrechamente vinculada a la observancia de las formalidades legales y «*el quebrantamiento de los preceptos relativos a los diversos requisitos formales de cada testamento tiene, en principio, una sola y extremada sanción: la nulidad absoluta*», que es la misma cuando las infracciones no parecen ser de gran importancia[41], por lo que en el régimen del Código civil todo defecto formal es esencial y aboca a la nulidad del testamento. En Aragón, la existencia de dos regímenes de nulidad en el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA) exige distinguir entre requisitos formales «*esenciales*» y «*los restantes*» requisitos de forma, lo que será tarea de la jurisprudencia que interprete y aplique el artículo 108.1 Lsuc. (hoy 423.1 CDFA), para la que resulta escasamente útil la doctrina legal sobre la invalidez testamentaria en el Código civil, ya que su régimen de invalidez no permite distinciones, pues para los testamentos sujetos al Código civil los defectos formales o son irrelevantes o son causa de nulidad.

La jurisprudencia se inclina de forma mayoritaria por considerar que los defectos formales del testamento son causa de nulidad, llegando la STS de 14 de octubre de 2008 a considerar nulo el testamento otorgado sin observar un requisito exigido al tiempo de testar aunque suprimido por una modificación legislativa vigente al tiempo de abrirse la sucesión, no obstante lo cual «*el conocimiento del testador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 C.c., cuya omisión acarreaba la sanción de nulidad en base al art. 687 C.c. Cierto que a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991, de 20 de diciembre, desapareció aquella exigencia formal, pues no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del art. 682, tal y como era exigible antes, era nulo*»[42]. Para la sentencia de 4 de noviembre de 2009 «*la forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria*».

Del texto del precepto que nos ocupa, se desprende *contrario sensu* que han de contarse entre los supuestos «restantes» los testamentos aludidos en el artículo 108.1 b) (hoy 423.1 b CDFA) Lsuc. cuando no concurren las circunstancias que según él excluyen la nulidad, caso de «*la falta de expresión de la hora del testamento*» si el testador hubiese otorgado otro en la misma fecha, y de la «*falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades*» si no se dispone de otros medios para demostrar que los requisitos y for-

---

[41] LACRUZ BERDEJO, J. L.. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de derecho civil. V. Sucesiones,* Librería Bosch, Barcelona, 1981, pp. 212-213. Casi tres décadas después, mantiene idéntica redacción la edición actualizada por LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (Dykinson, Madrid, 2007, pp. 170-171).

[42] Quizá se hubiera podido aplicar analógicamente el principio de retroactividad de la ley sancionadora favorable (artículo 9.3 CE), dadas las connotaciones de sanción inherentes a la nulidad de pleno derecho.

malidades se cumplieron efectivamente. Del precepto no se infiere que los únicos casos posible sean estos dos, pero solo cabe decir sin mayor precisión que además de ellos están incluidos en el artículo 108.1 b) Lsuc. (hoy 423.1b CDFA) los testamentos en cuyo otorgamiento se ha infringido alguna formalidad legal no esencial, quedando para el estudio de cada caso concreto si el requisito omitido era esencial o no.

2.6. *Invalidez de las disposiciones testamentarias*

El artículo 109 Lsuc. (hoy 424 CDFA), recoge los supuestos de nulidad y de anulabilidad de las disposiciones testamentarias, disponiendo su apartado 3 que la invalidez no se comunica entre ellas, pues «*La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás*». Constituye excepción a esta regla lo dispuesto en la Ley para las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado y también la decisión del testador, que puede dejar previsto para el caso de resultar inaplicable una disposición que otra u otras tampoco surtan efecto, regulando la interdependencia entre las disposiciones que desee vincular a estos efectos.

La Ley dedica el artículo 109.1 (hoy 424.1 CDFA) a la nulidad de la disposición testamentaria, disponiendo que «*Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*», y el artículo 109.2 (hoy 424.2 CDFA) a la anulabilidad, disponiendo que «*Será anulable la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error*»; y los artículos 111.2 y 112 Lsuc. (hoy 426.2 y 427 CDFA) disponen que las respectivas acciones están sujetas a prescripción, de quince años la de nulidad y de cuatro años la de anulabilidad, ambas computadas desde el fallecimiento del testador.

El único supuesto de nulidad de disposición testamentaria es el que según el artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFA) afecta a la que esté *«esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres»*; determinación que equivale a motivación causalmente eficaz de la disposición, y carácter esencial que supone que su principal o único motivo sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

Ya hemos encontrado en el artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA) un caso de motivación contra ley de la disposición cuya finalidad sea impedir al sucesor impugnar el testamento por causa de invalidez, infringiendo el citado precepto. En estos casos, el artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFA) ampara el supuesto de nulidad las disposiciones que indirectamente tengan por objeto penalizar al sucesor que impugne el testamento, pues el propio artículo 114 Lsuc. (hoy 429 CDFA) basta por sí solo para anular la disposición que contenga una prohibición clara y directa de impugnar, y en caso de que se disponga como condición del beneficio sucesorio, sería inválida por contraria a las leyes, según el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA). Cualquier otra disposición cuya finalidad esté determi-

nada por un motivo contrario a la ley será igualmente nula, como en el caso de disposición por la que el testador pretenda excluir la viudedad del cónyuge de su descendiente para eludir la prohibición expresa del artículo 95.2 Lremv. (hoy 277.2 CDFA).

El orden público no es un concepto fácil de definir, aunque la jurisprudencia entiende que se trata del conjunto de principios rectores fundamentales bajo los cuales se organiza una comunidad (STS de 7 de julio de 2006), variable y flexible de acuerdo con las circunstancias y realidades sociales (sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), e integrado por principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, cuyo objeto es el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud (STS de 23 de noviembre de 1995). Se integran en el orden público los principios constitucionales que dan lugar a la nulidad de la disposición esencialmente determinada por algún motivo de discriminación que proscribe el artículo 14 CE, o que atenta a la igualdad de los hijos sin atender a su filiación, que recoge su artículo 39.2.

Existe un difícil equilibrio entre la libertad de disponer por causa de muerte y la limitación implícita en esta causa de nulidad[43], pues nada debe impedir a quien tiene descendientes de uno y otro sexo instituir solo a los varones o solo a las mujeres, y si les designa nominalmente aunque su intención real sea discriminatoria por causa del sexo difícilmente incurrirá en esta causa de nulidad; pero si la designación se hace en mérito de esta condición (solo hombres, solo mujeres), o excluyendo a parientes por su raza (judíos, negros, gitanos) por ser hijos de madre soltera o circunstancias similares, la disposición atenta al orden público y estará incursa en la causa de nulidad del artículo 109.1 Lsuc. (hoy 424.1 CDFA).

El concepto de buenas costumbres es más variable que el de orden público; se tienen por tales las reconocidas socialmente como prácticas honestas, encomiables y propias de los buenos ciudadanos en un tiempo y lugar determinados. Sin embargo, en función de la causa de nulidad que nos ocupa, más que las buenas costumbres a las que atentaría la disposición incursa en nulidad, importan las «malas costumbres» que pudiera intentar fomentar la disposición testamentaria, que tiene otra garantía en el artículo 161 Lsuc. (hoy 476 CDFA) si se estableciera como condición, pues según este artículo son inválidas las condiciones contrarias a las buenas costumbres. A partir de aquí nos ahorramos ejemplos que podrían llegar a ser obscenos, pero es evidente que incurren en esta causa de nulidad las disposiciones testamentarias condicionadas de forma clara o indirecta a la ejecución de una venganza o a la realización de un acto reprobable o indigno.

---

[43] Verdera Izquierdo, B., en su reciente artículo *Discriminación por razón de nacimiento. Derechos sucesorios de los adoptados*. Actualidad civil, número 1 de 2011, pp. 4-17, recoge los votos reservados de los Sres. Bratza y Garlicki a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (RCL. 1999, 1190 y 1572), favorables al derecho de los particulares a establecer entre sus sucesores las distinciones que deseen y en función de los criterios que estimen oportunos (pp. 16-17).

Para MERINO el precepto recoge una fórmula legal «realmente extraña» porque, a su entender, son necesarios unos requisitos exorbitantes para que concurra esta causa de nulidad; que el testador exprese los motivos de la disposición, que manifieste le anima una intención contraria a la Ley, el orden público o las buenas costumbres, y que reconozca un valor determinante a tal motivación[44]. Por lo ya expuesto, esta orientación no es la que mejor interpreta el precepto que nos ocupa, pues el texto legal no impide que tales circunstancias resulten de la disposición del testador o se infieran de ella, sin ser indispensables las manifestaciones ostentosas que este autor entiende necesarias.

2.7. *Vicios de la voluntad*

El artículo 108.2 (hoy 423.2 CDFA), que la Ley de sucesiones dedica a la invalidez del testamento, dispone que el engaño, la violencia o la intimidación grave son causas de anulabilidad, sin incluir entre ellas el error, igual que ocurre en el artículo 673 CC.

Poco original puede añadirse aquí sobre estas causas de invalidez que aporte algo nuevo a lo escrito sobre los vicios de la voluntad como causa de invalidez testamentaria en la regulación del Código civil y en otros ordenamientos, por lo que nos limitaremos a estudiar el tratamiento de que es objeto en la Ley de sucesiones aragonesa (hoy refundida en el CDFA).

Cuando el testador es víctima de violencia o intimidación –que según la Ley han de ser graves– otorga testamento sin querer otorgarlo, o en sentido diferente al que querría ordenar su sucesión, por lo que la concurrencia de estas circunstancias supone falta de libertad del testador, que se ve obligado a actuar como no quiere. Cuando media engaño el testamento se otorga por error, al actuar el testador equivocado por las maquinaciones de que ha sido víctima, único supuesto en el que el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) considera indirectamente el error como causa de invalidez del testamento, centrando la atención en la maquinación de quien lo produce por medio del engaño y no en el error que provoca al testador. Volveremos sobre ello al tratar el régimen del error como causa de invalidez.

La influencia que puede ejercerse a través de los medios que refiere el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) (engaño, violencia o intimidación) puede tener por objeto que el testador otorgue testamento en determinado sentido o impedir que lo otorgue, pero el resultado de esta actuación solo tendrá relevancia como causa de invalidez en el primer caso, es decir, cuando a consecuencia de ellos se otorga un testamento susceptible de invalidarse por esta causa, pues si quien ejerce la ilegítima influencia ha logrado su propósito de evitar que la víctima otorgue testamento no es posible considerar válido un testamento inexistente aunque la víctima desease otorgarlo, ni en su caso inválido el testamento anterior que su autor pretendía revocar mediante aquel que se le impidió otorgar.

---

[44] MERINO HERNÁNDEZ, J. L. *Comentarios al Código* … cit. pp. 796-797.

Pese a ello, el ordenamiento procura en lo posible la ineficacia del llamamiento que resulta de esta situación cuando el beneficiado es el autor del engaño, o quien mediante amenaza o violencia impidió otorgar el testamento. En efecto, el artículo 13 f) Lsuc. (hoy 328 f CDFA), considera incapaz de suceder por indignidad al «*que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias*», y el apartado g) del propio artículo dispone igual consecuencia para el «*que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores*»; regulación sustancialmente coincidente con la de los ordinales 5º y 6º del artículo 756 CC. En el supuesto del apartado f) hay un testamento incurso en la invalidez del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), pero en el caso del apartado g) la solución que se alcanza es parcial, pues se priva de eficacia al llamamiento derivado de la ausencia del otorgamiento que ilegítimamente se impidió llevar a cabo si el beneficiado es el autor del engaño, la amenaza o la violencia, pero no cuando el beneficiado es un tercero.

La violencia y la intimidación anulan la voluntad del testador, cuyo testamento responde a los designios de quien las ejerce, aunque la Ley no las considera supuestos de nulidad por falta del requisito esencial de que el testamento sea expresión de la voluntad del testador, sino causa de anulabilidad incluida en cuanto afecte al testamento en el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA), como consecuencia de una deliberada decisión del legislador que considera prescriptible la acción para impugnar el testamento en este caso. Será estéril el esfuerzo de intentar distinguir cuando se advierte que existe en alguna medida voluntad propia del testador, aunque viciada, y cuando la violencia absoluta elimina cualquier vestigio de ella, porque si la presión ejercida no altera lo que el testador quiso disponer no concurre vicio alguno y si lo altera de cualquier forma la disposición afectada no responde a la voluntad del testador, o no hace totalmente, y concurre causa de invalidez a la que la Ley de sucesiones dispensa, como vemos, el tratamiento de la anulabilidad, que no de nulidad por falta de un elemento esencial. Ratifica esta conclusión la exigencia del artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) de que la violencia o la intimidación sean graves para que el testamento sea anulable, pues en caso de ser leve ni siquiera es causa de anulabilidad. De este modo, ejercitada con éxito la acción, el testamento se declara inválido sin diferencia ninguna con el supuesto de que la causa hubiera sido de nulidad; ahora bien, si la acción prescribe el testamento resulta inatacable.

2.8. *El error*

Este trabajo no es el adecuado para adentrarnos en el estudio general del error como vicio de la voluntad, ni del error del testador en particular, sino de limitar nuestro objeto de estudio al tratamiento del error como causa de invalidez en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, remitiéndonos en lo demás a la obra de los autores que lo han tratado desde una perspectiva más amplia[45].

[45] Además de las obras sobre el error en contratos, el error en el negocio jurídico, DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, cit. pp. 101-131; y más específicamente sobre el error testamentario,

En la regulación de la Ley de sucesiones aragonesa el error espontáneo del testador es causa de invalidez de la disposición testamentaria afectada pero no la contempla como causa de invalidez del testamento mismo, sin perjuicio de lo dicho en relación con el artículo 108.2 Lsuc. (hoy 423.2 CDFA) que considera anulable el testamento otorgado con engaño, en definitiva un caso de error provocado aunque el precepto centre la atención en el engaño y no en el error que provoca.

Sin embargo, es posible que el testador otorgue testamento por error no provocado por tercero, caso previsto en el artículo 422-2.2 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones que, bajo la rúbrica «Nulidad de disposiciones testamentarias», describe el supuesto en el que «*el testador ha otorgado un testamento porque creía erróneamente, según se deduce de su contenido, que el heredero instituido en testamento anterior había muerto*», lo que sin duda supone un error motivador del otorgamiento mismo y no de la inclusión en él de una concreta disposición; sin embargo la consecuencia es únicamente la invalidez de la institución de heredero, al considerarse heredero el instituido en el testamento anterior, pero no la invalidez de todo el testamento ulterior porque dispone que «*subsisten los legados y las demás disposiciones a título particular ordenadas en el último testamento*».

Decía De Castro, que sucede lo mismo cuando el otorgante cree erróneamente que el documento que firma no tiene otro valor que el de una simple carta [46]; aunque la sola firma del documento es caso poco probable porque el testamento sería necesariamente notarial y el fedatario habría informado al otorgante; no lo es tanto cuando se trata de un manuscrito que quien lo escribe y firma no tiene conciencia de que vale como el testamento ológrafo que no tiene intención de otorgar, quedando desde ese momento en una suerte de error continuado por el que deja transcurrir el tiempo sin revocarlo. Como el artículo 108 Lsuc. (hoy 423 CDFA) no recoge el error como causa de invalidez del testamento ni contempla el aludido supuesto del Código civil de Cataluña, no es posible encontrar apoyo en la Ley de sucesiones aragonesa para alcanzar una solución similar.

En relación con las disposiciones testamentarias, según el artículo 109.2 Lsuc. (hoy 424.2 CDFA) el error en la persona o en el objeto, y el error de hecho o de derecho en los motivos que sea causalmente determinante de la disposición determinan su anulabilidad. Entre estos supuestos es preciso distinguir en primer término el error obstativo de los casos de error propio o error-vicio de la

---

entre otros trabajos de Gordillo Cañas, A., merece cita especial *El error en el testamento*, Anuario de Derecho Civil, 1983-III, p. 747; Espiau Espiau, S. , *El error en las disposiciones testamentarias. La regulación del Codi de successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya*, Tecnos, Madrid, 1994; Viñas Mey, J. *Los vicios de la voluntad testamentaria*, Curso de conferencias de 1948, Colegio Notarial de Valencia, 1949, p. 433; Monserrat Valero, A. *El error vicio en el testamento (legado de un cuadro que después de la muerte del testador se descubre su gran valor)*, Revista de Derecho Privado, Octubre 2000, p. 764; Roca Sastre, R. Mª, *Interpretación del testamento. Error en la designación del heredero. El principio falsa demosntratio non nocet*, en Dictámenes Jurídicos, I. Barcelona 1984, p. 248.

[46] De Castro y Bravo, F. *El negocio jurídico*, cit. p. 127.

voluntad, de distinta naturaleza en cuanto el primero es consecuencia de la falta de habilidad del testador para expresar lo que realmente desea, diciendo cosa distinta de la que pretende decir, mientras el error-vicio responde a una falsa representación de la realidad en la mente del testador, que dispone motivado por la equivocación que padece.

El error en la persona o en el objeto que contempla la Ley en un caso de error obstativo y subsanable por la interpretación del testamento cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 110 Lsuc. (hoy 425 CDFA), no llegando a producir la invalidez de la disposición testamentaria afectada si por medio de la interpretación es posible venir en conocimiento de quién sea la persona o a qué bienes pretendía referirse el testador aunque lo expresase de forma errónea, y vale la disposición respecto a la persona o a los bienes a los que realmente quería referirse el testador, cuya voluntad prevalece sobre la literalidad del documento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101.1 Lsuc. (hoy 416.1 CDFA). En suma, el error en la persona beneficiada o en los bienes objeto de la disposición no es causa de invalidez mientras pueda determinarse por la interpretación del testamento la persona o los bienes a quienes se refería el testador aunque los citase erróneamente; pero será causa de invalidez -anulabilidad- cuando, aunque se constate que es errónea la designación, no es posible acreditar la persona o los bienes a que el testador quería referirse en realidad.

Es causa de anulabilidad de la disposición el error de hecho o de derecho en los motivos, «*si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error*», por lo que el artículo 109.2 Lsuc. (hoy 424.2 CDFA), parece inclinarse a limitar los medios de prueba exigiendo que el error y su carácter determinante de la disposición resulten precisamente del contenido del testamento, en términos similares a los del artículo 767 CC, para el que la causa falsa «*será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa*»; lo que, sin embargo, no impide a una parte de la doctrina entender que en estos casos es posible recurrir a la prueba extrínseca, al menos parcialmente, en la medida en que no es imprescindible la constancia íntegra en el testamento del motivo del error y de su carácter determinante[47].

El régimen de invalidez de los negocios *inter vivos* se ocupa de privar de eficacia a los que efectivamente llegan a crearse sin prestar atención a la situación que resulta cuando no han llegado a otorgarse por causa del error de quien pudo haberlos celebrado, o porque con engaño, violencia o amenaza, alguien impidió concluirlos: el contrato no celebrado, o el matrimonio no contraído en tales supuestos no existe y no cabe argüir sobre su eventual invalidez, ni intentar

---

[47] Jordano Barea, J. B. *El testamento…, cit*, p. 67-69; Gordillo Cañas, A., *El error en el testamento*, ADC 1983-III, pp. 806-811; Moreno Quesada, B. *Comentario al art. 767 II*, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. EDERSA, Madrid 1987, p.366. En contra de este criterio, especialmente Albaladejo García, M. *De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias*, en Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1955, p.483 y O´Callaghan Muñoz, X, *Comentario al art. 767* p. en Comentario del Código civil, T. 4, Barceloa, 2000, p. 566.

actuar sobre la situación subsiguiente a su inexistencia. Sin embargo, tras la ineficacia del testamento o de las disposiciones testamentarias que se sigue de su invalidez, aparece siempre la solución de reemplazo para deferir la sucesión según el testamento anterior no revocado o, en su defecto, por las normas de la sucesión legal, todo lo cual tiene adecuado reflejo en el régimen de la invalidez testamentaria, que en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte no se limita a las disposiciones generales de los artículos 108 (hoy 423 CDFA) y siguientes.

La preterición no intencional –salvo el caso del legitimario nacido después de otorgarse el testamento– responde a un error del disponente por causa de muerte. Lo confirma que se denomine «preterición errónea» en alguna leyes[48] y el tenor del artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFA) para el que la preterición no intencional tiene lugar «*cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo*», descripción de una falsa representación de la realidad sobre los particulares a que se refiere el precepto pese a que, siguiendo las pautas tradicionales, la regule en el Título de la legítima. También la concurrencia de error determinante en el motivo de la exclusión o en la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, dispone el artículo 199 Lsuc. (hoy 514 CDFA) que produce los efectos de la preterición no intencional, que son los previstos en el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDFA), si afecta solo a algún legitimario de grado preferente, o en su apartado 2, si el preterido es el único legitimario de grado preferente o todos los que ostenten esta condición.

Aunque nominalmente se trate también de preterición, la intencional tiene naturaleza distinta y es objeto de un tratamiento legal totalmente diferente, pues no implica error del disponente, como precisa el artículo 190.1 Lsuc. (hoy 506.1 CDFA), sino cabal conocimiento de hechos y circunstancias («*el disponente, al ordenar la sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal*») e infracción deliberada del deber de mencionar al legitimario de grado preferente afectado –no necesariamente de beneficiarle– al que no atribuye otro derecho, según el artículo 192 Lsuc. (hoy 507 CDFA), «*que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma*», derecho que aunque no haya sido preterido asiste a todo legitimario de grado preferente.

En el tratamiento del error determinante de preterición no intencional la Ley va más allá de invalidar una disposición testamentaria, permitiendo que se defiera la sucesión con sujeción a criterios parcial o totalmente distintos a los dispuestos por el testador, concediendo al preterido el derecho a percibir una parte del caudal relicto que no le atribuyó aquél y, más drásticamente, si son preteridos todos o el único legitimario de grado preferente, defiriendo abintestato todo el

---

[48] «Preterición errónea» era la denominación con la que recogía la no intencional el artículo 378 del derogado Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre, vigente hasta el 1 de enero de 2009), y con el mismo término aparece hoy en el artículo 451-16.2 el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

caudal relicto, según el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA), lo que es algo distinto a invalidar el testamento, pues si fuera inválido no habría revocado un eventual testamento anterior, eficaz entonces para deferir la sucesión, mientras el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA) remite a la sucesión legal, sin excepción alguna.

La previsión para el caso era la misma en el artículo 122.2º de la Compilación, aunque anteriormente el artículo 32 del Apéndice de 1925 disponía que «*La preterición o la desheredación que no tenga causa legítima no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda a todos los herederos forzosos, y, en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiese fallecido abintestato.*», dejando a salvo los legados y liberalidades ordenados por el testador en tanto cuanto cupieran en el tercio libre. Regulación esta congruente con la protección del *quantum* de la legítima –entonces dos tercios del caudal– importe para el que la delación prevista por el precepto «*como si el causante hubiese fallecido abintestato*» supone un criterio de reparto de la legítima material entre los legitimarios preteridos, pero conservando en lo posible las disposiciones a favor de tercero en la medida que no excedieran del tercio de libre disposición.

El criterio que inspiró la Ley de sucesiones –y el régimen de la derogada Compilación– no es la tutela de la legítima material, pues la delación abintestato de todo el caudal relicto va más allá de propiciar el cumplimiento de la previsión del artículo 171.1. Lsuc. (hoy 486 CDFA) de que la mitad de *donatum* más *relictum* recaiga en descendientes del causante, porque no se limita a invalidar las disposiciones que lesionen este derecho sino que altera el orden de la vocación sucesoria dando preferencia a la sucesión legal sobre la voluntaria y, como dice Rodríguez Boix, el preterido o preteridos reciben la legítima embebida en la sucesión legal; y, sin embargo, el testamento no es inválido, siendo eficaces únicamente sus disposiciones de contenido no patrimonial: designación de albacea o contador-partidor, disposiciones sobre incineración, entierro, donación de órganos…etc.[49], lo que es una razón más que demuestra que, pese a ubicar estas normas en el Título que la Ley dedica a la legítima, la preterición no intencional responde a un supuesto de error del disponente, y sus consecuencias no atienden precisamente a remediar la lesión cuantitativa de aquel derecho.

Los efectos que según la Ley de sucesiones produce la preterición no intencional de todos o el único legitimario de grado preferente tienen un fundamento distinto a la tutela de la legítima material, que se suele decir es suplir la «voluntad hipotética abstracta de un testador medio» –como afirma Gómez Calle[50]– el

---

[49] Rodríguez Boix, F. «*La preterición*», Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000. p. 39, quien recoge la opinión de de la Cámara en el sentido de que no cabría en este caso es el reconocimiento de hijos no matrimoniales porque implicaría que el testador sabe de su existencia y, en consecuencia, la preterición sería intencional.

[50] Gómez Calle, Mª E. *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento.* Monografías Thomson-Civitas. Editorial Aranzadi, 2007, p. 107. Un análisis de las teorías sobre el fundamento de las soluciones legales a la preterición no intencional, en Garrote Fernández-Díez, I. *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales.* Comares, Granada, 2004. pp. 131-165

cual habría beneficiado a los preteridos de haber conocido su existencia o su condición; pero la solución que adopta la norma responde más bien a la presunta intención de beneficiarles con la totalidad del caudal relicto, al invalidar todas las disposiciones de contenido patrimonial aunque quepan en la parte libre. Esta es sin duda la solución legal, pero deja en entredicho el fundamento apuntado cuando conste la voluntad expresa del testador de no disponer de la totalidad del caudal en beneficio del legitimario; como es el caso de quien otorga testamento instituyendo herederos por mitad a su esposa y a su único hijo fruto de anterior matrimonio que después es declarado fallecido, otorgando el padre nuevo testamento en el que manifiesta carecer de descendientes, instituyendo única heredera a su esposa; si tras la muerte del testador regresa el hijo, el supuesto es de preterición no intencional comprendido en el artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFA), al creer el causante cuando otorgó el segundo testamento que el legitimario ha fallecido, y aunque manifiesta en él que carece de descendientes porque su único hijo ha muerto, no es esta mención suficiente según el artículo 189.3 Lsuc. (hoy 504.3 CDFA) para evitar la preterición, la que por afectar al único legitimario determina la delación abintestato de todo el caudal relicto, según el 193.2 (hoy 508.2 CDFA) de la propia Ley. El hijo será heredero único por aplicación de las normas de la sucesión legal, que propicia así una consecuencia claramente contraria a la voluntad del causante, quien, antes de que el hijo fuera declarado fallecido, se limitó a instituirle heredero de la mitad, pero recibe ahora toda la herencia y nada la esposa entonces instituida por mitad con él.

El error de derecho sobre la condición de legitimario de persona que el testador conoce aunque no atribuye tal carácter a la relación que les vincula se suele presentar respecto a las adopciones menos plenas o simples celebradas antes de la reforma de la adopción por Ley de 11 de noviembre de 1987: el testador conoce la adopción menos plena o simple de la que ha sido parte, pero cree que el adoptado no tiene la condición de hijo ni, en consecuencia, de legitimario de grado preferente. El error es excusable en la medida de que los derechos sucesorios de los hijos adoptivos no eran los mismos que los de los hijos por naturaleza, pudiendo incluso estos adoptados no usar los apellidos del adoptante y no eran reconocidos como legitimarios, condición que incluso les fue expresamente negada por la reforma de 1981, aunque la última jurisprudencia ha acabado por reconocerles[51].

El caso es también subsumible en el supuesto de hecho del artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFA), pues el testador conoce la existencia del sujeto pero no cree

---

[51] En sentencias de 6 de febrero de 1997 y 8 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo considera que los adoptados simples o menos plenos se deben contar entre los hijos del adoptante, pues «*una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto…*»; criterio que, a partir de la entrada en vigor de la reforma del párrafo tercero del artículo 180 CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, hasta su derogación por la reforma de 11 de noviembre de 1987, según la cual «*Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas*».

que sea legitimario por un error de derecho que le lleva a desconocer que es descendiente suyo. Es dudosa la solución si le menciona negándole la condición de legitimario, pues en principio parece haber mención suficiente, según el artículo 189.1 Lsuc. (hoy 504.1 CDFA), pero al negarle la condición de legitimario –que realmente tiene– se evidencia el error del testador que fundamenta la preterición no intencional, que no concurrirá si, cualquiera que se la opinión del testador sobre la condición del adoptado, le hubiese otorgado algún beneficio a título gratuito.

3. Otros supuestos de invalidez y de ineficacia

La invalidez testamentaria no se agota, como hemos visto, en las disposiciones del Capítulo III, Título III de la Ley (hoy Libro Tercero del CDFA), regulando en su articulado otros supuestos específicos de invalidez, como el del artículo 160.1 (hoy 475.1 CDFA) que al establecer las incapacidades relativas para suceder dispone que «*es nula la disposición por causa de muerte a favor de…*», remitiendo luego a las normas de la indignidad el régimen de «*la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa*», lo que implica la aplicación del artículo 18 Lsuc. (hoy 333 CDFA), por lo que la acción caduca en plazo de cinco años «*desde que el indigno de suceder* –en nuestro caso el sujeto afectado por la incapacidad relativa– *esté en posesión de la herencia o legado*» con lo que presenta dos peculiaridades: está sujeta a caducidad y no a prescripción y el cómputo se inicia momento distinto al del fallecimiento del causante, *dies a quo* que la Ley fija en los demás casos de invalidez.

En otros supuestos la Ley considera ciertas disposiciones directamente ineficaces como cuando dispone que se tengan «por no puestas», sin calificarlas de nulas ni de anulables, requiriendo un juicio de autoridad que establezca la efectiva concurrencia del supuesto de hecho del que depende la ineficacia de la disposición, que en ocasiones tiene mayor alcance, como en los casos en que el error afecta a los motivos del testador para adoptar una disposición, pues en los supuestos contemplados en los artículos 156 y 199 de la Ley de sucesiones (hoy 471 y 514 CDFA) la decisión es doble: si los motivos del testador eran erróneos y si el error fue determinante o no, conduciendo su resultado a soluciones opuestas, como son la ineficacia de la disposición si eran determinantes, o que los motivos erróneos se tengan por no puestos, si no lo eran.

Son casos de invalidez los del artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFA), que regula la interpretación testamentaria, cuando existe contradicción irreductible entre distintas cláusulas de un mismo testamento y cuando sus disposiciones son ininteligibles. Dispone sobre las contradictorias que no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre si, mientras las disposiciones ininteligibles «*se considerarán no formuladas*»; aunque el precepto asigna este efecto únicamente a las disposiciones ininteligibles la solución parece ser la más adecuada también para las que pugnen sustancialmente entre sí de forma irreductible, de las que la norma solo dice que ninguna será válida, lo que significa que pese a que cada una tenga sentido por separado ninguna puede prevalecer sobre la que la

contradice y ambas se anulan recíprocamente. Deben tenerse por no formuladas al ser difícilmente subsumibles en el sistema de los artículos 108 y 109 de la Ley (Ley 423 y 424 CDFA) la invalidez con que las sanciona artículo 101.2 Lsuc. (hoy 416.2 CDFA), ya que no responden a ninguno de los supuestos que contemplan ni su naturaleza permite aplicarles el régimen de nulidad-anulabilidad que arbitran estos preceptos.

Otro supuesto de invalidez deriva de la infracción del artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA) cuando habiendo otorgado testamento mancomunado uno de los testadores otorga después testamento unipersonal en vida del otro testador. Según el precepto citado «*toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario*» y, como el testamento posterior perfecto revoca el otorgado anteriormente, la norma es de aplicación a todo testamento otorgado por uno solo de los testadores en vida del otro aunque el mancomunado no contenga disposiciones correspectivas, ya que el precepto no la limita la exigencia de forma a tal supuesto. La Ley no precisa las consecuencias que se siguen en caso de no observarse la forma prescrita, a diferencia de las que produce la infracción de los restantes requisitos que exige para el caso el artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), pues si el otorgante no hace saber al notario la existencia del anterior testamento, no le comunica el domicilio del otro otorgante o el notario no notifica el nuevo otorgamiento al otro testador dentro de los ocho días hábiles siguientes la infracción no afectará a la eficacia revocatoria del testamento, por expresa disposición del propio artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), no obstante las responsabilidades a que hubiere lugar.

La finalidad del artículo 106.4 Lsuc. (hoy 421.4 CDFA), es proteger la lealtad debida al otro otorgante con objeto de que –dice el Preámbulo de la Ley– «*obre, si quiere, en consecuencia*», por lo que es congruente exigir otorgamiento notarial y la notificación al otro testador; sin embargo, como lo que se le comunica es solo el hecho del ulterior otorgamiento y no su contenido, parece injustificado que la exigencia sea precisamente el testamento abierto y no limitarla al testamento notarial, lo que permitiría que el testamento pudiera ser cerrado, quedando excluido solamente el ológrafo. No obstante, la forma que exige el precepto es la del testamento notarial abierto, por lo que si el otorgado no se ajusta a esta prescripción incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 108.1 a) Lsuc. (hoy 423.1.a CDFA), en cuanto no se ha observado un requisito esencial prescrito por la ley, como es la forma específica prescrita para este caso.

3.1. *Disposiciones correspectivas del testamento mancomunado*

La distinción entre invalidez e ineficacia tiene especial importancia en el régimen de las disposiciones correspectivas del testamento mancomunado, definidas por el artículo 105.1 Lsuc. (hoy 420.1 CDFA) como «*… las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente*

condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero»; relación que los testadores establecen voluntariamente y que constituye una excepción al principio de no propagación de la invalidez entre las disposiciones del testamento, regla y excepción establecidas en el artículo 109.3 Lsuc. (hoy 424.3 CDFA).

Dice el artículo 105.2 Lsuc. (hoy 420.2 CDFA) para las disposiciones correspectivas que «*La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter*», con lo que arbitra un régimen en el que es esencial la aludida distinción entre invalidez e ineficacia porque, declarada la nulidad de una cláusula la correspectiva no es también nula, sino ineficaz y, por tanto, técnicamente válida aunque no surta efectos; pero cuando aquella no es inválida sino ineficaz por causas sobrevenidas después del otorgamiento, la correspectiva es válida y eficaz, aunque cesa la correspectividad, lo que en el testamento mancomunado con institución recíproca entre testadores a la que haya asignado carácter correspectivo permite heredar al supérstite a pesar de que por la muerte del cotestador su institución de heredero devenga *ipso facto* ineficaz. En caso de comoriencia, según el artículo 5.2 (hoy 320 CDFA) en relación con el 122 a) Lsuc. (hoy 437.a CDFA), son ineficaces las disposiciones por las que cada testador instituye al otro, pero el testamento mancomunado conserva su validez y es eficaz en cuanto al resto de las disposiciones, entre las que es frecuente la institución preventiva a favor de un tercero para el caso de que el primer instituido no herede.

3.2. *La ineficacia sobrevenida*

Cuando una disposición testamentaria resulta inaplicable por hechos posteriores al otorgamiento estamos ante un caso de ineficacia sobrevenida, entre los que se cuentan los relacionados en el artículo 122 Lsuc. (hoy 437 CDFA), supuestos de premoriencia, indignidad, repudiación del instituido y fallecimiento del sucesor antes de cumplirse la condición suspensiva de que dependa la institución, que no son homogéneos, pues la premoriencia es la única que necesariamente se produce en vida del testador, que todavía puede modificar sus disposiciones en atención a ella; las causas que determinan la indignidad pueden no haberse manifestado antes de la apertura de la sucesión, mientras la repudiación se producen necesariamente después, y también el fallecimiento pendiente de cumplirse la condición suspensiva, ya que de no ser así el supuesto sería de premoriencia del instituido. En todos estos supuestos, no habiendo ulterior llamamiento ni sustitución legal en los que esta es posible, se abre la sucesión legal.

En el marco de la sucesión voluntaria importan también otros sucesos que en vida del testador cambian las circunstancias existentes al otorgar el testamento, en particular en los casos de crisis matrimonial y de nacimiento de un hijo. En el primer caso, la institución o beneficios dispuestos a favor del *cónyuge* devienen ineficaces si quien ostentaba esta condición al tiempo de testar deja de tenerla, ejerciendo su influencia la nueva situación incluso cuando la disposición a su favor se hiciera designándole por su nombre y apellidos y no por su condición de cónyuge.

Es también un caso de invalidez sobrevenida el nacimiento de un legitimario de grado preferente después de otorgado el testamento, supuesto que las leyes –y también la aragonesa– tratan como preterición no intencional. En la sucesión aragonesa el caso solo se plantea si el nacido es legitimario de grado preferente, pues el nacimiento de cualquier otro descendiente del testador carece de relevancia a estos efectos, porque nunca puede considerarse preterido un legitimario de grado no preferente.

Salvo que haya perdido la capacidad para testar, el testador puede en estos casos revocar o modificar su testamento para acomodarlo a la nueva situación, mencionando o instituyendo al neonato[52] o excluyendo a quien ya no es su cónyuge o del que está separado; pero aunque no sea así la Ley de sucesiones tiene en cuenta la nueva situación y dispone el efecto que produce en la sucesión del testador, pese su falta de iniciativa.

El ulterior nacimiento de un legitimario de grado preferente es un caso de preterición no intencional previsto en el artículo 191 Lsuc. (hoy 506 CDFA) («*el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario…. en particular por haber nacido después*»), por lo que si el nacido es el único legitimario de grado preferente se aplicará el artículo 193.2 Lsuc. (hoy 508.2 CDFA), y si es uno más entre otros de esta condición la preterición es singular y se aplica el artículo 193.1 Lsuc. (hoy 508.1 CDFA), con los efectos que ya hemos visto para los supuestos de preterición no intencional originados por error. La situación es la misma, aunque no se trate de nacimiento en sentido estricto, cuando se establece la filiación respecto del testador o de un descendiente suyo premuerto, pues si vive el progenitor no sería legitimario de grado preferente en la sucesión del testador y la filiación establecida irrelevante a efectos de preterición. La acción *ex* artículo 193 Lsuc. (hoy 508 CDFA), en cualquiera de sus dos casos, prescribe a los cinco años del fallecimiento del causante según dispone el artículo 178.1 Lsuc. (hoy 493.1 CDFA), como ya hemos visto.

Declarada la nulidad del matrimonio del testador, la separación o el divorcio, es lógico entender que queden sin efecto las disposiciones testamentarias entre cónyuges en ausencia de la *affectio maritalis* que sin duda era su causa, y así lo entendía parte de la doctrina; pero la Resolución de la DGRN de 26 de noviembre de 1998 concedió validez y eficacia al testamento que instituía heredera a la esposa del testador de la que se había divorciado cinco años antes de su fallecimiento, manteniendo la Dirección General el criterio de que los testamentos solo se revocan otorgando nuevo testamento y a falta de precepto legal que disponga otra cosa en el Código civil no puede entenderse revocado por el divorcio del testador y la instituida, por lo que no acogió la tesis mantenida por el Registrador de concurrencia de causa falsa o motivo erróneo de la disposición, determinante de su ineficacia según el artículo 767 del Código Civil. Que la disposición testamen-

---

[52] Gómez Calle, Mª E. estima –en relación con la normativa del artículo 814 CC– que la pasividad del testador que no modifica su testamento tras el nacimiento de su hijo después de haberlo otorgado no califica de intencional la preterición aunque, constándole el nacimiento, no modifica el testamento que ignora al nacido. *El error del testador… cit.* p. 157.

taria se refiriera a la «esposa», añadiendo su nombre y apellidos, no permite entenderlos como expresión clara del motivo de la institución, pudiendo interpretarse como dato adicional identificador de la favorecida[53]. La solución es más sencilla si lo atribuido al cónyuge es una cuota legal, como cuando se lega la legítima del cónyuge en el régimen del Código civil, y así, según la STS 1 de mayo de 2010, si «*el testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota vidual que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota*»

Para los supuestos de declaración de nulidad del matrimonio del testador, separación o divorcio y también cuando, sin haber recaído sentencia firme, se encuentran en trámite los procedimientos dirigidos a tal fin, aunque el testador no haya revocado o modificado su testamento, dispone el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFA) –inspirado en el artículo 132 de Código de sucesiones de Cataluña y en el parágrafo 2.077 de BGB[54]– que «*no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*», disposiciones que son ineficaces, no inválidas, como corresponde a la previsión textual de que «*no surtirán efecto*», consecuencia que puede evitar o modificar el testador, si así lo desea, al ser preferente su voluntad sobre la solución legal, según el propio artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFA).

La norma tenía sus correlativas para el pacto sucesorio en el artículo 89 de la Ley (hoy 404 CDFA), y para la sucesión legal en el artículo 216.1 Lsuc. (hoy 531.1 CDFA), que no contempla el divorcio ni la nulidad –pues en tales casos ya no tendría la condición de cónyuge por la que es llamado– pero sí la pendencia de los procesos y la separación de hecho «*por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*», situación que no contempla el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFA), sin que exista razón alguna para limitar el supuesto únicamente a la sucesión legal y no incluirlo también en el régimen de ineficacia de la sucesión voluntaria.

Ninguno de estos artículos requería que el procedimiento judicial se haya interpuesto por uno o por ambos cónyuges, con lo que en la Ley de sucesiones cabía la posibilidad de que la demanda de nulidad matrimonial la haya inter-

---

[53] La resolución, no obstante, dejó apuntados argumentos en apoyo de la solución opuesta, siempre que el asunto se sustancie ante los Tribunales, al decir que «*Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición –piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia ésta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio–*» y aunque puede inferirse de la interpretación de la voluntad real del testador cuando otorgó el testamento que no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría, expresándolo así al mencionar la condición de esposa de la beneficiaria, pero tal hipótesis sólo puede ser apreciada en procedimiento judicial contradictorio con fase probatoria y no tiene cabida en el recurso gubernativo, prevaleciendo mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución.

[54] Trata en detalle esta cuestión en el BGB y, en general, en el Derecho alemán, María Esther Gómez Calle en su citada obra *El error del testador y el cambio sobrevenido…*

puesto un tercero (artículo 74 CC) sin existir en tal caso la desafección entre cónyuges que sin duda concurre cuando son ellos quienes la interponen, pero la redacción del texto refundido en el CDFA ha corregido esta omisión. Se entiende que el procedimiento se encuentra en trámite desde que recae resolución judicial de admisión de la demanda, aunque aún no se haya notificado al demandado.

La sentencia del TSJ de Aragón de 20 de junio de 2005 aplica el artículo 123 Lsuc. (hoy 438 CDFA) al testamento otorgado en el marco de una convivencia no formalizada legalmente como pareja de hecho, estimando que no cabe valorar las disposiciones testamentarias de uno de los convivientes a favor del otro como si hubieran sido hechas entre particulares sin vínculo específico previo alguno, con abstracción absoluta de que su causa principal era la relación convivencial dotada de las notas de afectividad, estabilidad y vocación de permanencia, por lo que «*resulta de observancia el artículo 123 de la ley sucesoria ….*» y constando la separación efectiva de los convivientes y que se tramitó procedimiento judicial para resolver las cuestiones económicas surgidas de ella, «*dada la identidad de situaciones entre el matrimonio y la situación de convivencia*», la sentencia confirmó la ineficacia del legado dispuesto por uno de los convivientes a favor del otro.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Validez y eficacia de normas y actos». MCYT DER 2008-01169, (2008-2011) del que es investigador principal el Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

LOS DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO PARCIAL EN LA LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL*

José Luis Argudo Périz**
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La nueva Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial deroga los Libros III y IV de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y establece la regulación legal civil de las relaciones de vecindad y servidumbres en los Títulos I y II (arts. 1 a 51). Este trabajo estudia la nueva regulación de la figura foral aragonesa de los *ademprios,* que se configuran en la nueva Ley como comunidades (arts. 49 y 50) y como derechos reales de aprovechamiento parcial (art. 48). La Ley también define y establece el régimen jurídico de los *derechos reales de aprovechamiento parcial* en su artículo 19. Este tipo de derecho real tiene su correspondencia en el Código civil español en las servidumbres personales del artículo 531, y en los Derechos civiles navarro y catalán en los derechos reales de la misma denominación que el aragonés, pero cuyo régimen jurídico es, en parte, distinto. Se realiza un estudio comparativo de estas instituciones y un análisis histórico-jurídico en el Derecho aragonés para concluir con un comentario de la nueva regulación.

---

* Las referencias normativas a la Ley de Derecho Civil Patrimonial (LDCP) han de entenderse aplicadas al nuevo «Código de Derecho Foral de Aragón» (Decreto Legislativo 1/2011) en su libro IV, especialmente en su Título II (De las servidumbres), arts. 551 a 587, y de forma particular a los arts. 555 y 584, que sustituyen a los arts. 19 y 48 LDCP, respectivamente.

** Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER 2008-01669/JURI cuyo investigador principal es el catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Jesús Delgado Echeverría.

Palabras clave: Derecho civil aragonés; Ley de Derecho Civil Patrimonial; *ademprios;* servidumbres personales; derechos reales de aprovechamiento parcial.

ABSTRACT

The new Law 8/2010, of 2nd of December, regarding Civil Property Law derogates Books III and IV of the Compilation of Civil Law of Aragón and establishes the legal civil regulation of relationships between neighbours and easements in Titles I and II (articles 1 to 51). This paper studies the new regulation of the regional Aragón figure of the «ademprios» which are configured in the Law as communities (articles 49 ad 50) and as rights in rem that can be enjoyed partially (article 48). The Law also defines and establishes the legal regime of partial enjoyment of rights in rem in article 19. This kind of right in rem has its equivalence in the Spanish Civil Code and in personal easements established in article 531, as well as the Navarre and Catalan civil Laws which take the same name as Aragonese rights in rem but whose legal regime is, in part, different. A comparative study of these institutions and a legal historical analysis in Aragonese Law is carried out and it concludes with a commentary about the new regulation.

Key words: Aragonese Civil Law: Civil Property Law; Ademprios; Easement in gross; Partial enjoyment of rights in rem.

Note: «Ademprios» are communal grazing lands and in regional Aragonese Law they encompass a wide range of communal rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN EL CÓDIGO CIVIL. III. EL *NOMEN* Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN LOS DERECHOS CIVILES NAVARRO Y CATALÁN: EL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO PARCIAL. IV. LA APLICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: ALERA FORAL Y ADEMPRIOS: 1. Las servidumbres personales y la naturaleza real de la alera foral; 2. Los ademprios en la compilación. V. LOS *DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO PARCIAL* EN LA NUEVA LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL: 1. El derecho real limitado de ademprios: de servidumbres personales a derechos reales de aprovechamiento parcial; 2. El régimen jurídico general de las servidumbres personales aplicado a los derechos reales de aprovechamiento parcial.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial (*BOA* 248, de 22/12/2010) (en adelante, LDCP), deroga el Libro III de la Compilación, sustituyéndolo por los primeros cincuenta y un artículos de la Ley (Títulos I y II). En este trabajo vamos a tratar la regulación y régimen jurídico de los ademprios, que se configuran como «derechos reales de aprovechamiento parcial» en el artículo 48, incluyendo la Ley un artículo, el 19, que conceptúa legalmente tales derechos reales y establece su régimen jurídico.

Los *derechos reales de aprovechamiento parcial* son derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades concretas y determinadas en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial, conservando la misma configuración que las servidumbres personales del Código (art. 531), aunque con distinta denominación, ya que en la nueva Ley la denominación de «servidumbres» se reserva exclusivamente para las servidumbres prediales (art. 15 LDCP).

La nueva Ley contempla un concepto amplio de servidumbre como derecho real limitado de goce, en sus dos modalidades de prediales y personales, pero otorgando un distinto *nomen,* otra denominación a las personales que son los nuevos derechos reales de aprovechamiento parcial. No origina ninguna duda reconocer la institución como la expresión de las servidumbres personales en el Derecho civil aragonés, ya que también su régimen jurídico supletorio remite al de las servidumbres reales. Y al igual que el Código, existen servidumbres personales típicas, en relación de género a especie, en la nueva Ley que son los «tradicionales» ademprios, regulados en el artículo 48, y que obligaba a establecer el marco general del derecho real que los cobija.

Los ademprios tienen una doble dimensión institucional en la nueva Ley, configurándose como servidumbres personales y como comunidades de aprovechamientos, que traduce la riqueza y diversidad jurídica concentrada previamente en el artículo 146 de la Compilación, y sigue siendo con la alera foral una de las instituciones de origen foral articuladoras del nuevo capítulo V del Título II de la Ley (arts. 46 a 51 LDCP).

Los derechos reales de aprovechamiento parcial ya existen en los ordenamientos civiles navarro (ley 394 FN) y catalán (arts. 563-1 a 563-4 de la Ley catalana 5/2006 que aprueba el Libro V de su Código civil), pero en fidelidad a su tradición jurídica romanista establecen su régimen jurídico supletorio por remisión, fundamentalmente, al del usufructo. El Derecho civil aragonés ha preferido seguir su propia tradición jurídica, no opuesta al Código civil estatal, pero inspirada también en ordenamientos jurídicos similares y cercanos en esta materia como son los de corte germano.

La integración de las servidumbres personales en la nueva Ley aragonesa y su regulación como «derechos reales de aprovechamiento parcial», origina este ini-

cial estudio de derecho comparado, y una también primera aproximación general a su régimen jurídico, que se fundamenta en la voluntad de los particulares reflejada en el título de constitución como fuente principal de su regulación, siguiendo también la tradición jurídica aragonesa de libertad civil que tan buenos resultados ha dado en la rica variedad de ademprios, y que ha de ocasionar una seria reflexión sobre qué nuevas relaciones jurídicas podrán regular los aragoneses en el futuro a través de los derechos reales de aprovechamiento parcial.

II. LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN EL CÓDIGO CIVIL

La distinción que el Código realiza entre servidumbres prediales y personales, configura estas últimas como aquellas que pueden establecerse «en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada». No es necesario entrar en detalles sobre la historia de esta categoría jurídica, ya que en la etapa previa a la codificación servidumbres personales eran las tres clásicas de usufructo, uso y habitación. El *Code* convirtió en derechos autónomos las anteriores servidumbres personales típicas y suprimió la categoría de las servidumbres personales por sus reminiscencias feudales. Sin embargo en nuestro Derecho, GARCÍA GOYENA no aceptó la posición del legislador francés, y no encontró obstáculo para que, aun separados de la misma los derechos de usufructo, uso y habitación, sobreviviese la diferenciación entre servidumbres reales y personales[1].

En el proceso de codificación europeo la contemplación de las servidumbres personales pivotó en dos polos opuestos. Las rechazan los Códigos francés, italiano y portugués. En el caso francés, la doctrina posterior ha interpretado que los diversos usos de una finca pueden constituir un «derecho de uso irregular».

Los Códigos alemán, austríaco y suizo las regulan separándolas de los derechos de usufructo, uso y habitación, como un uso más de las fincas. Los parágrafos 1.090 a 1.093 BGB («servidumbres personales limitadas») proceden de las

---

[1] «El miedo de hacer revivir ideas añejas de feudalidad, pudo parecer causa bastante al legislador francés para no consagrar positivamente esta división; pero su silencio no ha podido cambiar la naturaleza de las cosas. Esta distinción es de la mayor importancia, pues de ella resulta que los principios generales de las servidumbres se aplican al *Usufructo, Uso y Habitación,* y sobre todo el principio fundamental que *praedium non persona servit.* De lo que se infiere que el propietario sólo está obligado a sufrir y dejar que otro haga, pero nunca a hacer, *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis: sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* Ley 15, párrafo 1, título 1, libro 8 del Digesto.

Hasta aquí un Jurisconsulto Francés; y yo debo repetir su observación, porque el silencio de aquel Código se nota igualmente en el nuestro, no por los vanos temores o recuerdos de feudalidad, sino por no hacer una excepción al método seguido en todos los Códigos modernos.

Quede, pues, sentado, que entre nosotros subsiste realmente la división que hace la ley 1, de los citados título y libro. *«Servitutes aut personarum sunt ut usus et ususfructus aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum, et urbanorum.» Cfr.* GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* Zaragoza, 1974 (reimp. de la edición de 1852), p. 227.

servidumbres personales «irregulares», es decir los usos diferentes a las servidumbres personales del Derecho romano, pero que también se establecían en beneficio de las personas y, además, el uso objeto de ese derecho era el mismo que el de una servidumbre predial. De esta forma la servidumbre personal va alejándose del usufructo para ir acercándose a la servidumbre real. El parágrafo 1.090 BGB viene a indicar que el contenido de una servidumbre personal puede ser el mismo que el de una servidumbre predial, si bien en beneficio de una persona y no de una finca[2]. En el artículo 781 ZGB se pueden establecer a favor de cualquier persona o de una comunidad.

La doctrina y la jurisprudencia españolas tardaron en aceptar que las servidumbres personales tuvieran otro contenido distinto a los otros tres derechos de goce clásicos, y por ello no se puede juzgar sino como anecdótico el reconocimiento del «derecho de balcón» por sentencia de 30 de noviembre de 1908, y no debe extrañar que la doctrina las calificara inicialmente como servidumbres «irregulares», «anómalas» o «atípicas». Pero contenían el criterio de solución a los problemas que planteaban determinadas figuras jurídicas[3], y por ello, como hábilmente indica MANRESA, se respetó el criterio del Código. Estas figuras jurídicas especiales eran los derechos de pastos:

> Se encontró (el Código), con otros derechos reales especiales, aceptados y reconocidos en nuestra legislación, como los de pastos, leñas y otros semejantes, y no logró tal vez convencerse de que fueran verdaderas servidumbres; pero, sin duda, halló que ofrecían más analogía con éstas que con el usufructo, y como servidumbres las consideró, sin atreverse a darles un nombre especial y diferente[4].

La jurisprudencia posterior admite las servidumbres personales. La sentencia de 20 de marzo de 1929, establece que «el derecho de pastos y aprovechamien-

---

[2] «Una finca puede ser gravada de tal manera que la persona en cuyo favor existe el gravamen esté facultada a hacer uso de la finca en ciertos aspectos, o que posea otra autorización que puede formar el contenido de una servidumbre predial».

[3] Como expresa la STS de 6 de octubre de 1951, al rechazar la configuración como comunidad de bienes de unos aprovechamientos comunitarios sobre una finca «sólo queda el derecho real de servidumbre limitativo del dominio, sin que haya términos hábiles para calificar de otro modo tal disfrute por no existir en nuestra legislación la figura jurídica que pudiera en su caso atribuírsele y muy principalmente por ser el concepto legal expresado el que reconoce el vigente Código civil, llamando servidumbre a la comunidad de pastos en sus artículos 600, 602 y 603.» Como observa de una forma crítica ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas», en *R.D.P.,* tomo LXIV (1980), pp. 484-5: «Puede mantenerse que la servidumbre personal llega a la codificación española a partir del concepto genérico y nada técnico de servidumbre del derecho intermedio, que el término servidumbre personal se utilizó exclusivamente para referirse al usufructo, uso y habitación en el derecho postclásico romano, siendo un punto común entre los romanistas la crítica de esta ampliación del término servidumbre; que el término servidumbre personal fue criticado también en la doctrina anterior a la codificación francesa y no fue recogido por las codificaciones latinas, y que la única razón plausible de que se encuentre recogido en el artículo 531 Cc, es la regulación de los problemas de aprovechamientos de pastos que no encontraban un claro enmarque sistemático.»

[4] MANRESA Y NAVARRO, J, *Comentarios al Código Civil Español,* tomo IV (7.ª edición, revisada por José M.ª POU DE AVILÉS), Madrid, Reus, 1972, p. 571.

tos constituye una servidumbre comprendida en los artículos 530 y 531 del Código civil, y no revela siquiera división de la propiedad del suelo y del vuelo de la finca, ni tampoco comunidad de bienes, puesto que no se dan sus características», y la sentencia de 19 de noviembre de 1930, reconoce la existencia de la servidumbre de leñas con el carácter de servidumbre discontinua.

La monografía de OSSORIO MORALES sobre las servidumbres personales lleva el significativo subtítulo de «ensayo de sistematización», que tiene que apoyar necesariamente, además de en referencias circunstanciales de otros artículos del Código, en los artículos 603 y 604 Cc.:

> Y no se limita el Código a declarar en términos generales, por virtud del artículo 531, la admisibilidad de las servidumbres personales en el sentido expuesto, sino que hace además referencia expresa a ciertas servidumbres que encajan dentro de esta categoría; tales son las de pastos (art. 603) y las de aprovechamientos de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular (art. 604), las cuales no requieren la existencia de un predio dominante beneficiado por ellas, sino que pueden concederse a título personal, en contemplación a una o más personas, o a una comunidad[5].

No por ello niega la existencia de las servidumbres reales de pastos y leñas cuando establecidas en favor de otro predio[6], resultando ser el argumento final a favor de la existencia de las servidumbres personales el principio de libertad en la constitución de derechos reales y alteración de los configurados por la ley[7].

En cuanto a los caracteres de las servidumbres personales, que OSSORIO entiende han de reunir algunos rasgos diferenciales de las prediales, la duración de las mismas será normalmente limitada a la vida de los beneficiarios si estos están individualizados, aunque admite el pacto en contrario, y no encuentra obstáculos para que las servidumbres en beneficio de una comunidad sean de duración ilimitada, porque las reglas aplicables son las de las servidumbres y no las del usufructo (STS de 5 de diciembre de 1930). Por otra parte, el Código no permite adquirir las servidumbres discontinuas y las continuas no aparentes por prescripción (art. 539 Cc), lo que restringe enormemente el nacimiento de nuevas servidumbres personales[8], y establece un modo de extinción por redención forzosa contemplado en los artículos 603 y 604, a diferencia de la redención exclusivamente convencional del artículo 546.6.° Cc.

---

[5] OSSORIO MORALES, J., *Las servidumbres personales,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 81.

[6] OSSORIO MORALES, *op. et loc. cits,* en su nota 121.

[7] OSSORIO MORALES, *op. cit.,* pp. 87 y ss. Este argumento será criticado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.,* pp. 482-3, citando a MESSINEO, para quien la categoría de las servidumbres es abierta pero tiene unos límites básicos que son que el contenido de un derecho real no puede ser el de otro derecho real y la adherencia a un esquema típico, que en la servidumbre se plasma en el gravamen de un predio sobre otro predio. En caso distinto, lo que hemos configurado es un derecho de crédito.

[8] «Difícilmente cabrá, pues, imaginar una servidumbre personal en la que concurran los requisitos necesarios para que pueda ser adquirida por prescripción, aunque, dada la variedad infinita de modalidades que la servidumbre puede ostentar, no quepa rechazar en términos absolutos la posibilidad, en algún caso concreto, de que pueda serle aplicada esta forma de adquisición.» OSSORIO, *op. cit.,* p. 162.

La vinculación en su origen de las servidumbres personales con el usufructo ha llevado a diferenciarlas de esta figura por la «atribución a una persona de cualquier utilidad parcial y determinada que un predio sea susceptible de proporcionar» (STS 18 de diciembre de 1933) de la servidumbre frente al conjunto de utilidades sobre la cosa que supone el usufructo. A pesar de ello, TAMAYO, que observa un origen común entre los censos y los derechos de pastos, considera que la característica principal de estos últimos es que son derechos de disfrute de los frutos o productos de los que sea susceptible un predio, por lo que en realidad son figuras especiales de usufructo, ya que no se desnaturaliza el usufructo por esta limitación a determinados productos de la finca[9]. Consecuente con este planteamiento, y el general de supresión de la categoría de las servidumbres personales, propugna la revisión del Código Civil en el siguiente sentido:

> Suprimido el concepto de «servidumbre personal», y aceptado que las figuras jurídicas reguladas por los artículos 600 a 604 del Código civil, han de considerarse como usufructos limitados por su objeto, esas disposiciones, las de los indicados artículos 600 a 604, habrán de incluirse en el Título VI referente al usufructo, uso y habitación, y dentro del Capítulo II –el destinado al usufructo–, a continuación de los artículos que regulan los usufructos especiales, es decir, a continuación del artículo 486; salvo el 603, que deberá incluirse entre los que determinan las obligaciones del usufructuario, después del 510.
>
> El artículo 604 resulta innecesario, pues su contenido queda salvado ampliando las referencias del 600 y siguientes al usufructo de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.
>
> Naturalmente habría que reformar la redacción de los artículos 600 a 603, refiriéndolos al derecho de usufructo, y suprimiendo en ellos toda alusión a la comunidad[10].

La especial configuración de las servidumbres personales obliga también a deslindarlas de los derechos de crédito. ROCA JUAN lo hace a través de la doctrina jurisprudencial sobre interpretación del negocio jurídico constituyente en la que se tiene en cuenta la compatibilidad del gravamen con el derecho de dominio, el establecimiento de una acción *erga omnes* contra cualquiera que obstaculice el aprovechamiento parcial y la afección directa e inmediata de la cosa a la finalidad perseguida[11]. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI entiende que la cesión de aprove-

---

[9] TAMAYO, Alberto, *El derecho real de servidumbre. Estudio de una revisión del Código Civil en materia de servidumbres,* Barcelona, Bosch, 1956, p. 85.

[10] TAMAYO, *op. cit,,* 1956, p. 137.

[11] ROCA JUAN, Juan, «Artículo 531» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo VII, vol. 2, *op. cit,,* p. 26. La STS de 13 de noviembre de 1929 indica al respecto: «Que, no exenta de vacilaciones y dudas en el derecho científico, y aun en el positivo, la verdadera esencia y diferencia entre el derecho real *in re* y el personal o de obligaciones cuando recaen o afectan a bienes inmuebles, lo cual hace difícil fijar la del de servidumbre como derecho inherente a la cosa, sin consideración a la persona; sin embargo, hay que tener en cuenta que la prestación pasiva a que un predio está afecto por la servidumbre, ya en beneficio directo de otra finca o su dueño, ya en el de otra persona (pues nuestro Código admite los derechos reales y personales), ha de ser por modo definitivo permanente y fijo, como todo derecho real; no en el sentido de perpetuo, sino también de temporal, mientras dure el gravamen, como derecho *in re,* que no depende de pactos bilaterales y recíprocos u otras circunstancias que la hagan movible, inestimable o provisional, de tal modo que originen

chamientos parciales sobre un fundo «adquieren una explicación más lógica, coherente y de acuerdo con su naturaleza caracterizándose como relaciones personales», constituyéndose normalmente sólo como derecho real a través del usufructo o del uso, ya que en otro caso, por ejemplo, permitiría eludir las normas imperativas previstas para algunos derechos personales (arrendamientos rústicos y aparcerías)[12].

Esto es más evidente cuando la servidumbre se constituye a favor de una persona, con duración temporal, ya que «la legislación desvinculadora, el principio de intangibilidad del derecho de propiedad y el carácter restrictivo con el que el Derecho civil regula los gravámenes de duración indefinida, cierra la posibilidad de constitución voluntaria de servidumbres personales de interés particular de carácter perpetuo»[13], y el campo del artículo 531 Cc. se ceñiría principalmente a los gravámenes impuestos a favor de una comunidad, donde la ingerencia administrativa en el ámbito de la propiedad privada configura una clara *causa servitutis* cual es el interés público[14]. El debate, como se observa, se centra en torno a la libertad para crear derechos reales que graven un fundo en favor de una persona, que la doctrina mayoritariamente admite –en el caso de las servidumbres– apoyada en el artículo 594 Cc.[15]

---

modificaciones, transformaciones y hasta extinciones dependientes de que se cumpla o no una obligación recíproca de la que depende la existencia de la carga, en armonía también con la doctrina de la S. 31 de enero 1861.». *Vid.* también Luis DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil,* II, Madrid, Tecnos, 1981, núm. 388, pp. 381 a 384, sobre la STS de 4 de junio de 1964.

[12] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., «El derecho de pastos y las servidumbres personales como categorías jurídicas», en *R.D.P.,* tomo LXIV (1980), pp. 482, 483 y 492.

[13] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, p. 491.

[14] ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pp. 491 a 495. ARROYO GARCÍA, Juan, *Las limitaciones y servidumbres públicas en el Derecho administrativo español,* Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982, entiende que la obtención del interés público ocasiona modificaciones en los caracteres de las servidumbres contemplados en el Derecho privado: «Toda esta concepción jurídica de las servidumbres sufre importantes quiebras cuando las mismas vienen a ser impuestas por causa de utilidad pública, al observar que es fácil apreciar la inexistencia, en muchas de ellas, de aquellos caracteres que son considerados como esenciales e inamovibles.». Y continúa más adelante: «Si, como ya hemos expuesto con anterioridad, las servidumbres públicas se constituyen en favor del interés general, lo cual es lo mismo que decir, a favor de la colectividad y para la eficaz prestación de los servicios públicos, aquellas no quedan, porque no pueden, a la voluntad de las personas que las detentan o que las sufren. Sólo cuando la necesidad colectiva de una determinada servidumbre desaparece o se extingue el servicio público, es cuando la servidumbre deja de tener virtualidad. Esto supone que las servidumbres públicas están siempre condicionadas al interés general y a los servicios públicos.» *Cfr.* pp. 24 y 32 respectivamente.

[15] *Vid.* DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús, *Obligación y derecho real de goce,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, especialmente pp. 164 a 202.*Vid.* también, ROMÁN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales,* Madrid, Editorial Montecorvo, 1994, p. 65 y ss., especialmente p. 86, y la RDGRN de 14 de mayo de 1984, que transcribe en pp. 156 a 158. La libertad no es, por otra parte, absoluta, como indica la RDGRN de 27 de octubre de 1947: «pues es notorio que en la escritura no se consigna ninguno de los datos requeridos por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria para la inscripción de servidumbres prediales y estimarla como personal, según el artículo 531 del Código civil e inscribible merced a la doctrina del *numerus apertus,* implicaría olvido de la orientación adoptada por la jurisprudencia de este Centro que tiene declarado que no cabe en nuestro sistema hipotecario constituir cualquier relación jurídica real ni justifica la creación de tipos contradictorios de servidumbre ni puede amparar oscuridades u omisiones como las que existen en la escritura de referencia.» *Op. cit,,* pp. 134-35.

Sin embargo, no son muchas las servidumbres personales reconocidas por la jurisprudencia además de las tipificadas, aunque sólo sea por la mención en el Código, de pastos y leñas. Así, el Tribunal Supremo ha declarado como servidumbres personales atípicas además del «derecho de balcón» (STS de 30 noviembre de 1908) ya mencionado, el derecho de labrar cada tres años en determinadas porciones de una finca ajena (STS de 20 de octubre de 1919), los aprovechamientos de pastos y arbolado (SSTS de 3 abril de 1909, 14 noviembre de 1924); el aprovechamiento de leñas, caleras, piedra tosca, algez y frutos (SSTS 20 mayo de 1961 y 30 enero de 1964); servidumbre de «herbaje libre» en favor del vecindario de un pueblo (STS 12 de marzo de 1968), y el derecho de caza, sobre el que existe una destacada ingerencia del Derecho público[16] y, más recientemente, la instalación de carteles publicitarios o luminosos (RDGRN de 25 de noviembre de 1992). Como se observa los supuestos de aprovechamientos sobre fincas rústicas constituyen la mayoría, por una aplicación casi analógica de las servidumbres de pastos y leñas que constituyen la referencia obligada en estas servidumbres.

Entre las cuestiones a destacar sobre las servidumbres personales se encuentra también el reconocimiento de las mismas por el Tribunal Supremo, a tenor del artículo 531 Cc.[17], a favor de un Ayuntamiento (SS 14 noviembre 1924, 27 noviembre 1923, 12 mayo 1961, 27 septiembre 1969, 25 de mayo de 1974)[18], o de una sociedad (S. 19 mayo 1915, que no rechaza la posibilidad; S. 11 noviembre 1967); otras veces en favor de los vecinos de un pueblo (SS 12 marzo 1968, 17 abril 1959: «en favor del vecindario», o en beneficio de un pueblo o comunidad de personas)[19], «refiriéndose entonces, no a una personificación, sino a una colectividad

---

[16] Roca Juan, Juan, «Artículo 531» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 2, *op. cit.,* p. 33. Ossorio Morales, *op. cit.,* pp. 133 a 140, únicamente señala las servidumbres personales «atípicas» de palco y de caza, reconociendo que el campo de aplicación de las servidumbres personales ha estado limitado a los derechos aludidos en los artículos 603 y 604 Cc. «o a otros muy semejantes». Para Tamayo, *op. cit.,* p. 88, los casos son escasísimos, y «las que puedan encontrarse, serán residuo de épocas anteriores y etapas sociales ya vencidas, y, todas, en vías de desaparición». Álvarez Caperochipi, *op. cit.*, pp. 483-84, que cita como de reconocimiento jurisprudencial el derecho de balcón, el derecho de siembra y doctrinalmente el derecho de caza, cree que «todas estas figuras, que se recogen como categorías de servidumbres personales, obtienen una explicación más clara, sencilla y acorde con su auténtica naturaleza configurándose como relaciones de carácter personal», que intenta demostrar a continuación en cada caso.

[17] Para Ossorio Morales, *op. cit.,* p. 100, no les será de aplicación la prohibición del artículo 600 de constituirla en favor de una «universalidad de individuos», porque ello originaría una verdadera contradicción entre ambos preceptos.

[18] Esta última citada reconoce la constituida por posesión inmemorial, sobre fincas particulares, en favor de los vecinos de un pueblo, y declara las facultades del Ayuntamiento, como representante de los intereses generales para ceder mediante precio a ganaderos no vecinos de la localidad, el ejercicio de la servidumbre, cuando los ganaderos locales no consumen la totalidad de los pastos de la finca. Como señala Álvarez Caperochipi, *op. cit.,* p. 479, el TS reconoce legitimación al Ayuntamiento para regular y ordenar el aprovechamiento comunal entre los vecinos, aplicando la legislación de Régimen local sobre bienes comunales.

[19] La STS de 20 de octubre de 1955 contempla una situación en que la demanda se dirigió contra 277 agricultores y todos los ganaderos de tres pueblos, no admitiéndose la excepción de falta de personalidad.

de personas individualizadas que tienen de común la vecindad en un poblado, a los que se atribuye legitimación para la defensa de la servidumbre»[20] que favorece su constitución con carácter perpetuo (S. de 5 de diciembre de 1930).

Respecto a la constitución de servidumbres personales, sobre lo expresado por Ossorio Morales de que se someten a las reglas generales de adquisición de servidumbres, según los modos establecidos en el artículo 537, sólo cabe destacar la importancia configuradora del título en las voluntarias, la «administrativización» progresiva de las forzosas, y los problemas de usucapión por la discontinuidad aplicable al «ius pascendi»[21].

III. EL *NOMEN* Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN LOS DERECHOS CIVILES NAVARRO Y CATALÁN: EL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO PARCIAL

Los Derechos civiles de Navarra y Cataluña contemplan en su legislación los derechos reales de aprovechamiento parcial, con esta denominación, por lo que resulta necesario una indicación sobre su regulación a efectos comparativos con la nueva regulación aragonesa.

La ley 394 del Fuero Nuevo de Navarra (FN) delimita que no son servidumbres «los derechos de uso o aprovechamiento establecidos a favor de una persona sobre finca ajena, con independencia de toda relación entre predios, los cuales se regirán por lo establecido en el Capítulo II del Título IV de este Libro», dedicado a la «habitación, uso y otros derechos similares» (leyes 423 a 426). Los redactores de la Compilación navarra se alejaron del concepto de servidumbres personales por resultarles extraña a la sistemática de Justiniano, considerando servidumbres únicamente a las prediales, pero evitando para los otros derechos que no eran servidumbres su absorción por el régimen de las servidumbres personales del Código civil[22].

Álvaro d'Ors indica que la finalidad de la disposición de la ley 394 era excluir derechos reales sobre fincas típicamente navarros de los capítulos IV y V del Título II (corralizas, facerías, helechales, etc.), pero no considera necesaria la exclusión de la categoría de «servidumbres», ya que la Ley 393 considera como servidumbres únicamente a las reales y convencionales, pero la considera justifi-

---

[20] Roca Juan, Juan, «Artículo 531» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo VII, vol. 2, *op. cit.,* p. 29.

[21] *Vid.* especialmente, Roca Juan, *op. cit.,* pp. 30 a 32.

[22] *Vid.* Fernández Urzainqui, F. J., en Á. L. Rebolledo Varela (Director), *Tratado de Servidumbres,* 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 1473.

cada para excluir los derechos reales especiales navarros, aunque critica la remisión por no hacer referencia también al usufructo (capítulo 1)[23].

La ley 423 comienza con la indicación general de que «los derechos de habitación, uso u otros similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena se rigen por lo establecido en el título de constitución y, en su defecto, por las disposiciones siguientes», por lo que la Compilación navarra no llega a definir estos derechos reales de aprovechamiento parcial más allá de lo expresado en la ley 394.

El régimen jurídico contemplado para estos derechos en la ley 423 y siguientes establece como modos de constitución y extinción los del usufructo, añadiendo la extinción por abuso grave de la cosa, y un derecho de indemnización por modificación de la misma que imposibilite el uso y aprovechamiento, y opera una presunción de establecimiento gratuito y vitalicio, y la redimibilidad de los mismos siguiendo las reglas de las «corralizas» (ley 382).

Las «corralizas» se regulan en la ley 379, y pueden tener naturaleza de «derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena» o de comunidad especial, pero sigue sus propias reglas en cuanto al régimen jurídico, por lo que no se aplica la supletoriedad señalada en la ley 394[24].

Considera Díaz Fuentes que el modelo referencial ha pasado de la servidumbre al usufructo, y que «este encuadramiento de tales derechos responde a criterios dogmáticos muy difundidos hoy, pero restringe grandemente posibilidades que nos proporcionaría la servidumbre personal»[25].

En el Derecho civil catalán han pasado por un proceso de delimitación legal progresiva desde su exclusión como servidumbres en la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad (LANSIRV), al regular únicamente las servidumbres prediales (art. 4), pero mencionaba en su artículo 21 que la servidumbre de paso era accesoria de las de pastos y leñas, admitiendo la categoría pero omitiendo la regulación por lo que podía interpretarse como una laguna legal que requería del concurso del Código civil. La Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbres y de adquisición voluntaria o preferente (LDSSAV), reservó el término servidumbre a las prediales, y denominó a las personales como «derechos de aprovechamiento sobre una finca ajena» en la disposición adicional de la Ley, «establecidos a favor de una persona sobre una finca ajena», determinando su régimen por el título constitutivo, y en lo no determinado por éste, «por la costumbre y por la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación, en lo que sea compatible».

---

[23] D'Ors Pérez-Peix, A., «Comentario a la Ley 394», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo XXXVIII, vol. 1.°, Madrid, EDERSA, 2002, p. 247.

[24] *Vid.* Arregui Gil, I., «Comentario a la Ley 379», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* tomo XXXVIII, vol. 1º, Madrid, EDERSA, 2002, p. 171.

[25] Díaz Fuentes, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad,* Barcelona, Bosch, 2004, p. 938.

Finalmente, la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (*BOE* 148, de 22 de junio de 2006) establece su régimen en los artículos 563-1 a 563-4. El Preámbulo de la Ley señala que la «regulación de los derechos de aprovechamiento parcial, auténtico cajón de sastre de aprovechamientos diversos que pueden ser útiles para promover la conservación de los bosques y de los espacios naturales mediante una explotación racional, agrupa las antiguas servidumbres personales».

El artículo 563-1 caracteriza los derechos de aprovechamiento parcial de naturaleza real por proporcionar un aprovechamiento concreto sobre una finca ajena, «con independencia de toda relación entre fincas», con la finalidad de satisfacer un interés personal[26], y establece una enumeración ejemplificativa de ellos mencionando desde el clásico derecho de palco o balcón, hasta los de conservación medioambiental, pasando por el de apacentar ganado y rebaños. Su régimen jurídico básico es el establecido por la Ley y «en lo que no se opongan», por su título constitutivo, la costumbre y las normas del derecho de usufructo, en lo que sea compatible.

Otras cuestiones de su régimen que aborda el Derecho catalán son la posibilidad de constituirlos tanto el propietario como el titular del derecho real posesorio correspondiente, y la duración de los derechos, que será de treinta años, salvo pacto en contrario, no superando en ningún caso los noventa y nueve años, y que «la constitución por negocio jurídico de los derechos de aprovechamiento parcial debe constar necesariamente por escrito y solo puede oponerse ante terceras personas si consta en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad» (art. 563-2). El artículo 563-3 establece la posibilidad de la redención forzosa del derecho, con la posibilidad de un pacto de irredimibilidad por sesenta años, o la vida del titular y una generación más, así como la determinación del precio de redención con criterios semejantes a la redención legal catalana de los censos. Y el artículo 563-4 prevé un derecho de adquisición preferente a favor del propietario o titular de derecho real de la finca, semejante al del nudo propietario en el usufructo.

La configuración legal de este derecho real no origina, siguiendo a HERNÁNDEZ-MORENO Y PETIT, la creación «de un *tertium genus* entre usufructo y servidumbre (el derecho real de aprovechamiento sobre finca ajena) sino la implícita exigencia del doble carácter 'parcial' pero también 'predial' respecto a la servidumbre, desterrando entonces de su consideración a lo que *ex* artículo 531 CC serían las servidumbres personales para pasar a constituir una especie dentro del género del derecho real de usufructo»[27].

NAVAS NAVARRO entiende que se ha creado el *tipo* «derecho real de aprovechamiento parcial» partiendo de los derechos navarro y catalán, pero también de los

---

[26] *Vid.* LLÁCER MATACÁS, M.ª R., en Á. L. REBOLLEDO VARELA (Director), *Tratado de Servidumbres,* 2.ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 882-3.

[27] HERNÁNDEZ MORENO, A. y PETIT SEGURA, M. A., «Nota preliminar», en HERNÁNDEZ MORENO, A. (Director), C. VILLAGRASA-M. ANDERSON (Coord.), *Comentarios a la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación,* Barcelona, Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2003, p. 17.

ordenamientos de corte germano, cuya sistemática ambos derechos autonómicos siguen, al regular el derecho real de aprovechamiento parcial «junto a (o tras) la regulación de los derechos de uso y habitación. Difieren, sin embargo, en que el régimen jurídico supletorio no es el de las servidumbres reales, sino que guardando fidelidad a la tradición romana, aquél será el régimen jurídico del derecho real de usufructo», aunque añaden un elemento, el derecho de redimir el aprovechamiento por el propietario de la finca, que no figuraba en el derecho romano[28].

La distinción con la servidumbre, predial en el Código civil estatal (art. 530), es clara al no existir una relación entre fincas, al no existir fundo dominante, y con el usufructo por consistir éste en una utilidad amplia, o suma de utilidades, del bien (art. 469), frente a la utilidad concreta y determinada de la servidumbre personal y del derecho real de aprovechamiento parcial[29].

Los derechos de uso y habitación se centran en utilidades concretas, como el derecho real de aprovechamiento parcial, pero tienen como límite las necesidades del usuario o habitacionista y de su familia (art. 524 Cc), que también señala el Derecho alemán para las servidumbres personales limitadas (§ 1091 BGB[30]). El uso y la habitación son derechos personalísimos y se presumen con carácter vitalicio, pero el derecho real de aprovechamiento parcial regulado en el derecho catalán es temporalmente limitado y disponible, aunque no en el derecho navarro (ley 425 FN), que no permite la transmisión de la titularidad del derecho, aunque cabe la cesión de su ejercicio[31].

Entiende NAVAS que los derechos navarro y catalán no contemplan un régimen jurídico completo de este derecho real, pero que tampoco tienen un régimen jurídico acabado del mismo los ordenamientos de corte germano que admiten la figura de la servidumbre personal. Por ello apunta unas posibilidades de modificaciones de *lege ferenda* de estas regulaciones, ante una futura regulación del derecho real de aprovechamiento parcial o de la servidumbre personal por el legislador estatal, que comprendería «una norma destinada a dar un concepto que permitiera diferenciar este derecho real de otros afines, otra relacionada con su ámbito de aplicación, además de disposiciones relativas a la constitución del derecho, sujetos titulares, forma, plazo de duración, al derecho de adquisición preferente y al derecho de redención»[32].

---

[28] NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial. Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código civil,* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, pp. 103-4.

[29] «No constituirían, en cambio, aprovechamientos aquellos derechos que no estuviesen basados en la obtención de una utilidad clara y demostrada de la finca gravada. Por ejemplo, no se puede calificar como derecho real el mantener un determinado estilo de en la edificación, el no realizar determinadas actividades en un local, etc., impuesto por el antiguo propietario de las fincas; en cambio, sí que podrían existir estas limitaciones si se configurasen como servidumbres recíprocas entre varias fincas». *Cfr.* POZO CARRASCOSA, Pedro del, VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILLA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales,* Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 354.

[30] «La extensión de una servidumbre personal limitada es determinada, en caso de duda, por las necesidades personales del titular del derecho».

[31] NAVAS NAVARRO, *op. cit.,* pp. 112-3.

[32] NAVAS NAVARRO, *op. cit.,* pp. 115-6.

IV. LA APLICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: ALERA FORAL Y ADEMPRIOS

1. Las servidumbres personales y la naturaleza de la alera foral

La aplicación de la figura de las servidumbres personales del artículo 531 Cc no ha originado, en general, especiales problemas en Aragón y se pueden mencionar como tales las reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia al ser de aplicación tal artículo y categoría de derecho real limitado como derecho supletorio en Aragón, al carecer de regulación propia en el Derecho aragonés y aplicar el sistema de fuentes de la Compilación (art. 1).

Podemos incluso considerar que la constitución de las servidumbres personales en Aragón ha sido posible con mayor facilidad que en otros territorios, al poderse adquirir las discontinuas y no aparentes, que a efectos meramente expositivos consideraremos como habitualmente unidas, al no aplicarse la prohibición de su adquisición por usucapión del artículo 539 Cc, por aplicación del distinto régimen contenido en los artículos 147 y 148 Compilación. Este último artículo posibilitaba la usucapibilidad de las servidumbres no aparentes, fueran o no discontinuas, siempre que sean susceptibles de posesión, por el transcurso del tiempo unido a título válido suficiente. Y en todo caso, todas las servidumbres podían adquirirse por prescripción inmemorial, que tenía su límite en las servidumbres negativas, necesitando un acto cierto (obstativo) para iniciar su posesión, contradictorio con la esencia de la inmemorial.

Es por ello que la doctrina no ha fijado especialmente su atención en esta categoría de servidumbres y, al igual que los Tribunales aragoneses, sólo cabe discutir si, por ejemplo, la colocación de carteles luminosos en el correspondiente e hipotético supuesto litigioso se configura con carácter predial o personal, o es meramente un derecho obligacional sin efectos *erga omnes*. Salvo por su usucapión, no ha tenido mayor transcendencia en Derecho aragonés que se trate del derecho de palco o de la servidumbre atípica constituida por título a favor de los agricultores de una población para el uso de unas determinadas instalaciones construidas en el terreno donado por el Ayuntamiento a la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, y cuyo uso quería restringir una empresa cooperativa (S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 21 de febrero de 1984).

Y esto ha sido así, también, por una tradición foral que tendía a considerar especialmente como servidumbres las prediales, e incluso a configurarlas como tales en caso de duda, y a considerar como usos u otra clase de derechos otras situaciones jurídicas de transcendencia real, configurados por pactos u otros negocios jurídicos. Y es consecuencia también de esta aplicación de la libertad de configuración de derechos reales, o de adaptación de tipos existentes, por lo que el derecho real limitado de servidumbre, en su doble configuración predial y personal desde el Código de 1889, no plantea mayores problemas en su aplicación general en Aragón que, en aplicación del principio *Standum est chartae* del artículo 3 Compilación, el respeto a la voluntad de los particulares –dentro de

los límites que el propio precepto establece– para configurar en sus relaciones jurídicas ese derecho real, que lo será si contiene los elementos estructurales básicos indisponibles que lo identifican[33].

Pero, como ya hemos comentado previamente, las servidumbres personales «típicas» del Código son las reguladas en los artículos 600 a 604, con todos sus problemas dogmáticos de delimitación institucional objeto de prolongada discusión doctrinal. A nuestros efectos, son servidumbres personales «típicas» en el Código determinados derechos de pastos y leñas que tienen una expresión y configuración especial, de origen foral, en el Derecho aragonés, traducidos en la expresión compiladora aragonesa de 1967 en la alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas «y demás ademprios» del artículo 146, que lleva el significativo título de «Alera foral y ademprios».

El problema de interrelación entre ambos ordenamientos, al igual que ocurrió con el Derecho navarro, en estas instituciones no es de fácil solución, ya que como señala ARRECHEDERRA, «la diferencia entre el Código civil y los derechos forales no se debe sólo a una distinta tradición, a una idiosincrasia diversa, sino también, acusadamente, a una ideología diversa»[34].

Especialmente, el concepto liberal e individualista de la propiedad chocaba con la tradición jurídica social y comunitarista aragonesa en el siglo XIX, que se expresa en la contraposición de finalidades del Código y de la legislación aragonesa en los derechos comunitarios de pastos y ademprios.

El Código completa el proceso desamortizador de estas instituciones tradicionales en los artículos 600 a 604, como indica SÁNCHEZ ROMÁN:

> ... á facilitar, en suma, los medios adecuados á la desaparición de este estado confuso y gravoso para la propiedad por virtud de compensaciones como las de la *redención* del artículo 603, que, aunque en la forma alternativa del 602, que libra de la comunidad sin compensación alguna á los que tienen la comunidad de pastos por el simple hecho de cercar con tapia ó seto una finca, en la práctica, como ésta impone sacrificios y gastos al propietario, quizá más cuantiosos alguna vez que la propia *redención,* no se corre peligro de que todos los propietarios eligieran para librarse de la comunidad el medio de cercar las fincas y abandonaran el camino de la *redención* en perjuicio de los partícipes de la comunidad de pastos[35].

---

[33] Cita LACRUZ, como ejemplo, que cabría en Aragón pactar una servidumbre de pastos a favor de una universalidad de individuos, por ejemplo los vecinos de una población, frente a la prohibición señalada en el artículo 600 Cc (en el caso, como matiza, que puedan encuadrarse en este artículo tales servidumbres de pastos). *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Artículo 3. "Standum est chartae", en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón* (dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO), t. I, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1988, p. 286.

[34] ARRECHEDERRA ARANZADI, Luis I., *Propiedad y constitución de servidumbres,* Madrid, Dykinson, 1995, p. 116. Las instituciones eran exponentes y representativas de una tradición jurídica distinta a la plasmada en el Código Civil, y por ello también de unos conceptos y terminología distintos.

[35] SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil,* tomo tercero, Madrid, Est. tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», 1900, p. 644.

Y TAMAYO comprueba en la redención forzosa del artículo 603 Cc, como modo de extinción de estos derechos de pastos, un claro paralelismo con los censos[36], lo que se explica por la continuidad que se produjo entre la legislación desvinculadora del siglo XIX que permitió la redención de los censos y amplió esta redención a los aprovechamientos públicos de pastos en fincas particulares por Ley de 15 de junio de 1866 (art. 7.°). La jurisprudencia, atendiendo a la finalidad socioeconómica, justifica el derecho de redención del artículo 603, estableciendo un vínculo de continuidad con la política agraria desde la Ilustración, atendiendo a «una actual necesidad y defensa de la Agricultura» (STS de 12 de marzo de 1968).

También fue labor jurisprudencial una figura desconocida por el Código: los aprovechamientos comunales, y les dio forma, a partir de la obra de OSSORIO MORALES, como servidumbres personales a favor de una comunidad de tipo germánico, categoría que ha prevalecido en la interpretación del Tribunal Supremo frente a la mancomunidad, y ha dado lugar a la aplicación de un derecho de redención de los aprovechamientos vecinales cuando existía una propiedad plena a favor de un particular.

Parece claro, por otra parte, el origen de la distinción entre los artículos 602 y 603 Cc y los medios de extinción de derechos de pastos recogidos: el artículo 602 recoge el modo de extinción de los derechos comunitarios de origen consuetudinario y el 603 refleja el medio de extinguir las servidumbres de pastos originadas en un título particular escrito. El artículo 602 tiene un sentido comunitario más pronunciado que el artículo 603, pero no sólo en cuanto a los titulares del aprovechamiento sino también en cuanto a los titulares dominicales, y por ello el artículo 602 contempla situaciones «análogas a la comunidad» (STS de 6 de julio de 1920) que se reconducen a las servidumbres recíprocas de pastos, según la Comisión de Codificación, frente al artículo 603 que recoge claramente la servidumbre unilateral de pastos.

Podemos concluir que la jurisprudencia, en la primera mitad del siglo XX, ha realizado dos ampliaciones del contenido de estos artículos, tomando como base el desarrollo doctrinal: 1.ª Calificar los aprovechamientos comunales (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI) como servidumbres personales en favor de una comunidad de tipo germánico cuando existe un propietario distinguible de los predios gravados. 2.ª Extender la aplicación del artículo 602 a la situación de copropiedad de pastos de tipo romano.

A esta finalidad desamortizadora respondían también las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 y la *Memoria* de FRANCO Y LÓPEZ en las servidumbres comunitarias de pastos y ademprios, centrando el debate en la pervivencia o no de la alera foral en el futuro Apéndice foral aragonés. Sin embargo, los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 –que sirvió de base para iniciar los trabajos del Apéndice de 1925– responden a un criterio conservacionista de estas instituciones y por ello las recogen ampliamente en su arti-

[36] TAMAYO, *op. cit.*, pp. 83 y 85.

culado, citando incluso los ademprios expresamente el Proyecto de 1904 como título del capítulo referido a estos derechos (arts. 239 y 240)[37].

En el Apéndice foral de 1925, se encuadra la alera foral entre las servidumbres, pero el artículo 16 establece como régimen supletorio el del artículo 601 Cc[38], y pasa a ser voluntaria y no forzosa entre los pueblos aragoneses como el ordenamiento foral establecía. Con esta parca regulación las cuestiones discutibles sobre la naturaleza jurídica de la alera se multiplicaron, y se complicaba extraordinariamente determinar su régimen jurídico. La autoridad doctrinal del profesor FAIRÉN[39] despejó las dudas sobre su naturaleza y régimen jurídicos, y los trabajos preparatorios de la Compilación ya la trataron como servidumbre, unilateral o recíproca, aunque la Compilación no define su encuadre entre las personales o las prediales.

El fuero 2.° *De pascuis,* ya utilizaba una expresión que indicaba la naturaleza real o predial de la alera, al establecer que el aprovechamiento se realizaba entre términos de pueblos. Existe por tanto un predio dominante y otro sirviente. Los titulares lo son en virtud de relaciones ciertas y determinadas, como son las de vecindad, que los ligan al predio dominante. No se daban por tanto foralmente los requisitos para considerarla como una servidumbre personal, y no le afecta que los titulares de los mismos sean los Ayuntamientos y los vecinos, ya que la antigua jurisprudencia del Reino entendía que a efectos de servidumbres las Universidades se consideraban como bienes inmuebles (SESSÉ Y SUELVES)[40].

---

[37] Libro II. *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones;* Título III. *De las servidumbres;* Capítulo III. *De la «alera foral» y de otras mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios»*.

[38] La alera foral, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en vigente costumbre, se efectuará con sujeción a lo estatuido por el uno o la otra, y en lo demás regirán las disposiciones del Código civil referentes a comunidad de pastos en terrenos públicos.

[39] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La Alera Foral,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1951.

[40] Señala DIESTE, *Diccionario,* p. 532, citando especialmente a LISSA, que son servidumbres reales «aunque se hallen constituidas en favor o contra universidad» las de pacer ganado en propiedad ajena, la de leñar, y las servidumbres semejantes a las de pacer y leñar, como extraer cal.

SUELVES cita la sentencia de 1603 del Tribunal del Justicia de Aragón: *Universitas consideratur tanquam res, cum ratione loci, vel territorij servitutem debeat, vel illi debeatur. Cfr.* SUELVES, *Consiliorum Decissivorum Ccnturia Prima,* Zaragoza, Pedro Verges, 1641, fols. 118 y ss.

SESSÉ trata las diferencias entre las servidumbres reales y personales, de la que destacamos lo referente a las servidumbres de pastos. El supuesto que plantea es la adquisición en otra heredad del derecho de pastar y abrevar ganados, como ejemplo claro de servidumbre predial que redunda en beneficio y utilidad de la heredad dominante.

Indica a continuación dos criterios para que una servidumbre rústica se considere predial:

1.° Que el predio dominante se halle próximo, sea vecino, del predio sirviente.

2.° Que la servidumbre produzca alguna comodidad, utilidad o ventaja al predio dominante, pero en sentido amplio, como cuando los ganados que aprovechan los pastos y aguas de mi heredad pueden aprovechar los pastos y aguas de la finca vecina.

El requisito del predio dominante en la servidumbre de pastos es necesario porque es en este donde se puede retener a los animales que pastan en fundos ajenos, ya que en otro caso es una servidumbre personal *quod non est proprie servitus, sed quoddam pactum. Cfr.* SESSÉ, *Decissionum sacri senatus regii regni Aragonum...,* Zaragoza, 1610-1624, *Decisio* CXXXIX.

CUADRADO IGLESIAS ha defendido sin embargo que la alera foral no es una servidumbre predial sino personal, evidentemente en los casos en que según este autor se configura como servidumbre y no como comunidad. No cree en la existencia de un predio dominante, concediéndose el derecho «a favor de unas personas, nunca en favor de un término municipal. Los beneficiarios son las personas, si bien han de pertenecer al municipio. Afirmar, por esta razón, que el término que integra la municipalidad es predio dominante, nos parece excesivo.»[41]. Apoya su postura en la doctrina y jurisprudencia sobre los aprovechamientos de pastos en el Derecho común, que cuando se configuran como servidumbre, la constituyen de las de carácter personal reconocidas en el artículo 531 del Código Civil, en favor en todo caso de los vecinos de un término municipal, pero no en favor de dicho término[42].

Para FAIRÉN no concurren los requisitos de independencia de un fundo, exigidos para las servidumbres personales tanto por la doctrina como por la legislación. La vinculación de los titulares con los fundos ya viene expresada en los títulos que rigen estos derechos forales de pastos, aunque sean los Ayuntamientos y los vecinos, y estos reúnan tal condición exclusivamente por su residencia en un lugar, y la intervención Distrito Forestal acentúa esta relación predial al señalar que la alera se ejercita «entre montes determinados y contiguos»[43].

La SAP de Huesca de 12 de diciembre de 1996 sitúa dogmáticamente de forma correcta la institución de la alera foral: «Doctrinalmente ha sido configurada como una servidumbre predial, discontinua, aparente o no y de carácter positivo, cuyo objeto lo constituye el derecho que ostentan los vecinos de un pueblo a llevar a pacer su ganado, por regla general, en las tierras yermas comunales, del pueblo inmediato, aunque asimismo se admite sobre propiedades particulares, siempre que sean de secano y una vez que se hayan levantado las cosechas. Así pues el elemento característico de esta servidumbre lo constituye que el derecho de pastoreo se ejercita sobre las tierras limítrofes del término municipal contiguo y es con este carácter como se regula en los antiguos Fueros, que hablan claramente de «términos contiguos», permitiendo que los vecinos de términos contiguos puedan pastorear los unos en los términos de los otros».

Y la SAT de Zaragoza de 12 de noviembre de 1958, negó la redención de una alera foral recíproca, aunque amparándose en que no se trataba en este caso de una servidumbre sino de una comunidad de pastos:

> Que esto sentado entra en juego la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, que tiene declarado sobre el particular en casos análogos, singularmente por las sentencias de 20 de enero de 1934 y 19 de febrero de 1954, invocadas en la recurrida, y las cuales aunque no versan precisamente, sobre nuestra genuina alera foral, contemplan casos de tan notoria similitud, por su coincidencia en sus características comunes, con el que es objeto de esta litis, que las

---

41 CUADRADO IGLESIAS, M, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas;* Madrid, 1980, p. 219.

42 CUADRADO IGLESIAS, *op et loe cits.*

43 FAIRÉN, *La Alera Foral,* p. 220.

> hacen ciertamente aplicables aquí: y por ende, una vez descartado en el presente caso, el carácter de servidumbre, se excluye en consecuencia la posibilidad de la pretendida redención: ya que es únicamente viable, cuando de servidumbre de pastos se tratare, a tenor del artículo 603 CC, inaplicable en el caso que se ventila, relativo a monte público, según sentencia del TS de 19 de noviembre de 1949: además, de que a mayor abundamiento, atendida la génesis de la vinculación entre los contendientes, que es paccionada, requiere para cualquier modificación, y más aun la extinción, el mutuo consentimiento entre los interesados, según confirma la sentencia TS de 30 de enero de 1934...

La SAP de Huesca de 20 de noviembre de 2000, sin embargo, en una servidumbre de pastos adquirida por posesión inmemorial entre predios del mismo término municipal, que el Tribunal no considera ni alera foral ni comunidad de pastos, aplica la redención forzosa del artículo 603 Cc. Señala FAIRÉN, que no es posible la redención forzosa si en el título de la servidumbre concurre alguna circunstancia que la impida[44].

2. LOS ADEMPRIOS EN LA COMPILACIÓN

La palabra *ademprio* no aparece en los textos forales, salvo en la observancia 8.ª *De Actus Curiarum,* que permite a los caballeros e infanzones «ademprare, & pascere» en los montes reales según fuero, y en la 4.ª *De aqua pluviali arcenda* que señala que los hombres de una villa adquieren el derecho de cortar leña en el término de otra por el uso *quia longa possessio pacifica habetur loco tituli in Aragonia in servitutibus et ademprivis et aliis similibus,* que complementa en sentido contrario a la observancia 36 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum.* Sin embargo la referencia a los «ademprios» se desprende indirectamente de las observancias 3.ª *De pascuis* y 9.ª *De praescriptionibus,* que indican poder adquirirse por prescripción inmemorial el «ius depascendi, lignandi, & adaquandi». También en la época medieval hace referencia a la alera, pues las anotaciones de las glosas de Martín de Pertusa al margen del fuero 2.° *De pascuis* de la primera edición impresa de Fueros y Observancias, dicen lo siguiente: «Ademprivium de area ad aream».

GARCÍA DE VALDEAVELLANO relaciona históricamente los *ademprios* con el derecho de aprovechamiento de los bienes de uso comunal de los pobladores en el régimen señorial «que en Cataluña sabemos que se llamó *emparamentum* y más tarde, en romance catalán *empríu* (de *ad emparamentum cunctorum* = para aprovechamiento de todos)»[45].

---

[44] FAIRÉN, *La Alera Foral, op. cit,* p. 192. En el mismo sentido, STS de 5 de diciembre de 1930, que cita la de 5 de enero de 1912.

[45] Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media,* Madrid, 1970, p. 250. Guillem M.ª BROCA, *Historia del Derecho civil de Cataluña,* Barcelona, 1918, (reed. de 1985), p. 110, los trata en el apartado de *bienes de aprovechamiento común,* exponiendo su origen histórico: «Designábanse [los bienes de aprovechamiento común] con la palabra *adimparamenta* o *ademparamenta.* Eran los montes altos y bajos y los terrenos de pastos que no habían sido objeto de concesión especial, y también las aguas, sin duda de la naturaleza de las que

COSTA los considera como el fundamento legal de la práctica del escalio en Cataluña, y comenta que «en cuanto a *empriu,* trae quizá el mismo origen que el *emparamentum* del usage «Strate», cuyo sentido viene a ser el mismo de *ademprivium,* aragonés *ademprio*»[46].

Tiene la palabra *ademprio/ademprivio* un origen latino y un enraizamiento pirenaico, con el significado de «derecho de usar algo» en occitano antiguo, según COROMINAS[47].

El significado jurídico del término lo define MIERES en el siglo XVII respecto al Derecho catalán, que traduce PELLA Y FORGAS:

> Es el *empriu,* o *ademprivium* en latín, el derecho de apoderarse de los pastos y leñas de un territorio los vecinos de determinada localidad o de varias localidades, parroquias o comunidades o de roturar y quedarse los frutos de una o varias cosechas[48].

MOLINO, citando la observancia 8.ª *De actus curiarum,* señala que permite a los infanzones no sólo escaliar, «sed etiam uti quolibet alio ademprivio, ut patet ibi dum dicit,, adempriare, quod quidem verbum est nimis genérale, & comprehendit omne speciem ademprivii foralis»[49]. Cuando indica que permite cualquier otro *ademprio* foral, hay que entender que se refiere a los comprendidos en las observancias citadas anteriormente, es decir el derecho de pastos, de leñas, de aguas y de caza, además del de escaliar, que son derechos incorporales que

---

en la actualidad se llaman públicas. Su uso era común a los habitantes de los términos de castillos y poblados y, a veces, de los poseedores de determinadas heredades. Hacíase mención de ellos en las donaciones que otorgaban los señores y los monasterios, y aún en los testamentos; siendo de notar que en tales documentos se emplea la palabra *adimparamentum,* en el concepto de "derecho de uso" y que el ejercicio de este derecho se expresa con el verbo *adimperare.* Más tarde, la referida denominación está sustituida por la de *adempriviа,* de que nació la palabra *amprius* o *emprius,* usada igualmente para designar el "derecho de uso" (……) *Emprius* fueron, también, los terrenos incultos contiguos al circuito de castillos y poblados que servían para secar los frutos, lana y objetos análogos, y para esparcimiento de los animales criados en las viviendas. De esta suerte, se concretó y limitó el derecho general de pastos y leñas, y el aprovechamiento de aguas, sancionado por Carlos el Calvo a favor de los hispanos en el precepto del año 844». *Vid.* las notas del autor correspondientes a este texto (especialmente la n.° 2).

[46] Joaquín COSTA, *Colectivismo agrario en España,* tomo II (reedición en Zaragoza, de Guara Editorial) en su nota 53 de la p. 42, relacionándolo con *aprisión.*

[47] «ADEMPRIBIO, arag., "pasto común", del b. lat. *ademprivium* y éste latinización del cat. *empriu,* cat. ant. *aempriu,* oc. ant, *azempriu* "derecho de usar algo", "la cosa usada", "pasto común", derivado del verbo *emprar,* oc. ant. *azemprar* "*emplear'"* y éste del lat. vg. * IMPARARE "tomar posesión", derivado de PARARE "preparar". *1.ª doc:* Borao (1859-73). Existe también una variante popular *ademprio.* DERIV. *Adempribiar». Vid.* J. COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico,* Madrid, 1980, p. 38. Y Jerónimo BORAO, *Diccionario de voces aragonesas,* p. 144, adempribiar «n., acotar ó fijar los términos de pastos comunes. Úsalo, entre otros, Cuenca, en sus *Ricos hombres»,* y ademprio «d., égido ó término común de pastos».

[48] J. PELLA Y FORGAS, *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas,* 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1969, p. 99, que traduce a MIERES, *Apparatus super constitutionibus Cathaloniae,* cap. XLVII, «De ademprivijs lignorum, pascuarum, aquarum», p. 60, n.° 1 a 7, Barcelona, edición de 1621.

[49] MOLINO, Miguel de, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum...,* Zaragoza, 1585, voz *Infançones,* fol. 174v.

pueden ser objeto de aprehensión[50]. De este sentido omnicomprensivo de *ademprio* disiente SESSÉ, criticando la doctrina de MOLINO: «ademprio, ex sua nativa significatione non comprehendit omnia adempria, nec omnes servitutes»[51].

La naturaleza jurídica de los *ademprios* es difícilmente delimitable, ya que comprende usos, derechos y servidumbres de uso *(usibus, iuribus, & servitutibus utendi)*[52]. La observancia 4.ª *De aqua pluviali arcenda* se refiere a un uso que genera un derecho *(acquirunt ius scindendi per illum usum),* pero tanto MOLINO[53], como SESSÉ Y LISSA[54] en el Derecho aragonés, y CANCER[55] en el catalán, se inclinan por considerar los *ademprios* más comunes como servidumbres. PELLA, siguiendo la doctrina del famoso cardenal De Luca, considera que el *empriu* es un derecho especialísimo, que no se ajusta al concepto riguroso de las servidumbres clásicas[56].

La postura de SESSÉ es claramente restrictiva respecto al contenido de los *ademprios,* y resulta en algunos momentos forzada en nuestra opinión, demostrando indirectamente lo que trata de negar, la enorme riqueza de contenido del concepto, que comprende múltiples situaciones jurídicas de trascendencia real[57].

---

[50] MOLINO, voz *Apprehensio,* fol. 26.

[51] SESSÉ, *Decissionum sacri senatus regii regni Aragonum...*, Zaragoza, 1610-1624, *Decisio CCCXCIII,* n.° 70 (fol. 140).

[52] SESSÉ, *Decisio CCCXCIII,* n.° 7 (fol. 136), al expresar la doctrina de MOLINO.

[53] MOLINO, *Servitus,* fol. 306v: «In servitutibus, & ademprivijs & iuribus incorporalibus adquirendis longa possesio habet loco tituli, vid. in obs. 4. tit. de prescriptionibus. & quasi per totum titulum reperies de istis servitutibus».

[54] Gil Custodio de LISSA Y GUEVARA, *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Animadversiones theorico-practicae juxta foros Aragonum in IX libros Institutionum iuris imperatoris Iustiniani,* Zaragoza, 1788 (1.ª ed., 1703), p. 100: «Rursus advertendum est servitutes lignandi, & pascendi, atque alias similes, reales esse sive praediales.. »

[55] Jaime CANCER (Iacobo Cancerio Barbastrensi), *Variarum Resolutionum Iuris Caesarii Pontifica, et municipalis principatus Cathaloniae,* pars tertia, cum licentia et privilegio Barcinone, Ex Typographia Iacobi à Cendrat. Anno 1608, part. III, cap. IV *(De servitutibus),* n.° 49-50 (fol. 75-75v): «Contrarium consului, eo quod licet multi existiment, ius pascendi, lignandi, adaquandi in termino alieno, & piscandi in flumine alterius, non esse servitutes, sed iura quaedam personalia, & sic triginta annis praescribi... Verior tamen opinio est, quod sint servitutes reales... »

[56] PELLA Y FORGAS, *op. cit,,* p. 99. En la página siguiente, resume la dificultad de encuadre del siguiente modo: «La particularidad del *empriu* consiste, y de ello sacaron nuestros antiguos prácticos que más parecía uso que servidumbre, en que el disfrute es personal para los habitantes vecinos de una localidad y limitado a las necesidades de las familias». *Vid.* también CASALS COLLDECARRERA, M., *El derecho real de servidumbre según los principios del Derecho foral en Cataluña,* Barcelona, Bosch, 1941, p. 213.

[57] En Italia, se plantea el mismo problema de configuración jurídica en la época del Derecho común con los *usi civici* o usi collectivi. Enrico BESTA, *Diritti sulle cose nella storia del Diritto italiano* Padova, Cedam, 1933, § 637 y 638 (pp. 249-50) hace un resumen de esta evolución: «I glossatori non tentarono una costruzione generale. Ma riguardarono a qualche uso particolare come lo *ius pecoris pascendi,* che Accursio considerava come un rimedio alla *insufficiencia agri.* Rogerio tendeva a considerarlo come servitù personale; Accursio non era invece alieno dal considerarlo come servitu reale, mettiendo in evidenza il suo ridondare a vantaggio delle terre». La evolución posterior es que los comentaristas los consideran *iura in re aliena* bajo la calificación de servidumbres, y a partir de esta doctrina la postura es vacilante entre considerarlos un derecho de dominio –ya sea un dominio útil como refleja la legislación de los siglos XVIII y XIX, o bien un condominio como defendía la doc-

El principio general del Derecho aragonés respecto a los *ademprios* en los términos de una villa de la que los gozantes no son vecinos es la establecida en la observancia 36 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* –a continuación de la alera– prohibiendo cortar leña, cazar y utilizar cualquier otra servidumbre *(non possunt ligna scindere, nec venari, nec alia servitute uti)* sin el consentimiento del señor o de los hombres vecinos de aquella villa.

El artículo 146 de la Compilación comprende las mancomunidades «de pastos, leñas y demás ademprios», que en muchas ocasiones concurren sobre el mismo territorio. La mención de los «demás ademprios» se incorporó en el Anteproyecto de 1962, tomada del proyecto de Apéndice de 1904, pero sin conocimiento previo de su naturaleza jurídica y contenido[58]. En los trabajos del Seminario que preparó la Compilación, por ejemplo, interpretan que la doctrina de SESSÉ sobre estos derechos se refiere a las servidumbres personales[59].

El artículo 146 Compilación contenía una diversidad de derechos de naturaleza jurídica distinta, como la alera foral, que es una servidumbre real, diversos tipos de comunidades, y también servidumbres personales y derechos de uso. El amparo en el título constitutivo o en la posesión inmemorial en cuanto a su régimen permitían la convivencia de esta diversidad jurídica en la misma disposición, pero no resolvía los problemas del régimen jurídico supletorio, que debía corresponder con la naturaleza jurídica de cada derecho real.

La doctrina foral, como hemos visto, dudaba entre la asimilación de los ademprios vecinales en territorio ajeno a las servidumbres reales, configurarlos como derechos de uso o incluso como derechos obligacionales en virtud de pactos. La inclinación mayoritaria era considerarlos como servidumbres reales o como derechos de uso, y sólo algunos foristas reflexionaron sobre la posibilidad de considerarla como servidumbres debidas a personas o mixtas por ser, también, una categoría extraordinaria en el Derecho común postjustinianeo. De nuevo, la diversidad de situaciones y derechos contemplados originaba la necesidad de una categoría muy amplia y genérica que los pudiese comprender, y a ella respondía la invocación a los ademprios.

---

trina italiana coetánea de este autor (Quarta, Fenara)–, o servidumbres anómalas o irregulares, calificación que lógicamente va perdiendo fuerza en la misma medida que la configuración de los *usi civici* como *iura in re aliena*. *Vid.* también VENEZIAN, Giacomo, *Usufructo, uso y habitación* (traducción española por Rafael ATARD) Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 192 y ss., y BIONDO, Biondi, *Las servidumbres,* Madrid, Edersa, 1978, pp. 1371-1372. El traductor y anotador, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., los denomina «aprovechamientos comunales»

[58] Al menos no era generalizado su conocimiento entre los profesionales jurídicos aragoneses, ya que preguntó sobre los ademprios el profesor MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA en unas Jornadas de Derecho Aragonés posteriores a la Compilación, y sólo obtuvo como respuesta la de SANCHO REBULLIDA, que indicó la necesidad de estudiar los diversos ademprios existentes en los pueblos aragoneses. *Cfr.* «Coloquio» de la «Ponencia sobre «Derechos de bienes y derecho de obligaciones», por Francisco A. SANCHO REBULLIDA» *(Actas de las Jornadas de Derecho aragonés,* Zaragoza, 18-20 diciembre 1969), *en A.D.A.,* XIV (1968-1969), pp. 564-567.

[59] *Vid.* «Informe sobre "Derecho sobre las cosas"» (Zaragoza, 1954), publicado en *Informes del Seminario (1954-1958)* de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1996, vol. I, p. 550.

La época codificadora, y la desamortización, obligaron a definirlos en relación con la propiedad del suelo de la finca en lugar de por el uso o la posesión, a la vez que restringían los textos legales las categorías jurídicas posibles ya que su tratamiento se refería especialmente a efectos de fijar los modos de su extinción. En esta época terminan de definirse jurídicamente las «corralizas» en Navarra, figura cercana a los ademprios aragoneses, que en su Compilación foral tienen la diversidad de la siguiente definición legal: «Salvo los casos en que la "corraliza" aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas, se entiende por "corraliza", bien un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, bien la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares. Estos derechos especiales son transmisibles "inter vivos" o "mortis causa"» (Ley 379 del Fuero Nuevo de Navarra de 1973).

No podían convertirse sino en derechos especiales forales frente al Código, o asimilarlos a las categorías del mismo, pero en Aragón el Apéndice de 1925 no dejaba otra opción a los derechos distintos a la alera foral que asimilarlos a las categorías del Código en lo que no expresase su título constitutivo o su régimen consuetudinario, hasta que los rescató el artículo 146 de la Compilación de 1967, como expresión legal de una deseable conservación de estas figuras especiales, que necesitaban entenderse también con los conceptos jurídicos actuales.

Podemos seguir esta evolución «conceptual», con consecuencias en su naturaleza y régimen jurídicos, a través de los aprovechamientos recíprocos en sus montes respectivos de los vecinos de los pueblos zaragozanos de Ainzón y Tabuenca. En el siglo XVII el forista SUELVES ya trató los derechos de ambas poblaciones, aunque la firma foral invocada en el siglo XVII por la villa de Ainzón sólo mencionaba los derechos de «pacer, abrebar, amajadar, corralizar, y gozar de los demás derechos de pastura», que SUELVES denomina *servitutes*.

Seguramente en los siglos posteriores se reprodujeron los conflictos entre las dos poblaciones por los aprovechamientos respectivos, ya que subsistieron hasta el siglo XX. La sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de julio de 1909 se apoya en una sentencia arbitral de 1433, que decidió las diferencias entre ambos pueblos y fijó las reglas para el ejercicio de los mismos. La venta en el proceso desamortizador de los montes de Ainzón en que Tabuenca realizaba los aprovechamientos, ocasionó la negativa posterior de esta población a permitir los de Ainzón en los suyos, que son mantenidos en esta sentencia al entender que no quedaba demostrado el simultáneo origen en el tiempo de los derechos recíprocos, fundados en la posesión inmemorial, por lo que era imposible conocer si habían nacido mutuamente condicionados. La sentencia diferencia los derechos contemplados en la sentencia arbitral medieval de la alera foral, ya que «no se limitan a poder pastar de sol a sol, sino que son especiales y mucho más amplios, no debiéndose confundir por tanto con la alera foral».

La SATZ de 17 de febrero de 1944 vuelve sobre el asunto a raíz de una cuestión sobre ingresos y pagos por aprovechamientos forestales, y determina también la naturaleza jurídica de los derechos de Ainzón en los montes de Tabuenca:

> Que puntualizados en la sentencia de esta misma Sala de 10 de julio de 1909 el alcance y extensión de los derechos que la Comunidad de vecinos de Ainzón, representada por su Ayuntamiento, tiene sobre los montes del término municipal de Tabuenca, enumerados en el primer resultando de esta Sentencia, es forzoso precisar su naturaleza o carácter toda vez que según sea éste, así será la resolución que habrá de darse a las peticiones formuladas en la demanda, y al efecto se observa que tales derechos consistentes en hacer leña, cazar, carbonear, pacer ganados de cualquier clase, abrevar, acabañar, acorralar, y utilizar los demás productos en la misma forma que los vecinos de Tabuenca, no son ni pueden ser de condominio de dichos montes, puesto que sobre ellos no tienen los vecinos de Ainzón la plenitud de las facultades dominicales, ya que reducidos a los expuestos claramente se aprecia son exclusivamente beneficiarios de determinados productos –los anteriormente reseñados– y puesto que el Código Civil, artículo 530, dispone que la servidumbre es una gravamen sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y puede establecerse –art. 531 del propio Código– en provecho de una o más persona o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada, debe concluirse sentando la afirmación de que los derechos de los vecinos de Ainzón tienen sobre los mencionados montes de Tabuenca constituyen una verdadera servidumbre de pastos y leñas como se afirma en uno de los Considerandos de la sentencia recurrida.

Resulta por tanto el caso de Ainzón y Tabuenca todo un ejemplo de evolución en la configuración de estos derechos de pastos en la jurisprudencia aragonesa. Si en la Edad Media eran «iura» y se les incluía entre los ademprios, la doctrina de SUELVES, y la sentencia del Justicia Mayor en que se asienta, los configura como «servitutes». Seguramente en el siglo XIX algún acto judicial los calificó de mancomunidad de pastos dada su extensión, la sentencia de 1909 por su parte como derechos especiales más amplios que la alera foral, mencionándolos también como servidumbres, y la última sentencia citada, de 1944, avanza un paso más sobre la de 1909, y ya deja deducir que son servidumbres personales, apoyándose en el Código civil.

Los aprovechamientos de leñas han perdido importancia en la actualidad y están sometidos a una intensa tutela administrativa. Al señalar la Compilación sólo las leñas, se deduce que no comprende los aprovechamientos de madera[60]. En la SAT de Zaragoza de 6 de junio de 1956 se reconoce el derecho de los vecinos de una población zaragozana, en virtud de una concordia, a extraer de un monte de anterior titularidad señorial leñas para vender, para uso de sus hogares, y el aprovechamiento sobre las «leñas muertas» esto es de las caídas sobre el terreno y las ramas y árboles secos, para hacer yeso[61].

El artículo 146 de la Compilación ha cumplido la finalidad de excluir la aplicación de los artículos 600 a 604 del Código civil, por lo que no cabe la aplicación general de la redención forzosa de las servidumbres personales de pastos y leñas, aunque la STS de 11 de diciembre de 1923 entendió que la irredención de las ser-

---

[60] *Vid.* MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *Estudios de Derecho patrimonial,* Madrid, Montecorvo, 1984, pp. 363-364.

[61] También SSAT de Zaragoza de 21 diciembre 1951 y 17 diciembre 1971.

vidumbres en Aragón no la prohibía su Derecho foral, lo que era lógico por no haberse actualizado desde 1707 y ser la redención forzosa un modo de extinción de derechos de pastos y leñas creado en el siglo XIX, y también porque esa ha sido desde la entrada en vigor del Código civil la finalidad de los Derechos forales que han regulado los derechos de pastos en su ámbito territorial.

V. LOS *DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO PARCIAL* EN LA NUEVA LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1. El Derecho Real limitado de ademprios: de servidumbres personales a derechos reales de aprovechamiento parcial

El capítulo V LDCP (arts. 46 a 51), bajo el título «Derechos de pastos y ademprios», desarrolla en dos secciones –la primera dedicada a «servidumbres» y la segunda a «comunidades»– el artículo 146 de la Compilación. Como se ha indicado previamente, el artículo 146 CDCA no era muy correcto dogmáticamente pero cumplía la principal finalidad perseguida por el Derecho aragonés, siguiendo su historia y tradición jurídicas, de regular instituciones forales y consuetudinarias comunitarias de pastos y ademprios, separándolas del régimen desamortizador del Código civil.

En la sección primera, relativa a servidumbres, el artículo 46 regula la alera foral, calificándola por primera vez en una norma de Derecho aragonés como servidumbre, y establece como supletorio el régimen de la institución foral para las servidumbres de pastos que guarden semejanza con la misma.

El artículo 47 establece que las servidumbres de pastos se constituyen por título o por usucapión, regula la servidumbre de paso al fundo sirviente y el tránsito por los circundantes en caso de no existir paso cabañal o vía pública de acceso, y prevé la posibilidad de adquisición de la servidumbre accesoria de abrevar los ganados.

El artículo 48 lleva por título «ademprios» y los regula en el caso de que su configuración sea la de derechos reales de aprovechamiento parcial, que se definen legalmente en el artículo 19, siendo estos dos artículos a los que nos referiremos en este apartado.

El término «ademprios» se cita también en la sección segunda referida a «comunidades», que regula las mancomunidades de pastos, leñas y demás ademprios (art. 49) y las comunidades *pro diviso* de ademprios (art. 50), para contemplar la diversidad de instituciones contenidas en el anterior artículo 146 de la Compilación, que se regirán por lo que establezca el título (o la posesión inmemorial) y por la costumbre local o general (art. 51).

El texto legal de los artículos 19 y 48 LDCP es el siguiente:

Artículo 19.— *Derechos reales de aprovechamiento parcial.*

Los derechos reales de aprovechamiento parcial establecidos a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas, se rigen, en todo aquello que no determine su título constitutivo, por el régimen general de las servidumbres, en lo que sea compatible.

Artículo 48.— *Ademprios.*

1. Los tradicionales derechos de pastos, leñas y demás ademprios que constituyan derechos reales de aprovechamiento parcial, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán con preferencia por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta, y, en su defecto, por la costumbre.

2. Estos derechos se presumen vitalicios, salvo pacto en contrario. En caso de titularidad comunitaria, se presumen de duración indefinida.

El artículo 19 LDCP, que lleva por título «derechos reales de aprovechamiento parcial», está situado en la sección primera («Concepto, clases y caracteres») del capítulo I («Disposiciones generales») del título II («De las servidumbres»). No responde a ninguno de los epígrafes de la sección, al no configurarse legalmente como servidumbres, ya que el artículo 15.1 delimita tal concepto referido exclusivamente a las reales o prediales, aunque su régimen supletorio «en lo que sea compatible» sea el de este capítulo I referido al régimen general de las servidumbres.

Es una figura semejante a las servidumbres denominadas «personales» en el artículo 531 Cc[62] y eso se observa en la propia redacción del artículo 19, al establecerse los derechos reales de aprovechamiento parcial «a favor de una o varias personas o de una comunidad sobre una finca ajena, con independencia de toda relación entre fincas» y bajo el título de «servidumbres personales» se publicó este artículo 19 en el Proyecto de Ley (*BOCA* n.° 203, de 22 de febrero de 2010), de acuerdo con el texto del Anteproyecto presentado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que fue objeto de una enmienda en su tramitación parlamentaria –para cambiar la redacción de dicho título del precepto– aceptada por unanimidad[63].

---

[62] *Artículo 531.* También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada.

[63] El cambio de redacción del título del artículo provino de la enmienda n.° 13 del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), que motivó su enmienda en que el Proyecto de Ley limitaba en el artículo 15 la noción de servidumbres a las prediales, excluyendo de tal concepto a los derechos reales de aprovechamiento parcial concedidos a favor de una o de varias personas o de una comunidad, por lo que, aunque el régimen supletorio sea el de las servidumbres, «se considera más correcto suprimir la expresión "servidumbres personales" en el título del artículo 19, sustituyéndola por "derechos reales de aprovechamiento parcial"» (*BOCA* n.° 214 de 13/04/2010). El «Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial» refleja la aprobación por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios de esta enmienda (*BOCA* n.° 259, de 19/11/2010).

En el Preámbulo de la Ley ha quedado reflejada la inicial voluntad de regular «las servidumbres personales» (IV), que reitera (V) en la referencia al capítulo V («Derechos de pastos y ademprios»). Califica de «heterogénea configuración» las servidumbres y comunidades tradicionales de estos derechos, respondiendo a tradiciones propias sociales y jurídicas, y que han sufrido grave riesgo por el proceso desamortizador y la regulación del Código civil, a la par que ha disminuido progresivamente su importancia económica y social. Reconoce el Preámbulo a continuación la relevancia de la regulación de los proyectos de Apéndice de 1899 y 1904, y como el artículo 146 de la Compilación de 1967 ha sido un factor clave para abarcar y afrontar los conflictos surgidos en esta época que han llegado a los Tribunales, cumpliendo su contenido la finalidad de excluir «la aplicación de los artículos 600 a 604 del Código civil (en particular, la redención forzosa) y presupone la posibilidad de servidumbres personales y de servidumbres recíprocas».

Esta rica variedad y complejidad, agrupada en servidumbres y comunidades, permite configurar también a los ademprios como derechos reales de aprovechamiento parcial, ya que «con estas previsiones, se pretende atender con mayor adecuación a la diversidad de situaciones que la realidad muestra, a la vez que dar cauces más seguros a la posible constitución de estos derechos que tengan lugar de ahora en adelante».

Cabe deducir de la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial la voluntad del legislador aragonés de no establecer una regulación alternativa al artículo 531 del Código civil, como se ha realizado en los Derechos civiles navarro y catalán, pero sí correctora del mismo, excluyendo la conexión codicial de las denominadas «servidumbres personales» con los artículos 600 a 604 Cc, que ya tenían su expresión legal propia aragonesa en el artículo 146 de la Compilación de 1967 –pese a algunas dudas doctrinales y especialmente jurisprudenciales–, y que siguen reflejados en los artículos 46 a 51 de la nueva Ley. La regulación de estos derechos, que el Preámbulo y el artículo 48 (referido a ademprios) denominan «tradicionales», se completa ahora con el artículo 19 que cumple una función similar al artículo 531 Cc, aunque el *nomen,* régimen jurídico y posibilidades de contenido difieran en mayor o menor medida, ya que la vocación de los derechos reales de aprovechamiento parcial, al igual que ocurre en el artículo 563-1 de la Ley catalana 5/2006, es regular también nuevas situaciones sociales, económicas y ambientales.

La nueva regulación aragonesa de los derechos reales de aprovechamiento parcial comparte *nomen* y contenidos con los ordenamientos navarro y catalán, Derechos civiles también de origen pirenaico, pero difieren en el régimen supletorio de tales derechos que la tradición jurídica romanista navarra y catalana hace desembocar en las clásicas servidumbres personales (usufructo, uso y habitación, con especial protagonismo del primero), mientras que el Derecho aragonés, siguiendo su tradición foral histórica y la no confrontación frontal de los juristas aragoneses con el Código civil español –entre los que cabe distinguir a Gil Berges–, acoge la supletoriedad del régimen general de las servidumbres reales, como el Código civil de 1889 y los ordenamientos jurídicos germanos.

No es, por otra parte, muy extenso el contenido del artículo 19 LDCP que se limita a expresar que los derechos reales de aprovechamiento parcial no consisten en una relación entre fincas como las servidumbres prediales, es decir en un derecho real subjetivamente real en el que la determinación del titular viene dada por la propiedad del fundo, sino en un derecho real subjetivamente personal ya que las utilidades las percibe una persona en relación con una finca ajena, que actúa de fundo sirviente, pero en la que no existe fundo dominante ni servicio entre predios ya que los titulares del derecho –personas físicas, jurídicas o comunidades– no lo son por su relación con una finca concreta, estableciendo a continuación que el régimen sustancial de tal derecho viene definido por su título constitutivo, salvándose las posibles lagunas del mismo en lo que sea compatible con las normas que establecen el régimen general de las servidumbres.

En relación con el régimen jurídico, si comparamos el artículo 19 con el 48 LDCP, comprobamos que en el artículo 48, sobre ademprios, junto al título como modo de constitución se cita la posesión inmemorial, que ha suplido al título escrito en la doctrina foral aragonesa al adquirirse el derecho por usucapión en el caso de las servidumbres no aparentes (actual art. 33 LDCP) o bien por haberse perdido el título originario. Por ello no cabe dudar que si alguna de estas situaciones se produjese en otros derechos reales de aprovechamiento parcial distintos a los tradicionales ademprios, cabría alegarla como «título» de constitución del mismo, cumplida la prueba de su inmemorialidad. Título y posesión inmemorial determinan también el régimen jurídico de los ademprios como derechos reales de aprovechamiento parcial, estableciendo el artículo 48.1 como fuente supletoria la costumbre, lo que parece originar una contradicción en las fuentes reguladoras de su régimen entre ambos artículos, ya que el régimen supletorio en el artículo 19 es el general de las servidumbres.

Esta contradicción es aparente, ya que en relación con los ademprios del artículo 48 se podrán aplicar las normas generales sobre servidumbres, en la medida de su adaptación y compatibilidad, al señalarlo la norma general sobre derechos reales de aprovechamiento parcial que pasa a ser el artículo 19 y convierte el artículo 48 sobre ademprios en una especialidad de los mismos, y en otro caso, siempre cabe acudir al recurso de la analogía (art. 4.1 Cc). Y la no mención de la costumbre en el artículo 19, no excluye la aplicación de la misma siguiendo el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés establecido en el Título preliminar de la Compilación.

Los derechos reales de aprovechamiento parcial atribuyen a una o varias personas, o a una comunidad, una utilidad parcial y limitada que un fundo sea susceptible de proporcionar, lo que los distingue claramente del usufructo, y tendencialmente del uso, ya que frente a la utilidad singular del fundo, el contenido del usufructo se refiere a la totalidad del uso y disfrute de la finca, y el uso a cubrir las necesidades del usuario.

Cabe discutir si esta utilidad limitada de un fundo por persona determinada es un interés protegible por el derecho, frente a la utilidad socialmente relevante que fundamenta las servidumbres prediales y potencia la solidaridad interfundiaria. En la doctrina civilista, las servidumbres personales del artículo 531 Cc

han recibido algunas críticas en este sentido (OSSORIO MORALES, TAMAYO, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI...), pero LUNA SERRANO opina que «la figura puede responder a intereses de los particulares que, de no ser contrarios a los criterios del ordenamiento y poderse reconducir al ámbito práctico potencial de la autonomía privada, deben ser objeto de adecuada protección»[64].

PALACIOS matiza esta opinión en el sentido de que se trate de una utilidad con relevancia social suficiente para justificar la imposición de tal gravamen sobre una finca, por lo que la utilidad personal no debe contraponerse sino que debe redundar en interés general, y por ello propone «examinar individualmente cada relación para determinar si la restricción de la propiedad inmobiliaria que supone, y que en principio tiene relevancia social, posee fundamento adecuado desde este mismo punto de vista del interés general lo que, en última instancia, se reconduce a un problema de interpretación en relación con el concepto de función social»[65].

Y el nuevo tipo de derecho real configurado en la Ley de Derecho Civil Patrimonial no encuentra obstáculo en la libertad de configuración o *numerus apertus* que permite el Derecho aragonés a través del principio *Standum est chartae* del artículo 3 de la Compilación. Lo avala con su autoridad el profesor LACRUZ BERDEJO al señalar que tal principio no se limita a autorizar la libertad de contenido de los contratos, sino que «comprende también las otras relaciones de Derecho privado, y entre ellas los derechos sobre las cosas»[66], y lo refrenda DELGADO al afirmar que «no hay *numerus clausus* de derechos reales» en el Derecho civil aragonés, con los límites que el propio artículo 3 Compilación señala[67].

La profesora Susana NAVAS aporta un concepto del derecho real de aprovechamiento parcial[68] regulado en los derechos navarro y catalán, ya que el tenor

---

64 LUNA SERRANO, A., en LACRUZ, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil,* III, vol. 2.°, 2.ª ed., 2004, p. 152.

65 PALACIOS GONZÁLEZ, M. D., *Las servidumbres industriales y de empresa,* Madrid, Editorial Montecorvo, 199, pp. 56-57.

66 «Empero, por lo que respecta a Aragón, el principio *Standum est chartae* representa la conservación del sistema medieval de libre creación de derechos sobre las cosas, tan rico en combinaciones y estructuras en las que el derecho de propiedad se disuelve entre una multiplicidad de titulares y titularidades (...) y en el que siempre caben nuevas y no conocidas modalidades». La aplicación del principio del artículo 3 permite «dar la consideración de derecho real, eficaz *erga omnes,* a cualquier combinación de facultades sobre la cosa que ofrezca autonomía, identificabilidad y cognoscibilidad suficientes». *Vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Artículo 3. "Standum est chartae"», en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón* (dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO), t. 1, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1988, pp. 283-4.

67 DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Las fuentes del Derecho civil aragonés», en J. Delgado (Director) y M. A. Parra (Coordinadora), *Manual de Derecho civil aragonés,* 2.ª ed., Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, p. 99.

68 Entiende la autora que se configura un tipo de derecho real, por lo que debería utilizarse en singular, a pesar de que el Derecho navarro lo hace en plural, y el legislador catalán en 2006 utiliza tanto el singular como el plural, para no crear la confusión de que existen tantos derechos reales limitados como aprovechamientos parciales de los bienes, cuando no es así ya que «el derecho real de aprovechamiento parcial es único, como también lo es el derecho real de usufructo o el derecho

legal es más descriptivo que conceptual, que nos sirve para la nueva regulación del Derecho aragonés: «el derecho constituido a favor de una o de varias personas simultáneamente o sucesivamente en virtud del cual se otorga la facultad de extraer una/s concreta/s utilidad/es de una finca ajena»[69], con una configuración de derecho real, aunque puede configurarse también con carácter personal si las partes así lo deciden y responde a la naturaleza del mismo.

Señala LUNA, con relación al Código civil, que la ampliación del concepto de servidumbre que acoge tanto a la real como a la personal, el concepto de utilidad de este derecho real se amplía enormemente, y origina que, especialmente, el concepto de utilidad en relación con las servidumbres personales se difumine en los límites entre el derecho real y de crédito, por lo que la jurisprudencia (por todas, la STS de 2 de junio de 1964) exige rigurosamente que la naturaleza real se muestre en la consecución de la oponibilidad absoluta y en la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad[70].

No cabe dudar de la naturaleza jurídica real del derecho regulado por la nueva Ley aragonesa ya que el mismo título del artículo 19 lo indica y a la misma conclusión lleva una interpretación sistemática de la norma y su colocación en la Ley, y desde la constitución del derecho tendrá eficacia *erga omnes* y afectará a terceros si consta en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Nada señala respecto a la forma la Ley aragonesa, a diferencia del artículo 563-2 de la Ley catalana 5/2006 («La constitución mediante negocio jurídico de los derechos de aprovechamiento parcial debe constar necesariamente por escrito y solo puede oponerse ante terceras personas si consta en escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad»), por lo que cabe aplicar las reglas generales del Código civil (arts. 1280. 1.º con relación al art. 1279 Cc) y de la legislación hipotecaria. Parece, en todo caso, que la inscripción de un derecho real de aprovechamiento parcial en el Registro de la Propiedad tendrá valor declarativo y no constitutivo[71].

La profesora NAVAS entiende que el derecho real de aprovechamiento parcial reúne también el carácter de indivisibilidad en los derechos catalán y navarro[72], y no cabe objeción a aplicar como régimen supletorio al título del artículo 19 LDCP, el artículo 18 que establece el principio de indivisibilidad de las servidumbres en el derecho aragonés en su apartado primero, para señalar a continuación que «si la finca sirviente se divide o se segrega una parte de la misma, la

---

real de servidumbre y, por tanto, tiene siempre la misma estructura; lo único que varía es el aprovechamiento del bien, como en el derecho real de usufructo o de servidumbre puede variar el aprovechamiento del bien o puede variar el bien mismo del que se predica dicho aprovechamiento». *Vid.* NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial. Propuesta de lege ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código civil,* Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, p. 103.

69 NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial, op. cit.,* p. 103.

70 LUNA SERRANO, A., *Elementos...* III, vol. 2.°, 2.ª ed., 2004, pp. 151-2.

71 Así lo expresa Susana Navas respecto al precepto señalado del Derecho catalán, en el que la inscripción tiene solo efectos frente a terceros, *op. cit.,* pp. 134 y 259-60.

72 NAVAS NAVARRO, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial, op. cit.,* p. 134 y ss.

servidumbre no se modifica, y cada uno de los titulares de las fincas resultantes tiene que tolerarla en la parte que le corresponda». No cabe aplicar como régimen supletorio el apartado segundo de dicho artículo que aplica el principio de indivisibilidad a la finca dominante, inexistente en los derechos contemplados en el artículo 19. Del mismo modo sería aplicable como causa de extinción voluntaria parcial del derecho real de aprovechamiento parcial el artículo 36.2 LDCP que prevé el caso de división o segregación de la finca sirviente permitiendo «a los titulares de las fincas resultantes que no sean necesarias para el uso de la servidumbre exigir la extinción de la misma respecto a estas fincas».

Y como modificación sin extinción, parcial o total del derecho real de aprovechamiento parcial, cabe aplicar también el artículo 24.1 LDCP para el supuesto de que al titular de la finca sirviente le resulte especialmente gravoso o incómodo el ejercicio de tal derecho real, permitiendo el precepto que pueda exigir, a su cargo, las modificaciones que crea conveniente en la forma y lugar de prestación del derecho, «siempre que no disminuyan su valor y utilidad». Otra forma de modificación del derecho es la variación de la forma de prestarse el mismo por usucapión ampliando el contenido y facultades del titular o restringiendo el contenido del gravamen sobre el fundo por prescripción extintiva (art. 24.2 LDCP).

2. El régimen jurídico general de las servidumbres personales aplicado a los derechos reales de aprovechamiento parcial

Señala Castán la inexistencia de reglas generales en el Código sobre las servidumbres personales, por lo que éstas habrán de regirse: «1.° Por el título de su constitución (véase el art. 598 Cc). 2.° Como supletorias, por las reglas mismas de las servidumbres prediales, en cuanto les sean aplicables, tenida en cuenta la diferencia de naturaleza que entre unas y otras existe»[73]. Este régimen coincide en todos sus extremos con el señalado en el artículo 19 para los derechos reales de aprovechamiento parcial, por lo que cabe realizar una somera aproximación a lo que la doctrina civil ha expresado sobre los elementos configuradores de las servidumbres prediales compatibles con las servidumbres personales del Código y adaptables a la regulación aragonesa.

Han hecho fortuna en la doctrina civil española los comentarios de Pérez y Alguer[74] sobre las servidumbres personales limitadas del BGB alemán y su aplicación a las servidumbres personales del Código civil español, deduciendo que la combinación de los artículos 530 y 531 Cc dan el mismo resultado que la aplicación del parágrafo 1.090 BGB respecto al contenido posible de las mismas, es decir que podrá ser contenido de una servidumbre personal todo aquello y sólo aquello que puede ser contenido de una servidumbre predial, si bien en benefi-

---

[73] Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral, tomo segundo. Derecho de cosas, volumen segundo. Los derechos reales restringidos,* 12.ª ed., Madrid, Reus, 1978, p. 132.

[74] Traducción, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer de la obra de Wolf, Martín, *Derecho de cosas, volumen segundo. Gravámenes,* Barcelona, Bosch, 1937, pp. 62-3.

cio de una persona y no de una finca, y consideran dichos autores que «de igual manera se aplican todas las reglas relativas a constitución, modificación, extinción y protección de las servidumbres prediales, sin más alteración que la resultante de la diferencia de naturaleza», citando en este sentido, a título de ejemplo, el principio de inseparabilidad de las servidumbres con relación a la finca «a que activa o pasivamente pertenezcan» del artículo 534 Cc[75], y el artículo 13 de la Ley hipotecaria, pero ya hemos comentado que las servidumbres personales, al igual que los derechos reales de aprovechamiento parcial, constan en la inscripción de la finca sobre la que recaen, y en el caso de que recaigan sobre varias que no constituyan una única finca en sentido registral, deberá constar el derecho real sobre cada una de las fincas, sin que por ello deba darse el ejercicio separado del derecho real[76].

Duda Ossorio Morales de esta traslación casi automática del régimen general de las servidumbres prediales a las personales al ser establecidas estas últimas *intuitu personae,* lo que ha de determinar necesariamente «algunas características diferenciales en su régimen jurídico, que es necesario tratar de deducir de su propia naturaleza, si bien en relación con las normas relativas a las servidumbres en general»[77]. Y Palacios entiende que en la práctica hay contenidos que no pueden serlo más que de servidumbre predial o personal, y que esta equiparación de contenidos con las prediales ha de venir justificado por la relevancia social de la utilidad y, en cualquier otro caso, bastaría con la constitución de una obligación[78].

Son objeto de polémica la constitución de servidumbres negativas, las servidumbres *in faciendo,* las industriales y las de no concurrencia. El Derecho aragonés muestra un cierto disfavor hacia las servidumbres negativas que consisten «en una limitación de las facultades del titular de la finca sirviente» (art. 15.3 LDCP), y para las que se prohíbe su constitución por usucapión (art. 31.1 LDCP), aunque pueden constituirse por título, cuya falta «únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente» (art. 31.2 LDCP). Parece que el criterio general aplicable sería que no cabe someter a mayores restricciones a la finca y al titular de la finca gravada con el derecho real que las derivadas estructuralmente del mismo, en aplicación también del principio del ejercicio *civiliter* de las servidumbres que expresa el artículo 21 LDCP: «la servidumbre se ejerce de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente», salvando posibles razones de interés supraindividual como en

---

[75] El artículo 17.1 LDCP expresa el carácter de inseparabilidad al señalar que «la servidumbre se constituye para utilidad exclusiva de la finca dominante, de la que es inseparable. También pueden constituirse servidumbres recíprocas entre fincas dominantes y sirvientes», lo que hace inaplicable este precepto como supletorio de los derechos reales de aprovechamiento parcial del artículo 19. Sí pueden hipotecarse los derechos de pastos, aguas, leñas y otros semejantes (art. 107.5 LH), que comprendería los ademprios, como derechos reales de aprovechamiento parcial, del artículo 48 LDCP.

[76] Navas Navarro, S., *El derecho real de aprovechamiento parcial, op. cit.,* p. 135.

[77] Ossorio Morales, *op. cit.,* pp. 127-8.

[78] Palacios González, M. D., *op. cit.,* p. 69.

las servidumbres industriales o de servicios, que del mismo modo que se pueden constituir como servidumbres forzosas de acuerdo con el artículo 45 LDCP, cabe pensar en su constitución voluntaria dentro del marco de los derechos reales de aprovechamiento parcial. Por la misma razón, y otras históricas, parece dudoso configurar un derecho real de aprovechamiento parcial con el contenido de una servidumbre *in faciendo,* y los derechos de no concurrencia y restricciones a la competencia, parece que encajan mejor como derechos personales –en el caso que no atenten al derecho de la competencia, como prefiere PALACIOS[79], que permitirlos como derechos reales cumpliendo ciertos requisitos, como sugiere NAVAS para atender las nuevas necesidades de desarrollo económico e industrial[80]. Es una cuestión que no se puede separar de la duración de tales derechos y de las consecuencias de su oponibilidad a terceros.

La Ley catalana 5/2006, incluye entre los posibles contenidos del derecho de aprovechamiento parcial «el de gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y su ecosistema, el de apacentar ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de palco, el de balcón y otros similares». Especial relevancia van adquiriendo los denominados contratos de custodia del territorio, importados del Derecho anglosajón, que pueden incluir la constitución de un derecho real de aprovechamiento parcial[81].

---

79 PALACIOS GONZÁLEZ, M. D., *op. cit.,* pp. 221-2.

80 NAVAS, *op. cit.,* p. 149 y ss.

81 La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, *del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad* (*BOE* núm. 299, 14 de diciembre de 2007) incluye previsiones sobre la custodia del territorio por primera vez en un texto legal de carácter estatal. En su artículo 3, relativo a «definiciones», incluye un apartado 9.° que define legalmente el concepto de custodia del territorio:

9. Custodia del territorio: conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos.

La gestión de la conservación que se instrumenta a través de convenios de colaboración con particulares y entidades públicas y privadas se apoya en las «entidades de custodia del territorio», que la Ley 42/2007 define (art. 3, apartado 37) «como organización pública o privada, sin ánimo de lucro, que lleva a cabo iniciativas que incluyan la realización de acuerdos de custodia del territorio para la conservación del patrimonio natural y la biodiversidad».

En el segundo inventario de iniciativas de custodia (2010, con datos de 2009), se contabilizaron 1336 acuerdos de custodia repartidos por todo el territorio español (tres en territorio aragonés), salvo en Ceuta y Melilla, de los que en 142 no se especifica la naturaleza del acuerdo (10,62 % del total), y el tipo de acuerdo más común es un contrato que se denomina de custodia del territorio (561 acuerdos, 41,99 % del total) en el que no se especifica figura jurídica concreta, aunque parece que es dominante que el contrato afecta sólo a restricciones de uso u obligaciones de conservación por el propietario. No parece que sea muy distinto a otros contratos en los que señalan las instituciones jurídicas típicas a las que se acogen, como la cesión de uso y arrendamiento (195 acuerdos, 14,60 %), usufructo (71 acuerdos, 5,31 %) y, a mucha distancia, servidumbres prediales, personales o derechos reales de aprovechamiento parcial (15 acuerdos, 1,12%), y arrendamiento de servicios y mandato (4 acuerdos, 0,30 %). *Vid.* CORDÓN GÓMEZ, M. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (2010), *Informe del 2.° Inventario de Iniciativas de Custodia del Territorio del Estado español,* Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad, Madrid, 55 pp. (edición electrónica: www.custodia-territorio.es), y BARREIRA LÓPEZ, A. (coord.), RODRÍGUEZ-GUERRA, M., PUIG VENTOSA, I., y BUFRAO CURIEL, P., 2010,

Otras cuestiones que se ha planteado la doctrina respecto a la aplicación del régimen general de las servidumbres prediales a las personales, y que ofrecen dudas, son las relativas a la duración, transmisión y extinción sobre las que, en los límites de este trabajo, sólo podemos hacer alguna indicación.

OSSORIO MORALES ya apuntaba que si la servidumbre personal se establece en beneficio de una persona física, lo razonable es que la duración de la servidumbre sea vitalicia, salvo pacto en contrario, y en el caso de establecerse a favor de varias personas, la duración sería la de la vida de los beneficiarios, aunque en virtud de pacto puede establecerse una duración indefinida, como resolvió el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 1908, en el conocido caso de la servidumbre de balcón. En el caso de que se establezca a favor de una comunidad, no encuentra obstáculo para que la duración sea indefinida, ya que no rigen las reglas de duración temporal del usufructo (art. 515 Cc), tesis que ha avalado la jurisprudencia[82]. El carácter tendencialmente perpetuo de las servidumbres relaja los requisitos limitativos de duración de las servidumbres personales, pero advierte LUNA que «no todas las servidumbres personales serán perpetuas: a lo más puede pensarse en una presunción de perpetuidad, si otra cosa no dice su título constitutivo, presunción que podrá ser destruida cuando el contenido de la servidumbre o de su carácter personalísimo se deduzca lo contrario»[83].

En el Derecho aragonés, nada señala el artículo 19 LDCP, pero el artículo 48 sobre ademprios comprende un segundo apartado referido a la cuestión que establece la presunción del carácter vitalicio de los ademprios, salvo pacto en contrario, y esta presunción es de carácter indefinido en su duración para las comunidades. Más restrictivos son los Derechos navarro y catalán en esta cuestión, al establecer como máximo el carácter vitalicio el primero (Ley 423 FN) y la prohibición de que la duración por pacto no supere los noventa y nueve años en el segundo (art. 563-2.4.° Ley 5/2006), eliminando la posible causa perpetua por la remisión que estos ordenamientos hacen al régimen general del usufructo.

Respecto a la transmisibilidad, no hay regla que impida la transmisión de las servidumbres personales, *inter vivos* o *mortis causa,* ya que también pueden hipotecarse (art. 107.5 LH), con el límite de la duración del derecho, el posible carácter personalísimo y salvando el posible pacto constitutivo en sentido contrario. DÍAZ FUENTES comparte el criterio de que son transmisibles al no ser un derecho personalísimo que deba quedar separado del tráfico, al igual que es enajenable el usufructo, pero entiende que al estar ligadas a las personas «el cesionario no podrá tener el derecho por más tiempo del que podría pertenecer a su transmitente»[84]. En el Derecho navarro, la ley 425 FN prohíbe la disponibilidad de la titularidad del derecho real, pero permite la cesión de su ejercicio, tal como ocu-

---

Estudio jurídico sobre la custodia del territorio, Plataforma de Custodia del Territorio de la Fundación Biodiversidad, Madrid, 279 páginas. La profesora NAVAS dedica un amplio estudio en la monografía reiteradamente citada al contrato de custodia del territorio, especialmente pp. 175-200.

82 OSSORIO MORALES, *op. cit.,* pp. 147 y ss.

83 LUNA SERRANO, *op cit.,* p. 153.

84 DÍAZ FUENTES, A., *Servidumbres, serventías y relaciones de vecindad,* Barcelona, Bosch, 2004, p. 715.

rre en el Derecho alemán (§ 1092 BGB) que sin embargo permite la disponibilidad cuando el titular del derecho es una persona jurídica. En el Derecho catalán, el artículo 561-9.1.° Ley 5/2006 permite al titular del derecho real de aprovechamiento parcial disponer de su derecho, enajenarlo y gravarlo.

Como causas de extinción, cabe aplicar como régimen supletorio las causas de extinción de las servidumbres del artículo 35 LDCP, al no existir previsión expresa por los artículos 19 a 48, y siguiendo a DÍAZ FUENTES podemos aplicar las mismas conclusiones al artículo 35 LDCP. No ocasionan problemas para este autor las causas de extinción del no uso por veinte años (art. 35.1.a LDCP), y por cumplimiento del plazo o condición resolutoria si a ellos estaba sometida la extinción (art. 35.1.b). Del resto cabe hacer las siguientes adaptaciones: la renuncia no será del titular de la finca dominante, sino del titular del derecho de aprovechamiento (art. 35.1.c); la redención voluntaria será entre el titular del predio sirviente y el titular del derecho real de aprovechamiento (art. 35.1.d); la pérdida total será exclusivamente de la finca sirviente, al no existir fundo dominante (art. 35.1.f). La confusión, contemplada en el artículo 35.2, se producirá por adquisición de la finca sirviente por el titular del aprovechamiento, y este precepto establece que la extinción se produce si el titular de ambas fincas declara su voluntad en tal sentido, lo que parece razonable respecto a los titulares de derechos de aprovechamiento, ya que disfrutarán de todas las facultades y utilidades por título dominical. Tampoco ocasiona problema que el derecho de aprovechamiento lo haya constituido un titular de un derecho real posesorio (un usufructuario, por ejemplo) de la finca sirviente y la duración sea la de su derecho (art. 351.e), ya que «la servidumbre tiene el alcance y duración de sus derechos» (art. 26.1 LDCP).

Sugería el profesor MARTÍN-BALLESTERO en las Jornadas de Derecho Aragonés posteriores a la entrada en vigor de la Compilación en 1967, al referirse a los ademprios, «una posible especificación y regulación de esta institución como me atrevo a calificarla. Pues creo que debe tener su importancia y su sustantividad propia»[85]. Esa regulación ha tardado más de cuarenta años en llegar y, seguramente, las reflexiones sobre sus posibilidades de aplicación no son las mismas que los juristas aragoneses pudieron pensar al entrar en vigor la Compilación, pero al menos en su conexión rural, los nuevos ademprios pueden tener un papel en la aplicación de las nuevas políticas medioambientales y de desarrollo rural sostenible, como ya ocurre con los contratos de custodia del territorio. Preconiza NAVAS NAVARRO que «el derecho real de servidumbre personal que, actualmente, en la legislación, aparece más bien como una categoría *residual,* puede acabar convirtiéndose, en un futuro no muy lejano, en el derecho real que sirva para una explotación más racional de las utilidades de una finca, a partir del cual vehicular las más diversas utilidades y rendimientos que pueda ser susceptible de proporcionar una finca ajena (e incluso, otro bien ajeno), de suerte que llegue a adquirir, en la realidad social, un papel destacado»[86].

---

[85] «Coloquio» de la "Ponencia sobre Derechos de bienes y derecho de obligaciones", por Francisco A. Sancho Rebullida» *(Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés,* Zaragoza, 18-20 diciembre 1969), en *ADA.,* XIV (1968-1969), pp. 564-565.

[86] NAVAS, *op. cit.,* p. 124.

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.

CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE CONSORCIO FORAL

Adolfo Calatayud Sierra
Notario

El objetivo de estas notas lo constituye el análisis de diversas cuestiones que suscita la institución del consorcio foral aragonés en su aplicación práctica. La originalidad de la institución, que carece de parangón en los Derechos de nuestro entorno, hace difícil, a veces, resolver determinadas cuestiones que la realidad nos trae a nuestros despachos; sobre algunas de ellas se va a reflexionar en estas páginas, con expresión de la opinión que entiendo que es más acertada para resolverlas.

Me ha parecido oportuno inventar un caso práctico en el que se pongan de manifiesto las diversas cuestiones acerca de las cuales se va a tratar. El caso no es real. De todos modos, quien así lo prefiera puede saltarse el supuesto de hecho y pasar directamente al breve dictamen que le sigue, en el que aparecen definidos los diversos temas y señaladas las soluciones que considero más correctas.

CASO PRÁCTICO QUE SE PLANTEA

Fallece Antonio casado con Braulia y con dos hijos, Carlos y Daniel, todos ellos sujetos a la ley catalana por residencia continuada desde el año 1990, y bajo testamento en el que: lega a su hermano Ernesto y al hijo de éste, Felipe, por partes iguales, la cuota indivisa de su propiedad de un apartamento en Salou; lega a su hijo Carlos una cantidad de dinero; y, en el remanente, instituye herederos a su esposa Braulia y a su hijo Daniel, por partes iguales. Entre sus bienes se encuentra una cuarta parte indivisa del apartamento de Salou, que heredaron de su padre, Ignacio, en 1995, Antonio y sus tres hermanos Ernesto, Gregoria y Hilario, por cuartas partes indivisas; también forma parte de su herencia el derecho a la herencia de su madre, Josefa, que falleció, viuda e intestada en 2006, dejando los mismos cuatro hijos, y que todavía no ha sido aceptada; entre los bienes de dicha

herencia existen tres inmuebles sitos en Zaragoza. Ignacio y Josefa eran aragoneses, como también lo son Ernesto, Gregoria e Hilario.

Se solicita dictamen acerca de la herencia de los bienes inmuebles expresados.

DICTAMEN

I. El consorcio o fideicomiso foral aragonés

Regulado actualmente en los artículos 58 y siguientes de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón (en la Compilación de 1967 aparecía en el artículo 142; en cambio, el Apéndice de 1925 no lo reguló), puede describirse como la situación de cotitularidad que se produce sobre un inmueble que varios hermanos o hijos de hermanos heredan o reciben por donación de un ascendiente mientras subsista la indivisión.

Es decir, se trata de una comunidad especial, sujeta a algunas reglas diferentes a las generales aplicables a los condominios ordinarios. Es una comunidad de origen familiar y cuyas reglas especiales van dirigidas a evitar que, en esa situación de indivisión, siempre problemática, ingresen en la comunidad personas distintas a ese círculo familiar estrecho cotitular de los bienes o sus descendientes. Esta finalidad debe ser tenida siempre presente por el intérprete de la regulación legal, porque es la guía con la que deben resolverse las muchas dudas que plantea la institución.

Estamos ante una institución que ha provocado controversia desde hace tiempo, pero que ha pasado a la regulación actual, en la Ley de Sucesiones por causa de muerte, que, sin embargo, ha flexibilizado algunos de sus rasgos y ha reducido su imperatividad, al permitir la separación voluntaria de cualquiera de los consortes (art. 60), lo que por esta sencilla vía permite dejar sin efecto el régimen del consorcio foral.

Entre las reglas específicas que le son de aplicación se encuentra la que impone que sólo son válidos los actos de disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, realizados por uno de los consortes (comuneros) sobre su cuota en el consorcio (comunidad) o en alguno de los bienes que lo integran si se realizan a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte (art. 59.1).

No está dicho expresamente pero es una regla implícita en el régimen jurídico del consorcio foral que, si un consorte fallece sin haber ordenado el destino de su cuota a favor de sus descendientes o de otro consorte, la ley reserva dicha cuota a sus descendientes, que la recibirán conforme a las reglas aplicables a la sucesión legal. Lo que sí se dice es que si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio (art. 59.3); hay que entender que siempre

que no se haya dispuesto válidamente de la cuota indivisa conforme a lo antes indicado.

Aunque en tiempos pasados ha habido polémica sobre estas cuestiones, hoy parece que no hay dudas acerca de que el consorcio surgirá aunque lo que adquieran del ascendiente varios descendientes no sea la totalidad de un inmueble sino una cuota del mismo: será esa cuota la que quedará sujeta al régimen del consorcio foral. Porque nada impone que su objeto lo tenga que constituir un inmueble completo. De hecho, aunque inicialmente el consorcio foral hubiera recaído sobre la totalidad del inmueble, el régimen sobre embargo y ejecución de la cuota indivisa de uno de los consortes (art. 59.2) y la regla que hoy permite al consorte separarse del régimen del consorcio de modo que las cuotas de los demás siguen sujetas a él (art. 60) producen ese mismo resultado de que en un mismo inmueble unas cuotas están sujetas al consorcio foral y otras no.

Y también parece hoy claro que el consorcio foral nace aunque el bien inmueble lo adquieran los descendientes no en pleno dominio sino en nuda propiedad, que, de hecho, es lo que normalmente sucede, porque el cónyuge del ascendiente, si le sobrevive, casi siempre tiene derecho de usufructo de viudedad sobre el inmueble sujeto a consorcio. Incluso, en los casos de acrecimiento a favor de los consortes por fallecimiento de uno de ellos sin descendientes, el cónyuge de éste tiene derecho al usufructo de viudedad sobre todos los bienes, incluyendo la cuota indivisa sujeta a consorcio(artículo 96 de la Ley de Régimen económico matrimonial y viudedad), lo que confirma que puede haber consorcio sobre la nuda propiedad. Así lo ha declarado, por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de marzo de 2009.

Hay otras reglas importantes aplicables al consorcio foral, pero no corresponde ahora detenernos en ellas.

II. El consorcio foral y el territorio

La singularidad de la figura y la ausencia de instituciones que guarden similitud con ella en los Derechos de nuestro entorno lleva a plantearse, en los casos en que concurran elementos sometidos a leyes distintas de la aragonesa, cuáles son los puntos de conexión que deben estar sometidos a ésta para que entren en vigor las reglas del consorcio foral. Téngase en cuenta que son diversos los elementos que concurren en el consorcio foral, concretamente: el ascendiente causante o donante de quien se recibe el inmueble, los comuneros que lo adquieren y el inmueble mismo. Cada uno de estos elementos puede estar sujeto a leyes distintas. Esta cuestión no ha podido ser aclarada por el legislador aragonés, puesto que las normas para resolver los conflictos de leyes son materia que forma parte de la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 de la Constitución). Y lo cierto es que las escasas normas del Título Preliminar del Código Civil, a las que hay que acudir, pueden hacer surgir dudas.

El disfavor con el que se ve esta figura por algunos juristas ha llevado a algún autor a una interpretación muy restrictiva de su eficacia; así, se ha llegado a afir-

mar que, en el ámbito interterritorial, la vigencia del consorcio foral está vinculada a una combinación de los estatutos real y personal, de modo que, para que pudiera surgir deberían concurrir todos los siguientes requisitos: que los inmuebles estén situados en Aragón, por la incidencia del consorcio en la troncalidad; y que tanto el causante como los comuneros sean aragoneses, por el principio general de personalidad de las leyes aragonesas del artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Sin embargo, lo cierto es que nos encontramos ante una institución de naturaleza sucesoria (o ligada a la donación, si surge de ella), ya que de lo que se trata es del régimen al que quedan sometidos determinados bienes indivisos de origen sucesorio (o de donación) y es ese origen el determinante de ese régimen especial. La propia expresión de *«fideicomiso foral»* que utiliza el legislador para referirse al consorcio foral conduce a la misma conclusión. Por tanto, como en todo el fenómeno hereditario, la ley aplicable será la personal del causante en el momento del fallecimiento (artículo 9.8 del Código Civil), con independencia del lugar en que se encuentren los bienes sobre los que recae y de la ley personal de los sucesores. Para el caso de que surja de una donación, la conclusión sería la misma: lo que determina si surge el consorcio foral es la ley personal del donante (art. 10.7 del Código Civil). A diferencia de otros territorios, en Aragón la troncalidad no impone el principio de territorialidad, lo que se ve muy claro en la sucesión legal troncal.

Por tanto, en el caso planteado, puesto que los bienes inmuebles se heredan de Ignacio y Josefa, ambos aragoneses, surgirá el consorcio foral, incluso sobre el apartamento de Salou y a pesar de que Antonio y sus hijos no tengan la vecindad civil aragonesa.

III. El régimen transitorio de los actos de disposición

En la Compilación de Derecho Civil de Aragón que, en materia sucesoria, rigió hasta el 23 de abril de 1999, en que entró en vigor la Ley de Sucesiones por causa de muerte, el régimen del consorcio foral era mucho más rígido de lo que lo es actualmente y, así, la prohibición de disponer de la cuota era absoluta y no estaba prevista la validez ni de la disposición a favor de descendientes del disponente ni tampoco de otros consortes.

Sin embargo, el legislador aragonés ha resuelto los problemas que pudiera plantear el régimen de Derecho transitorio derivado de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte en la Disposición Transitoria Sexta de esta ley, que dice que *«los efectos del consorcio foral … serán de aplicación después de su entrada en vigor aunque el consorcio se hubiera originado antes»*. Entre estos efectos está la forma en que opera la prohibición de disposición.

Por tanto, en lo que al caso práctico planteado se refiere, el hecho de que Ignacio, ascendiente del que deriva el consorcio foral, falleciera bajo la vigencia de la Compilación de Derecho Civil de Aragón no impide que a los actos de disposición que realicen los consortes se les aplique las normas de la Ley de Sucesiones

por causa de muerte y, por tanto, son válidas las disposiciones realizadas a favor de sus descendientes o de otros consortes. A estos efectos, no es relevante cuándo se otorgó el testamento, ya que, aunque éste se hubiera otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante.

En cuanto a las situaciones de comunidad surgidas antes de la entrada en vigor de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, es decir, bajo el Apéndice de 1925 (que rigió hasta el día 1 de mayo de 1967, en que entró en vigor la Compilación), dado que no regulaba el consorcio foral, no están sujetas a éste.

IV. Disposición en favor de descendientes de consortes

Ya hemos dicho que el consorcio foral es una institución cuya finalidad consiste en evitar que ingresen en la comunidad personas ajenas al círculo familiar estrecho cotitular de los bienes inmuebles que se encuentran sin dividir. Por ello, se prohíbe la disposición de la cuota indivisa si no es a favor de los propios descendientes del disponente o de otro consorte (a los que vamos a llamar, por simplificar, parientes *consorciables*). Obsérvese que en cuanto a los descendientes del disponente no se impone un orden de preferencia de grado: sería válida la disposición a favor del nieto, aún viviendo su padre. En cambio, el otro grupo de parientes *consorciables*, quienes ya son consortes, no incluye expresamente a los descendientes de éstos.

La cuestión es si, pese al silencio de la norma, sería posible la disposición realizada no a favor de un consorte sino de un hijo suyo. Los términos tajantes de la norma llevarían, en principio, a una solución negativa, lo que podría venir apoyado por la circunstancia de que la entrada en la comunidad de un hijo de un consorte no deja de suponer el ingreso de alguien nuevo en la comunidad, que es lo que el régimen jurídico del consorcio trata de evitar.

Ahora bien, entiendo que podría aceptarse la validez de la disposición si el consorte padre del favorecido da su consentimiento expreso, porque al mismo resultado podría llegarse en dos pasos: primero favoreciendo al consorte y, después, éste a su hijo; y no hay razón para negar que se pueda hacer de forma directa lo que es posible lograr, sin que padezca ninguno de los intereses en juego, indirectamente. No veo necesario el consentimiento del resto de los consortes.

Por tanto, en el caso práctico, si Ernesto da su consentimiento al legado a favor de su hijo Felipe, dicho legado no podrá considerarse nulo por infracción del régimen de disposición de cuotas indivisas en el consorcio foral.

V. Ineficacia parcial de la disposición

Si la disposición de su cuota en el bien sujeto a consorcio foral la realiza el consorte en favor de varias personas y resulta que sólo alguna de ellas reúne los requisitos para ser beneficiaria de la disposición, tenemos que la disposición realizada a favor de las otras no es válida. Lo que ya no está tan claro es qué sucede con la parte de cuota que iba destinada a esa persona.

La solución más adecuada dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso. Podemos pensar en las siguientes situaciones:

1) Si el testador hubiera señalado un sustituto para el caso de ineficacia de la disposición y en ese sustituto sí que concurren las circunstancias que le permiten adquirir la cuota indivisa, será él quien la recibirá, como tal sustituto.

2) Si el testador ha establecido expresamente el derecho de acrecer entre los sucesores llamados al bien sujeto a consorcio, habrá que respetar su voluntad, de modo que será el otro, el que sí que es *consorciable*, quien adquirirá la totalidad de la cuota indivisa de que se hubiera dispuesto. Es un supuesto similar al de la sustitución ordenada por el disponente.

3) Si la disposición testamentaria a favor de esas varias personas no se ha hecho con carácter conjunto, también está clara la solución: en defecto de sustitución, la disposición realizada a favor de la persona inhábil para recibirla se integrará en la institución de heredero, si se ha realizado a favor de descendientes [sobre esta cuestión se profundizará más adelante], y, en caso contrario, la recibirán los descendientes del causante por sucesión legal.

4) Si la disposición se lleva a cabo mediante donación y el donante ha establecido expresamente el derecho de acrecer entre los donatarios, será éste el que se aplique (art. 737 del Código Civil). Pero si no lo ha establecido, la donación, en cuanto a esa cuota, no tendrá ninguna validez, de modo que seguirá perteneciendo al donante.

5) El caso más dudoso es el que se plantea cuando el testador ha realizado la disposición a favor de esas varias personas de forma conjunta sin establecer expresamente, pero sin excluir, el derecho de acrecer. Recordemos que el artículo 166 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte establece que, habiendo sido llamadas dos o más personas conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos, si alguna no quiere o no puede suceder, su porción acrecerá a las demás. La alternativa sería aplicar la misma solución que al supuesto número 3 de los que hemos enumerado. Sin embargo, no veo razones suficientes para no considerar aplicable el derecho de acrecer; el texto del artículo 166 abarca claramente el supuesto de hecho y que la causa de la ineficacia esté en el incumplimiento del régimen de disposición de bienes en el ámbito del consorcio foral no parece que añada ninguna circunstancia para dejar sin efecto el acrecimiento.

Por tanto, en el caso práctico sometido a examen, puesto que el legado de la cuota a favor de Ernesto y su hijo Felipe se hace de forma conjunta, si aquél no quisiera dar su consentimiento a la validez de lo dispuesto a favor de su hijo (conforme a lo que decíamos en el apartado IV), el resultado práctico sería que la parte legada a Felipe le acrecería a Ernesto.

VI. Consorcio foral y comunidad hereditaria

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte fue un tema muy debatido el tipo de comunidad del que surgía el consorcio foral. El

artículo 142 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón hablaba expresamente de *«proindiviso»*, lo que indujo a algunos estudiosos a considerar que sólo nacía el consorcio foral cuando los bienes se adjudicaban en proindiviso ordinario a favor de varios descendientes, lo que excluiría la existencia de consorcio durante la situación de comunidad hereditaria.

Sin embargo, la Ley de Sucesiones por causa de muerte ha pretendido poner fin a este debate y, por ello, el artículo 58.1 dice que el consorcio existe *«desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles»* y *«en tanto subsista la indivisión»*. De modo que la comunidad hereditaria también es un supuesto de cotitularidad en el que surge el consorcio foral.

En consecuencia, en el caso práctico que tratamos, sí que se aplicará el régimen del consorcio foral a los bienes inmuebles sitos en Zaragoza, que forman parte de la herencia sin dividir de Josefa, que corresponde heredarle a sus hijos, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la incidencia del derecho de transmisión.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que en la práctica documental, es poco frecuente la existencia de verdaderas comunidades hereditarias, porque lo normal es que, cuando se acepta la herencia por el conjunto de los herederos, aunque no se haga partición y división de los bienes entre ellos, adjudicando bienes independientes a cada uno, los bienes que forman el caudal relicto se adjudiquen a los herederos en indivisión ordinaria; con lo cual, se sustituye una comunidad global sobre el patrimonio por un conjunto de comunidades ordinarias que recaen sobre todos y cada uno de los bienes que lo forman. En estos supuestos, no habrá particularidad alguna en cuanto al funcionamiento del consorcio foral, que lo será en cada bien.

En cualquier caso, cuando nos encontremos ante una verdadera comunidad hereditaria, debe destacarse que la forma de operar el consorcio foral dentro de ella presenta algunas particularidades, derivadas de que en ella la cotitularidad no lo es sobre bienes concretos y determinados, sino sobre un patrimonio, en el que puede haber bienes totalmente ajenos al consorcio foral junto a cuotas indivisas de bienes que sí que estén sujetos al mismo. Esta circunstancia tiene incidencia en dos cuestiones.

La primera es la forma de practicarse la partición de la herencia, sobre todo cuando existen bienes de ambos tipos y son coherederos personas *consorciables* junto a otras que no lo son. A esta cuestión nos referiremos específicamente después.

La otra es la transmisión de la cuota sucesoria por alguno de los coherederos. Si en la comunidad hereditaria sólo hay bienes sujetos al consorcio foral, no hay duda de que a la cesión de esa cuota hereditaria se le aplicará la prohibición de disposición del artículo 59.1. Más dudas puede plantear el caso de que existan bienes de ambos tipos, si bien entiendo que regirá la misma limitación; lo que el coheredero deberá hacer para evitar esa limitación es instar la partición hereditaria y, una vez realizada, ya podrá transmitir como quiera los bienes no consorciales; o, más sencillo, separarse del régimen del consorcio, conforme a lo dispuesto en el artículo 60.

VII. Herencia no aceptada y consorcio foral

Evidentemente, no puede haber comunidad sobre bienes que no han sido adquiridos y la herencia no se adquiere hasta que no se acepta; pero la aceptación tiene eficacia retroactiva, por lo que, una vez aceptada la herencia, sus efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (artículo 28.1). Por ello, habrá que esperar a la aceptación para ver si surge el consorcio foral sobre los inmuebles que formen parte de la herencia porque quedan en situación de indivisión y no se adjudican separadamente a alguno de los herederos; pero, una vez producida la aceptación, el consorcio foral estará constituido con efectos referidos al momento del fallecimiento del causante sobre los inmuebles que se adjudiquen en indivisión.

Por otra parte, tenemos que el derecho a aceptar una herencia pasa a los herederos del llamado a la misma a su fallecimiento (art. 39 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte). Y puede suceder que a esa herencia estuvieran llamados varios descendientes y que en ella existan inmuebles, con lo que tendremos el supuesto de hecho base para el nacimiento del consorcio foral. Fallecido uno de esos descendientes, su derecho a aceptar la herencia pasa a sus propios herederos y puede suceder que entre ellos existan algunos que no sean parientes *consorciables*. Pues bien, para determinar si la adquisición del derecho a aceptar la herencia contraviene las reglas sobre disposición de bienes consorciales, hay que atender a varias circunstancias.

Si todos los herederos del heredero son no *consorciables* y todos los bienes de la herencia del primer causante son consorciales, lógicamente, no podrán adquirir el derecho a aceptar la indicada herencia: a falta de sustitutos *consorciables*, el derecho a aceptar la herencia pasará, como si de la cuota consorcial se tratara, a sus descendientes y, si no los tuviera, se producirá un acrecimiento a favor del resto de los herederos del primer causante que sí que sean *consorciables*. Si hubiera otros bienes, esos herederos no *consorciables* adquirirán el derecho de aceptar la herencia del primer causante, pero sólo podrán hacerla efectiva en cuento a los bienes no consorciales; los que sí lo sean pasarán a los descendientes del transmitente y, si no los tuviera, al resto de los consortes.

Si el transmitente ha dejado herederos *consorciables* junto a otros que no lo son y en la herencia hay bienes de ambos tipos, creo que todos los herederos adquirirán el derecho a aceptar la herencia del primer causante y, cuando la acepten, se producirá una situación de comunidad hereditaria que, según cómo se resuelva al hacerse la partición, podría hacer compatibles sus derechos con el régimen del consorcio. A la cuestión de la partición de la herencia en relación con el consorcio foral se hace referencia más adelante.

En el caso práctico objeto de estas notas, partiendo de la base de que en la herencia no aceptada de Josefa, junto a los bienes inmuebles, existen otros que no lo son, el fallecimiento de su hijo y heredero Antonio produce la transmisión del derecho a aceptar la herencia de aquélla a sus herederos, es decir, conforme a su testamento, a su esposa Braulia y a su hijo Daniel, quedando deferida la plena validez de la adquisición por Braulia, heredera no *consorciable*, a la forma en que se practique la partición de la herencia de Josefa, en la medida que luego veremos.

VIII. Disposición de cuota y llamamiento universal

El artículo 59.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, al regular las disposiciones que el consorte puede realizar válidamente, se refiere en concreto a los actos de disposición *«sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran»*.

Esta redacción puede suscitar la duda de si hay verdadera disposición de la cuota indivisa sujeta a consorcio cuando el consorte lo que hace es designar sucesores universales, sin referencia expresa a los bienes sujetos al consorcio. Es decir, si el acto de disposición debe referirse expresamente a la cuota indivisa en cuestión para que se entienda que se ha dispuesto de ella. Si exigiéramos ese requisito, cuando el consorte dispone como heredero universal a favor de alguno de sus descendientes o de algún consorte sin mencionar la cuota, resultaría que ésta quedaría excluida del acto de disposición y la cuota indivisa sujeta a consorcio sería recibida por todos los descendientes del testador o, si no los tiene, acrecería a todos los demás consortes.

Sin embargo, no creo que ésa sea la solución correcta. Sólo una interpretación muy rígida de la regla expresada puede llevar a excluir esta parte de los bienes del consorte de un acto de disposición a título universal. El principio de conservación de los actos jurídicos, el de libertad para disponer de los bienes fuera de los supuestos prohibidos por la ley y la naturaleza del llamamiento universal tienen un peso superior y han de llevar a entender que el acto de disposición es válido en toda su extensión, sin que deba excluirse del mismo las cuotas indivisas de los bienes sujetos al consorcio, salvo que el heredero instituido no fuera ni descendiente ni consorte.

Por tanto, cuando el consorte nombra heredero universal a algún descendiente o a otro consorte, aunque no mencione expresamente los bienes sujetos a consorcio, está realizando un acto de disposición de la cuota que tiene en ellos a favor del heredero designado.

En consecuencia, en el caso práctico planteado la institución de heredero que contiene el testamento de Antonio comprende el derecho a aceptar la herencia de su madre, con la cuota que pueda corresponderle en los bienes inmuebles sitos en Zaragoza, sujetos a consorcio en tanto hubiera indivisión, sin perjuicio de lo que se examinará a continuación.

IX. Consorcio foral y partición hereditaria

Aceptada la conclusión que hemos alcanzado en el apartado anterior, hay que plantearse alguna cuestión adicional, porque el acto de disposición a título universal tiene importantes particularidades respecto de la disposición singular de cuota indivisa. Particularmente, cuando entre los bienes que alcanza el llamamiento universal existen algunos no sujetos a consorcio foral junto a cuotas indivisas de bienes que sí que lo están y resulta que hay varios herederos designados, algunos de los cuales reúnen los requisitos para ser beneficiarios de la dis-

posición de cuotas sometidas a consorcio foral y otros no, la solución de la ineficacia parcial sin más en la parte adjudicada a los herederos no *consorciables* puede no ser la adecuada.

A estos efectos, hemos de recordar la finalidad de la institución: impedir que la cuota indivisa sea adquirida por personas distintas de los descendientes del consorte o de otro consorte. Por tanto, si los herederos acuerdan practicar la partición de la herencia de modo que la cuota indivisa de los bienes sujetos al consorcial foral se adjudique al heredero que reúne los requisitos para ser beneficiario de ella y a los demás herederos se les asignan otros bienes, la finalidad de la norma queda cumplida y nada debe anularse. Es más, creo que tanto los unos como los otros están obligados a realizar la partición de la herencia de esa manera, en aras a que la voluntad del testador pueda ser cumplida en los términos dispuestos por él y no tenga que anularse parcialmente.

Si los bienes de la herencia que no estén sujetos al consorcio no alcanzan a cubrir la cuota hereditaria que corresponde al heredero o herederos no *consorciables,* creo que podrán exigir que se les pague el resto en efectivo extrahereditario para que pueda cumplirse la finalidad de la norma y las cuotas indivisas de bienes consorciales no se adjudiquen a quienes no pueden recibirlas. Los coherederos *consorciables*, si así lo desean, podrían evitar esta solución separándose del consorcio, con lo cual ya no habría inconveniente para que la cuota en cuestión se adjudicara a los otros.

En el supuesto de hecho que estamos considerando, la institución de heredero a favor de la viuda, Braulia, y del hijo del fallecido, Daniel, incluye el derecho a una herencia, la de Josefa, en la que puede surgir el consorcio foral, porque hay bienes inmuebles y varios hijos llamados a ella. Conforme a lo expresado, Braulia tendrá derecho a cubrir su cuota en la herencia de Antonio con bienes no consorciales y a recibir la diferencia que, en su caso, le falte en efectivo extrahereditario a cargo de Daniel, el cual podrá evitar ese pago separándose del consorcio.

CONCLUSIONES

Podemos establecer las siguientes conclusiones, a modo de resumen, de lo dicho hasta aquí:

1. El nacimiento del consorcio foral está vinculado a que el ascendiente del que los comuneros reciben los inmuebles que permanecen indivisos tenga vecindad civil aragonesa en el momento de su fallecimiento o de realizar la donación, con independencia del lugar de situación de los bienes y de la ley personal de los adquirentes.

2. La disposición de su cuota en los bienes sujetos a consorcio realizada por un consorte a favor de sus descendientes o de otro consorte es válida aun cuan-

do el consorcio haya nacido bajo la vigencia de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, antes de la Ley de Sucesiones por causa de muerte.

3. La disposición realizada por un consorte a favor de descendientes de otro consorte será válida si éste lo consiente.

4. Cuando la disposición por causa de muerte de la cuota en un bien consorcial se realiza conjuntamente a favor de un pariente *consorciable* y de otra persona que no lo es, la disposición a favor de esta última es nula y su parte pasará al sustituto *consorciable* que se hubiera designado o, en su defecto, acrecerá al otro beneficiado por la disposición. Si la disposición fuera por donación y no se hubiera previsto expresamente el acrecimiento, la parte de la donación realizada a favor del donatario no *consorciable* no surtirá efecto.

5. El consorcio foral también surge en la situación de comunidad hereditaria. La transmisión de la cuota hereditaria por parte de uno de los herederos está sujeta a las limitaciones que establece el régimen del consorcio foral, aunque en la herencia haya otros bienes no sujetos a él.

6. Cuando, en una herencia no aceptada en la que existen inmuebles y a la que están llamados varios descendientes, fallece uno de éstos, la adquisición por sus herederos no *consorciables* del derecho a aceptar la herencia del primer causante dependerá de que en ésta haya otros bienes que puedan adquirir por vía de partición hereditaria, conforme a lo que se indica en la conclusión número 8.

7. Cuando un consorte dispone a título universal de su herencia, se entienden comprendidas en el acto de disposición también las cuotas indivisas sujetas al consorcio, aunque no se mencionen expresamente en el acto de disposición.

8. Si los herederos a título universal de un consorte son parientes *consorciables* junto a personas que no lo son, éstos tienen derecho a que se cubra su porción hereditaria con los bienes no consorciales y, en lo que, en su caso, faltare en efectivo extrahereditario, si bien los coherederos *consorciables* puede evitar esto último separándose del consorcio, en cuyo caso la cuota indivisa de los bienes consorciales que forme parte de la herencia ya sí que podrá adjudicarse a los herederos no *consorciables*.

NOTA PROCESAL A PROPÓSITO DE LA LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO, DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES*

Francisco de Asís González Campo
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La Ley 2/2010 regula las relaciones familiares derivadas de la ruptura de parejas –matrimoniales, estables o cualquier otra situación de convivencia– con hijos a cargo e introduce el criterio general de preferencia –relativa– de la guarda compartida en defecto de pacto, con fomento de la mediación familiar. En dicho ámbito es precisa la intervención judicial y, al tal fin, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula los procesos matrimoniales pero así los supuestos de parejas no matrimoniales, siendo que, en tal ámbito, la norma aragonesa no solo establece derecho sustantivo sino que establece derecho procesal derivado de aquella materia. Por tal motivo, estas notas pretenden detectar si concurren particularidades derivadas del derecho sustantivo de entidad suficiente que requieran una especialidad *aragonesa* procesal para, entonces, concluir, en su caso, con la presencia de *norma procesal aragonesa* y, con ello, si es tendente a configurar un derecho procesal aragonés, o si, por el contrario, se trata de un ejercicio aislado en tal materia.

---

* Este artículo fue finalizado en enero de 2011. Al momento de la corrección de pruebas, se ha publicado el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas y deroga, entre otras, la norma ahora estudiada. Por ello, las referencias normativas de la Ley 2/2010 deben entenderse hechas a los artículos 75 a 84, Disposición Adicional 1.ª a 4.ª y Transitorias 6.ª y 7.ª del citado Código.

Palabras clave: Derecho procesal aragonés. Ruptura parejas con hijos a cargo. Ley 2/2010. Recurso de revisión. Mediación familiar. Proceso penal.

ABSTRACT

Law 2/2010 regulates family relationships which arise from the rupture of stable, or any other form of, cohabitation of married couples who have dependent children and introduces the general criteria of a relative preference of shared custody in the absence of a pact, promoted by family mediation. In this field, judicial intervention is required and, to this effect, the Spanish Law of Civil Procedure regulates marital procedures, but not cases of non married couples, therefore, in this field, the Aragonese norm not only establishes substantive law but it also establishes procedural law derived from that matter. For this reason, these notes are intended to detect if particularities derived from substantive Law with sufficient entity concur, so that they require an Aragonese speciality procedure, and therefore, to conclude, if it is appropriate, with the presence of an Aragonese procedural norm and further, if it is tending to shape Aragonese procedural Law, or if, on the contrary, it is an isolated practice on this subject matter.

Key words: Aragón procedural law. Break-up of couples with dependent children. Law 2/2010. Appeal for judicial revision. Family mediation. Criminal process.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: 1. Introducción y problemática detectada; 2. Finalidad pretendida: ¿existe norma procesal aragonesa en la Ley 2/2010? II. CONTENIDO PROCESAL DE LA LEY 2/2010. 1. Aspectos procesales comunes de la Ley 2/2010; 2. La mediación familiar; especial referencia al régimen aragonés de suspensión del procedimiento; 3. Incidencia del art. 6.6 de la Ley 2/2010 en el proceso penal; excurso sobre su constitucionalidad y mejora del art. 92.7 CC.; 4. *Especialidades procesales* en los casos de *nulidad, separación o divorcio con hijos a cargo* (Disposición Adicional 2ª) y de *ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo* (Disposición Adicional 3ª); 5. ¿Nuevo motivo de interposición de recurso de revisión o nueva causa de modificación de medidas? (Disposición Adicional 4ª:«*Revisión de la guarda y custodia.*»); 6. ¿Nuevo recurso de revisión contra sentencias firmes y nuevo régimen de recursos contra autos dictados en medidas judiciales? (Disposición Transitoria Primera: «*Revisión de convenios reguladores y de medidas judiciales*»). III. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. Introducción y problemática detectada

La *Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres* regula las relaciones familiares derivadas de dicha ruptura «*incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio*» y de «*guarda y custodia de los hijos menores*» (art. 1.1) pretendiendo «*promover … unas relaciones continuadas*» entre los padres y los hijos (art. 1.2) integrantes del núcleo familiar (entendido, según el art. 1.2 *in fine*, en un sentido notablemente amplio –«*hermanos, abuelos y otros parientes*» «*y personas allegadas*»– que induce a confusión[1]). Persigue fomentar, por una parte, el otorgamiento potestativo (arts. 3 y 5) de un «*pacto de relaciones familiares*» (arts. 3 a 5 y Disposición Adicional 2ª y 3ª, en adelante DA) que se asimila al convenio regulador del art. 90 CC por contenido y expresa remisión normativa (DA 2ª.2) y que no cabe ser confundido con el *plan de relaciones familiares* (arts. 6, 7 y DA 2ª y 3ª) o el *convenio regulador* previsto en el art. 90 CC (Disposición Transitoria 1ª y DA 2ª); y, por otra, la consecución de acuerdos parentales mediante la mediación familiar (Capítulo III y Disposición Final 2ª, en adelante DF). Asimismo, destaca la preferencia relativa («*en defecto de acuerdo entre las partes*» o en supuesto de revisión del régimen de «*guarda individual*» acordado al efecto) del régimen de «*custodia compartida*» en tres supuestos diferentes (arts. 6.1, 6.2 y, en su caso, art. 5.5 LIRFARCP) en lo que supone aspecto novedoso en nuestro Derecho de Familia (Preámbulo Ley 2/2010) de tal modalidad de guarda y custodia que la doctrina patria y extranjera ya había estudiado detenidamente tiempo atrás[2]. Pretende, en fin, regular las consecuencias familiares de la ruptura promoviendo unas relaciones continuadas entre los padres y los hijos en ejercicio responsable e igualitario de la autoridad familiar manteniendo una continuidad de dicha relación entre los integrantes del núcleo familiar descrito. Sin embargo, tal finalidad no es sencilla dada la acreditada existencia de varias notas en este ámbito:

i. El profundo cambio sociológico –y en especial jurídico– experimentado en los modelos de convivencia y relaciones, parejas y uniones de hecho o *more uxo-*

---

[1] Martínez de Aguirre señala que el término «*persona allegada*» es el más problemático y llega a la conclusión de que, bajo dicho término, se debe entender incluido al «*conviviente no progenitor (típicamente, padrastro o madrastra)*» (Martínez de Aguirre, Carlos en «La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial», *Actualidad del Derecho en Aragón*, año III, nº 8, Zaragoza, 2010, ISSN-1889-268X, p. 18).

[2] En efecto, en realidad, la guarda compartida fue introducida en la reforma del artículo 92 CC operada por la *Ley 15/2005* si bien no acogía tal figura con el carácter preferente que el legislador aragonés procura ahora. Sobre la *guarda compartida*, su introducción en nuestro ordenamiento, fenómeno sociológico e incluso críticas doctrinales y jurisprudenciales, *vid.* Tena Piazuelo, Isaac en «Las rupturas de pareja con hijos: la opción por la custodia compartida», en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Simposio de Derecho de Familia, Universidad de Montevideo, ISBN: 978-9974-8060-5-4, pp. 45 a 65 (a. i.).

rio en las últimas décadas en nuestro país[3] y, con ello, la problemática derivada de toda ruptura convivencial, y el incremento de las mismas. Realidad social que, amparada y reconocida en los arts. 32 y 39 CE, como todo fenómeno sociológico, conlleva unos aspectos jurídicos insoslayables (SSTC 122/1992 y 116/1999) y que, siguiendo a LÓPEZ AZCONA, ha sido objeto de debate y evolución doctrinal y jurisprudencial[4].

ii. La insuficiente regulación normativa –sustantiva y procesal[5]– sobre la ruptura de la pareja no matrimonial, pues, en lo que respecta a estas notas, aun cuando es pretensión de la Ley de Enjuiciamiento Civil la de agotar dicha materia (apartado XIX de la Exposición de Motivos), lo cierto es que el aspecto ahora analizado tan solo queda regulado para los procesos matrimoniales, de donde se colige la dificultad, complejidad y divergencia que existe en orden a la tramitación procesal de las controversias derivadas de la ruptura de parejas no matrimoniales, que, en opinión, de algunos autores puede quedar justificada por el hecho de que éstas –frente a aquellas- tienen –precisamente– un régimen jurídico distinto –no aplicando la institución del matrimonio–; pero que, en opinión de otros autores, conlleva una vulneración del principio de igualdad; concurriendo, a su vez, pronunciamientos jurisprudenciales en ambas interpretaciones. Dificultad aumentada por la imposibilidad de aplicar, por analogía, la normativa prevista en la LEC para losprocesos matrimoniales a los supuestos de parejas no matrimoniales, lo que provoca tanto la crítica de la doctrina como las diversas soluciones procesales dadas a tales controversias no maritales[6]. Diversidad que, señala ROCA TRÍAS, «*requeriría una solución legal urgente*»[7].

---

[3] GASPAR LERA, Silvia, «Fundamento y utilidad de la regulación legal de las uniones no matrimoniales», en *Factores y contenidos de la evolución del Derecho de Familia*, Simposio de Derecho de Familia, Universidad de Montevideo, ISBN: 978-9974-8060-5-4, pp. 98 a 100 (a. i.). También CADENA SERRANO, Fidel, «Las relaciones sentimentales "more uxorio" en el Derecho Civil y en el Derecho Penal», en *Aspectos Jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho*, XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés 2002 –Actas–, Ed. El Justicia de Aragón, ISBN: 84-89510-598, pp. 235 a 237.

[4] *Vid.* LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La ruptura de las parejas de hechos. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2002, pp. 17 a 20, 37 y 127 a 129, en donde puede observarse un exhaustivo régimen, tanto desde el punto de vista legal como en especial jurisprudencial, de los elementos y efectos de la ruptura de las parejas de hecho.

[5] *Vid.* entre otros, VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Parejas de hecho, uniones estables de pareja*, Editorial Bosch, S. A., Barcelona, 2006, pp. 20 a 25.

[6] *Vid.* CASO SEÑAL, Mercedes, «Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección» en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, (vol. col. dirigido por ROCA TRÍAS, Encarnación), Manuales de Formación Continuada, nº 28-2004, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, pp. 244-291, en especial, pp. 263 a 291. También VILALTA NICUESA, Aura Esther, *op. cit.*, pp. 20 a 25.

[7] ROCA TRÍAS, Encarnación, en «Repensar la pareja de hecho» en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, (vol. col. dirigido por ROCA TRÍAS, Encarnación), Manuales de Formación Continuada, nº 28-2004, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 428.

2. Finalidad pretendida: ¿existe norma procesal aragonesa en la Ley 2/2010?

La Comunidad Autónoma de Aragón ostenta competencia exclusiva[8] en la «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes*», y, en lo que ahora afecta, en el «*Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés*» (art. 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón). Por lo tanto, ninguna duda debería plantearse por la conformidad del contenido procesal de la Ley 2/2010 al marco competencial si así concurriere particularidad sustantiva aragonesa necesitada de especialidad procesal. Sin embargo, tal facultad es –en la materia referida a las parejas o uniones de hecho– negada por diversos autores[9]; no obstante, en el contexto de las SsTC de 12-3-93 y 29-3-04, tal competencia no reviste mayores interpretaciones en tanto que el punto clave de la misma será la particularidad del derecho sustantivo. Se trata, pues, de detectar los preceptos dotados de contenido procesal, así como de observar si concurren tales peculiaridades en la Ley 2/2010 e interpretar su relación con la ley ritual, así como, en su caso, valorar si, en efecto, constituye especialidad así meritoria de ser legislada o, si por el contrario, el legislador aragonés no ha completado el ámbito competencial previsto en el art. 71 EAAR; si, en uso de tal título cubre las particularidades del derecho sustantivo aragonés y supera la norma procesal estatal; si, por tanto, la actividad legislativa queda justificada por acción o por omisión y con ello el uso que de tal título competencial se realiza en la Ley[10], pues, siguiendo a Bonet Navarro[11], no cabe olvidar que, en este ámbito, dicha justificación vendrá dada por su relación-*utilidad* con el derecho sustantivo. En definitiva, se intentará comprobar, si, al menos, en el ámbito aragonés, y derivado de la particularidad introducida por la Ley 2/2010 se ha dado tal solución legal y, con ello, dotado de certidumbre y seguridad jurídica a nues-

---

[8] En general, al respecto del marco competencial, debe consultarse tanto la Comunicación a las Jornadas de Derecho Aragonés sobre «La Adaptación Constitucional del Derecho Aragonés» intitulada *En torno a las especialidades procesales civiles de Aragón* (Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón, año XXIV, nº 93, de 1-4-1984) como las *Normas procesales aragonesas* (Actas de las Jornadas de Derecho Civil aragonés) ambas del Prof. Bonet Navarro, pp. 102 a 149, en tanto que realiza un estudio completo de dicho marco y, en especial, una aportación sobre la situación al momento de su estudio y sobre las líneas de futuro del derecho procesal aragonés; en especial sobre límites a dicha potestad (pp. 52 a 56 y 111-114, respectivamente).

[9] Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, Enero-Diciembre 2003, Año 11, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ISSN: 1133-8768, pp. 68-80. También García Rubio, María Paz, en «Parejas de hecho y lealtad constitucional», en *Estudios de derecho civil : homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García* (vol. col. coord. por Torres García, Teodora Felipa), ed. Universidad de Valladolid, 2004, ISBN 84-8448-327-4 , pp. 35-64.

[10] Sobre antecedentes relativos al modo en que se ejercita tal competencia, *vid.* López Sánchez (López Sánchez, Javier, en *El recurso de casación civil*, vol. col. dirigido por Bonet Navarro, José y coordinado por Martín Pastor, Ed. Aranzadi, Madrid, 2010, ISBN: 978-84-9903-628-1).

[11] Bonet Navarro, Ángel, en «La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros.», *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Ed. El Justicia de Aragón, 1996, pp. 124-125.

tro derecho. Para ello se pretende aportar unas notas o apuntes sobre el contenido procesal de la Ley 2/2010 a fin de señalar su alcance y, en su caso, obtener la conclusión de si, en tal ámbito, ciertamente se evoluciona en tanto, en dicho texto legal, se detecte, o no, la existencia de verdadera *norma procesal aragonesa.*

II. CONTENIDO PROCESAL DE LA LEY 2/2010

Expuesto el contexto normativo y el marco competencial en que se incardina la Ley 2/2010, debe establecerse el contenido procesal de la norma aragonesa que se advierte en unos casos de modo indirecto o implícito en el precepto y, en otros, directa o expresamente, pues se dan preceptos de carácter procesal tanto en las *expresas* remisiones de las DA 2ª, 3ª, 4ªy DT 1ª, como a lo largo de su articulado.

1. Aspectos procesales comunes de la Ley 2/2010

En el texto aragonés cabe apreciar diversos aspectos comunes a todos los procedimientos afectos a la materia que regula y que, a su vez, en lo que aquí interesa para el análisis comparativo con la ley ritual, guardan relación con los así establecidos, en los arts. 748 a 755 LEC.

A. Competencias territorial y funcional

Una previa pero determinante consideración sobre la cuestión competencial. Al respecto del órgano competente, no se plantea cuestión alguna en tanto que la aplicación de la norma autonómica está delimitada: en general conforme al principio de territorialidad, pero, por el contrario, el «*Derecho Foral de Aragón tendrá eficacia personal*» aplicándose a los que ostenten la vecindad civil aragonesa con independencia de su lugar de residencia y salvas las excepciones legalmente establecidas (art. 9 EAAr.)[12]; de modo que, no siendo impensable la aplicación de derecho civil aragonés por órganos judiciales no radicados en esta Comunidad (que no deben ser ajenos a nuestro ordenamiento: *iura novit curia*), sí hay riesgo de diversidad de pronunciamientos jurisdiccionales imposibles de resolver en casación foral[13]. En efecto, de las reglas de competencia previstas para estos

---

[12] Se establece en dicho precepto el criterio de que la norma civil resulta aplicable en virtud de la condición personal del sujeto –ley personal– (vecindad civil aragonesa) y no por su residencia en territorio de la Comunidad, como ocurriría con el resto de las normas legales aragonesas.

[13] A su vez, bien puede darse el caso de que, para supuestos de parejas *aragonesas* a los que les sea aplicable la Ley 2/2010, no sea posible el conocimiento en casación por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no ya por ausencia de requisitos procesales, sino, simplemente, por mor de la competencia funcional para conocer de tales recursos (arts. 73.1 LOPJ, 63.1 y 2 EAAr, y 1º Ley 4/2005). Y con ello la diversidad e ausencia de doctrina consolidada. No obstante, dicho riesgo se configura de menor probabilidad y es común a cualesquiera supuestos de normas civiles aragonesas aplicables por órganos radicados fuera de este Territorio; pero, en puridad, y *de lege data*, el riesgo de tal diversidad jurisprudencial existe.

procesos especiales en los arts. 758 y ss. LEC, puede resultar posible que un órgano judicial no radicado en este Territorio deba aplicar la ley ahora analizada y, por tanto, habida cuenta de la crítica ahora realizada, igualmente realizar las *adaptaciones* procesales que dicha norma establece imperativamente en sus Disposiciones Adicionales y Transitoria. Por ello, al margen de la cuestión de derecho interregional, no resuelta en general en materia de parejas de hecho, puede observarse, por tanto, que el riesgo de inseguridad jurídica y desigualdad en la respuesta procesal se incrementa al aumentar el número de órganos que, potencialmente, pudieran conocer de las medidas a adoptar en casos de ruptura de la convivencia de parejas (matrimoniales o no) con hijos a cargo regulados en la Ley 2/2010.

B) Capacidad para ser parte, capacidad procesal y representación procesal de la parte. Intervención del menor de edad y del Ministerio Fiscal. Extensión del procedimiento a otros sujetos

Al respecto de la legitimación, asistencia letrada y postulación, dispone el art. 750 LEC las preceptivas intervención de defensa letrada y representación procesal, salva las excepciones previstas (art. 771.1 2º LEC *y de modo común* arts. 23.2.3 y 31.2.2 LEC para, entre otros, la petición de medidas urgentes previas), no dándose particularidad precisa de precepto procesal autonómico. Tienen legitimación, activa y pasiva, en los procesos derivados de la Ley 2/2010, los cónyuges que pretendan la separación, divorcio y nulidad matrimonial, los miembros de parejas estables no casadas y los miembros de cualesquiera otra unión de hecho que, en los tres supuestos, tengan hijos a cargo.

Conforme a la tradición jurídica aragonesa, el menor de edad adquiere protagonismo en el proceso, siendo de relieve que el menor mayor de catorce años no está sometido a representación legal (arts. 1.2, 2.3, 9 y 20. 1 y 3 Ley 13/2006, de Derecho de la Persona, en adelante LDP). Así, señala la Ley 2/2010 que deberá ser oído al apreciarse la suficiencia de su juicio[14] o, en todo caso, por su edad superior a los doce años y, en ocasiones, una «*especial consideración a los mayores de catorce años*» (arts. 2.4, 5.2, 6.2 y 10 Ley 2/2010), siendo principio el del derecho del menor a ser oído en aquellas decisiones que le conciernen (art. 3 LDP y art. 9 Ley Orgánica 1/96) lo que obliga a un especial cuidado en su cumplimiento durante el proceso. No obstante tal *status* legal del menor, se prevé una asistencia (arts. 20y 24 LDP) y una genérica «*intervención judicial*» en cualquier procedimiento (art. 7 LDP). En relación con la representación legal, la representación procesal y la comparecencia en juicio (arts. 6 a 10, 19 a 22, 23 a 33 LEC y 417 a 418 LEC),el menor de edad mayor de catorce años («*aun no emancipado*» –art. 20.1 LDP–) no está sometido a representación legal alguna, si

[14] Sobre cuándo y cómo apreciar si el menor de edad aragonés tiene *suficiente juicio*, *vid.* PARRA LUCÁN, María Ángeles, parágrafo 3 «Capacidad y Estado de las Personas» en «Parte II Derecho de la Persona» en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, vol. col. dirigido por DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús y coordinado por PARRA LUCÁN, María Ángeles, ed. El Justicia de Aragón, 2ª Edición 2007, pp. 120 a 122.

bien debe ser asistido para según qué actuaciones jurídicas: «*puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor*» (art. 20.1 LDP) y, por excepción, «*El menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo.*» (art. 20.3 LDP). En su virtud, deberá considerarse la posibilidad de que el menor de edad mayor de catorce años pueda otorgar representación procesal (arts. 453.3 LOPJ y 24 LEC)[15]. Es relevante, en relación al punto anterior, la distinción entre «*actos y contratos*» que realiza el art. 20 LDP pues, bajo el concepto *actos* cabrá la práctica de determinados actos procesales por el menor de edad mayor de catorce años: comparecencia en juicio; lo cual obligará a interpretar la norma procesal sobre capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y representación procesal (arts. 6 a 10, 19 a 22, 23 a 33 LEC y 417 a 418 LEC) bajo la perspectiva de la norma aragonesa (art. 20 Ley LDP); el menor de edad emancipado puede comparecer enjuicio *por sí* (art. 30. 2 Ley LDP). Asimismo, el art. 12.1 g) LDP regula la transacción o allanamiento en asuntos relativos al menor de edad aragonés, siendo que la ley procesal, a tal efecto, establece la necesidad de *poder especial* (art. 25.2 LEC). Finalmente, el art. 13 b) LDP establece la necesidad de que el menor cuente con «*autorización*» para interponer demanda pero no así para otros actos procesales cuales la contestación a la demanda, lainterposición de recursos, o extraprocesales como el sometimiento de la cuestión a arbitraje.

En lo relativo a la intervención del Ministerio Fiscal, éste será parte (en procesos de nulidad) o deberá intervenir con carácter preceptivo en dichos procesos (los restantes enunciados) cuando concurran menores de edad, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 750 LEC para cuando la parte es defendida por el Ministerio Público. No se contempla el modo en que intervendrá el Fiscal y, si bien, no revestiría problema alguno, pues podría integrarse con la norma estatal, sin embargo, distorsiona la perspectiva de tal intervención al comprobar que la norma aragonesa, por un lado, cuando quiere poner de relieve la intervención del Ministerio Fiscal, así lo indica expresamente y, por otro, cuando regula el modo y momento en que, con carácter de principio, atribuye la guarda compartida, así lo hace describiendo tanto los legitimados como el ámbito (iniciativa) de las facultades jurisdiccionales al respecto.

En efecto, el precepto autonómico se aparta de lo dispuesto sobre guarda compartida en el art. 92 CC y ello no se torna gratuito sino pretendido (párrafo segundo del apartado II Preámbulo), de donde no puede sino advertirse la ausencia de previsión sobre la participación del Fiscal en cuestiones que, sin embargo, pueden contemplarse como particularidad de la norma civil autonómica. De conformidad con el art. 748 LEC y con la preceptiva intervención en esta materia prevista en el art. 3.7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, consideramos que, en cualquier caso, debe darse tal intervención al menos a los efec-

[15] Tal posibilidad adquiere mayor interés si consideramos que, tras la reforma procesal operada por la Ley 13/2009, dicho apoderamiento puede realizarse mediante comparecencia *apud acta* ante Secretario Judicial de «*cualquier Oficina Judicial*».

tos de su participación en defensa de los intereses del menor siquiera sin carácter vinculante a sus informes o pretensiones sostenidas en el proceso. En este sentido, la mención del art. 6.3 sobre informes a recabar en la atribución de la guarda compartida no cabe ser referida a la intervención de la Fiscalía dada la especial naturaleza e intervención en los procesos de menores de dicho órgano. Es, pues, significativa la omisión de referencia a tal intervención. En todo caso, para cuando el Juez resolviere apartándose del criterio legal preferente, en la norma aragonesa, al contrario de la norma común[16], el dictamen del Ministerio Fiscal tendrá carácter preceptivo no vinculante (arts. 5.1 y 2 y 6.2 Ley 2/2010).

Finalmente, cabe, según se anticipó, la intervención procesal de otros sujetos por relación de parentesco (abuelos, otros parientes y allegados): arts. 1.2, 3, 3.6 y 5.2 a Ley 2/2010). A tal fin, el art. 250.1º LEC prevé el juicio verbal como cauce ordinario para la resolución sobre el derecho de visitas reconocido a los abuelos en el art. 160 CC. Intervención que ya tenía previsto el ordenamiento aragonés en el art. 10 CDCA. La Ley 2/2010 no establece cauce procedimental derivado de tal cuestión por lo que, dándose identidad entre los citados preceptos y el art. 160 CC, la intervención de los abuelos y otros sujetos en las relaciones reguladas por la Ley 2/2010, se tramitará por el cauce del juicio verbal especial previsto en el art. 250.1.13 LEC.

C) Admisibilidad de la demanda y la reconvención y actividad probatoria del órgano judicial y de las partes. Referencia a las medidas provisionales.

La ley aragonesa establece la obligatoriedad de acompañar a toda demanda y reconvención un *plan de relaciones familiares* (DA 2ª 3 y 3ª). A su vez, indica el artículo 770 LEC que la prueba se deberá practicar en el acto de la vista, debiendo las partes acudir al mismo con cuantos medios probatorios hicieren valer, si bien siendo posible la práctica probatoria posterior en un plazo, en todo caso, máximo de 30 días desde la celebración de aquel. Dada la especial naturaleza de estos procesos, concurren dos notas: por un lado, cabe acordar de oficio la práctica de prueba tras tanto la celebración del juicio como de la comparecencia según nos encontremos en procedimientos de medidas provisionales o definitivas y tanto de tipo contencioso como consensuado (arts. 770,771, 774 y 777 LEC); por otro, el especial régimen de preclusividad en el debate, aportación de elementos fácticos y probanza de los mismos (art. 752 LEC). Sin embargo, cuando la norma procesal autonómica permite la mencionada práctica probatoria de oficio (art. 6.3 Ley 2/2010), nada dispone sobre el momento procesal oportuno para ello, de modo que debe completarse con la norma procesal estatal, sin que,

---

[16] Según el artículo 92.5 CC el criterio común es que la guarda compartida procederá a solicitud de los progenitores o por mutuo acuerdo de éstos, pero, conforme al artículo 92.8 CC, de modo excepcional, podrá acordarse tal guarda compartida aun sin los requisitos citados cuando sea a instancia de una de las partes y con informe *favorable* del Ministerio Fiscal. La Ley 2/2010 configura la guarda compartida como régimen preferente en defecto de pacto pero, a su vez, prevé que el Juez pueda acordar la guarda individual sin requerirse informe *favorable* del Ministerio Fiscal (art. 6.2); en este sentido, recordarse el *desafortunado* modo en que quedó recogido el actual artículo 92.8 CC.

al respecto, se detecte particularidad alguna en la norma sustantiva aragonesa que modifique el régimen procesal estatal más allá de los nuevos documentos de obligada unión a la demanda señalados.

Al igual que la ley ritual, se prevé, en el art. 10 de la Ley 2/2010, la adopción de medidas provisionales pero, sin embargo, nada se establece sobre el régimen procesal, en tanto que, en parejas matrimoniales ninguna duda cabe al respecto, pero, en lo que se refiere a la ruptura de parejas no matrimoniales, es objeto de crítica doctrinal por la falta de regulación –salvo el supuesto del art. 748.4 y 770.6 LEC–. Al respecto, poca argumentación puede darse ante tal ausencia normativa, si bien sí de acentuada critica en tanto que el legislador aragonés pierde la ocasión de regular tal cuestión siendo como se considera que es verdadera particularidad precisamente la regulación de las relaciones derivadas de la ruptura de parejas no matrimoniales.

2. La mediación familiar; régimen aragonés de suspensión del procedimiento

La Ley 2/2010 pretende fomentar la mediación familiar y establece derecho transitorio (DT 2ª). Ante la normativa procesal introducida por la Ley 15/2005[17], –escasa (y criticada[18])–, y entretanto se promulga el texto cuyo mandato otorga la Ley 2/2010, se detectan pautas concretas. El Juez podrá proponer la utilización de tal institución; tal carácter potestativo no es pleno sino atenuado en el sentido de que la utilización de la mediación familiar no es vinculante acordarla al Juez sino potestativa para el órgano y vinculante a las partes. Este matiz es interesante pues no deriva del obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales sino que, del art.4.2 *in fine* Ley 2/2010, se desprende tal voluntad de intervención y efectiva utilización de la mediación al poder someter a las partes a tal mediación e imponer ciertas cargas cuales la designación de un mediador y, en especial, la asistencia a sesión informativa sobre la mediación familiar. Y, frente a la norma procesal estatal, la norma autonómica indica los momentos procesales en que será dable la mediación familiar: por una parte, con carácter extrajudicial (previo a la demanda: art. 4.1) y, por otra, constante el procedimiento judicial (art. 4.2), si bien no se agota la regulación posible al no determinar el hito procesal en que no es posible (si así fuere, dado que nada se dice al respecto) acudir a la mediación familiar.

---

[17] En la ley de ritos civil, mediante la reforma operada por la Ley 15/2005, se estableció un motivo de solicitud de mutuo acuerdo de suspensión del proceso (art. 770.7ª LEC), una actividad judicial prospectiva del acuerdo (art. 771.2 LEC), así como el momento en que dicha mediación adquiere trascendencia procesal (junto con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo o de un cónyuge con el consentimiento del otro) y un requisito documental cual la unión del acuerdo final alcanzado en caso de haberse dado tal mediación (art. 777.2 LEC).

[18] Siguiendo a Lasheras Herrero, eran numerosas las incertidumbres generadas: fase o estadio procesal en que debía darse la actividad mediadora, vinculación y momento de la suspensión solicitada, sujetos habilitados para tal actividad, procedimientos en que cabía tal práctica, entre otros aspectos (Lasheras Herrero, «Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005», REDURS, diciembre 2007. ISSN 1695-07-8x, pp. 44 y ss. y 50-51 donde se realiza un completo examen de los supuestos y momentos procesales de dicha actividad).

La suspensión del procedimiento es el apartado en que de modo más sencillo se observa cómo, siquiera de modo indirecto, pero no irrelevante habida cuenta del efecto en la tramitación procesal, la Ley 2/2010 contiene preceptos de derecho procesal que no solo deben entenderse en complemento integrador del ordenamiento sino como contradicción con la ley procesal estatal, de modo que, a su vez, permite afirmar la existencia de derecho *procesal* aragonés y obliga a determinar la preferencia y desplazamiento de una u otra norma procesal.

En este sentido, el régimen de la LEC es parco y vinculante para el órgano (ahora Secretario Judicial) y distinto en contenido y extensión[19] al régimen aragonés, en el que, si bien existen elementos mejorables cual la deficiente técnica legislativa empleada en el uso de términos jurídicos (art. 4.2 Ley 2/2010: «demanda *judicial*», «acciones *judiciales*»)[20], el art. 4.3 Ley 2/2010 regula, de modo explícito y merecedor de positiva crítica, la suspensión del procedimiento seguido para dirimir las relaciones familiares *post* ruptura en tanto que, en coincidencia con la ley ritual (arts. 19.4 y 770 LEC), reitera el carácter potestativo de tal solicitud y prohíbe acudir a la mediación familiar cuando uno de los progenitores se encuentre incurso en proceso penal contra determinados delitos, siendo éste el mismo supuesto luego comentado del art. 6.6 Ley 2/2010 si bien, en este ámbito de la mediación, no surgen las inquietudes comentadas al respecto de la prohibición de atribución de guarda compartida en tales supuestos de concurrencia de procesos penales.

Se delimita, por una parte, de modo muy amplio y flexible, los diversos estadios procesales en que podrá ser solicitada la misma, y así acordada: «*en cualquier momento*» (art. 4.3 Ley 2/2010); previsión que no hace sino apoyar la voluntad de promover la utilización de la mediación familiar; y, por otra, un régimen temporal de suspensión distinto del previsto en el art. 19.4 LEC, pues, frente al periodo máximo de sesenta días fijado en dicho precepto, la norma procesal aragonesa no limita periodo suspensivo al establecer que dicha suspensión se acordará «*por el tiempo necesario para tramitar la mediación familiar*» (art. 4.3 Ley 2/2010). Al respecto de la resolución que acordare la suspensión procedimental, el precepto adole-

---

[19] La solicitud de suspensión prevista en el artículo 770.7 LEC se torna como vinculante para el órgano judicial (ahora para el Secretario Judicial), en tanto que, aun cuando el artículo 770.7 LEC, utiliza el término potestativo, ello ya en el artículo 19.4 LEC al que aquel se remite, conlleva que, tanto en la redacción del artículo 19 anterior como posterior a la Ley 13/2009, sea vinculante con la única excepción de que perjudique al interés general o a tercero. Se establece, igualmente, un plazo máximo de sesenta días de suspensión. Nada decía la ley procesal ni entonces, ni ahora, sobre la consecuencia procesal de que, transcurrido dicho plazo, nada se instara por las partes, dándose diversas soluciones forenses. Parece que, tratándose de materia cual la regulación de medidas afectas a menores de edad (hijos a cargo), prevalece la continuación del procedimiento a efectos de obtener certeza sobre su situación *post* ruptura en lugar de un eventual archivo.

[20] En efecto, el artículo 4.2 señala la actividad del Juez en caso de «*presentación de demanda judicial*», cuando, si bien es entendible el supuesto previsto (inicio del procedimiento judicial), el término es incorrecto en tanto que la demanda, como escrito rector del proceso, da inicio, en caso de admisión, al procedimiento, pero no tiene naturaleza de acto procesal o de propia resolución del órgano judicial. No cabe, pues, la existencia en nuestro ordenamiento de una «*demanda*» de tipo judicial.

ce de cierta ambigüedad en tanto que, conforme al régimen general de suspensión a petición de mutuo acuerdo (art. 19.4 LEC), la decisión corresponde ser adoptada por el Secretario Judicial mediante decreto; sin embargo, el art. 4.3 resulta equívoco en tanto que también puede entenderse que será el Juez el que resuelva la cuestión puesto que, inmediatamente de señalar que se solicitará tal suspensión al Juez, continúa el inciso con la forma verbal resolutoria («podrán … solicitar … *al Juez,* en cualquier momento, …, *acordándose…*»). En caso de alcanzarse acuerdo en la mediación, el Juez deberá aprobar los mismos del mismo modo previsto en el art. 3 para la aprobación del pacto de relaciones familiares.

Supera la omisión de la ley procesal civil al establecer cómo se alzará la suspensión acordada: a solicitud de las partes (de cualquiera debe entenderse en conjunta interpretación de la norma procesal estatal y aragonesa) o en caso de alcanzarse acuerdo mediador. Sin embargo, la norma aragonesa no completa las previsiones procesales derivadas de la mediación al no establecerla consecuencia derivada de la suspensión del procedimiento; frente a la ley de enjuiciamiento que nada dice al respecto, la norma procesal aragonesa tan solo indica cuándo se reanudará el procedimiento pero no así la consecuencia al supuesto en que ni las partes solicitan la continuación del procedimiento ni consta alcanzado acuerdo mediador.

3. Incidencia del art. 6.6 de la Ley 2/2010 en el proceso penal; excurso sobre su constitucionalidad y mejora del art. 92.7 CC

Nada hay que objetar al hecho de que el progenitor que comete actos que puedan lesionar bienes jurídicos dignos de protección como los mencionados en el art. 6.6, sea privado –cautelar o definitivamente– de la guarda y custodia sobre sus hijos. Antes al contrario, tal expresa previsión debe ser positivamente considerada aun cuando el ordenamiento procesal y material penal ya dispone de medios para ello (tanto como medidas cautelares, medidas de seguridad o penas: arts. 13, 299, 544 ter, 764, 765, 777 LECR, 39 a 49 y 54 a 57, 96.3 y 105 108 CP) sin necesidad de acudir a una expresa previsión en norma autonómica. Dicho lo anterior debemos valorar negativamente la técnica legislativa empleada por prever –en todo caso– una prohibición de guarda y custodia por estar incurso en procedimiento penal; la repercusión que, sobre el proceso penal y las facultades jurisdiccionales puede conllevar, le hace meritoria de ser analizada ahora bajo el prisma de su constitucionalidad.

En primer lugar, por la afección sobre la presunción de inocencia pues se observa que, la mera condición pasiva de un progenitor en un proceso penal por determinados delitos, bastará para que, *ex lege*, se impida al juez la atribución de la guarda compartida al mismo[21]. Bajo tal garantía constitucional y facultades juris-

[21] La presunción de inocencia se concibe como principio constitucional y derecho fundamental (artículo 24.2 CE) a que tal presunción sea efectiva, y supone garantía jurídica por la que se asegura que un sujeto no sea condenado sin previo juicio en el que se dicte sentencia condenatoria que destruya tal presunción en virtud de prueba de cargo, lícita y regular, que acredite su culpabilidad y haya sido practicada con todas las garantías procesales.Cierto es que puede oponerse –siquiera par-

diccionales, difícilmente puede cohonestarse la garantía del mismo en el seno de un proceso (el que conforme a la LECR correspondiere) en el que, *ope legis*, y, por tanto, sin permitir la valoración, ponderación y juicio de proporcionalidad que todo Juez o Magistrado está en condiciones de realizar, se establece una consecuencia automática e inflexible cual la de impedir la atribución de la guarda y custodia al progenitor incurso en un procedimiento penal por alguno de los delitos mencionados. La crítica se acentúa cuando la prohibición puede recaer en un proceso civil como en uno penal, pues, en éstos, el Juez o Magistrado puede, de modo cautelar, como definitivo, adoptar resoluciones afectas a la guarda y custodia. Sin embargo, acentuando la colisión con la presunción de inocencia y la –indebida– limitación de la función jurisdiccional, debe recordarse que en el ámbito penal pueden acordarse medidas de contenido típicamente civil (en especial, arts. 13, 299, 544 ter, 764, 765, 777 LECR, 39 a 49 y 54 a 57, 96.3 y 105 108 CP). Cuestión que se agravará cuando tales supuestos acaezcan en órganos judiciales que actúen en su condición de Juzgado de Violencia sobre la Mujer donde la conjunción de medidas penales y civiles es, no solo ya prudente o aconsejada según el caso concreto, sino obligada por su *vis* atractiva (pérdida de competencia objetiva del órgano civil a favor del penal: arts. 87, 87 ter LOPJ, 44, 57, 58 y 60 de la LOMPIVG y 13, 14, 15, 15 bis y 17 y 17 bis LECr y 49 bis LEC).

En segundo lugar, por la deficiente técnica legislativa utilizada al referirse a los ilícitos penales antedichos, por cuanto, desde el punto de vista del derecho sustantivo penal, el art. 6.6 Ley 2/2010 señala, como sustrato fáctico en el que operará la prohibición mencionada, que deberá tratarse de supuestos en que un progenitor esté incurso en procedimiento penal por «*atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual*» y, dados los intereses y derechos en liza, deberían haberse hecho tales referencias a su descripción vigente pues, contiene referencias que, aunque doctrinalmente pueden ser interpretadas, no dejan de ser genéricas o inexactas para un precepto de la trascendencia antes apuntada[22].

En tercer lugar, desde el derecho procesal penal, señala el art. 6.6 que la imposibilidad legal de atribuir la guarda y custodia acontecerá en el caso de que el pro-

---

cialmente– que la presunción de inocencia adquiere mayor plenitud en fases posteriores o que, estando ya incurso en dicho proceso, concurren indicios que permiten adoptar medida cual la prevista en el artículo 6.6 Ley 2/2010 sin vulnerar aquella presunción; sin embargo, se puede insistir en que la presunción de inocencia es principio y derecho fundamental que debe informar todo el proceso penal; y, en especial, que, no deja de sorprender el recelo a que una medida –que en el caso concreto deviene acertada– pueda (deba) ser adoptada por el Juez o Magistrado, previa ponderación de todos los intereses y bienes jurídicos concurrentes, en tanto, sin embargo, es ordenada *ex lege*.

[22] Así, el Título I del Libro II del Código Penal, en sus arts. 139 a 143, regula los diversos tipos penales relativos al «*homicidio y sus formas*». El Título III, en sus arts. 147 a 156 bis, recoge, bajo la rúbrica «*de las lesiones*» aquellas acciones u omisiones que menoscaban la integridad tanto física como psíquica (integridad corporal o su salud física o mental) del sujeto pasivo, mientras que el artículo 6.6 hace mención tan solo al atentado contra la «*integridad física*». El Título VI, distribuido en tres Capítulos, establece, en sus arts. 163 a 172, los «*delitoscontra la libertad*»; por tanto, ahora sí, con idéntica correspondencia al texto legal. El Título VII regula las «*torturas y otros delitos contra la integridad moral*» en sus arts. 173 a 177 y el art. 6.6 Ley 2/2010 hace referencia a los atentados contra la integridad moral. Finalmente, el Título VIII recoge, en sus arts. 178 a 179, los «*delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*» también en exacta correspondencia terminológica.

genitor afectado por dicha interdicción «*esté incurso en un proceso penal iniciado*». Bastará pues que el proceso penal haya sido iniciado, debiéndose entender tal hito con la incoación de procedimiento penal *dirigido contra* tal progenitor; no será suficiente con que el proceso penal esté incoado y pendiente de imputación el sujeto supuestamente responsable de los hechos. Dicho «*proceso penal …*» será aquel en el que, además, «*se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad*». Pues bien, bajo dicha expresión debería entenderse que el sujeto pasivo tenga la condición procesal de procesado o acusado en tanto haya sido dictado *auto de procesamiento* (arts. 622 y ss LECR.) o *auto de apertura de juicio oral* (arts. 780 y ss LECR), por haber concluido el sumario o acordado seguirse procedimiento abreviado o apertura de juicio oral, respectivamente y según el proceso ordinario-sumario o procedimiento abreviado que haya sido tramitado, debiéndose –si bien no es pacífico esta opinión[23]– excluir los procedimientos seguidos por faltas. De lo contrario, con cualquier incoación de un proceso penal, incluida la mera imputación sin todavía haberse prestado declaración, se estaría ante dicho supuesto impeditivo de atribución de guarda y custodia. Añádase a ello que el precepto utiliza, con poca precisión técnica, términos que, parcialmente, se encuentran tanto en las resoluciones citadas como en las más iniciales de incoación de sumario o diligencias previas, pero también en la del sobreseimiento previsto en el art. 637.1 LECR. Más aún desde la perspectiva de la tramitación parlamentaria seguida por dicho precepto[24] en que se exigía, en su inicio, no un *proceso* sino una *sentencia firme*.

Con todo, es reseñable la mejora respecto del art. 92.7 CC, pues el art. 6.6 guarda un indudable antecedente con el art. 92.7 CC (objeto de crítica doctrinal[25]): la norma aragonesa aporta concreción y seguridad jurídica en tanto que añade la necesidad de la citada «*resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad*» no bastando el mero hecho de estar incurso en un proceso penal; asimismo, en lógico tratamiento igualitario, expresamente prevé el art. 6.6 que los supuestos fácticos penales serán tanto de violencia doméstica como de violencia de género; finalmente, y con acierto, dado el carácter tuitivo de la norma –si bien seguimos manteniendo la crítica de su automaticidad–, prevé tal prohibición de atribución de la gurda y custodia tanto para la custodia compartida como la individual, frente al art. 92.7 CC que solo lo preveía para la guarda compartida.

---

[23] *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en «Criterios de atribución de la custodia compartida, a propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 2009», *InDret 3/2010*, Barcelona, julio de 2010, pag. 8,ISSN 1698-739X).

[24] La Proposición de Ley (BOCA 3-11-09) señalaba tal supuesto solamente para cuando recayere *sentencia firme* en materia de violencia; con las enmiendas 30, 31 y 42 se propone tal modificación luego recogida por la Ponencia y Comisión (BOCAs 12-3-10, 19-5-10, 21-5-10).

[25] Así, entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en *Comentarios del nuevo artículo 92 del Codigo Civil* en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005 de 8 de julio)*, vol. col. dirigido por GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, Ed. Lex Nova, S.A., 1ª edición, Valladolid, 2005, ISBN 84-8406-670.3, pp. 165 a 167. También DELGADO DEL RÍO, Gregorio, *La guarda y custodia de los hijos y algunas repercusiones en otros ámbitos de la familia*, en El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del Profesor Víctor Reina Bernáldez, vol. col. coordinado por SOUTO PAZ, José Antonio, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 67 a70.

4. Especialidades procesales en los casos de nulidad, separación o divorcio con hijos a cargo (Disposición Adicional 2ª) y de ruptura de convivencia de parejas estables no casadas o parejas de hecho con hijos a cargo (Disposición Adicional 3ª)

A) ¿Constituye verdadera especialidad procesal?

Como cuestión previa, debe cuestionarse si la DA 2ª y, en especial, la DA 3ª constituyen especialidad de relieve tal como para ser así expresamente mencionadas por el legislador aragonés o, por el contrario, se limita a ser mero elemento volitivo sin contenido procesal efectivo, pues, a tal efecto, debe dejarse indicado desde ahora que, bajo la rúbrica de *especialidades procesales*, la norma aragonesa contiene, por toda regulación expresa, una genérica remisión al procedimiento contenido en la LEC, si bien «*adaptado a las especialidades de la presente Ley*» (apartado 1 de la DA 2ª) o mención de que las medidas se «*adoptarán en el procedimiento que corresponda*» (DA 3ª). Conforme a lo ya señalado sobre competencia aragonesa en derecho procesal, solo podrá *adaptarse* el procedimiento regulado en la LEC cuando, de la normativa establecida en la Ley 2/2010, se desprenda alguna particularidad del derecho aragonés que haga necesaria tal especialidad procesal y subsiguiente adaptación.

Pues bien, contrariamente a lo que, según se desprende de la Exposición de Motivos (cuarto párrafo del apartado IX) y de la rúbrica de dichas DA 2ª y 3ª, el legislador aragonés considera como efectivamente realizado, la citada DA 2ª debe ser objeto de reproche por dos motivos principales: uno, su incierta vocación innovadora, en tanto que, expuesto como ha sido la existencia de título habilitante para producir norma procesal, especial o peculiar, sin embargo no se concreta ningún tipo de especialidad procesal, sino que, de un modo genérico, se alude o menciona de soslayo tal eventualidad; otro, la ambigüedad de la *especialidad* pues, tratándose de un supuesto que debería quedar escrupulosamente delimitado, sin embargo, la Ley 2/2010 se limita a establecer una obviedad: que las medidas judiciales se acordarán en el procedimiento regulado en la LEC (¿cómo si no cabría adoptar medidas judiciales?); y, para el caso contrario de que hubiera alguna especialidad, debería haber *ya* adaptado dicho procedimiento a la norma aragonesa, y no limitarse a indicar tal necesidad de adaptación. En este punto conviene realizar una aclaración pues expresamente señalamos que la adaptación se realizará para el caso de que hubiera alguna especialidad por la subjetiva sensación que percibimos de incierta generalidad en tanto que hubiera sido deseable que, al igual que en otros expresos supuestos de la Ley, se hubiera establecido cuáles son las «*especialidades de la presente Ley*» que se hacen merecedoras de adaptar la tramitación procesal ordinaria de los procedimientos matrimoniales contenidos en los arts. 769 y ss. LEC, pues, antes al contrario, parece desprenderse una inseguridad derivada de que tales especialidades no fueren tan obvias y, por tal complejidad, se abstiene el legislador de regularlas expresamente; interpretación posible pero que debemos descartar pues, de lo contrario, el reproche sería aún mayor por la actividad legislativa realizada y la inseguridad jurídica creada de un modo ajeno a la garantía que el derecho procesal supone para el justiciable.

Debe, por tal opinión, criticarse la actividad legisferante producida sin la *aconsejable* (dado el supuesto legislativo ahora comentado, no era *obligada*) intervención de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil[26], pues ésta, hace más de una década, señalaba ya la conveniencia de introducir norma procesal relacionada con el derecho material[27]; cuestión que el legislador aragonés ha obviado o evitado concretar siendo no obstante expresivo de mencionar especialidad al respecto. Es de desear, pues, que, *de lege ferenda*, se aproveche la refundición normativa prevista en la Ley de Derecho Civil Patrimonial para no prescindir de tal intervención como, para dentro del ámbito del mandato dado por dicha Ley, cubrir las omisiones detectadas en este trabajo.

Llegado este punto, debemos volver sobre la inicial cuestión planteada pues si al respecto de la DA 2ª cabe observar, al menos, una –y sea dicho con todas las reservas que luego se deducirán– especialidad procesal, cabe, al respecto de la DA 3ª incrementar las dudas ya expuestas, pues, en esta DA 3ª, es donde se puede observar la omisión o generalidad legislativa con que la cuestión ha sido tratada en tanto que se desconoce el alcance que tal *especialidad* introduce en nuestro ordenamiento propio en tanto que si, para supuesto de crisis matrimonial (DA 2ª), se indicaba la obviedad que representaba el precepto, en la DA 3ª, ello aún es mayor pues, simplemente, se señala que las medidas judiciales relativas a los hijos a cargo en supuestos de rupturas no matrimoniales (tanto de las parejas estables no casadas como de las restantes parejas de hecho), «*se adoptarán en el procedimiento que corresponda según la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

Tal apunte, nuevamente, no es baladí pues es común parecer de la mejor doctrina que, en este punto, la ley ritual adolece de una grave omisión. Como es sabido, la LEC regula como procedimientos especiales, entre otros, los matrimoniales; a su vez, es finalidad del legislador procesal estatal la de regular todos los aspectos que, en tal ámbito, puedan surgir. Sin embargo, pese a tal intención, deja fuera de su regulación los procedimientos por los que deberán tramitarse las controversias derivadas de la ruptura convivencial de las parejas no matrimoniales. Controversias que son igual de prolijas, complejas (en su contenido y en su tramitación procesal por el número de procesos a los que se puede acudir para una misma ruptura de pareja[28]) y frecuentes que las derivadas de la crisis matrimonial.

---

[26] Hasta donde este autor ha podido investigar, no se conoce participación de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. En aras de introducir un elemento objetivo en la presente crítica del *iter* legislativo, debe reconocerse que, de conformidad con el *Decreto 10/1996,* dicha Comisión es órgano consultivo adscrito a un concreto Departamento del Gobierno de Aragón: su actividad deriva, en especial, de los proyectos de ley propuestos a las Cortes de Aragón. Ahora bien, también debe manifestarse que tal Proposición de Ley se presenta por el Grupo Parlamentario Aragonés que, notorio es, forma parte del Gobierno de Aragón.

[27] Apartado 2 en «IV.- La tarea por realizar. Un nuevo cuerpo legal del Derecho Civil de Aragón» de *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón-Ponencia General* elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho civil (Decreto 10/1996, de 20 de febrero) en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 2, 1996, I.S.S.N.: 1135-9714, Ed. Institución Fernando el Católico.

[28] Derivado de tal omisión de la LEC, pueden darse, sobre una misma situación de ruptura no matrimonial tres procedimientos distintos: el relativo a la ordenación patrimonial (al modo de la diso-

Por todo ello, dado que la propia norma menciona una «*especialidad procesal*», bien parece que podía haberse completado tal regulación para acompañar a la peculiaridad sustantiva su correspondiente tramitación procesal. En este sentido, nos remitimos a lo ya dicho sobre el art. 10 Ley 2/2010. Y si, de contrario, no existiere tal especialidad procesal– o al menos no con la peculiaridad suficiente como para dictar norma procesal aragonesa–, no cabe sino volver a cuestionarse el motivo de tal DA 3ª, pues, nótese que concurren varias notas interesantes para la interpretación de dicho precepto: en un sentido, frente a lo que sí establece expresamente la DA 2ª, la que ahora es objeto de comentario no establece «adaptación» alguna del procedimiento previsto en la ley procesal estatal a las peculiaridades derivadas de la Ley 2/2010; y, en otro, la DA 2ª versa sobre materia que, sin embargo, se encuentra totalmente regulada en la LEC, mientras que, precisamente, la materia que, supuestamente, regularía esta DA 3ª está huérfana de procedimiento *ad hoc* –no así, de previsión procesal: procesos declarativos ordinarios–. En consecuencia, no puede sino concluirse que la regulación dada por la Ley 2/2010 adolece de deficiente técnica y omisiones relevantes pues se disponía de título competencial que no es agotado precisamente para, conjuntamente con las peculiaridades que el legislador procura remarcar al introducirlas *ex novo* en nuestro Derecho de Familia, legislar la materia procesal ligada a aquellas. Máxime en el supuesto que, precisamente, queda más huérfano de regulación en la ley procesal estatal (parejas no matrimoniales).

B) Contenido de la especialidades procesales

Aun la crítica antedicha, sin embargo, la vigencia de la norma obliga, pues, a (intentar) detectar y señalar las especialidades que pueden provocar una adaptación y perspectiva procesal, pudiéndose señalar la equivalencia conceptual entre *«convenio regulador»* y *«pacto de relaciones familiares»* (DA 2ª apartado 2). Tal supuesto no plantea ninguna consideración en tanto que, por una parte, existe un concreto contenido de la «especialidad» perseguida y, por otra, en cuanto a la materia en sí, existe una gran equivalencia entre el convenio regulador previsto en el art. 90 CC y el «pacto de relaciones familiares» previsto en el art. 3 de la Ley 2/2010. Mención especial merece el establecimiento de un nuevo requisito procesal en la demanda y la reconvención: plan de relaciones familiares para los supuestos de ruptura de parejas matrimoniales como estables o de mero hecho (DA 2ª apartado 3 y DA 3ª, respectivamente). Surgen varias cuestiones que, por su diverso contenido, conviene señalar independientemente:

i. Obliga a que toda demanda o reconvención acompañe un «*plan de relaciones familiares*». De nuevo surge la misma crítica antedicha: la generalidad del precep-

---

lución del régimen económico matrimonial); el relativo a pretensiones compensatorias, indemnizatorias o sobre alimentos de un miembro hacia el otro (al modo de la pensión compensatoria prevista para los cónyuges); los que versan sobre las medidas afectas a los hijos a su cargo (al modo de las medidas que sobre los hijos menores a cargo), siendo éste aspecto el único que sí se encuentra regulado por la LEC cuando, aun no refiriéndose a rupturas matrimoniales, sin embargo, y de modo acertado, permite que tales cuestiones sean resueltas por el procedimiento previsto en el artículo 770.6 LEC que, a su vez, remite a los procesos matrimoniales previstos en los arts. 771 a 775 LEC.

to permite diversas interpretaciones nada deseables cuando se trata de establecer el procedimiento por el que los ciudadanos (justiciables) van a ejercer sus pretensiones (derecho a la tutela judicial efectiva, acceso a la jurisdicción e igualdad y seguridad jurídica). En efecto, nada añade a la legislación estatal (art. 149.1.6 CE) en tanto que, acudiendo, en sentido inverso, a la DA 2ª y 3ª de la Ley 2/2010, la propia LEC señala que la demanda y reconvención deberán acompañarse de un convenio regulador (arts. 81, 86 y 90 y ss CC y 775 y 777 LEC). Sin embargo, tal tesis podría ser rebatida desde el momento en que la ley estatal solo establece los requisitos procesales –y documentales– que deben concurrir en toda demanda o reconvención (arts. 403 y 406 LEC respectivamente); en cuyo caso, nuevamente surge la duda de si –salvo acreditada particularidad– existe una extralimitación en la norma ahora analizada al establecer un requisito a toda demanda o reconvención que la norma estatal no recoge no dándose acreditada particularidad.

ii. Ha de contemplarse la consecuencia procesal de que la demanda y la reconvención no vayan acompañadas del meritado plan. A tenor de la STC 47/2004 sobre competencia autonómica en materia procesal, el punto de conexión entre la particularidad del derecho autonómico y la norma procesal debe deslindarse de modo preciso, por lo que podría interpretarse que la consecuencia derivada de la falta de observancia a lo estipulado vendría dada por la norma (o jurisprudencia) aplicable para los supuestos de incumplimiento de requisitos procesales o concurrencia de vicios subsanables –o no– (arts. 231 y 404.2 LEC). No obstante, igual de cierto resulta que, entonces, cabe demandar una concreta regulación a tal supuesto, a fin de asegurar una uniformidad en la respuesta del órgano sobre la consideración de tal requisito en el plano admisorio de la demanda y reconvención. Debe concluirse que tal relevancia es meritoria de mayor concreción o delimitación del efecto en el procedimiento a fin de uniformar si se está ante un vicio subsanable o insubsanable. Ahora bien tampoco supone notable omisión en tanto que, en ausencia de norma legal, la resolución será fácil de lograrse pues, en virtud de garantizar el acceso a la jurisdicción y el principio *pro actione* (art. 5 LOPJ), la ausencia de tal *plan* deberá tenerse como vicio subsanable concediéndose plazo para subsanación (art. 231 LEC, máxime ello tras la reforma operada por la Ley 13/2009).

5. ¿Nuevo motivo de recurso de revisión o nueva causa de modificación de medidas? (Disposición Adicional 4ª:«Revisión de la guarda y custodia.»)

El recurso de revisión o, en puridad, *la revisión de sentencias firmes*, se caracteriza por ser medio impugnatorio previsto a fin de conseguir la revocación de una sentencia firme en supuestos extraordinarios tasados legalmente, estando regulado[29]

[29] En concreto, en el derecho procesal civil, en los arts. 509 a 516 LEC, comprensivos del Título VI intitulado «*De la revisión de sentencias firmes*», ya que, tal y como se ha indicado, en sentido estricto, el recurso de revisión es el previsto en el artículo 454 bis LEC, introducido en nuestro ordenamiento procesal por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, si bien la actual referencia lo es a la revisión de sentencias firmes.

como es sabido, en los arts. 509 a 516 LEC, bien es cierto que con cierta similitud semántica con otros preceptos[30] cual el del art. 454 bis LEC. En el caso que nos ocupa, el antecedente que fundamenta la revisión es la prohibición de atribución de la guarda y custodia (compartida o no) a favor del progenitor incurso en un proceso por los ilícitos reseñados en el que, además, exista una declaración judicial de indicios racionales y fundados de criminalidad (art. 6.6 Ley 2/2010). Dicha previsión es coherente con la previsión del art. 6.6 pues, en efecto, resulta de todo orden esencial prever el supuesto en que una medida tan gravosa como la imposibilidad *de iure* de obtener la guarda y custodia por motivo de estar incurso en proceso de aquellas características, debe ser corregida y/o modificada cuando el presupuesto que dio lugar a tal medida ha devenido improcedente acreditándose –de modo definitivo: «*sentencia firme absolutoria*»– la ausencia de la responsabilidad criminal cuyos indicios permitieron aplicar tal medida. Sin embargo, resulta incierta la tramitación y naturaleza jurídica de tal revisión dado que la citada Disposición señala tan solo que cuando se hubiera atribuido la guarda y custodia conforme al art. 6.6 de la Ley, si recayere sentencia absolutoria firme, se procederá a la revisión de tal atribución; y de tan escasa regulación se perciben varias cuestiones.

La técnica normativa induce a un doble error. En un sentido, puesto que dicha revisión deberá darse de oficio; sin embargo, tal conclusión adolece de problemas de índole práctica, pues, por una parte, es difícil asegurar el conocimiento de oficio por el órgano civil de la sentencia dictada por órgano penal; a la viceversa, tampoco es de fácil solución el modo en que el órgano penal tuviere conocimiento del procedimiento civil; para ello, debe notarse que no existe previsión en la norma aragonesa ni estatal de preceptiva comunicación entre órganos de la pendencia de tales asuntos. En otro, el término «revisión» es equívoco pues:

i. se emplea en su sentido jurídico procesal; a tenor de la regulación del recurso de revisión (art. 510 LEC), cuando la atribución de la guarda hubiere sido acordada en sentencia (medidas definitivas, por tanto), la sentencia penal absolutoria puede contener pronunciamientos de los que permiten la interposición del recurso de revisión. Sin embargo, resulta dificultoso contemplar tal eventualidad en tanto que el punto central sobre el que gravita la revisión ahora comentada no es que la resolución civil fuere acordada sobre documentos no disponibles, o luego declarados falsos, o testificales o periciales igualmente declarados en falsedad, o conseguida mediante algún tipo de maquinación fraudulenta (art. 570 LEC), sino que la *revisión* obedecerá al hecho de que la sentencia penal realiza un pronunciamiento absolutorio. Por ello, más bien puede configurarse tal supuesto, no como recurso de revisión propiamente dicho, sino como

---

[30] Conviene, por tanto, dejar apuntado dicha distinción conceptual así como que, a lo largo del presente trabajo, cuando hagamos referencia al recurso de revisión o revisión de sentencias, lo será a los efectos de la denominación tradicional de recurso de revisión como revisión de sentencias firmes (arts. 509 a 516 LEC), salvo indicación expresa en sentido contrario realizada para referirnos al recurso de revisión que la citada Ley 13/2009 introduce mediante un nuevo artículo 454 bis LEC a los efectos de establecer el modo de impugnar determinadas resoluciones del Secretario Judicial.

una causa o motivo de revisión introducido *ex novo* por la norma aragonesa de modo y manera que para cuando una sentencia acordara la atribución de guarda y custodia a favor de un progenitor por estar el otro incurso en proceso penal de las características ya mencionadas si la sentencia recaída en dicho proceso fuere absolutoria, cabrá revisar la sentencia civil mediante la interposición de recurso de revisión de sentencia firme por la parte beneficiada por tal pronunciamiento absolutorio.

ii. ahora bien, igualmente, ha de considerarse que, adoptándose las medidas definitivas en resolución definitiva (sentencia: art. 774.3 LEC), cabrá, a tenor de lo dispuesto en el art. 775 LEC, contemplar tal revisión como una «*modificación de medidas definitivas*» al entenderse que toda sentencia absolutoria firme puede englobarse en el supuesto en que, por dicho art. 775 LEC, se permite tal modificación (*variación sustancial* de las circunstancias «*tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*»). La «*revisión*» de dicha atribución no cabe sino contra la acordada como medida definitiva en tanto que, siendo posible atribuir la guarda y custodia como medida provisional (previa o coetánea), sin embargo, ninguno de los supuestos en que es dable la tramitación de medidas provisionales pueden ser revocados ni por la vía del recurso ordinario (apelación) al estar excluido el mismo en todos los supuestos (arts. 771.4, 772.2 *in fine* y 773 LEC), ni por la vía excepcional del recurso de revisión al proceder éste solo contra sentencias firmes y ser resueltos todos los supuestos de medidas provisionales mediante auto.

De lo contrario, debería admitirse que, con la revisión prevista en la DA 4ª, se está pretendiendo la revisión de las medidas definitivas y de las provisionales y con ello asumiendo la introducción –mediante una reforma tácita de los arts. 771 a 773 LEC– de recurso contra el auto de medidas provisionales. Tal interpretación debe descartarse puesto que, aun cuando es admisible que la disposición del art. 6.6 Ley 2/2010 sea aplicable tanto en las medidas definitivas como en las provisionales (arts. 771 y 773 LEC y por remisión del art. 10 Ley 2/2010), no parece que, del contenido del precepto, se desprenda que la voluntad de la norma fuera la de realizar una reforma de tanta trascendencia como alterar el régimen de recursos ordinarios de la ley procesal estatal. Dicho sea ello sin perjuicio de que, además, de darse tal entendimiento, resultaría muy controvertido que, a tenor del contenido regulado en la Ley 2/2010, se desprendiera peculiaridad alguna precisada de norma procesal que habilitara para el ejercicio competencial en tal materia (art. 149.1.6. 149.1.18 CE y 75 E.A.Ar.). De este modo, si se entendiera el término «*revisable*» como afecto a sentencias (procedimientos de medidas definitivas) y a autos (procedimientos de medidas provisionales) se estaría admitiendo la voluntad de innovar un régimen propio de recursos contra autos dictados en tanto que, en procedimientos de medidas provisionales, solo cabe dictar resolución judicial en forma de auto.

Asimismo, la causa legal para proceder a la modificación de medidas definitivas dictadas en esta materia es, *ex* art. 775 LEC, el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su dictado (en sentido estricto: aprobación o acuerdo de las mismas, en lógica concordancia con los procesos consensuales o contenciosos previstos en los arts. 769 a 778 LEC). Pues bien, dato tan relevante

como una posterior declaración judicial sobre el hecho (penal) que dio lugar a la no atribución, puede considerarse como cambio sustancial. Añádase que la norma utiliza diversas formas del verbo «modificar» (art. 5.4 5 Ley 2/2010): así señala inmediatamente, y en conexión a dicho supuesto, que «*en particular, cuando se haya acordado la custodia individual…* se *revisará* el régimen…» (art. 5.5 Ley 2/2010).

iii. finalmente, el término empleado –*revisión*– es el mismo que atribuye la competencia funcional: los recursos extraordinarios contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad, en materia de derecho civil, foral o especial, propio, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución, corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sin embargo, la competencia objetiva para conocer de tal procedimiento de modificación de medidas acordadas –tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como contenciosos– será el órgano que las dictó (arts. 770 y 775 LEC), de donde se colige que tal revisión es, en realidad, una modificación de medidas y no la típica revisión.

Por tanto, y en conclusión, bien puede entenderse el precepto ahora comentado como un supuesto tasado o concepto legal determinado de cambio sustancial de circunstancia y, con ello, como una causa tasada de modificación de medidas y no un verdadero recurso de revisión. Y, en este sentido, con todo, dicha DA 4ª supera de modo positivo el marco normativo previsto en el art. 92.7 CC –y en este caso aplicable hasta la vigencia de la Ley 2/2010– que, ante similar prohibición de atribución de guarda compartida, sin embargo, no preveía expresamente precepto revisor en tal sentido, de modo que, ahora sí, la norma aragonesa consigue mayor concreción normativa.

6. ¿Nuevo recurso de revisión contra sentencias firmes y nuevo régimen de recursos contra autos dictados en medidas judiciales? (Disposición Transitoria Primera: *«Revisión de convenios reguladores y de medidas judiciales»)*

En esta DT 1ª, aun cuando la técnica legislativa es la misma (uso del término *revisión*), no cabe concluir de idéntica manera si bien sí realizar una remisión a lo ya dicho sobre la naturaleza jurídica del recurso de revisión, del motivo o causa de recurso de revisión y de la modificación de medidas judiciales. Tal DT 1ª contiene una previsión de derecho transitorio (apartado 1) que, al contrario de lo dispuesto en la DA 4ª, no establece obligatoriedad alguna, y señala (apartado 2) que la –mera– solicitud de custodia compartida será «*causa de revisión de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior durante un año*», de modo que, en coherencia con lo expuesto anteriormente, en principio, revestiríacarácter de causa de revisión («modificación de medidas»). Sin embargo, en el presente caso concurre mayor incertidumbre sobre la naturaleza jurídica del precepto, pues cuando la LEC prevé el supuesto de modificación de medidas, se refiere, exclusivamente, a las medidas definitivas y señala que las partes podrán solicitar «*la modificación*» de las mismas, no así señala que pudieran solicitar la *revisión*, ni menos aún, prever, según uno u otro de los supuestos que ahora debatimos, una causa de revisión o un recurso de revisión

extraordinario. A su vez, al contrario de la interpretación dada a la DA 4ª, en que se sostenía que solo cabía para procedimientos de medidas definitivas resueltos definitivamente por sentencia, en este apartado 2 de la DT, se introduce –al menos– un claro motivo o *causa de revisión* (la mera *solicitud* de custodia compartida) para medidas definitivas o provisionales (auto).

No obstante, siendo como es la literalidad de la norma, en este caso, entendemos que la referida previsión legal excede lo que es una *causa de revisión* a añadir al catálogo de motivos del art. 570 LEC y, precisamente por ello, puede configurarse como un auténtico recurso aragonés de revisión *sui generis* en virtud de las siguientes consideraciones. Así, el recurso de revisión, como ya se dijo anteriormente, está previsto solamente para los supuestos del reexamen de sentencias, y, en el caso ahora comentado, no solo se refiere a sentencias sino también a autos. Tal extensión viene dado por el hecho, ya indicado anteriormente, de los diversos supuestos procesales en que son tramitadas las medidas correspondientes: provisionales o definitivas. Dichas «*medidas judiciales*» podrán entenderse referidas a las *provisionales* o *definitivas* ya que tanto las unas como las otras predican de su carácter «judicial» y la disposición citada, sin distinción alguna, indica solamente «*medidas judiciales*» de donde podrá entenderse tanto provisionales como definitivas y, por tanto, en consecuencia, tanto contra *sentencias* como *autos*. Añádase que, a su vez, admite la revisión, por un lado, de los convenios reguladores y, por otro, de las medidas judiciales de modo que se aprecia una contraposición entre la revisión, por un lado, de los convenios reguladores (medidas definitivas recogidas en la sentencia que pusiere fin a dicho procedimiento: arts. 774 y 777 LEC) y, por otro, de las medidas judiciales acordadas que, precisamente por esa anterior mención a los convenios reguladores, no podrán sino ser tanto las definitivas como las provisionales. Y, con ello, nuevamente, se observa cómo la revisión ahora establecida igualmente cabrá interponerse contra resoluciones judiciales en forma de autos.

El recurso de revisión tiene vocación de permanencia; en el supuesto revisor de esta disposición transitorio, la revisión permitida está sometida a un plazo de un año desde la vigencia de la Ley 2/2010. Dicho plazo debe configurarse como de caducidad de modo que no cabe la interrupción del mismo y, transcurrido tal periodo temporal, no cabrá ejercer dicha impugnación revisoria. Con ello, no puede, ahora tampoco, considerarse que el precepto comentado introduzca una causa o motivo de revisión, sino que se trata de una auténtica revisión de sentencias y autos y, entonces, un nuevo *recurso de revisión*. Asimismo, como medio impugnatorio extraordinario, está previsto para supuestos muy tasados tal y como se indicó anteriormente; pero, en el precepto aragonés, no se hace depender de causa sobrevenida a la resolución impugnada y acreditada judicialmente (falsedad, maquinación, etc.) sino que tan solo se requiere para que proceda la tramitación de tal revisión se solicite por uno de los progenitores la *custodia compartida*.

Llegados a este punto, se alcanza la conclusión de que la DT 1ª, en su apartado 2º, constituye norma procesal peculiar, derecho aragonés propio que regula *ex novo*, no ya una causa o motivo más de revisión, sino un *recurso de revisión sui generis* dado que, respecto del recurso de revisión previsto en el art. 570 LEC, la revi-

sión permitida en la indicada DT 1ª supera el ámbito de aplicación de aquel y está dotado de notas características impropias del recurso de revisión recogido en los arts. 509 y ss. LEC y propias de considerarse como *particularidad* derivada del derecho sustantivo aragonés pues, por un lado, introduce un recurso limitado temporalmente y, por otro, excede de las meras causas de revisión. Y en este punto debe afirmarse el ajuste del precepto procesal al título habilitante competencial en tanto que, ante una preferencia de la custodia compartida, así manifestada expresamente en la norma aragonesa, y realizada con vocación de cambio en los usos forenses y sociales y, a la par, respeto a la libertad de pacto, se prevé un instrumento procesal para que tal peculiaridad aragonesa sea efectivamente implantada.

III. CONCLUSIONES

Primera. La Ley 2/2010 contempla las relaciones familiares posteriores a la ruptura de la convivencia de parejas con hijos a cargo; ante tal ruptura surgen cuestiones que el ordenamiento jurídico precisas de intervención judicial y, para ello, es preciso disponer de un marco procedimental que aporte certidumbre e igualdad, previéndose en la vigente LEC, los procesos matrimoniales pero no así, salvo el art. 748.4 y 770.6 LEC, los relativos a controversias derivadas de la ruptura de parejas no matrimoniales, lo que, en la práctica forense, ha dado lugar a diversas críticas. En relación con ello, conforme al art. 149.1.18 CE y 71 EAAr, el legislador aragonés tiene competencia en materia procesal para aquellas particularidades derivadas de su derecho sustantivo propio o especial. La Ley 2/2010, además de su normativa sustantiva, contiene preceptos procesales según se observa de modo expreso en sus DA 2ª, 3ª y 4ª y DT ose infiere del propio contenido legal.

Segunda. La Ley 2/2010 introduce particularidades que el legislador identifica como necesitadas de especialidad procesal (DA 2ª y 3ª) pero que no alcanzan tal condición. Se detectan aspectos procesales regulados de modo distinto al previsto en la LEC: intervención del Ministerio Fiscal, capacidad y representación procesales en relación con la audiencia e intervención del menor de edad –con distinta regulación conforme a su mayoría de catorce años– y los actos –en especial, de relevancia procesal– que puede –o no– realizar, actividad del órgano judicial y momento de la misma, requisitos de admisibilidad, incidencia del proceso penal en la atribución de la guarda y custodia –en régimen distinto del previsto en el art. 92.7 CC; es de especial relieve, la eficacia y consecuencias de la mediación familiar en el proceso y la previsión tanto de nuevas causas o motivos de revisión como de un recurso aragonés de revisión *sui generis*.

Tercera. Dicha diversidad normativa ha de ser objeto de crítica tanto positiva como negativa. Debe reprocharse el modo en que la cuestión procesal es abordada por la Ley, al advertirse incertidumbre derivada de la generalidad o indeterminación de la especialidad procesal; como también cierta deficiencia en la técnica legislativa por imprecisión de los conceptos y descripciones terminológi-

cas que, también en ocasiones, generan confusiones jurídicas sobre los aspectos procesales realmente referidos y pretendidos por la norma; también es destacable la abstención legislativa en aquellos aspectos que, precisamente, la propia norma señala como especialidad procesal y que aborda mediante una genérica remisión a adaptación no concretada; finamente, debe ser, igualmente, objeto de reproche el que una norma con notable repercusión en nuestro Derecho de Familia, parezca realizada al margen del diseño que, respecto del Derecho Civil de Aragón, realiza la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y que, si bien no es irregularidad objetiva dado el origen de la Ley en una proposición de ley, sí puede explicar las deficiencias advertidas y la difícil cohonestación de determinados aspectos sustantivos y materiales en nuestro ordenamiento aragonés y estatal. Por el contrario, en algunos supuestos, los menos ciertamente, debe acogerse de modo positivo el contenido introducido pues, en tales casos, la norma aragonesa contribuye a mejorar la normativa recogida en la ley de ritos y a regular aspectos que el legislador estatal había omitido, llegando, en un supuesto, cual el de la mediación familiar, a realizar una extensa previsión de su eficacia y consecuencias en el proceso.

Cuarta. *De lege ferenda*, sería deseable que, aprovechando la oportunidad del mandato refundidor contenido en la Ley de Derecho Civil Patrimonial –y por tanto ya con obligada intervención de la Comisión en la redacción del Proyecto de Ley–, se regularan los aspectos cuya omisión se ha advertido y se mejoraran aquellos regulados en la Ley 2/2010 de un modo incompleto o deficiente a fin de dotar de mayor seguridad jurídica tanto a nuestro ordenamiento como a la práctica forense. En definitiva, se deberían depurar los aspectos señalados a fin de que el derecho propio –sustantivo como procesal– alcance el nivel de certeza y prestigio reconocidos a nuestra tradición jurídica.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2010 DEL TSJ DE ARAGÓN: ARRENDAMIENTO Y CONSORCIO FORAL

Gabriel García Cantero
Catedrático Emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

La STSJ de Aragón de 14 mayo 2010 trata de un caso frecuente de subrogación mortis causa del viudo en el arrendamiento de la vivienda familiar otorgado por el otro cónyuge vigente el matrimonio. A nivel nacional y en la jurisprudencia de las AP predomina un injustificado prejuicio formalista heredado de la legislación especial al exigir el cumplimiento estricto del artículo 16 LAU 1994, que también adopta la sentencia comentada. El comentarista prefiere, conforme al bien razonado Voto particular, una interpretación más correcta que respete el derecho a la vivienda del viudo y sea más conforme con el espíritu y la letra de la Ley aragonesa 2/2003 y del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (CDFA).

Palabras clave: Arrendamiento de vivienda familiar, calidad de arrendatario, subrogación mortis causa del viudo, derecho a la vivienda.

ABSTRACT

The judgment of the High Court of Aragón, of 14th of May of 2010, deals with a frequent case of mortis causa subrogation of the widower in the lease of the family home granted by the other spouse whilst the marriage was still effective.

On a national level and in the jurisprudence of the provincial courts, an unjustified formalistic prejudice prevails inherited from special legislation whereby it demands the strict fulfilment of article 16 of the Spanish Law of Lease of Urban Property of 1994, an approach also adopted by the judgment which is commented. The commentator prefers, in conformity with the very well reasoned dissenting judgment, a more correct interpretation which respects the right to a home of the widower and which is more in accordance with the spirit and the letter of Aragón Law 2/2003, regarding marital regime and widower's pensions.

Key words: Lease of family home. Quality of lessee. Mortis causa subrogation of the widower. Right to a home.

SUMARIO

HECHOS. ARGUMENTOS DEL TSJ DE ARAGÓN PARA CONSIDERAR MAL HECHA LA PRETENDIDA SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* A FAVOR DEL VIUDO. ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A FAVOR DEL RECURSO DE CASACIÓN: A) El contenido del artículo 28.2.I de la Ley aragonesa 2/2003 (art. 210.2.I CDFA), estaba en vigor durante la Compilación aragonesa de 1967; B) Carece de relevancia discutir si la esposa, al tiempo de contratar el arrendamiento, actuaba a nombre del esposo; C) La legislación arrendaticia especial sigue ignorando el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el régimen del arrendamiento de vivienda. ARRENDAMIENTO ESPECIAL DE VIVIENDA *VERSUS* CÓDIGO CIVIL. LA STS DE 3 ABRIL 2009 INTERPRETA ERRÓNEAMENTE LA JURISPRUDENCIA DEL TC. CONCLUSIONES SOBRE LA STSJ DE ARAGÓN DE 14 DE MAYO DE 2010.

HECHOS

Doña I.R.M. de estado casada con don M.R.C. y profesión sus labores, contrata en arrendamiento una vivienda el 1 junio 1972 a doña D.C.E., viuda de 74 años. La propiedad de la vivienda ha conocido varias transmisiones hasta que la empresa P.I. compra por escritura pública de 29 marzo 2007, la casa en su totalidad compuesta por dos viviendas familiares, y con idéntica fecha comunica mediante carta la adquisición del inmueble a la arrendataria, indicándole la domiciliación bancaria para abono de sucesivas rentas. La arrendataria fallece en estado de casada el 13 julio 2007. No consta que don M.R.C. haya notificado a la nueva titularidad dominical su voluntad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. Presentada una demanda de desahucio por subrogación inconsentida, ante el JPI n.° 3 de Zaragoza, éste por sentencia de 3 septiembre 2009 desestima la demanda. Apelada por la empresa P.I., la sec. 5.ª de la AP por sen-

tencia de 1 diciembre 2009, estima el recurso y resuelve el contrato de arrendamiento. Interpuesto recurso de casación por D. R.M.C. la sentencia de 14 mayo 2010, del TSJ de Aragón lo desestima, confirmando así la sentencia de la AP, si bien hay un extenso Voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

Dado que la Disposición Transitoria 2.ª de la LAU 1994 exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 16 de la LAU 1994 para que se produzca la subrogación *mortis causa* a favor del cónyuge del arrendatario de vivienda cuando el contrato es de fecha anterior a la ley en vigor, la *quaestio iuris* consiste, *prima facie,* en decidir si resulta preferentemente aplicable al caso el artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 de Aragón (art. 210.2.i CDFA). En apariencia, se trata aquella disposición de un ordenamiento especial estatal, de aplicación general, en fase actual de claro debilitamiento (véase la legislación arrendaticia urbana especial, últimamente por Ley 19/2009, de 23 noviembre, dictada en favor de los intereses del arrendador), confrontado a un ordenamiento civil, territorial o foral, en fase de evidente expansión normativa (legislación de Aragón). Y como telón de fondo, aunque no invocado, –extrañamente–, ni por las partes ni por los Tribunales –pese al aforismo *iura novit curia*–, el novísimo derecho subjetivo a la vivienda del que, sin ningún género de dudas, es titular el cónyuge viudo de la arrendataria, derecho subjetivo plenamente actuable al amparo del artículo 24 CE, y por tanto de base constitucional, de naturaleza social, y recientemente normativizado en el ordenamiento español, aplicable al supuesto del recurrente ante el TSJ de Aragón, en fase de conservación de lo que bien calificarse de *jus habitationis*.

ARGUMENTOS DEL TSJ DE ARAGÓN PARA DECLARAR MAL HECHA LA PRETENDIDA SUBROGACIÓN *MORTIS CAUSA* A FAVOR DEL VIUDO

En el 4.º FD el TSJ de Aragón concentra la *ratio decidendi* para desestimar el recurso interpuesto por el viudo de la arrendataria. En éste se argumenta la aplicación errónea que hace la AP del artículo 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad (art. 210.2.i CDFA), que incluye entre los bienes comunes *los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio*, sosteniendo que dicha norma es aplicable en razón de la Disp. Transit. 1.ª de aquélla. En efecto, ésta dispone que *las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vidual, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes*. Sostiene el recurrente que el legislador ha querido aplicar el criterio del efecto inmediato de la Ley del 2003, produciendo sus efectos sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor; de este modo evita que matrimonios celebrados con anterioridad y que continúan su vida en común durante el tiempo posterior pudieran mantener para el futuro un régimen jurídico ya derogado, y que su regulación pudiera ser claramente contraria al derecho ahora vigente, produciendo así un islote jurídico de larga pervivencia.

Pero el TSJ replica que esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la ley a terceros que contrataron con uno de los cónyuges en 1972, o a aquellos que sucesivamente se subrogaron en la condición de arrendadores. La Compilación de Derecho civil de Aragón, en su redacción entonces vigente de 1967, no atribuía expresamente la condición de bienes comunes a los derechos del arrendatario, por contratos celebrados durante el consorcio. Cierto es que la doctrina jurídica venía considerando ese efecto, mas no era expresa disposición legal, ni la consideración doctrinal gozaba de la necesaria seguridad jurídica.

Respecto a las obligaciones contraídas por el arrendador, es de aplicación el artículo 1257 Cc., conforme al cual los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos. Así, no constando en el contrato que la arrendataria interviniese en representación de su cónyuge, o para la sociedad conyugal –de haberlo hecho, esa actuación hubiera sido en su momento anulable, pero no nula de pleno derecho–, no podemos concluir que la parte contratante como arrendadora se viese compelida a aceptar que los derechos arrendaticios correspondientes a la arrendataria eran de titularidad de ella y otra persona que no contrataba, y a la que ni siquiera se nombraba en el contrato, pues ello no derivaba del contrato, de la buena fe, del uso o de la ley (art. 1258 Cc.). Por otra parte, el pretendido carácter consorcial al que se quiere dar efecto retroactivo, no debe olvidarse que sólo produce efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató exclusivamente con uno de los cónyuges.

Por tanto, a modo de conclusión, el 4º FD afirma categóricamente que *no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003* (art. 210.2.1 CDFA) *y la LAU, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles.*

A efectos de las costas, el 5º FD muestra exquisito tacto al decir que *habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio, y siendo el tema jurídico controvertido objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en este recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación ambos con el 394.1, ambos de la Lec, ya que el Tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.*

ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A FAVOR DEL RECURSO DE CASACIÓN

El razonamiento del Voto particular a la sentencia se basa en los siguientes argumentos:

1. La apelación del recurrente al artículo 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003 (art. 210.2.i CDFA) es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial.

2. Carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle a él como coarrendatario. Los esposos no necesitaban manifestar que la contratación se hacía en nombre propio y en el del otro, pues ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos.

3. La legislación arrendaticia especial sigue ignorando, tras su nueva regulación en 1994, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. En nuestro derecho resulta equivocada la equiparación de la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arrendamiento consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges.

A) El contenido del art. 28.2.I de la Ley Aragonesa 2/2003 (ahora art. 210.2.1 CDFA) estaba en vigor durante la compilación de 1967

Desde la perspectiva de la comunidad entre el marido y la mujer, según una expresión del artículo 1 de la citada Ley que era plenamente vigente en el año 1972, ambos cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 2) y ambos ejercen la dirección de la vida familiar por corresponder a ambos el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar (art. 4) y, siendo consciente de que ésta es la regulación actual, por lo que habrá de estudiarse su aplicación al caso presente, el Magistrado discrepante propone este enfoque porque las decisiones sobre la vivienda familiar no pueden ser tratadas como una mera cuestión de la titularidad del contrato (en los casos de arrendamiento) ni exclusivamente desde su perspectiva y efectos patrimoniales, aunque sea en este ámbito donde su regulación jurídica se refleja de forma más visible. El vigente artículo 7 abona la tesis de que el arrendamiento de un piso que constituye la vivienda familiar, concertado por uno sólo de los cónyuges, no puede señalar sólo a él como único titular de los derechos arrendaticios si, en beneficio del arrendador, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por uno de ellos, además de resultar obligado el patrimonio consorcial.

La esposa fallecida suscribió el contrato de arrendamiento expresando en el mismo su condición de casada y en el apartado de la profesión la de *sus labores*, lo que no resulta carente de importancia pues fácilmente se deduce que no haría frente a las obligaciones del contrato con sus ingresos propios sino que contaría principalmente con los del esposo, quien, sin embargo, no firmó; cabe conjeturar que la parte arrendadora contó seguramente con tal circunstancia.

En la fecha del contrato estaba en vigor el artículo 48 de la Compilación de 1967, cuyo primer apartado disponía que *el marido es el administrador de la comunidad,* declarando el siguiente que *la mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar.* De la regulación del Cc. cabe destacar

en su artículo 62 la denominada por la doctrina, potestad doméstica de la mujer casada cifrada en aquellas *cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas,* norma que la doctrina y la jurisprudencia interpretó de modo razonablemente amplio.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por los actos realizados por los cónyuges, hay que referirse a los artículos 41 y 42 de la Compilación, y 1408 del Cc. Respecto a los bienes comunes y privativos, había que tener en cuenta los artículos 37, 38 y 40 de la Compilación, siendo de notar la excepción que el artículo 38.6 establecía respecto de los bienes adquiridos por derecho de retracto ejercido por el arrendatario de vivienda, que no se incluían entre los bienes privativos. A la vista de lo dispuesto en los paralelos preceptos del Código civil, se concluye que las regulaciones no eran iguales en lo relativo a las posibilidades de actuación de cada cónyuge, ni tampoco en las consecuencias de sus respectivos actos y a los efectos sobre los patrimonios. Las institucionales familiares aragonesas, particularmente la comunidad conyugal continuada y la viudedad universal, prolongaban la comunidad legal y la dotaban de reglas sobre su gestión, e incluso disposición, más allá del fallecimiento del primero de los cónyuges, y dotaban al viudo de una protección especial.

Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento suscrito por la esposa en 1972, no cabe duda de que el marido era el administrador de la comunidad (art. 48.1) y que, en principio, él obligaba por sus actos a los bienes comunes frente a terceros (art. 42.1), pero la mujer participaba en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar (art. 48.2) y obligaba a los bienes comunes cuando legalmente administrara. Resulta perfectamente defendible que el arrendamiento de la vivienda familiar, en este caso con el evidente –aunque tácito– consentimiento del esposo, se encontraba dentro de sus facultades para el buen gobierno del hogar pero, aunque se entendiera que iba más allá de tales facultades, se hubiera tratado de un contrato anulable para la que sólo hubiera podido accionar la arrendadora (difícilmente el esposo si había consentido, lo que parece evidente), pero ninguno de ellos lo hizo y el contrato resultó plenamente eficaz durante todo este tiempo de modo que la esposa había contratado eficazmente el arrendamiento de la vivienda familiar y, *con toda seguridad, había obligado el patrimonio común al cumplimiento de las obligaciones* contraídas. El contenido del contrato arrendaticio suscrito por uno sólo de los cónyuges y sufragado a costa del caudal común, con sus derechos y obligaciones había quedado integrado en el patrimonio común, aunque específicamente no estuviera así expresamente contemplado, como lo hace ahora el art. 28.2.i de la ley en vigor (ahora art. 210.2.i CDFA).

La modificación de la Compilación de Aragón operada por Ley 3/1985, de 21 de mayo, para la adecuación del Derecho civil aragonés a la CE, estableció que *la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro*, estando legitimado cada cónyuge frente a terceros para *realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial*, a diferencia del artículo 1375 Cc., tras la reforma de 1981, que atribuyó la gestión y disposición de los bienes gananciales a los cónyuges conjuntamente. Es importante

resaltar que según la Disp. transit. 2.ª de aquella ley de reforma, *serán aplicables los preceptos de la presente ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos, y sobre disolución de la comunidad legal cualquiera que fuese la fecha de la celebración del matrimonio.*

Así pues, el contrato de arrendamiento celebrado en 1972 por uno sólo de los cónyuges (en este caso, la esposa) con el consentimiento del otro había sido otorgado dentro de las facultades de gestión, obligando los bienes comunes frente a terceros de buena fe (art. 42, modificado en 1985), y los derechos derivados del mismo quedaron integrados en el consorcio conyugal. Esta situación es sustancialmente la misma que resulta de la actual regulación tras la Ley 2/2003 (ahora art. 210.2.i CDFA), aparte de la especial protección de la vivienda familiar que la reforma de la Compilación no abordó, salvo en el artículo 51, porque se trataba solamente de su adaptación a la CE, y la protección de la vivienda familiar se abordaba fundamentalmente en los supuestos de conflicto conyugal en los artículos 90 y ss. Cc., de aplicación general para toda España.

Por todo ello, la apelación al artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 (art. 210.2.i CDFA) es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, como hemos visto, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial. Así se viene a decir en el apartado VI del Preámbulo de dicha norma, como reconoce la sentencia de la que discrepo –subraya el Magistrado disidente–, aunque hace la matización de que siendo doctrina admitida no era segura. En mi opinión, según los anteriores argumentos, era suficientemente segura.

B) Carece de relevancia discutir si la esposa, al contratar el arrendamiento, actuaba en nombre del esposo

Carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle a él como coarrendatario. Los esposos no necesitaban manifestar que la contratación sea hacía en nombre propio y en el del otro, pues ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y, dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos. El artículo 1257 Cc. se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos pero de ella no se deriva que no puedan producir efectos en otras personas distintas de quienes los suscriben. En la compraventa de un bien por uno sólo de los cónyuges actuando como casado, y constando así expresamente, los derechos y obligaciones derivados del contrato se extienden a ambos cónyuges y no podrá el vendedor oponer su condición de tercero frente al cónyuge no firmante, particularmente para hacer efectivo el precio frente a los bienes comunes e incluso en algunos casos frente a los propios de quien no firmó. No se entiende que el contrato de arrendamiento no haya de seguir los mismos principios. El arrendador, de la misma forma que el comprador, no es un tercero frente al cónyuge no firmante si al tiempo de contratar conoció la circunstancia de casado del arrendatario (en esta ocasión, de

profesión sus labores) y obligó al patrimonio común para el cobro de las rentas. Este es el sentido del artículo 1258 Cc. al exigir la adecuación del cumplimiento de los contratos a las exigencias de la buena fe, el uso y la ley. Entiendo más bien contrario a la buena fe el que, tras una vigencia del contrato de más de 35 años, en los que el arrendador disfrutó de una amplia garantía para el cobro de las rentas (pues el marido subvenía a las cargas de la familia exclusivamente con su trabajo), argumente su condición de tercero frente al cónyuge no firmante para extinguir el contrato por no cumplir el requisito formal de la falta de comunicación del fallecimiento en un plazo de tres meses desde ocurrido el mismo. Y no se trata de una razón de justicia material sino que, con toda seguridad, el viudo no pudo suponer, después de ese tiempo de ocupación de la vivienda, pagando las rentas con su sueldo y, en definitiva, en su creencia de su condición de arrendatario, que a los efectos de la LAU era un tercero. Los efectos de la buena fe exigible al arrendador, conocedor de la situación, deberían llevar a otra conclusión.

Resultan llamativas las inexorables consecuencias previstas en el artículo 16 LAU en el caso de no comunicar el cónyuge la voluntad de subrogarse que, según parece desprenderse de la sentencia recurrida, podrían haber resultado flexibilizadas de haberse acreditado el conocimiento del fallecimiento por parte del arrendador a través de las conversaciones que, según el viudo, mantuvieron las partes, sin permitir siquiera, como en otros supuestos, que, a falta de notificación, el arrendador requiriera al viudo para conocer su intención respecto al contrato. La STS de 13 enero 2010, en un caso de subrogación por jubilación del arrendatario de un local de negocio, entiende que la falta de notificación no comporta la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria, y dulcifica los efectos de tal falta. No parece que resulte menos digno de protección el viudo cuyo cónyuge suscribió, constante el matrimonio, el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar.

C) La legislación arrendaticia especial sigue ignorando el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el régimen del arrendamiento de vivienda

Se constata en la STS de 3 abril 2009, dictada con la expresa intención de servir de criterio unificador en una materia tan polémica y motivo de jurisprudencia contradictoria, que prima la literalidad de la legislación arrendaticia especial; así el artículo 16 de la Ley 29/1994, que específicamente prevé el supuesto de la muerte del arrendatario (parece que en el caso de ser único arrendatario, no varios, y al margen de otras circunstancias, como el matrimonio), dado que en tal situación prevé la posibilidad de subrogación del cónyuge, en primer lugar. La citada sentencia contrapone frontalmente esta legislación con la contemplación del régimen económico del matrimonio, en situación de normalidad, como elemento que permite señalar la existencia de más de un titular en el contrato de arrendamiento que sólo ha sido firmado por uno sólo de los cónyuges, al decir que el contenido de este contrato no tiene relación con el régimen de bienes pues las posiciones contractuales de los cónyuges no forman parte de la

sociedad de gananciales porque, además, se trata de derechos personales. No era así en la mente del legislador aragonés de 1967 para el régimen matrimonial de la Compilación.

El consorcio conyugal no es persona jurídica ni sujeto de derecho y la titularidad de los bienes corresponde a ambos cónyuges en mano común, pero es centro de imputación de derechos y obligaciones de forma que los derechos sobre los bienes que lo integran corresponden a ambos por igual, y titulares de la masa consorcial son ambos cónyuges. Por ello, el cónyuge aragonés que contrata como arrendatario lo hace para sí y para su cónyuge de forma que, si se produce el fallecimiento de uno, el otro continuará en el uso de la vivienda sin que el contrato quede vinculado de forma fatal al simple requisito de comunicar el arrendador el fallecimiento.

La legislación arrendaticia especial sigue ignorando, tras su nueva regulación, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. O, quizás, se trata de un planteamiento propio del derecho sucesorio, y no de derecho de familia que es donde debe enmarcarse con arreglo a la normativa aragonesa. Sin embargo la LAU de 1994 ha regulado situaciones patológicas en las que dispensa a los cónyuges de los titulares del contrato una especial protección, con independencia de quien suscribiera el contrato, lo que pone de manifiesto una desigualdad de trato que no tiene justificación. En efecto, el artículo 12 de la Ley 29/1994 permite al cónyuge del arrendatario oponerse a la decisión del primero de poner fin al contrato, o continuar con el mismo en caso de abandono del titular, también para todos los supuestos de convivencia de pareja, y el artículo 15 permite la continuación en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario y, sin embargo, no se admite similar protección para el cónyuge viudo, no ya en el supuesto del no titular del contrato, salvo por la vía de la subrogación, sino en el supuesto de contratación de la vivienda durante el matrimonio. No se encuentra razón para la diferencia del tratamiento salvo en la expresa declaración de la STS del 3 abril 2009, de que se trata en tal caso de la protección de otro interés distinto del familiar, el del viudo, sólo admisible por la vía de la subrogación, porque en ellas se tiende a proteger la vivienda familiar, lo que no resulta de aplicación en el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges porque entonces ya no tiene la característica de vivienda familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Se trata –opina el Magistrado discrepante– de una afirmación muy tajante que admite matizaciones pues por el fallecimiento de un cónyuge se extingue el vínculo conyugal, pero no la familia, y aun el sólo interés del cónyuge debe conceptuarse como familiar.

Por ello no se ve razón para que la protección de la vivienda familiar no se aplique a los supuestos como el que ocupa, en que uno de los cónyuges arrienda la vivienda para dicho uso, en nuestro caso prescindiendo de aplicar la subrogación porque el derecho arrendaticio, en realidad, es titularidad de ambos cónyuges. Así se ha entendido en algunas legislaciones extranjeras, como el artículo 1751 párr. 1.º, Cc. francés, o el artículo 215.II, Cc. belga, que impone la cotitularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar. En nuestro derecho resulta

equivocada la ecuación en la que se equipara la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arriendo consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges. El hecho de que la legislación arrendaticia no se haya ocupado de este supuesto no significa que la subrogación del artículo 16 haya de aplicarse inexorablemente. Tal posibilidad podría quedar reservada, como señala la sentencia de 1ª instancia a los contratos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y a aquellos otros en los que el régimen sea distinto del consorcial y aun en tales casos habría de contemplarse el actual régimen de protección a la vivienda familiar.

Los anteriores razonamientos llevan a la estimación del recurso de casación por infracción del artículo 28.2.i de la Ley 2/2003, de 12 febrero (actual art. 210.2.i CDFA).

ARRENDAMIENTO ESPECIAL DE VIVIENDA VS. CÓDIGO CIVIL

En mi opinión, y haciendo un planteamiento más general que el que presupone la sentencia comentada, no ha terminado todavía de analizarse en su integridad la recíproca interrelación de efectos entre el Cc. y las leyes especiales que, con mayor o menor intensidad, han convivido en España a lo largo del siglo pasado y siguen todavía conviviendo. Superada ya la polémica acerca de la *descodificación civil*, prolongada entre nosotros después de que IRTI rectificara su inicial postura, –viniendo a reconocer a la postre, con la mayoría de la doctrina italiana, el valor central de los Códigos civiles– está todavía por investigar la conveniencia de la posible incorporación al Cc. de 1889 de algunos aspectos del régimen especial locativo de la vivienda que una larga experiencia durante el siglo pasado aconsejan conservar. Me parecen claros algunos puntos: 1º) El primitivo régimen codicial del arrendamiento de viviendas ignoró cualquier regulación de su destino, a saber servir de habitación a una familia, principal, –aunque no exclusivamente–, basada en el matrimonio; 2º) Por razones temporales aquel régimen no pudo contemplar el desarrollo de la denominada potestad doméstica de cada cónyuge (art. 1319 Cc.), ni las exigencias de protección de la vivienda principal de la familia introducidas ambas por la Ley de 1981(art. 1320 Cc.); y 3º), por iguales razones también desconoció la minuciosa regulación de las consecuencias patrimoniales de las crisis matrimoniales en relación con la vivienda familiar, que ahora acoge el artículo 15 LAU de 1994.

Aceptando la descripción contenida en el artículo 2.2 LAU 1994, podría insertarse en el Cc. que se considera arrendamiento de vivienda aquel que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario y su familia. Noción que ha de completarse con los requisitos básicos de la edificación enumerados en el artículo 3.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, así como con el artículo 27, f) LAU 1994 que establece la sanción

resolutoria cuando la vivienda deja de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Fijando la atención en los aspectos subjetivos de la locación de vivienda me parecería sumamente conveniente que se recogiera y diera solución a los aspectos personales del mismo que sólo transversal e incompletamente han tenido en cuenta las sucesivas leyes especiales, pero que reiteradamente ha resuelto contradictoriamente la jurisprudencia de las AAPP, hasta el punto de que la STS de 3 abril 2009 se ha visto obligada a sentar jurisprudencia (a mi juicio, desacertada).

Parece razonable proponer que el arrendamiento de una vivienda celebrado por cualquiera de los cónyuges deba ser contemplado a la luz del artículo 1319 Cc. por tratarse de las necesidades ordinarias y primordiales de la familia, contrato realizado conforme a sus circunstancias (entre ellas, su nivel de ingresos). De aquí que sean posibles varias modalidades de concertarlo, aunque con identidad de efectos: coarrendamiento con la intervención conjunta de marido y mujer; arrendamiento celebrado individualmente, sea por el marido sea por la mujer, con la indicación de su estado civil; arrendamiento concertado por uno con poder del otro. Si el arrendamiento de la vivienda se pacta antes de la boda, no bastaría, a mi juicio, con la mera manifestación de uno de que próximamente contraerá matrimonio con X, sino que ambos deberán intervenir y contratar conjuntamente, manifestando expresamente su voluntad. Si se concierta el arrendamiento después de dictada sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, en principio, estaríamos fuera de la hipótesis aquí contemplada, salvo que ambos cónyuges o ex-cónyuges actuaran precisamente para ejecutar el convenio regulador o la sentencia que ha resuelto la crisis matrimonial (por ej. una vivienda propiedad del marido deja de servir de tal a la mujer y a los hijos menores por pretender aquél enajenarla, por lo cual ambos cónyuges acuerdan sustituirla en su finalidad por otra vivienda perteneciente igualmente al marido).

Ya se comprende que calificar de coarrendamiento el supuesto normal implica eliminar la aplicación de la subrogación *mortis causa* del cónyuge del arrendatario, mantenida en todas las leyes especiales y últimamente, –aunque con mucho menor alcance práctico–, en el artículo 16 LAU 1994. Adviértase que, a partir de la LAU 1944 y hasta la LAU de 1964, dicho mecanismo fue uno de los pilares de la protección de los arrendatarios, junto al bloqueo de las rentas, ya que podía asegurar, sin excesivas complejidades, la continuidad en el contrato locativo hasta de tres generaciones de arrendatarios. A nadie extrañaba, por tanto, que el legislador exigiera estrictos requisitos formales para su aplicación. Por otro lado, recurrir a dicho mecanismo legal, evitaba profundizar en los problemas –veces, complejos–, del coarrendamiento, que pocas veces se invocaba ante los tribunales. Ahora bien, mantener en 1994 un estricto formalismo para aplicar los escasos efectos de la subrogación *mortis causa,* carece de razón de ser, especialmente si se pretende hacerlo con supuestos de auténtico coarrendamiento que no debieran regularse en ningún caso por el artículo 16 LAU 1994.

En la ley vigente se han incluido otras normas para el arrendamiento de vivienda que, en sí mismas, carecen de explicación suficiente si no se recurre a

la figura del coarrendamiento, aunque hay que reconocer que la normativa dista de ser clara. Dice el artículo 12.1 que si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, *sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge*. En mi opinión no es norma que pueda calificarse de innecesaria por estar meramente implícita –y no expresa– la regla de presunción legal a favor del correndamiento, siendo también útil que se ratifique la aplicación al supuesto del artículo 1320 Cc., el cual, por formar parte del régimen matrimonial primario se aplica *con independencia del régimen económico matrimonial de los cónyuges arrendatarios*. Pero las formalidades se dulcifican de algún modo en relación con el artículo 16 pues en la hipótesis contemplada hace recaer sobre el arrendador la carga de requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad de continuar con el arrendamiento de la vivienda (art. 12. 2), subsistiendo el contrato de no hacerlo. Pero en el supuesto del artículo 12.3 vuelve a imponerse al cónyuge del arrendatario que con él conviva, la obligación positiva de notificar por escrito su voluntad de continuar el arrendamiento, extinguiéndose el contrato por falta de notificación.

LA STS DE 3 ABRIL 2009 INTERPRETA ERRÓNEAMENTE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

A mi juicio la STS de 3 abril 2009, que ha tratado de unificar la jurisprudencia contradictoria de las AAPP en la materia que nos ocupa, no interpreta adecuadamente la jurisprudencia del TC. Aquélla resuelve el recurso de casación contra la sentencia de la sec. 3.ª de AP Murcia, de 23 febrero 2004, que revocó la de primera instancia apoyada en la STC de 31 octubre 1986, y las SSAAPP de Pontevedra de 5 mayo 2003, de Alicante de 5 marzo 2002, de Santa Cruz de Tenerife de 5 febrero 2001 y de Cáceres de 25 mayo 2000, sentando que «*fallecido el esposo, uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste el contrato con la otra titular, la esposa, demandada, por derecho propio y no en virtud de subrogación prevista legalmente*, conclusión que no se contradice ni con la actuación acreditada de la demandada, que continuó pagando los recibos conforme a la titularidad formal del contrato, ni con su respuesta al requerimiento de la demandante, manifestándole su intención de subrogarse». El TS trata de diferenciar su argumentación de la doctrina de la STC 135/1986, de 31 octubre, a la que puede añadirse la 159/1989, de 6 octubre, doctrina que el TS considera inaplicable al caso. Así la 135/1986 resuelve un recurso de amparo en el que el piso arrendado por el marido se había adjudicado a la esposa y a los hijos en el procedimiento de separación matrimonial, y ante el desahucio por falta de pago [impago movido, probablemente, por un *animus nocendi* por parte del marido: G.G.C.], la mujer había pretendido comparecer en el procedimiento, lo que le fue denegado por los tribunales inferiores, pero el TC (Pte: Excmo. Sr. DE LA VEGA BENAYAS) consideró un supuesto asimilado al litisconsorcio necesario, al ser los cónyuges copo-

sesores de un bien arrendador en beneficio de la familia, por lo que admitió el amparo. La STS 159/1989 consideró que había un trato desigualitario en la derogada LAU cuando solamente preveía la sucesión por causa de muerte del local de negocio y no en los casos de separación. La STS de 2009 afirma que en las transcritas sentencias el TC tiende a proteger la vivienda familiar con base en los artículos 39 y 47 CE, pero no se puede aplicar en el caso que nos ocupa porque la vivienda ya no tiene la característica de familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento del marido. En definitiva se sienta la siguiente doctrina: 1.º) Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y, por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan contraído no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. 2.º) El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario. Y 3.º) La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el art. 16 LAU 1994, aplicable en este caso en virtud de la disp. trans. 2.ª , ap. B) de aquélla.

CONCLUSIONES SOBRE LA STSJ DE ARAGÓN DE 14 MAYO 2010

Tratándose de una cuestión debatida jurisprudencialmente, el TSJ de Aragón ha optado por seguir la dirección marcada por la STS de 2009. Yo creo que, en términos generales, la sentencia ha omitido profundizar en lo que en el ordenamiento postconstitucional español en su conjunto significar concertar una locación urbana con destino a las necesidades primordiales de la familia, y ello con base en los artículos 39 y 47 CE, y arts. 1319 y 1320 Cc. Ello significa que tal contrato no está en función del régimen económico bajo el que vive el matrimonio (pues los preceptos se aplican con independencia del mismo) en el régimen del Cc., aunque las ulteriores consecuencias patrimoniales internas pueden diferir según se trate de un régimen de separación o de comunidad, sino que afecta estructuralmente al momento constitutivo del arrendamiento. Ello significa que, de un contrato locativo en el que únicamente interviene una persona que actúa para sí, hay que pasar normalmente a un arrendamiento solidario, que sólo se extinguirá cuando fallezca el último de los cónyuges, y ello sin olvidar el régimen específico de las crisis matrimoniales que aquí no consideramos específicamente. Importante resulta destacar que no procede aplicar el régimen de la subrogación *mortis causa*, antiguo mecanismo protector del arrendatario, reducido hoy a su mínima expresión, del que no hay razón convincente actualmente para conservar a ultranza su rígido formalismo.

Pero si surgiera alguna duda sobre la desestimación del recurso de casación interpuesto por la empresa arrendadora, bastaría para disiparla la consideración

del derecho subjetivo a la vivienda que todos los ciudadanos españoles gozan en los términos del artículo 4. a) TR Ley del Suelo de 2008, en conexión con el artículo 47 CE (que también menciona, –curiosamente–, la STS de 2009), y que en el presente caso hubiera podido alegar el viudo, en su dimensión conservadora, al objeto de reforzar su posición jurídica en el pleito, ratificando así su plena cualidad de arrendatario[1].

En resumen, el contrato locativo celebrado por la mujer en 1972, anulable eventualmente en su momento, no fue impugnado, a lo largo de su vigencia, por ella misma como única persona legitimada, quedando su validez plenamente ratificada o convalidada en el momento de su fallecimiento. Sobreviviéndole su viudo, bajo la perspectiva de la legislación especial, de aplicación general, no podía menos de considerársele coarrendatario con derecho a disfrutar del piso como tal hasta su muerte. A mayor abundamiento, su indudable derecho a conservar la vivienda que le otorga el TR de la Ley del Suelo de 2008, permite eliminar las posibles dudas que pudieran surgir sobre su derecho a continuar como arrendatario. Y si además se toma en consideración su cualidad de aragonés, hay que adherirse plenamente al Voto particular formulado y argumentado exhaustivamente por el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA.

[1] Me remito a mi amplia recensión titulada «¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?», RJNot, abril-junio 2010, pp. 491 ss., del vol. coord. por LÓPEZ RAMÓN, «Construyendo el derecho a la vivienda», 2010.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TSJA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009, SOBRE SERVIDUMBRE DE PASO

Elena Bellod Fernández de Palencia

RESUMEN

El hueco en el muro divisorio entre los dos predios sin acceso a camino o vía es signo aparente de servidumbre de paso. Es aplicable el artículo 147 de la Compilación, en virtud del cual se adquiere la servidumbre aparente por usucapión. El nuevo estado de los predios impide el uso de la servidumbre, por lo que desde el momento en que el actor construyó el muro, se produjo la causa de extinción de la servidumbre prevista en el artículo 546, 3.ª del código Civil.

Palabras clave: Servidumbre de paso. Usucapión. Signo aparente. Extinción por el nuevo estado de los predios. Tercero hipotecario.

ABSTRACT

A space in the dividing wall between two lands without access to a path or road is an apparent sign of easement of access. Article 147 of the Compilation of Civil Law of Aragón is applicable, whereby an apparent easement is acquired by usucaption. The new status of the land prevents use of the easement; therefore from the moment the plaintiff built the wall, a cause of extinction of the easement foreseen in article 546.3 of the Spanish Civil Code resulted.

Key words: Easement of access. Usucaption. Apparent sign. Extinction due to the new status of the land. Third party in good faith.

ANTECEDENTES DE HECHO

En nombre y representación de S, se presentó demanda de juicio ordinario sobre servidumbre de paso, contra la sociedad mercantil Promociones M y G, suplicando se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare entre otras cuestiones: la existencia de una servidumbre de paso de la que es predio dominante la finca propiedad de S, y predio sirviente las fincas propiedad de la demandada, que constituyen una comunidad, adaptada a la Ley de Propiedad Horizontal; que como consecuencia de la anterior declaración, condene a la demandada a la demolición de cuanto haya construido o edificado, en la finca de su propiedad, en perjuicio de la servidumbre de paso, por el lugar y del modo que el predio sirviente fije siempre y cuando quede libre y expedito un paso que permita el acceso de personas y caballerías cargadas o vacías.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando íntegramente la demanda.

Se interpone por la parte demandada (Sociedad mercantil Promociones M y G) recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La Audiencia Provincial de Huesca estimó el recurso de apelación en su totalidad interpuesto por la demandada contra la Sentencia referida. Desestima la demanda de S y absuelve a la demandada (Sociedad Mercantil Promociones M y G).

S presentó recurso de casación contra la anterior Sentencia de la Audiencia en base a un único motivo: la infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictó auto admitiendo el recurso a trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. La parte demandante (S) señala que la titularidad de la servidumbre viene debidamente acreditada por la existencia de un título del año 1790 en que expresamente se establecía su constitución y además aunque se careciera de él, la servidumbre habría sido adquirida por usucapión por virtud de lo previsto en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por existir signos aparentes del uso de la servidumbre, en concreto una puerta, por mucho tiempo mas que el que exige el artículo citado.

La parte demandada (Sociedad Mercantil Promociones M y G) alega extinción de la servidumbre, por no uso de la servidumbre durante 20 años o por renuncia tácita, deducible de la creación de otros pasos y cambios efectuados por el dueño del predio dominante que hacen imposible el uso de la servidumbre.

B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por entender debidamente acreditada la adquisición de la servidumbre por virtud de un título del año 1790 y por considerar que tal carga real era oponible al tercero adquirente al haber un signo exterior, un hueco en el muro, que la evidenciaba.

C. La Audiencia por el contrario revoca la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia: por no haberse acreditado la constitución de la servidumbre en el título aportado; por su inoponibilidad a terceros al no estar inscrita la servidumbre en el Registro de la Propiedad; y por considerarla extinguida porque no la usó el actor desde que compró el inmueble desde el año 1999.

D. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante, pues aunque la pretensión del recurrente sea estimada, como también se acepta una de las tesis de defensa de la parte recurrida, se concluye la desestimación del recurso, absolviendo a la parte demandada.

La Sentencia no entra en valoraciones sobre la validez y efectos del título del año 1790, pues ya la Audiencia Provincial, basándose en las pruebas, entiende que falta la acreditación de que tal título fuera referido a la servidumbre que pretendía el actor, por lo que al tratarse de una índole fáctica vinculado al acervo probatorio no debe ser atendido en recurso de casación.

El Alto Tribunal considera adquirida la servidumbre por usucapión, al existir un signo exterior que muestra su apariencia y al cumplirse los plazos previstos en el artículo 147 de la Compilación de Aragón.

Ante tal apariencia, destaca la imposibilidad de invocar la inoponibilidad frente a terceros de las cargas reales no inscritas, protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Y a su vez señala la extinción de la servidumbre adquirida por usucapión por darse la causa prevista en el artículo 546, 3.º del Código Civil por las modificaciones hechas en el predio dominante, que por un lado, permiten el acceso a la vía pública por otros pasos y por otro, impiden el adecuado uso de la servidumbre por dejar menos de un metro como espacio hábil de paso.

COMENTARIO

A.

El título II del libro III de La Compilación bajo el epígrafe «De las Servidumbres», recoge parcialmente el régimen jurídico: de luces y vistas, de las instituciones de origen foral en derechos de pastos y otros aprovechamientos y de la usucapión de las servidumbres aparentes y no aparentes.

Siguiendo al profesor Argudo: una regulación tan escasa del tema, solo cinco artículos (145 a 148), permite un amplio campo de aplicación supletoria del Código Civil, lo que no trae pocas complicaciones al intentar coordinar las nor-

mas estatales con los principios que inspiran las normas aragonesas, especialmente en materia de interpretación de los conceptos utilizados.

Las servidumbres, tanto aparentes como no aparentes, según señala la Compilación (arts. 147 y 148), y a diferencia de lo regulado en el Código, pueden adquirirse por usucapión: extraordinaria, para las servidumbres aparentes, al no necesitarse justo título ni buena fe; y ordinaria, por sí necesitarlo, para las no aparentes.

En ambos casos, y para todas ellas, incluso las no reguladas en la Compilación, se requieren 10 años entre presentes y 20 entre ausentes.

Termina indicando el artículo 148 Compilación que la posesión inmemorial produce los efectos de la prescripción adquisitiva si es pacífica y no interrumpida.

En consecuencia, solo ante falta de acreditación de título (se presume que se perdió), las servidumbres no aparentes, (con posesión no viciada y no interrumpida ni natural ni civilmente), pueden adquirirse por la posesión inmemorial. Sería en tal caso la posesión inmemorial pacífica y no interrumpida el título habilitante de la servidumbre de paso.

B. Servidumbre de paso

Para la calificación de la servidumbre de paso habrá que acudir al Código Civil.

Así, según el artículo 532 del Código Civil:

– Las servidumbres, aparentes son las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos externos que revelan el uso y el aprovechamiento de las mismas

– Y no aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

– Son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre.

– Y discontinuas, cuando se usan a intervalos mas o menos largos y dependen de actos del hombre.

En consecuencia, una servidumbre de paso puede ser aparente o no, y discontinua.

La servidumbre será forzosa si el paso es de naturaleza imprescindible, así, el artículo 564 del Código Civil señala que el propietario de la finca enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización. Y si lo es, su contenido es típico y preestablecido y su régimen jurídico aplicable el determinado para las servidumbres de paso forzosas (arts 564 a 570 del Código Civil) y subsidiariamente las normas relativas a las servidumbres en general.

Son voluntarias las servidumbres, cuando su origen se encuentra en la voluntad o en la actividad de los particulares. De manera que, como señala Lacruz, se incluye dentro de esta clasificación, las servidumbres adquiridas por usucapión, al proceder de la iniciativa de la conducta humana y de los intereses que ésta persigue.

Los artículos 147 y 148 de la Compilación son el régimen aplicable para la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso. Si es aparente, se requiere exclusivamente, la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y si no es aparente, se exige justo título y buena fe, aparte de la posesión durante los mismos plazos ya citados y en todo caso, cabe la adquisición por prescripción inmemorial.

Tanto si la servidumbre de paso es aparente como si no lo es, se requiere, la *posesión efectiva*, pacífica, no oculta y no interrumpida, *«unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos»*, según reza el artículo 430 del Código civil.

El régimen de extinción de la servidumbre voluntaria de paso está recogido en los artículos 546 a 548 Cc. El no uso durante veinte años, el que los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre y la renuncia del dueño del predio dominante, son causas de extinción citadas a lo largo del procedimiento.

Cuando la servidumbre de paso es forzosa, según señala el artículo 568 del Código Civil, si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario o se abre un nuevo camino que de acceso a la finca enclavada, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre.

C. Tema controvertido

La cuestión a debatir se centra en la existencia o no de una servidumbre de paso y para el análisis del tema es relevante hacer las siguientes consideraciones:

– Es principio de Derecho que la propiedad se presume libre y que quien sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas.

– La servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño lo que supone una limitación en el ejercicio de la propiedad, que requiere ser acreditada por el que la alega.

– Los principios generales del derecho y la jurisprudencia del Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes (STS de 27 de junio de 1955 y en análogo sentido la STS de 11 de marzo de 2003).

– Pero ese principio de interpretación favorable al derecho de propiedad, solo puede prevalecer en los casos dudosos.

Bien, pues en el caso que nos ocupa, de la prueba practicada resulta que hay un hueco en el muro divisorio entre las dos fincas, cerrado por un jergón; tanto su existencia como las obras realizadas con posterioridad, es quizá lo único que ha quedado plenamente acreditado a lo largo del procedimiento.

Ya, la Sentencia del TSJ señala las diferencias de apreciación fáctica y jurídica en las Sentencias de Primera y Segunda Instancia, dudas de hecho y derecho para la resolución del caso, que han dado lugar a que el Alto Tribunal estime la pretensión del recurrente en el recurso de casación, aunque luego desestime el recurso al aceptarse parcialmente la tesis de la defensa de la parte recurrida.

En efecto, resulta sorprendente: que el título de la servidumbre de paso se considere acreditado por el Juzgado de Primera Instancia y en cambio, la Audiencia no comparta esta consideración; y que exista a lo largo del procedimiento apreciaciones fácticas y jurídicas tan divergentes en tema de usucapión.

D. Signo aparente

Habrá que acudir al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil para saber cuando un signo exterior es signo aparente de servidumbre.

La doctrina extrae de la citada norma los siguientes requisitos:

a) Se trata de una signo exterior que revela el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

b) Es necesario que el signo sea exterior y visible y suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre.

c) Deben incluirse únicamente los signos materiales, esto es, aquellos que son manifestación de la realidad y no los signos simbólicos que, aunque pueden anunciar la posible existencia de una servidumbre, no exteriorizan el aprovechamiento y uso del derecho.

d) Deben ser objetivos. Por sí solos, deben ser capaces de revelar la existencia de un derecho de servidumbre y el tipo de servidumbre del que se trata.

e) Debe ser un signo permanente, elemento éste que debe interpretarse en el sentido de rechazar los signos u obras de carácter provisional.

f) Deben hallarse en una relación funcional con la finca. Tiene que revelar los signos el contenido exacto del derecho, su extensión y límites, de modo que de la simple observación de los mismos pueda deducirse cuál es el uso y aprovechamientos concreto que puede realizar el titular del derecho.

En el presente caso, el signo exterior es un hueco practicado en el muro de piedra que delimita ambas fincas tapado por somier o jergón metálico a modo de puerta.

Resulta probado y reflejado en las fotografías obrantes en las actuaciones recogidas en el Acta Notarial de 9 de marzo de 2004, la constancia de la existencia de un hueco voluntariamente construido en el muro de mampostería, divisorio de las fincas de los causahabientes de las actuales partes, que permite el acceso desde la finca propiedad del demandado a la del demandante.

Así las cosas, una vez acreditada la existencia del hueco en el muro, habrá que entrar en otras consideraciones: si es signo aparente de servidumbre y, si ha habido posesión efectiva.

Ya hemos visto que los signos exteriores para ser signos aparentes de servidumbre han de revelar inequívocamente la existencia de la misma, además de revelar su contenido exacto, extensión y límites. Todo ello debe deducirse de la simple observación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de junio de 2.010 en relación a un tema de servidumbre de paso de vehículos, señala que »Debería matizarse el criterio de la sentencia (de la Audiencia) según el que con carácter general, las puertas tienen que abrirse a camino o carril para poder ser consideradas signo aparente de servidumbre, pues ello, señala el TSJ, dependería de las circunstancias que en cada supuesto concurran» y que en el caso controvertido (una servidumbre de paso de vehículos) «…Poco o nada añade a efectos de la apariencia, la puerta existente en la referida casa».

De manera que, en el caso de la Sentencia del 2.010,a pesar de existir una puerta no se califica a la misma como signo aparente de servidumbre.

En consecuencia, no cabe afirmar con carácter general lo que no señala la ley, es decir, que cuando la puerta no acceda a vía o camino, no hay signo aparente de servidumbre (parece ser criterio de la Sala Civil de la Audiencia Provincial de Zaragoza) o que lo hay siempre que haya puerta en un muro divisorio (criterio de la Jurisprudencia). La calificación dependerá, como señala la citada Sentencia de las circunstancias que concurran

Así las cosas, en el tema que nos ocupa, el hueco en el muro, tapado con un jergón metálico y que no se abre a ningún camino ni vía, resulta difícil considerarlo signo aparente de servidumbre de paso de personas y caballerías, incluso cargadas, porque de la observación no cabe deducir que el somier sobre el hueco sea una puerta que se dedica al paso de aquéllas de carácter permanente.

En la lejanía, el hueco junto al jergón, se asemeja a un mueble abandonado apoyado en el muro; y en la cercanía, a »un apaño»,una solución a una situación transitoria o tolerada, propia de las relaciones de vecindad tan arraigadas en el derecho aragonés.

Cuál sea el concepto en que se adquirió la posesión es de gran relevancia porque por muy prolongados que sean los actos de paso, la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario.

Además, como el hueco no está abierto a vía o camino determinado, por sentido común se entiende, que el paso para acceder a la calzada pública será mudable; en consecuencia, si existe servidumbre, no lo será aparente, al no ser el signo exterior, permanente, instrumental e inequívoco que revele objetivamente el uso de la servidumbre (STS de 25 de abril de 1994, 17 de septiembre de 1992).

Por todo ello, se concluye que, el hueco y el jergón puede ser un signo exterior de servidumbre pero no parece que lo sea aparente, pues no revela, ni la existencia, ni el contenido exacto del derecho, su extensión y límites y de la simple observación no puede deducirse cuál es el uso y aprovechamientos concreto que puede realizar el titular del derecho.

E. Constitución de las servidumbres

Las servidumbres pueden tener su origen en un título constitutivo o adquirirse por usucapión.

Pasamos a examinar si en el tema objeto de estudio se da alguno de estos supuestos:

1. Adquisición por título constitutivo (negocio jurídico o sentencia).

El demandante presenta un título del año 1790, que la Audiencia, basándose en las pruebas practicadas, entendió que faltaba la acreditación de que aquél se refiriese a la servidumbre que pretendía el actor, por ser de contenido genérico e indeterminado.

En consecuencia, a falta de referencia expresa del título aportado al procedimiento, a las fincas del demandado, se excluye esta forma de adquisición.

Y al no haber título, sólo cabe, en su caso, la adquisición por usucapión.

2. Adquisición por usucapión.

2.1. *Introducción*

Como ya señalamos, las servidumbres aparentes pueden adquirirse por usucapión en 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe. Y las no aparentes, en el mismo plazo, pero con justo título y buena fe; y en todo caso por posesión inmemorial.

La servidumbre de paso puede ser aparente o no aparente, según pueda ejercitarse por lugar determinado con signo visible, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo exterior visible de su uso o ejercicio.

2.2. *Servidumbre de paso aparente*

Recordamos que la apariencia según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto a otro.

Supongamos que el signo exterior, el hueco en el muro tapado por un jergón, revela objetivamente la existencia de la servidumbre de paso. Estaremos ante una posible servidumbre aparente.

Para que la servidumbre aparente se adquiera por usucapión se exige como único requisito la posesión *«ad usucapionem»* durante los plazos de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes sin necesidad de título ni buena fe, es decir la posesión civil y no la mera tenencia material o la posesión natural, en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, pública, pacífica y no interrumpida.

La usucapión está fundada en la posesión efectiva de la cosa. No supone uso la mera existencia de un signo aparente, salvo si puede justificarse mediante la servidumbre.

Se precisa por tanto que durante el tiempo señalado por la Ley (diez años entre presentes o veinte entre ausentes), el dueño del predio dominante haya poseído efectiva y continuamente el derecho de paso.

En consecuencia, será necesario probar entre otros requisitos, la antigüedad de la existencia del hueco y su uso. La parte actora sólo ha probado la existencia de aquél pero no ha acreditado la antigüedad del mismo ni el tiempo en que se ha venido utilizando el paso.

La prueba testifical practicada y reflejada en la Sentencia del Juzgado evidencia que al menos hasta el año 1999, era utilizada la finca del actor, sin otro paso que el abierto en el muro, pero nada se señala sobre cuándo empezó a usarse.

La determinación del «dies a quo» es relevante porque a partir del mismo comenzará a computarse el plazo de la usucapión.

En las servidumbres aparentes discontinuas, la doctrina en Aragón entiende, que el cómputo empieza a contarse, desde que hubiera comenzado a ejercerla sobre el predio sirviente (el art. 538 del Cc. lo señala para las servidumbres continuas y aparentes).

Así, señala Lacruz, que no es suficiente la pura y simple presencia de obras visibles, que el «*dies a quo*» no se cuenta a partir de la finalización o ejecución de aquellas, sino que se requiere además el ejercicio de la actividad según contenido de la servidumbre, correspondiéndole la prueba del mismo a quien pretende usucapir.

En el caso que nos ocupa el actor no ha podido demostrar, ni el concepto de adquisición de la posesión, ni a partir de qué día comenzó la usucapión, y en consecuencia, la posesión efectiva y en concepto de dueño durante los 10 años de posesión exigidos por el artículo 147 de la Compilación.

A falta de prueba, la propiedad se presume libre, por lo que no cabe considerar adquirida por usucapión la servidumbre de paso *aparente*.

2.3. *Servidumbre de paso no aparente*

Como ya se ha señalado en el texto, el signo exterior, hueco en el muro divisorio, sin acceso a ningún camino, senda o vía, y tapado con un jergón, no revela de forma inequívoca la existencia de una servidumbre de paso, de personas y caballerías, por lo que de existir la carga real, se trataría de una servidumbre no aparente.

Al tratarse de una servidumbre no aparente requeriría para su adquisición por usucapión según señala el artículo 148 Compilación: la posesión con justo título y buena fe durante los plazos de tiempo señalados en la norma, diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Y en todo caso, su posesión inmemorial producirá los efectos de la prescripción adquisitiva.

Como no se ha acreditado la existencia de título, habrá que acudir a la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida como título habilitante de la servidumbre de paso.

Las Observancias definían a la posesión inmemorial como aquella cuyo origen se ha perdido en la memoria de los hombres, sin constar noticia en contrario.

Como señala Argudo, tanto los textos forales, como los Proyectos y el artículo 14 del Apéndice, contemplaron la posesión inmemorial como modo de adquirir las servidumbres. Asimismo, aquel autor indica que en la doctrina foral histórica la posesión inmemorial es la testimoniada por personas de mas de cincuenta años, con mas de cuarenta de memoria, que puedan narrar lo vivido por ellos y lo visto y oído por sus padres.

En el Anteproyecto de 1961, al final de la regulación de la adquisición de servidumbres por usucapión se señalaba: «En todas ellas, además, la posesión inmemorial». Pero la Comisión General de Codificación sustituyó esta expresión por: «en todo caso…» recogida finalmente en el párrafo segundo del artículo 148 de la Compilación.

El Anteproyecto, por tanto, aplicaba la posesión inmemorial a todas las servidumbres mientras que la Comisión General de Codificación no compartió su criterio al encuadrar la posesión inmemorial en sede de servidumbres no aparentes (art. 148, 2 Compilación)

De manera que, cuando el artículo 148, 2 de la Compilación señala que la posesión inmemorial producirá los efectos de la prescripción adquisitiva si es pacífica y no interrumpida, se está refiriendo a la servidumbre no aparente. Para ello, será necesario que se trate de una posesión efectiva, pública, pacífica y no interrumpida, hasta el momento en que se pretenda hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre.

En el caso que nos ocupa, la prueba testifical, evidencia que al menos hasta el año 1999 sí era utilizada el hueco del muro como paso a la finca del demandante.

Así las cosas podría entenderse acreditada la posesión inmemorial como título de adquisición; pero tampoco es aplicable porque se exige que sea pacífica y no interrumpida, hasta el momento en que se pretenda hacer valer, y es obvio que no se cumple la primera, y en cuanto a la segunda, ya se señala en la Sentencia que el paso no ha sido utilizado desde que el actor compró la finca.

E. Fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia

E.1.

El Fallo estima la pretensión del recurrente respecto de ser titular de servidumbre adquirida por usucapión, aunque igualmente estima la petición del recurrido al declarar extinguida tal carga real sobre su finca y en consecuencia, procede la absolución de la parte demandada. Por lo que el recurso finalmente queda desestimado.

La estimación de la pretensión del recurrente en casación, de que sí adquirió la servidumbre por usucapión, se basa en la calificación del hueco del muro,

tapado con el jergón, como elemento permanente que muestra apariencia de servidumbre y en el cumplimiento de los plazos de uso previstos en la norma (art. 147 de la Compilación).

Como consecuencia de la existencia de la servidumbre aparente, se señala la oponibilidad a terceros, aun no constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin poder invocar la protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Pero sigue argumentando el Alto Tribunal que de facto, el nuevo estado de los predios impide el uso de la servidumbre, por lo que desde el momento en que el actor construyó el muro, se produjo la causa de extinción de la servidumbre prevista en el artículo 546, 3.ª del código Civil.

Así las cosas, según el Tribunal Superior de Justicia, existió servidumbre de paso pero se extinguió, por lo que la parte demandada no está obligada a derribar las edificaciones que la impedían.

El Fallo se basa en las siguientes pruebas obrantes en los autos:

– Se acredita que una y otra finca han sufrido en la actualidad importantes cambios en su conformación, como la desaparición del desnivel que impedía que el predio dominante tuviera paso por otro lugar, pudiéndose en la actualidad llegar a él desde la vía pública urbana.

– También está acreditado que el recurrente construyó edificaciones dejando un espacio hábil de menos de un metro para llegar al lugar que antes ocupaba el hueco por el que se accedía al predio dominante.

E.2.

Así las cosas, la Sentencia entiende adquirida por usucapión una servidumbre de paso aparente, cuando no se ha demostrado los plazos de uso previstos en el artículo 147 de la Compilación.

Se fundamenta el fallo en la prueba testifical que acredita que al menos hasta el año 1999, sí era utilizada la finca del autor, sin otro paso que el abierto en el muro. Pero no se determina cuando comenzó a usarse el paso.

Podría ser un supuesto de adquisición por prescripción inmemorial si bien –además de que su interpretación ha de ser restrictiva y referida exclusivamente a las servidumbres de paso no aparentes, y no a las aparentes– ya se ha señalado la imposibilidad de la misma por faltar el requisito de que sea la posesión pacífica y no interrumpida.

Al calificarse la servidumbre de aparente, el Fallo señala que a la parte demandada no se le aplica la protección registral recogida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero por otro lado, como veremos posteriormente, en tema de extinción, señala extinguida la servidumbre porque el paso al tan citado hueco lo considera de imposible acceso.

Así las cosas, si la servidumbre es aparente, efectivamente no se dará la protección que otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero si se considera que en el estado en que se encuentra el predio, supuestamente dominante, es imposible apreciar un paso, se deberá concluir que el signo exterior no es tan aparente como se defiende, por lo que además y, en tal caso, la parte demandada sí podría alegar la protección registral del artículo 34 Ley Hipotecaria, al no estar inscrita en el Registro de la Propiedad la carga real, no aparente, en el momento de la compra

E.3.

En tema de extinción, admitiéndose, en su caso, la adquisición de la servidumbre por usucapión, entiendo que no cabe hablar de extinción por la causa tercera del artículo 546 del Código Civil («Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre…»),como señala el Fallo.

El acceso se hace mas incómodo pero no imposible. Una persona puede pasar por una anchura de un metro para acceder a aquel hueco, que recordemos que es el signo exterior y que él, sí mantiene sus dimensiones.

También entiendo irrelevante que de hecho se hayan venido utilizando otras vías al camino público construidas por el demandante, por las que se obtiene acceso desde la calle pública a los actuales bloques de viviendas construidos en la que era finca dominante de uso rústico, pues como señala la STS de 23 de marzo de 2001 cuando no se discute la constitución de una servidumbre forzosa de paso a favor de los actores, sino la existencia o no de una servidumbre voluntaria de paso adquirida por usucapión con arreglo al artículo 147 de la Compilación, huelga toda consideración acerca de la existencia o uso de otras salidas o pasos alternativos o de su extinción a tenor de los dispuesto en el artículo 568 del Código Civil, que sólo es de aplicación a las servidumbres forzosas y no a las puramente voluntarias.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que a las servidumbres voluntarias no les son aplicables, en general, los preceptos que regulan las servidumbres legales (STS 2 de mayo 1983, 15 de febrero 1989); ello, sin perjuicio de la eventual aplicación supletoria de algunas de éstas reglas a aquellas servidumbres, en virtud del artículo 598 CC.

F. Conclusión

Las servidumbres de paso pueden adquirirse por título, o por usucapión. En defecto de título serán aplicables los artículos 147 y 148 de la Compilación que regulan la adquisición de las servidumbres por usucapión.

Para la aplicación de los artículos 147 y 148 de la Compilación, o adquisición por usucapión de las servidumbres, se exige la prueba de su posesión, durante diez o veinte años si son aparentes, sin justo título ni buena fe o, el mismo plazo, con justo título y buena fe, o desde tiempo inmemorial, si no lo son.

Las pruebas presentadas en el procedimiento no revelan de forma inequívoca:

– La existencia de un título de constitutivo.

– La realidad de un paso perenne y continuado en el tiempo que cumpla los plazos de uso previstos en las normas.

– Si hay posesión de servidumbre o acto meramente tolerado.

– Si hay posesión inmemorial.

Hay contradicciones surgidas en el propio Fallo: la servidumbre aparente de paso y por tanto oponible a terceros, no casa con edificaciones, que según aquél, hacen imposible el acceso al paso, y por tanto, difícilmente pueden hacer presagiar la existencia del mismo. ¿Es aparente o no lo es? y en consecuencia: oponible, inoponible…

Así las cosas, la evidente falta de pruebas a lo largo del procedimiento, sus contradicciones, han provocado, como señala el Alto Tribunal, dudas de hecho y derecho para la resolución del caso.

Pues bien, en caso de dudas, por el principio general del derecho de que la propiedad se presume libre, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aconseja dar una interpretación restrictiva a favor del predio sirviente en materia de imposición de gravámenes.

En consecuencia, siendo el caso presente un supuesto dudoso, al no haber acreditado debidamente la parte actora la existencia de la servidumbre de paso a favor de su predio, se concluye el derecho de propiedad de la parte demandante sobre el suyo, libre de la citada carga real.

Por ello, no entramos a dilucidar, porque no ha lugar, sobre la protección del tercero en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni sobre la extinción de la carga real.

G. Informe de la ponencia designada en la comisión institucional sobre el proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial de Aragón*

La concisión de las normas de la Compilación supuso la aplicación supletoria del Código Civil. El Proyecto de Ley establece una regulación completa sobre servidumbres que evita la citada supletoriedad.

De la nueva regulación serían normas aplicables, los preceptos dedicados a las clases de servidumbres; a la constitución, en especial a la usucapión; y a la extinción de servidumbres.

---

* La Ley de Derecho civil patrimonial se promulgó el 2 de noviembre del 2010 y por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprobó el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA)».

1. Clases

El artículo 16 (art. 552 CDFA) clasifica las servidumbres en positivas o negativas, aparentes o no aparentes, continuas o discontinuas.

Respecto a las aparentes señala que se anuncian por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma. Y no aparentes, todas las demás.

La clasificación y qué se entiende por signo aparente no ha variado sustancialmente del régimen aplicable en el texto.

2. Constitución

El artículo 25 (art. 561 CDFA) comienza señalando que las servidumbres se constituyen: por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente; por voluntad del titular de la finca dominante con carácter forzoso; por signo aparente; y por usucapión de las servidumbres.

Son las mismas causas a las que hemos hecho alusión en el texto, aunque redactadas con mayor precisión, salvo, la admisión de la constitución de servidumbre por signo aparente entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, en el supuesto de que se enajenara una de ellas y no se exprese lo contrario en el título de enajenación; supuesto que nada tiene que ver con el tema controvertido.

3. La usucapión de servidumbres

Las normas referidas a la usucapión de las servidumbres aparentes y no aparentes tienen el mismo contenido que los artículos 147 y 148 de la Comp. Es de destacar, el precepto que señala cómo se computa el tiempo a efectos de cumplir los plazos de usucapión, se reconoce de forma expresa el criterio que hemos aplicado en el texto, *«se contará desde el día en que el titular de la finca dominante hubiera empezado a ejercerla sobre la finca sirviente»*.

4. Extinción de servidumbres

Hay que reseñar la extinción por modificación de las fincas por ser el que se ha alegado por el Fallo como causa de extinción.

Pero el artículo 36 (art. 572 CDFA) sólo se refiere en concreto al supuesto de división o segregación de la finca dominante o sirviente, permitiendo exigir, respectivamente, al titular de la finca sirviente o los titulares de las fincas resultantes, la extinción de la servidumbre para las que no sea necesario el uso de la misma. Precepto que no sería aplicable porque ni el predio dominante, ni el sirviente han sufrido división ni segregación alguna

En consecuencia, nada tiene que ver este artículo con la causa de extinción recogida en el artículo 546,3º Cc. que aplica el Fallo: «las servidumbres se extinguen por:… 3.º Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella…». No hay una norma similar en el articulado del Proyecto.

Por tratarse de una norma aplicable a las servidumbres forzosas de paso, y no a las voluntarias, tampoco sería de aplicación la causa de extinción que señala el artículo 46, 2 del Proyecto (art. 580 CDFA): *«la desaparición de la necesidad de paso por abrirse una nueva vía que dé acceso a la finca enclavada»*.

5. Conclusión

Así las cosas, la nueva Ley del Derecho Civil Patrimonial, si fuera aplicable, no afectaría a la resolución del caso.

BIBLIOGRAFÍA

ARGUDO PÉRIZ, José Luis:

— Memoria sobre la Reforma del libro III de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Parte Segunda. De las Servidumbres.

— Manual de Derecho civil Aragonés, 2.ª Edición, El Justicia, Zaragoza, 2.007.

BUSTO LAGO, *«La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso»*

GUILARTE, V., *«La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español»* Madrid 1984.

LACRUZ BERDEJO, III Derechos Reales, Volumen II, puesta al día por Agustín Luna Serrano, Elementos de Derecho Civil, Dikinson Madrid 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L., «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», R.G.L.J, XXIX (1954)

MORALES MORENO, *«Posesión y Usucapión»*

PARA MARTÍN, A., «Artículos 283 y 284, en comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T.XXX, Madrid, EDERSA, 1987, p. 107.

SANCHO REBULLIDA, F de A. D,, *«Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres…»* (arts. 143 a 152 inclusive de la Compilación), Boletín del colegio de Abogados de Zaragoza, n.º 26, año 1967.

SAP Zaragoza (Secc 2.ª) 14 de enero de 1998.

SAT Zaragoza 13 enero 1982.

SAP Zaragoza (Secc 4.º) 25 de julio 2000.

SAP Huesca de 17 de mayo de 2002.

SAP Teruel 23 enero 2003.

SAP Huesca de 26 de julio de 2004.

SAP Zaragoza Secc 4.ª 23 de julio de 2001.

STSJA de 14 de julio de 2004.

SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 2004.

STSJA 8 de marzo 2006.

STSJA, 11 de mayo 2007.

STSJA 18 de junio 2010.

MATERIALES*

* En esta sección se pretende publicar y, por tanto, difundir, textos legales, borradores, textos en tramitación, sentencias del Tribunal Constitucional y otros documentos que sean de interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés.

I. LEY 2/2010, DE 26 DE MAYO, DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES

Publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* (*BOA)* núm. 111, de 8 de junio de 2010 (http://benasque.aragob.es:443/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&DOCR=2&SEC=LEYES&SORT=@OLEY,PUBL&SEPARADOR=&RANG=&ALEY=2010)

II. LEY 8/2010, DE 2 DE DICIEMBRE, DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Publicada en el *BOA* núm. 248, de 22 de diciembre 2010 (http://benasque.aragob.es:443/cgi-bin/EBOA/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=BOLE&DOCR=9&SEC=LEYES&SORT=@OLEY,PUBL&SEPARADOR=&RANG=&ALEY=2010)

III. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE IGUALDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES ANTE LA RUPTURA DE CONVIVENCIA DE LOS PADRES

1. Proposición de Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres

Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón (BOCA)* núm. 172, de 3 de noviembre de 2009 (http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=wfmmxphp)

2. Toma en consideración:

A. Debate y votación sobre la toma en consideración de la proposición de Ley

Publicados en el *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón* (*DISCA)* núm. 55, fascículo 1º, de 3 y 4 de diciembre de 2009
(http://www.cortesaragon.es/Diario_de_Sesiones.299.0.html?&L=phjhbzenkmun)

B. Publicación del acuerdo de toma en consideración

Publicado en el *BOCA* núm. 184, de 14 de diciembre de 2009
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=wfmmxphp)

3. Enmiendas presentadas

Publicadas en el *BOCA* núm. 208, de 12 de marzo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

4. Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional

Publicado en el *BOCA* núm. 223, de 19 de mayo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

5. Dictamen de la Comisión Institucional

Publicado en el *BOCA* núm. 225, de 21 de mayo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

6. Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón:

A. Debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional

Publicados en el *DISCA* núm. 65, fascículo 1º, de 20 y 21 de mayo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Diario_de_Sesiones.299.0.html?&L=phjhbzenkmun)

B. Publicación del texto aprobado por el Pleno

Publicado en el *BOCA* núm. 227, de 26 de mayo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=wfmmxphp)

IV. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1. Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial

Publicado en el *BOCA* núm. 203, de 22 de febrero de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

2. Prórroga del plazo de presentación de enmiendas

Publicada en el *BOCA* num. 206, de 10 de marzo de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

3. Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial

Publicadas en el *BOCA* núm. 214, de 13 de abril de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

4. Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional

Publicado en el *BOCA* núm. 259, de 19 de noviembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd

5. Corrección de errores en la publicación del Informe emitido por la Ponencia designada en la Comisión Institucional

Publicada en el *BOCA* núm. 260, de 25 de noviembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

6. Dictamen de la Comisión Institucional

Publicado en el *BOCA* núm. 262, de 9 de diciembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

7. Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón del Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial:

A. Debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional

Publicados en el *DISCA* núm. 79, fascículo 1º, de 2 y 3 de diciembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Diario_de_Sesiones.299.0.html?&L=wfmmxphp)

B. Publicación del texto aprobado por el Pleno

Publicado en el *BOCA* núm. 262, de 9 de diciembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=wfmmxphp)

C. Corrección de errores en la publicación de la aprobación por el Pleno

Publicada en el *BOCA* núm. 263, de 15 de diciembre de 2010
(http://www.cortesaragon.es/Boletin_Oficial.300.0.html?&L=idrqzzjnbsxd)

V. OBSERVACIONES DEL COLEGIO NOTARIAL DE ARAGÓN AL PROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Habiendo tenido conocimiento el Colegio Notarial de Aragón del Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, que modifica la regulación que actualmente se contiene en los Libros Tercero y Cuarto de la todavía vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón, la Junta Directiva del Colegio ha redactado y aprobado, las presentes observaciones, que son las que a continuación se contienen en este informe, al que se ha pretendido dotar de brevedad y concreción, con el fin de facilitar su comprensión y la tarea de sus destinatarios.

Es necesario comenzar expresando el respeto y consideración que el Notariado aragonés tiene hacia el Derecho civil de Aragón, del cual, incluso, se considera en buena parte como autor, ya que su formación, en muchas instituciones, arranca de los usos que la práctica notarial fue cristalizando, y que dio lugar a un Derecho peculiar, muy próximo a las personas y enraizado con el sentir aragonés, que constituye una de las principales señas de identidad de Aragón.

Por otro lado, entendemos que la actividad notarial constituye un observatorio de primera magnitud para conocer las necesidades de la sociedad aragonesa en nuestros días en el ámbito jurídico, lo que no sólo legitima, sino que, incluso, obliga al Notariado aragonés, a través de su Colegio, a trasladar a los responsables políticos estas observaciones.

El juicio general que el Proyecto merece a este Colegio es positivo y que únicamente los aspectos a que se alude en este informe, a juicio de este Colegio, deben ser modificados.

Sobre el artículo 3 del Proyecto

Este precepto regula el *«uso inocuo de la posesión ajena»*. Que los juristas suelen denominar, ya desde el Derecho Romano, y en latín, *«ius usus inocui»* entre cuyos aprovechamientos de escasa importancia, suele mencionarse el espigueo, el derecho a beber agua de las fuentes naturales o el de pasear por fincas de otro.

Por otro lado, también dicen los autores que está subordinado a que no haya oposición alguna por parte del propietario del inmueble.

Ninguno de los Derechos de nuestro país ha llegado a convertir en norma legal escrita el *«ius usus inocui»*.

Sin embargo el proyecto convierte en norma legal escrita un simple uso tolerado y limita al propietario su oposición al solo supuesto de que su prohibición no constituya un «uso antisocial» del derecho de propiedad.

Pues bien, este Colegio considera que una norma como la que contiene el Proyecto puede hacer surgir dudas acerca del alcance y los límites del derecho de propiedad y generar litigios que hasta hoy no han surgido en este ámbito. Por ello, entiende que es preferible que el *«ius usus inocui»* siga siendo una figura consuetudinaria: Y EN CONSECUENCIA, QUE SE SUPRIMA EL ARTÍCULO 3 DEL PROYECTO DE LEY.

Sobre el derecho de abolorio

El derecho de abolorio constituye un derecho de adquisición preferente que, como todos los derechos de este tipo, genera inseguridad en las transmisiones inmobiliarias, para el adquirente del inmueble, que se ve privado de él, y, también, para la entidad financiera que, en su caso, haya financiado la adquisición. Por esta razón, el legislador debe medir bien su justificación, para mantenerlo.

Si se acuerda mantener el derecho de abolorio, este Colegio considera que debería reducirse el impacto negativo que puede producir en la contratación inmobiliaria.

En particular, este Colegio quiere llamar la atención sobre CUATRO aspectos de la regulación que contiene el Proyecto de Ley.

1. Artículo 55.1: naturaleza de los bienes sobre los que recae

La justificación del derecho de abolorio está en el aprecio familiar que se tiene por un bien inmueble que ha permanecido varias generaciones en la familia. Así lo ha entendido la Jurisprudencia aragonesa, que entiende exigible un interés familiar para que esté justificado su ejercicio.

Ese interés familiar exige limitar el derecho de abolorio a los bienes inmuebles que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser portadores de ese aprecio de carácter familiar. El Proyecto de Ley incluye, como bienes que pueden ser calificados como de abolorio, a los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos. En cuanto a estos últimos, en seguida se piensa en la casa familiar, tal y como se venía entendiendo en aquellos tiempos en que la casa constituía el centro absoluto de la vida y economía familiares. Sin embargo, estas características resultan más difíciles de predicar respecto de un elemento de una propiedad horizontal, como piso, menos todavía un aparcamiento, local de negocio.

Por lo expresado, se propone la siguiente redacción alternativa para este apartado:

«1. A los efectos de este Título, son bienes de abolorio los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios destinados a vivienda que se transmitan enteros, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean

su procedencia y modo de adquisición inmediatos.»

2. Artículo 55.2: requisito de la permanencia en la familia

El artículo 55.2 del Proyecto de Ley añade una regla, que antes no existía, para aclarar el requisito de la permanencia, disponiendo que *«se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias»*.

Esta regla, que puede ser adecuada para otras materias (como la sucesión troncal, artículo 212.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, desde donde se ha tomado), consideramos que no lo es para el derecho de abolorio. Su aplicación, tal y como está redactada extiende el ámbito de este derecho más allá de lo razonable, porque no se exige un tiempo de permanencia y, ni siquiera, que el bien haya pasado por más de una generación.

Piénsese en un inmueble que es comprado por una persona de edad que, al poco tiempo de su adquisición, se lo dona a un nieto, la venta que intentara el nieto del indicado inmueble quedaría sujeta al derecho de abolorio, porque se cumplen todos los requisitos que el precepto proyectado recoge.

Por ello, proponemos una redacción alternativa para este apartado:

«Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y después a otro pariente de una generación posterior, sin que desde la primera adquisición haya salido de la familia.»

3. Artículo 60: plazo de ejercicio

Este precepto del Proyecto contiene una importante modificación respecto del Derecho vigente, cual es que el plazo para el ejercicio del retracto deja de computarse desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad; según el Proyecto, el plazo se computa desde que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales.

Esta solución puede extender de modo muy importante el tiempo durante el cual puede ejercitarse el derecho de abolorio, con el consiguiente incremento de inseguridad jurídica; en muchos casos, puede alcanzarse en su totalidad el plazo de caducidad de dos años que la norma dispone. Nótese que la posibilidad de notificación previa no resuelve estos problemas, porque los titulares del derecho de abolorio pueden ser tantos y estar tan dispersos que, en muchas ocasiones no será posible notificar a todos o será muy difícil y muy costoso.

Por ello se propone la siguiente redacción alternativa para el artículo 60.3.:

«3. El derecho de abolorio podrá ejercerse como retracto, si no se hubiese notificado el propósito de enajenar conforme a lo previsto en el apartado 1, dentro de los siguientes plazos de caducidad:

a) Cuando se hubiese notificado fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, treinta días naturales a contar desde la notificación.

b) A falta de notificación de la transmisión, el plazo será de noventa días naturales a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales.»

4. Supresión de la facultad moderadora de los Tribunales

El vigente artículo 149.2 de la Compilación concede a los Tribunales la facultad de moderar equitativamente el ejercicio de este derecho. Este precepto ha ido generando una jurisprudencia que considera que carece de justificación el ejercicio del derecho de abolorio y, por ello, debe quedar sin efecto, cuando no concurre el interés familiar que lo justifica, sino que pretende otros objetivos, como, por ejemplo, la especulación urbanística.

El Proyecto suprime esta facultad, quizás como vía para objetivar más los requisitos para su ejercicio.

Sin embargo, dadas las características de un derecho de esta naturaleza y el negativo impacto que puede tener su ejercicio en la contratación inmobiliaria, este Colegio entiende que con el fin de disponer de un instrumento más para asegurar que su ejercicio está suficientemente justificado:

Debería mantenerse la facultad moderadora de los tribunales.

VI. PROPUESTAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Estudiado el contenido del Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial, se exponen a continuación las cuestiones fundamentales que, a juicio de esta Institución, deben ser consideradas en su redacción:

1. *El artículo 3 del Proyecto regula el «uso inocuo de la posesión ajena»*. Su redacción es novedosa en cuanto que no existe un precepto análogo en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón.

El «ius usus inocui» entendido como el derecho de todo ciudadano a realizar actos de aprovechamiento en propiedad ajena sin que los mismos supongan un perjuicio para su dueño es un claro principio regulador e inspirador de la forma en la que deben ordenarse las relaciones de vecindad.

Hasta ahora, la interpretación y delimitación del contenido de este instituto jurídico en el derecho aragonés se ha venido llevando a cabo tanto desde una vertiente doctrinal como jurisprudencial. En este último ámbito, la resolución individualizada de cada uno de los supuestos que han llegado a los Juzgados y Tribunales ha dado adecuada respuesta a aquellas situaciones controvertidas surgidas entre vecinos por causa de problemas relacionados con el uso del dominio y el ejercicio de derechos reales, tales como servidumbres. Para ello se han venido aplicando las conocidas fórmulas de prohibición del abuso del derecho, del uso antisocial del mismo o la función social del derecho de propiedad. Mediante dichos mecanismos se ha otorgado a los afectados la protección judicial precisa en su defensa, tanto del que utilizó sin daño la propiedad ajena como de su titular cuando se vio afectado en sus derechos dominicales ilegítimamente.

Ante esta realidad, ha de cuestionarse la oportunidad de regular el «ius usus inocui» tal y como que aparece redactado en el Proyecto. Así, el artículo 3 del Proyecto establece el uso inocuo de la posesión ajena con un carácter claramente restrictivo para el propietario de la finca sobre

la que se ejercita dicho uso. Así, que el dueño sólo puede oponerse al mismo en tanto en cuanto su prohibición no constituya *«un ejercicio antisocial del derecho de propiedad»*. Ello podría dar lugar, dentro de las normales relaciones de vecindad en el que este uso inocuo se enmarca, a una situación de desequilibrio en el binomio propietario (poseedor)-usuario que redunda, en principio injustificadamente, a favor de este último.

Para evitar situaciones como la descrita y con el fin de mantener la institución del «ius usus inocui» de una manera acorde con su naturaleza de principio armonizador de las relaciones vecinales debería considerarse su supresión del Proyecto –manteniéndose su ejercicio, protección y tratamiento tal y como hasta ahora tiene lugar, es decir, a través de la actuación de los Tribunales, caso por caso– o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones. Máxime considerando la conflictividad que este tipo de usos genera al incidir directamente en el derecho de propiedad de los particulares.

2. *En relación con el derecho de abolorio*, el artículo 60 regula los plazos para su ejercicio. Se prevé en su apartado 3, para el caso de que el abolorio se ejercite como retracto y a falta de notificación de la enajenación del bien a retraer, que el plazo para su ejercicio sea de noventa días naturales a partir de aquel en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Se ha suprimido, por tanto, la mención existente en la vigente Compilación referida a que el cómputo de dicho plazo puede hacerse, también, desde la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad (art. 150.2 Comp).

Al respecto, se considera la conveniencia de mantener, expresamente, –junto con el momento del conocimiento de la enajenación por el retrayente como día inicial– el criterio de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la enajenación como fecha de inicio de plazos para el ejercicio del derecho de abolorio como retracto.

De esta manera, en aras de garantizar la seguridad jurídica de las actuaciones que las partes lleven a cabo en relación con el ejercicio de este derecho, se incorporaría un criterio objetivo y cierto como dies a quo para el cómputo de plazos de ejercicio de este derecho. Y ello de manera complementaria al correspondiente a la fecha de conocimiento del retrayente, de índole subjetiva y precisado de prueba.

3. En relación también con la regulación del derecho de abolorio, *se ha observado que en el Proyecto de Ley de Derecho Civil Patrimonial se ha suprimido la facultad de moderación equitativa del ejercicio de este derecho que la Compilación vigente reconoce a los Tribunales en su artículo 149.2.*

La mencionada facultad moderadora que la Compilación atribuye a los Jueces debe valorarse como un mecanismo de garantía en la correcta utilización y aplicación del derecho de abolorio. Con fundamento en la misma y en situaciones de litigio entre las partes vendedora, compradora y retrayente los Tribunales pueden decidir sobre su reconocimiento o denegación valorando aspectos

tales como la posible existencia de abuso de derecho en su ejercicio, sobre el cumplimiento o no en el caso concreto del destino y fin último de esta institución –como es la conservación del patrimonio familiar mediante un derecho de adquisición preferente a favor de determinados parientes frente a enajenaciones de determinados bienes inmuebles a terceros o parientes más allá del cuarto grado– o incluso sobre la concurrencia de sus requisitos, como el precio.

Por todo ello, se considera la conveniencia de reintroducir en la regulación del derecho de abolorio del Proyecto estudiado la facultad moderadora equitativa de los Tribunales en su apreciación, tal y como aparece en la vigente Compilación. Se advierte, además, que su exclusión no empece para que desde el ámbito judicial, incluso concurriendo los presupuestos legalmente establecidos para su ejercicio, se deniegue su reconocimiento cuando se aprecie que no es conforme con las exigencias de la buena fe o cuando se aprecie abuso del derecho o uso antisocial del mismo, todo ello con apoyo en el art. 7 Código Civil. Lo que constituye también argumento para mantener de manera expresa y claramente delimitada dicha facultad moderadora entre la propia regulación foral del derecho de abolorio, evitando que el aplicador de esta institución jurídica deba resolver por remisión al derecho común.

4. Por último, y en relación con el título que se habrá de dar al cuerpo legal en el que se refundan *las distintas leyes a través de las que se ha llevado a cabo el proceso de reformulación y actualización del derecho aragonés privado, se observa cómo, en la Disposición Final Primera, se ha optado por denominarlo «Código del Derecho Civil de Aragón»*.

En este sentido, parece conveniente modificar el título previsto para este futuro código por el de «Código de(l) Derecho Foral de Aragón». Ello resulta más acorde con los términos utilizados en el Estatuto de Autonomía de Aragón para referirse al derecho propio de Aragón. Así, el Estatuto de Autonomía lo denomina «Derecho Foral», tal y como se recoge en los arts. 1.3, 9, 71.2ª o 78.3 EAar. A su vez, la expresión «Derecho Foral de Aragón» no resulta en modo alguno extraña en la historia de nuestro derecho, antes al contrario, el término tradicional «fuero» es el origen y raíz de la que deriva la actual denominación de «Derecho Foral». Ambas circunstancias justifican suficientemente que el futuro código de derecho privado de Aragón se titule «Código de(l) Derecho Foral de Aragón», como así también se ha defendido por expertos y estudiosos de la materia y por esta misma Institución en repetidas ocasiones.

En Zaragoza, a 30 de marzo de 2010.

El Justicia de Aragón
FERNANDO GARCÍA VICENTE

VII. OTRAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS RELACIONADAS CON EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. Proposición no de Ley núm. 315/09, sobre la emisión de un informe por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre las proposiciones de ley relativas al Derecho civil foral aragonés, para su tramitación ante la Comisión Institucional
(BOCA núm. 173, de 6 de noviembre de 2009)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 30 de octubre de 2009, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 315/09, sobre la emisión de un informe por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre las proposiciones de ley relativas al Derecho civil foral aragonés, presentada por el G.P. Popular, y ha acordado su tramitación ante la Comisión Institucional, en virtud de la voluntad manifestada por el Grupo Parlamentario proponente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 201.3 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Proposición no de Ley hasta veinticuatro horas antes de la hora fijada para el comienzo de la sesión en que haya de debatirse.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 30 de octubre de 2009.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

D. Eloy Suárez Lamata, Portavoz del Grupo Parlamentario Popular, de conformidad con lo establecido en el artículo 200 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre la emisión de un informe por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre las proposiciones de ley relativas al Derecho civil foral aragonés, solicitando su tramitación ante la Comisión Institucional.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Derecho Civil constituye uno de las señas de identidad de Aragón. Por ello, desde el Estatuto de Autonomía de 10 de agosto de 1982 es una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Su desarrollo, desde la integración de la Compilación de 6 de abril de 1967 en el ordenamiento jurídico aragonés, ha sido con un alto grado de consenso que entendemos debe mantenerse en el futuro.

Desde 1999 se han aprobado cinco importantes leyes sobre el derecho civil aragonés (sucesiones por causa de muerte; régimen económico matrimonial y usufructo; casación civil aragonesa; parejas estables no casadas y derechos de la persona) con un alto grado de consenso político y con un procedimiento especial de elaboración.

Tradicionalmente, los anteproyectos de Ley del Derecho Civil Foral aragonés han sido elaborados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y aprobados casi por unanimidad en las Cortes de Aragón.

En este sentido conviene recordar que el artículo 38.2 de la Ley 1/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, permite que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil elabore los anteproyectos de Derecho Foral Civil aragonés.

Por lo expuesto, este Grupo Parlamentario presenta la siguiente

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón para que, ante la toma en consideración de una Proposición de Ley que afecte al derecho civil foral aragonés, se solicite informe de la Comisión Asesora de Derecho Civil. Dicho informe será remitido a todos los Grupos Parlamentarios para su conocimiento previo al debate de la toma en consideración de la iniciativa.

Zaragoza, 29 de octubre de 2009.

El Portavoz
ELOY SUÁREZ LAMATA

Rechazo por la Comisión Institucional de las Cortes de Aragón de la Proposición no de Ley núm. 315/09, sobre la emisión de un informe por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre las proposiciones de ley relativas al Derecho civil foral aragonés

(BOCA núm. 205, de 2 de marzo de 2010)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Comisión Institucional, en sesión celebrada el día 22 de febrero de 2010, ha rechazado la Proposición no de Ley núm. 315/09, sobre la emisión de un informe por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre las proposiciones de ley relativas al Derecho civil foral aragonés, presentada por el G.P. Popular y publicada en el BOCA núm. 173 de 6 de noviembre de 2009.

Se ordena su publicación 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, 22 de febrero de 2010.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

2. Proposición no de Ley núm. 270/09, sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o clausulas que deben tener acceso a un registro público, para su tramitación ante la Comisión Institucional
(BOCA núm. 168, de 5 de octubre de 2009)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 1 de octubre de 2009, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 270/09, sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o clausulas que deben tener acceso a un registro público, presentada por el G.P. Popular, y ha acordado su tramitación ante la Comisión Institucional, en virtud de la voluntad manifestada por el Grupo Parlamentario proponente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 201.3 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Proposición no de Ley hasta veinticuatro horas antes de la hora fijada para el comienzo de la sesión en que haya de debatirse.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 1 de octubre de 2009.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

D. Eloy Suárez Lamata, Portavoz del Grupo Parlamentario Popular, de conformidad con lo establecido en el artículo 200 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o clausulas que deben tener acceso a un registro público, solicitando su tramitación ante la Comisión Institucional.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El artículo 71.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón competencia exclusiva sobre «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respecto a su sistema de fuentes».

También, el artículo 71.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón atribuye competencia exclusiva sobre «derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés».

Y, lo que es fundamental a efectos de esta Proposición no de Ley, el

artículo 75.10 del Estatuto Autonomía de Aragón atribuye a la Comunidad Autónoma competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado sobre régimen de los recursos fundados en el Derecho aragonés contra la calificación negativa de documentos, o clausulas concretas de los mismos, que deben tener acceso a un Registro Público de Aragón.

Desde 1999 se ha producido un importante proceso de actualización y desarrollo del derecho civil aragonés en materia de sucesiones por causa de muerte, régimen económico matrimonial y manifiesto de viudedad, derecho de las personas y casación civil.

Ahora, al mismo tiempo que se completa la actualización y desarrollo de nuestro derecho civil es necesario dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 75.10 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Por lo expuesto, este Grupo Parlamentario presenta la siguiente

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a presentar un Proyecto de Ley sobre los recursos contra la calificación negativa de títulos o las clausulas concretas en materia de derecho civil aragonés que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Aragón, en el plazo de tres meses desde la aprobación de esta Proposición no de Ley.

Zaragoza, 23 de septiembre de 2009.

El Portavoz
ELOY SUÁREZ LAMATA

Aprobación por la Comisión Institucional de la Proposición no de Ley núm. 270/09, sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o cláusulas que deben tener acceso a un registro público.
(BOCA, núm. 263, de 15-12-2010)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

De conformidad con lo establecido en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón de la Proposición no de Ley núm. 270/09, sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o cláusulas que deben tener acceso a un registro público, que ha sido aprobada por la Comisión Institucional, en sesión celebrada el día 26 de octubre de 2009.

Zaragoza, 26 de octubre de 2009.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

La Comisión Institucional, en sesión celebrada el día 26 de octubre de 2009, con motivo del debate de la Proposición no de Ley núm. 270/09, sobre el desarrollo del derecho foral aragonés en materia de calificación de documentos o cláusulas que deben tener acceso a un registro público, ha acordado lo siguiente:

«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a presentar un Proyecto de Ley sobre los recursos contra la calificación negativa de títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho civil aragonés que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Aragón, antes de la finalización del próximo periodo de sesiones.»

Zaragoza, 26 de octubre de 2009.

El Presidente de la Comisión Institucional
ENRIQUE VILLARROYA SALDAÑA

VIII. PROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARAGÓN

(BOCA núm. 263, de 15 de diciembre de 2010)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.2 del Reglamento de la Cámara, previo acuerdo de la Mesa de las Cortes en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2010, se ordena la remisión a la Comisión de Asuntos Sociales y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Proyecto de Ley de Mediación Familiar de Aragón, el cual se tramitará por el procedimiento legislativo común.

Las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios disponen de un plazo de 15 días, que finalizará el próximo día 7 de febrero de 2011, para presentar enmiendas al citado Proyecto de Ley, cuyo texto se inserta a continuación.

Zaragoza, 9 de diciembre de 2010.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

Proyecto de Ley de Mediación Familiar de Aragón

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente Ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar.

La familia, como institución social básica y viva es, y ha sido continuamente el centro de muchas y diversas problemáticas que no siempre pueden resolverse dentro de su propio ámbito.

Para dar respuesta a esta problemática es por lo que se han instrumentado en los últimos tiempos mecanismos alternativos a la resolución de conflictos por la vía judicial, como el de la mediación, que se van imponiendo como métodos prioritarios para solucionarlos. El sistema tradicional de acudir a las instancias judiciales para resolver las controver-

sias derivadas de problemas familiares ha demostrado que, en muchas ocasiones, resulta poco efectivo para apaciguarlos, buscándose otras vías de resolución más cercanas a la voluntariedad y al consenso de las partes, pasando de la imposición al acuerdo y a la aceptación.

La mediación familiar desarrolla las posibilidades de actuación de las personas favoreciendo el diálogo, el acercamiento, y la comprensión, para llegar a soluciones pactadas por las partes que al final suponen un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, sobre todo para los menores y personas más vulnerables.

Tampoco debe olvidarse que los problemas tratados a través del proceso de mediación no suelen evolucionar a formas más controvertidas de resolución, evitando y previniendo en muchas ocasiones cuadros familiares de malos tratos.

Por todo esto, se pretende con esta ley establecer un marco normativo favorable al desarrollo de la función mediadora ya que se ha mostrado como una garantía de respuesta a la conflictividad familiar y, por tanto, una figura que debe ser objeto de una especial atención por parte de instituciones públicas y privadas.

Hay que tener en cuanta los antecedentes normativos que desde las instituciones comunitarias se han aprobado en esta materia. Cabe citar como más destacados la Recomendación número R (98) I, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación familiar, desde la que se insta a los gobiernos de los estados miembros a instituirla y potenciarla, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, elaborado por la Comisión de la Unión Europea, que invita a los estados miembros a examinar la posibilidad de elaborar modelos de soluciones no judiciales de los conflictos o la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que indica que debe tender a generalizarse la mediación como modelo de resolución de controversias.

A nivel estatal, la Constitución Española establece en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación. En este sentido la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio supuso un paso adelante en esta materia, concediendo a las partes la facultad de solicitar en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma el artículo 71.34 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón la acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapaci-

dad y otros colectivos necesitados de protección especial. En este sentido, la ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón establece que los niños y adolescentes tienen derecho a una protección que garantice su desarrollo integral como personas en el seno de una familia, preferiblemente con sus padres. Asimismo indica que la aplicación de los principios del estado de derecho a la protección de los menores conlleva una responsabilidad compartida entre sus padres y los poderes públicos. Es fundamental destacar la aprobación de la ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, el derecho universal de acceso a los servicios sociales, como derecho de la ciudadanía, para promover el bienestar del conjunto de la población y contribuir al pleno desarrollo de las personas.

Especial importancia en la figura de la mediación tiene la ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, una norma aprobada por las Cortes de Aragón, pionera en aspectos fundamentales del derecho de familia, que en su exposición de motivos señala que la mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura.

El artículo 4 de la mencionada ley establece que los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. Añade que, en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación. También podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. Asimismo continúa el precepto señalando que, iniciado el procedimiento judicial, los padres podrán de común acuerdo solicitar su suspensión al Juez, en cualquier momento, para someterse a mediación familiar, acordándose dicha suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación.

En este sentido, y para regular temporalmente un sistema que facilitara a las partes la consecución de acuerdos en el ámbito de las rupturas familiares, la disposición transitoria segunda de la citada ley 2/2010 establecía un régimen provisional de mediación familiar, hasta la entrada en vigor de la Ley de Mediación Familiar a la que se refiere la disposición final segunda, entendiendo por mediación familiar el servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado que afecten a menores de edad derivados de la ruptura de la pareja. Este ámbito de aplicación de la mediación familiar, de carácter temporal, tenía su fundamento en que el objeto de la ley 2/2010 es regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, entendiendo, por tanto, que la mediación familiar debía compren-

der únicamente los conflictos familiares referidos a rupturas de parejas con hijos menores de edad. La corriente internacional actual, al igual que están haciendo numerosas Comunidades Autónomas, apuesta por una extensión de la aplicación de la mediación familiar a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares, considerando el objeto de la mediación de forma amplia.

Hay que señalar que la disposición final segunda de la ley 2/2010 establece un plazo de tres meses desde su entrada en vigor para que el Gobierno de Aragón remita a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley de Mediación Familiar, en la que se regularán el funcionamiento, competencias y atribuciones de este instrumento alternativo a la vía judicial de resolución de los conflictos familiares.

Por otro lado, el artículo 7 del Decreto 252/2003, de 30 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Servicios Sociales y Familia, atribuye a la Dirección General de Familia, entre otras competencias, la puesta en funcionamiento de un servicio de mediación, conciliación y orientación familiar.

El vigente Estatuto de Autonomía de Aragón en su artículo 71. nº 59 atribuye competencia exclusiva a nuestra Comunidad Autónoma en lo relativo a los medios personales y materiales. Mediante Real Decreto 1702/2007, de 14 de diciembre, se hizo efectiva la transferencia en Administración de Justicia, desde la Administración Central a la Comunidad Autónoma de Aragón, localizándose orgánicamente en el Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior.

Hay que tener en cuenta que la norma fundamental en la materia, esto es, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, modificada en el 2003 y últimamente por la Ley Orgánica 1/2209, de 3 de noviembre, coloca al lado de la oficina judicial, la unidad administrativa a la que corresponderá la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos, medios informáticos y demás medios materiales, atribuyéndose en el artículo 456.3 al Secretario judicial las conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora.

La Ley de enjuiciamiento Civil a la que se remite la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en su artículo 770 y siguientes, regula las demandas de separación y divorcio, disponiendo que se sustanciarán por los trámites de juicio verbal, pudiendo las partes de común acuerdo solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Es preciso por tanto reconocer al lado de la mediación extrajudicial la mediación intrajudicial, como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por juzgados y tribunales. Cuando ya se ha iniciado un proceso judicial de nulidad, separación o divorcio, el juez podría decretar la suspensión de actuaciones, si advierte que existen posibilidades reales de que las partes puedan llegar a un acuerdo y para valorarlas es importante que cuente con un coordinador de mediación que explore e informe.

La ley se compone de un total de veinticuatro artículos, estructurados

en cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

El capítulo I recoge las disposiciones de carácter general, el objeto y el concepto de la mediación, remarcando su carácter extrajudicial y consensuado; los conflictos susceptibles de mediación familiar, haciéndola extensiva a cualquier conflicto surgido en el ámbito de las relaciones familiares. El ámbito de aplicación de la ley se circunscribe a las mediaciones familiares que se efectúen por mediadores designados por el Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de familia. En el proceso de mediación destaca el interés superior de los menores de edad y la protección a las personas con discapacidad o en situación de dependencia.

El capítulo II establece los fundamentos de la mediación familiar, analiza los principios generales por los que se rige, refiriéndose a la voluntariedad de las partes, no solo para iniciar y poner fin al procedimiento sino también para desistir de él en cualquier momento. La igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo y buena fe se enumeran como fundamentos básicos de todos los procesos de mediación. Igualmente se establecen los requisitos de titulación, formación y experiencia que debe cumplir el mediador familiar, así como los derechos y deberes de éste.

El capítulo III hace referencia a las fases a lo largo de las cuales se desenvuelve el procedimiento de la mediación, desde la reunión inicial al acta final así como las funciones que debe desempeñar la persona mediadora en el ejercicio de su actuación. Se estima adecuado y suficiente que el plazo de duración del proceso de mediación sea de sesenta días, susceptibles de prórroga si se producen determinadas circunstancias que lo aconsejen, sin perjuicio de las especialidades en plazos de la mediación iniciada por la Autoridad Judicial. También trata de la sesión informativa previa a la que los jueces pueden derivar a las partes. Se establece además la prohibición de acudir a mediación familiar cuando se esté incurso en determinados procesos penales o cuando se advierta la existencia de indicios de violencia doméstica o de género. Finalmente se regulan los casos en que los acuerdos alcanzados por las partes deben ser ratificados judicialmente.

El capítulo IV establece la organización administrativa y las competencias y funciones en materia de mediación familiar, erigiendo como órgano administrativo responsable del servicio de mediación familiar al Departamento del Gobierno de Aragón que tenga atribuidas las competencias en el área de familia. Se permite que los Colegios Profesionales puedan llegar a colaborar en diferentes momentos. Se crea también el Registro de Mediadores Familiares, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales que cumplan los requisitos establecidos en la ley. A su vez, se señalan los supuestos en los que el servicio de mediación tendrá carácter gratuito y cuando será abonado por los interesados, de acuerdo a las tarifas que se establezcan reglamentariamente.

Consta finalmente el texto de una disposición adicional única, una disposición transitoria única, y dos disposiciones finales.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.— *Objeto.*

La presente ley tiene por objeto regular la mediación familiar en Aragón como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar.

Artículo 2.— *Concepto de mediación.*

Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.

Artículo 3.— *Ámbito de aplicación de la norma.*

1. La presente ley será de aplicación a las mediaciones familiares que sean efectuadas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón por mediadores designados desde el Departamento competente en materia de familia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2. Podrán solicitar las actuaciones del servicio de mediación familiar aquellas personas con capacidad de obrar y residencia efectiva en Aragón que se encuentren afectadas por alguno de los conflictos susceptibles de mediación familiar.

Artículo 4.— *Servicios de Mediación Familiar.*

1. Existirá un servicio de mediación, adscrito al Departamento competente en materia de familia del Gobierno de Aragón, que tendrá como finalidad prestar el servicio de mediación en las condiciones y con los requisitos que se establecen en esta ley, así como de proporcionar asesoramiento, ayuda y formación a las personas y entidades relacionadas con la materia.

2. Cuando la mediación se realice por iniciativa propia de los colegios profesionales, corporaciones locales u otras entidades públicas o privadas se estará a lo dispuesto en su normativa reguladora.

3. Las mediaciones realizadas por particulares no inscritos en el Registro de Mediadores del Gobierno de Aragón se regularán por la legislación correspondiente al ejercicio de su actividad profesional.

Artículo 5.— *Conflictos susceptibles de mediación familiar.*

1. La mediación a que se refiere la presente ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho Privado.

2. Específicamente, la intervención del mediador tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos:

a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.

b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.

c) Diferencias entre progenitores y abuelos debidas a dificultades para mantener relaciones y visitas con los nietos.

d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja.

e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.

f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional.

g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar.

Salvo en los supuestos debidamente justificados, en el que esté en peligro la vida, la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos.

h) Problemáticas referidas a la situación patrimonial o a la empresa familiar.

i) Cuestiones relacionadas con la sucesión hereditaria de una persona.

Artículo 6.— *Alcance de la mediación.*

1. La intervención del mediador en el procedimiento podrá versar sobre cualquier materia de derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente.

2. El proceso de mediación velará sobre todo por el interés superior de los menores de edad y protegerá a las personas con discapacidad o en situación de dependencia.

Artículo 7.— *Momento para plantear la mediación.*

El proceso de la mediación podrá plantearse:

a) Antes de iniciar cualquier actuación judicial.

b) Durante el desarrollo de aquella, momento en el cual el proceso judicial podrá quedar suspendido.

c) Después de haber finalizado éste.

CAPÍTULO II

Fundamentos de la mediacion familiar

Artículo 8.— *Principios generales de la mediación.*

Los principios generales que fundamentan la mediación son los siguientes:

a) Voluntariedad: El principio básico de la mediación es la voluntariedad, de manera que las partes, de forma completamente autónoma, deciden compartir las cuestiones familiares contenciosas con un tercero, siendo libres para desistir, en cualquier momento, de la mediación requerida.

b) Igualdad: Ambas partes tienen los mismos derechos y obligaciones

en el desarrollo del proceso de mediación.

c) Confidencialidad: Todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos. Las partes no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador en calidad de perito o testigo, salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente.

d) Transparencia: La comunicación entre las partes y el mediador ha de estar regida por la mutua confianza entre ellos y la claridad en el intercambio de información, a través de un procedimiento que facilite el diálogo y la participación.

e) Imparcialidad: El interés que se pretende proteger es el equilibrio entre las partes y la igualdad de oportunidades entre ellas, fundamentado en una actuación del mediador completamente equitativa.

f) Neutralidad: Las partes deben llegar a un acuerdo de manera independiente y consensuada, sin que se vean influenciadas por decisiones o imposiciones del mediador.

g) Flexibilidad: La mediación no está sujeta a formas concretas de procedimiento sino que, al contrario, impregna su espíritu la ausencia de formalismos, lo que facilitará la consecución de acuerdos.

h) Carácter personalísimo: Es obligado para las partes acudir personalmente a las sesiones, sin que puedan celebrarse a través de representantes o intermediarios.

i) Buena fe: El principio de buena fe entre los participantes fundamenta por completo el proceso de mediación.

Artículo 9.— *Del mediador familiar.*

1. El mediador familiar deberá poseer una titulación universitaria oficial así como tener la experiencia profesional y la formación complementaria que se establezcan reglamentariamente.

2. La homologación de entidades susceptibles de impartir la formación sobre mediación familiar a que se refiere el apartado anterior así como la aprobación de los correspondientes programas docentes corresponderá al Departamento competente en materia de familia del Gobierno de Aragón.

3. El mediador deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores del Gobierno de Aragón. Además, tendrá que colegiarse en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza la funciones de mediador en el desempeño de su puesto de trabajo.

Artículo 10.— *Derechos de la persona mediadora.*

La persona mediadora tiene los siguientes derechos:

a) Rechazar las solicitudes de mediación cuando por causas razonadas se presuma que no van a alcanzarse los fines perseguidos por ésta.

b) Dar por finalizada la mediación cuando existan motivos que demuestren la ineficacia del resultado del procedimiento.

c) Actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones.

d) Solicitar la asistencia de técnicos y colaboradores cuando su presencia sea indispensable para garantizar los objetivos de la mediación.

e) Recibir de las partes los antecedentes administrativos y judiciales que se consideren necesarios para el buen desarrollo del procedimiento.

f) Percibir los honorarios legalmente establecidos.

Artículo 11.— *Deberes de la persona mediadora.*

La persona mediadora tiene los siguientes deberes:

a) Intervenir en los procedimientos de mediación que le sean derivados desde el Departamento competente en materia de familia del Gobierno de Aragón en los términos que señala la presente ley.

b) Cumplir con las normas deontológicas que se establezcan por su colegio profesional o asociación profesional.

c) Garantizar una imparcialidad y neutralidad absoluta.

d) Mantener la confidencialidad necesaria sobre la información obtenida durante el procedimiento de mediación, excepto si comporta amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona.

e) Salvaguardar sobre todo el interés superior de los menores de edad y atender a las especiales circunstancias de las personas con discapacidad o en situación de dependencia.

f) Abstenerse de intervenir cuando exista, con cualquiera de las partes, relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o se tenga o se haya tenido algún tipo de relación personal, afectiva o profesional que menoscabe el ejercicio de sus funciones.

g) Informar a las partes sobre el coste o gratuidad, en su caso, del servicio de mediación.

h) Denunciar ante las autoridades administrativas o judiciales los casos en que pueda apreciarse que por alguna de las partes se esté cometiendo cualquier actuación ilícita.

i) Abstenerse de intervenir cuando tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

Artículo 12.— *Responsabilidad del mediador.*

El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente ley, que comporte actuaciones u omisiones constitutivas de infracción, dará lugar a las sanciones correspondientes en cada caso, según se trate de un empleado público o de un profesional actuando en el ejercicio libre de su profesión.

CAPÍTULO III

Desarrollo de la mediación

Artículo 13.— *Inicio de la mediación.*

1. La mediación podrá iniciarse:

a) Por solicitud escrita de ambas partes.

b) A iniciativa de una de ellas. En este supuesto la otra parte deberá

manifestar su aceptación, dentro del plazo de quince días hábiles desde que se la haya citado a tal efecto.

c) A instancia de la Autoridad Judicial.

2. No podrá llevarse a cabo una nueva mediación sobre el mismo objeto hasta que no transcurra el plazo de un año desde que aquella fue intentada, salvo que hubiera concluido sin acuerdos o bien que la Autoridad Judicial o Administrativa competente determine que deba practicarse de nuevo, por concurrir especiales circunstancias familiares que así lo aconsejen.

3. En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar cuando se esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra parte o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando se advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Artículo 14.— *Especialidades de la iniciación de la mediación por la Autoridad Judicial.*

1. En los procesos de nulidad, separación o divorcio a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para la organización y funcionamiento de la iniciación de las actuaciones de mediación intrajudiciales en juzgados y tribunales reguladas en este artículo, corresponderá al Departamento con competencia en la Administración de Justicia.

2. En el supuesto del apartado anterior, en caso de presentación de demanda judicial el juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre las partes, proponerles una solución de mediación. Asimismo, el juez podrá acordar la asistencia de las partes a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.

3. La sesión consistirá en una reunión de las partes con un técnico especializado dependiente del Departamento competente en materia de Justicia, que les informará sobre las ventajas que supone la figura de la mediación familiar, especialmente para los hijos menores de edad, así como del procedimiento y características del proceso de mediación.

4. Las partes podrán acudir a la sesión informativa previa asistidas por sus respectivos abogados.

5. Celebrada la sesión informativa las partes podrán solicitar al Juez la suspensión del procedimiento, que será acordada por el Secretario Judicial con arreglo a la norma procesal civil, por el tiempo necesario para someterse a mediación familiar. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación.

6. Si las partes acuerdan someterse a mediación familiar, ésta se realizará siguiendo el procedimiento establecido en los artículos siguientes para la mediación extrajudicial, realizándose las actuaciones procedentes en coordinación con el técnico especializado dependiente del Departamento competente en materia de Justicia.

Artículo 15.— *Designación del mediador.*

1. La persona mediadora será designada por el Departamento competente en materia de familia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón entre las que figuren inscritas en el Registro de Mediadores Familiares.

2. El ejercicio de la intervención regulado en el art. 5 punto 2 letra g) será realizado por el órgano competente en Protección de Menores.

Artículo 16.— *Acta inicial de la mediación.*

1. De la reunión inicial se expedirá un acta, en la cual se expresará el lugar y la fecha de inicio, la identificación de las partes y del mediador o mediadora y los datos más relevantes relacionados con el proceso de mediación.

2. El acta será firmada por las partes y la persona mediadora entregándose un ejemplar a cada una de ellas. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial la persona mediadora le hará llegar a ésta una copia del acta inicial de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

Artículo 17.— *Funciones de la persona mediadora.*

Durante el proceso de mediación la persona mediadora debe desempeñar las siguientes funciones:

a) Restablecer la comunicación entre las partes en conflicto, posibilitando cualquier tipo de intercambio constructivo que conduzca a resoluciones consensuadas.

b) Procurar un compromiso de acción posterior que permita llevar a la práctica los acuerdos alcanzados, con especial significación de los que se refieran a su responsabilidad coparental.

c) Facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores.

Artículo 18.— *Duración de la mediación.*

1. La duración de la mediación estará en función de las características del proceso y de su evolución sin que, en principio, pueda exceder de sesenta días, a contar desde la reunión inicial. Mediante propuesta razonada de la persona mediadora, se podrá acordar una prórroga de la misma por el tiempo necesario para conseguir los fines de este procedimiento.

2. La persona mediadora podrá interrumpir el procedimiento o dar por finalizada la mediación cuando se observen indicios que permitan concluir que el proceso de mediación no está consiguiendo los fines previstos en esta ley.

3. En el supuesto de iniciación por la Autoridad Judicial la duración no podrá exceder de sesenta días, por lo que no puede acordarse prórroga del plazo general.

Artículo 19.— *Acta final de la mediación.*

1. Las actuaciones finalizarán con un acta en la que se harán constar los siguientes extremos:

a) Lugar, fecha de comienzo y finalización de la mediación y número de sesiones.

b) Identificación de las partes, de la persona mediadora y de aquellas otras que hayan podido intervenir en el procedimiento.

c) Síntesis del conflicto y acuerdos alcanzados.

d) Imposibilidad, en su caso, de no haber conseguido ninguno.

e) Otras observaciones y circunstancias que se estimen convenientes.

2. Del Acta final se entregará un ejemplar a cada una de las partes. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial la persona mediadora le hará llegar a ésta una copia del acta final de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

Artículo 20.— *Ratificación judicial de los acuerdos.*

1. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar, cuando se refieran a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el artículo 3 de la ley 2/2010,de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

2. Tratándose de acuerdos sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

CAPÍTULO IV

COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Artículo 21.— *Órgano competente en materia de mediación familiar.*

1. El Departamento del Gobierno de Aragón responsable del servicio de mediación familiar será aquel que tenga atribuidas las competencias en materia de familia, sin perjuicio de las que correspondan al Departamento que tenga a su cargo la Administración de Justicia.

2. Los colegios profesionales podrán colaborar en la consecución de los objetivos de esta ley en las condiciones que se determinen.

Artículo 22.— *Funciones del Departamento competente en materia de familia del Gobierno de Aragón.*

Corresponden al Departamento competente en materia de familia del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de las que correspondan al Departamento que tenga a su cargo la Administración de Justicia, las siguientes funciones:

a) Regular y evaluar el procedimiento y las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de la mediación familiar.

b) Gestionar el Registro de Mediadores Familiares del Gobierno de Aragón.

c) Establecer las retribuciones de las personas mediadoras que presten sus servicios a través del Registro de Mediadores Familiares del Gobierno de Aragón.

d) Adjudicar los casos de mediación a las personas inscritas en el Registro de Mediadores Familiares.

e) Homologar a las entidades autorizadas para impartir la formación necesaria para el desempeño de las funciones de mediador.

f) Promover y difundir la figura de la mediación en el ámbito familiar.

g) Fomentar la colaboración con colegios profesionales, asociaciones, corporaciones locales y otras entidades públicas para facilitar el desarrollo de la mediación familiar.

i) Elaborar conjuntamente con el Departamento competente en materia de Administración de Justicia una memoria anual sobre los resultados de la aplicación de la mediación familiar en Aragón.

Artículo 23.— *Registro de Mediadores Familiares.*

1. Se crea el Registro de Mediadores Familiares del Gobierno de Aragón, adscrito al Departamento competente en materia de familia. Reglamentariamente se establecerá su sistema de organización y funcionamiento.

2. El servicio de mediación familiar del Gobierno de Aragón se prestará por los profesionales inscritos en el Registro de Mediadores Familiares.

3. El personal técnico en mediación familiar al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón atenderá los casos, situaciones y supuestos que se determinen.

Artículo 24.— *Coste de la mediación.*

1. El servicio de mediación será gratuito en los siguientes casos:

a) En aquellos casos que, en atención a la concurrencia de especiales circunstancias económicas o sociales de los interesados, así lo determine el Departamento competente en materia de familia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

b) En el supuesto de iniciación de la mediación por la Autoridad Judicial, los solicitantes deberán tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme a su normativa reguladora.

2. En cualquier otro supuesto, el servicio será abonado por los interesados según las tarifas que se establezcan reglamentariamente.

Disposición Adicional Única.— *Difusión de información sobre el servicio de mediación.*

Por parte de los Departamentos competentes en materia de familia y de Administración de Justicia se realizarán las actuaciones oportunas para difundir la información sobre el servicio de mediación familiar por todo el territorio de la Comunidad Autónoma.

Disposición Transitoria Única.— *Designación de mediadores.*

Mientras no esté en funcionamiento el Registro de Mediadores Familiares del Gobierno de Aragón, las mediaciones de carácter gratuito a que se hace referencia en la presente ley se efectuarán por el servicio de

mediación que gestiona la Dirección General de Familia.

Disposición Final Primera.— *Desarrollo Reglamentario*

Se autoriza al Departamento competente en materia de familia a aprobar las órdenes de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para su correcta aplicación.

Disposición Final Segunda.— *Entrada en vigor.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.

IX. PROPOSICIÓN DE LEY DE ACTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HISTÓRICOS DE ARAGÓN

(BOCA núm. 265, de 17 de diciembre de 2010)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2010, ha calificado la Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón, presentada por el G.P. del Partido Aragonés, 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, 14 de diciembre de 2010.

El Presidente de las Cortes
FRANCISCO PINA CUENCA

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

D. Javier Allué Sus, Portavoz del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 138 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, tiene el honor de presentar la siguiente Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón.

Proposición de Ley de actualización de los derechos históricos de Aragón

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El pueblo aragonés junto con los demás pueblos de España integran la Nación constitucional que protege, ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

En el diseño del nuevo mapa territorial derivado de la Constitución, unas Comunidades se estructuran alrededor de un pasado que les proporciona perfiles precisos y otras se desarrollan a partir de su voluntad actual, de su presencia económica, social o cultural, aunque ésta no tenga correspondencia con unidades políticas existentes en nuestra histo-

ria. Asumiendo esta heterogeneidad, Aragón toma su historia como referencia para su desarrollo como Comunidad Autónoma, y concretamente, como comunidad histórica de base foral.

La identidad de Aragón como sujeto político reconocible desde el siglo XI hasta la actualidad se fundamenta en sus instituciones tradicionales, el Derecho Foral y su cultura. Tras los Decretos de Nueva Planta, pese a que Aragón perdió sus instituciones propias, conservó su identidad fundacional y se mantuvo la conciencia de Aragón como territorio diferenciado con Derecho propio.

El Reino de Aragón fue titular de un sistema jurídico e institucional completo que se expresó mediante Fueros de Cortes con el Rey, Observancias del Justicia Mayor, dictámenes del Consejo de Aragón, resoluciones de otras instituciones y construcciones doctrinales de los foristas, dando origen a la foralidad aragonesa. La actual Comunidad Autónoma de Aragón en su condición de nacionalidad histórica se subroga en la posición del Reino de Aragón como cabeza de la Corona de Aragón y entidad fundadora de la Monarquía Hispánica.

Aragón mediante la presente ley proclama su condición de territorio foral por legitimidad histórica y porque lo dispone su Estatuto de Autonomía, según el cual, los derechos históricos de Aragón podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la disposición adicional primera de la Constitución española.

La participación de Aragón en el proceso de construcción histórica de España muestra la voluntad aragonesa de formar parte de un proyecto común. Pero que la identidad de Aragón esté unida a la identidad de España no exige la renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos. Además, la Constitución española proclama el respeto y amparo a los derechos históricos de los territorios que, como Aragón, tuvieron su propio derecho foral y sus propias instituciones. Derechos históricos de Aragón que, dentro del marco establecido en la Constitución española y en el Estatuto de Autonomía de Aragón, podrán actualizarse a través de leyes, actos y convenios.

II

El objetivo de una ley de actualización de los derechos históricos es tratar de afirmar y proteger la identidad aragonesa. Actualización significa decantar la esencia regulatoria de esa identidad constitucional histórica de Aragón, eliminando cualquier reminiscencia de un régimen señorial incompatible con nuestro actual sistema constitucional democrático. También es adaptación de esa raíz regulatoria a un nuevo entorno social, receptivo y abierto a otras culturas, religiones y etnias que vuelven a un territorio que en el pasado también fue receptor.

La presente Ley trata de encontrar puntos de equilibrio. En primer lugar, entre pasado, presente y futuro, porque nadie quiere una recuperación del pasado –por glorioso que pueda ser– que comprometa el desarrollo futuro. En segundo lugar, y tal vez más difícil de encontrar, el equilibrio entre los distintos pasados de Aragón; mil años de historia dan para mucho, pero no se puede caer en la

manipulación de seleccionar aquellos fragmentos que mejor encajan con nuestras preferencias y proyectos, y esconder aquellas partes que las contradigan o corrijan.

El más delicado de todos los equilibrios es el que debe encontrarse entre el conocimiento científico de nuestra historia y la existencia de mitos y creencias a los que el uso constante posterior ha dotado de realidad bastante. Muchos de estos mitos realizados ocupan el centro de nuestra aproximación al pasado. La confrontación entre la verdad científica y las convicciones sociales no tienen un vencedor claro; es probable que debamos empeñarnos precisamente en suavizar ese enfrentamiento y moderar sus consecuencias.

III

La Ley se refiere, asimismo, a los dos elementos vertebradores de Aragón, la población y el territorio histórico de Aragón.

Natural y naturaleza han sido los términos utilizados para establecer la aplicabilidad del sistema aragonés de Fueros y Observancias; existieron normas de aplicación territorial pero su núcleo principal estuvo regido por esta condición personal.

La noción de naturaleza aragonesa sobrevivió a los Decretos de Nueva Planta, matizando esa representación convencional que nos dice que supusieron la desaparición completa del llamado derecho público. Hubo expresa reserva de plazas a favor de naturales de Aragón en las principales instituciones de gobierno, tanto privativas de Aragón como generales de España; hubo igualmente reserva de una cuota de representación para los naturales de Aragón en las reformadas Cortes de Castilla.

Haciendo un análisis combinado de estos datos históricos y de la realidad actual, la presente Ley quiere recuperar ese criterio de personalidad para abrir la posibilidad de que los aragoneses que residan fuera de la Comunidad puedan ejercitar también en Aragón derechos de participación política, eligiendo a los diputados a unas Cortes de Aragón que legislan sobre materias de estatuto personal de esencial importancia para su desarrollo como persona. Así, la vecindad civil aragonesa es el vínculo histórico que permitirá no sólo la mera aplicación de las normas civiles, sino también permitirá a quienes lo soliciten formar parte del cuerpo electoral de Aragón, posibilidad que se plasma en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007.

El otro elemento vertebrador es el territorio histórico de Aragón, que permanece inalterado desde el siglo XIII.

IV

El Reino de Aragón tuvo una estructura institucional propia y un sistema normativo completos. Tomando como término de comparación lo que en cada época se pudiera considerar referencia de desarrollo institucional y normativo, Aragón siempre estuvo en el máximo nivel y con el máximo rango protocolario.

Esta ley no trata de recuperar esas instituciones del Antiguo Régimen del que España salió con retraso y sufrimiento, pero sirva esta enumeración de las principales para recordar

a los aragoneses y a terceros que nuestra experiencia histórica tuvo un Rey, un Príncipe heredero con título propio, autoridades legislativas, gubernativas y jurisdiccionales, órganos de control económico y una poderosa base de gobierno local autónomo expresada en forma de municipios y de unas Comunidades que sirvieron para agrupar esfuerzos en la defensa y consolidación de nuestra frontera.

Son instituciones históricas principales de Aragón el Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes y la Diputación General, el Justicia, el Consejo de Aragón, la Audiencia, el Maestre Racional, los Municipios y Comunidades.

Primero como Reino, y posteriormente como Corona, Aragón tuvo su propio Rey y con la unificación de la Monarquía hispánica, el Rey de España conservó y sigue conservando el título de Rey de Aragón. El rey es el que confirma el cuerpo legal que origina la constitución del reino de Aragón y la foralidad aragonesa.

Las Cortes creadas en el siglo XIII, eran consideradas por los aragoneses como las representantes del Reino, en la medida en que estaban compuestas por los cuatro brazos o estamentos del Reino (la alta nobleza o ricoshombres; la baja nobleza o caballeros e infanzones; la jerarquía eclesiástica y las universidades). Sus principales funciones eran la de resolver los agravios, acordar la política interior y exterior del Reino y decidir la legislación y los tributos. Asimismo, servían de medio para financiar las empresas reales, a cambio de la concesión de privilegios a los súbditos. Por otra parte, es necesario destacar que pese a la supresión de las instituciones aragonesas por los Decretos de Nueva Planta, en Aragón seguía presente la conciencia de Reino, lo que permite explicar que las Cortes de Aragón fueran las únicas de toda la Corona de Aragón que se reunieran más de un siglo después de la celebración de las anteriores, concretamente el 9 de junio de 1808, convocadas por el Capitán General de Aragón José de Palafox durante los sitios de Zaragoza.

Otra institución histórica aragonesa es la Diputación General del Reino, surgida a raíz de las Cortes celebradas en Monzón en 1362. Nace como representación permanente de las Cortes con una función meramente recaudatoria; pero con el paso del tiempo se encargará de administrar la Hacienda del Reino, que tenía su propia política fiscal, así como del ejercicio de funciones administrativas y políticas, siendo su misión más importante la de custodia y guarda de los Fueros y Libertades de Aragón.

El Justicia de Aragón es el símbolo de la cultura jurídico política aragonesa y su imagen reconocible en la doctrina y la práctica constitucional de otros países de Europa y América.

Invocando el uso de una jurisdicción propia del Reino, ha podido someter a control judicial las actuaciones del Rey y sus Oficiales y cualesquiera otras instituciones de administración y gobierno; en un contexto de Antiguo Régimen dominado por la arbitrariedad, la actividad del Justicia de Aragón permitió articular un sistema con potestades más regladas y actuaciones sometidas a control y responsabilidad.

Más allá de ocasionales episodios llamativos de enfrentamiento directo

y físico con el Rey, durante los más de cuatrocientos años la actividad del Justicia y su tribunal fue una institución ordinaria y plenamente compatible con la autoridad del Rey; la mayor parte de sus intervenciones tuvieron como objeto conflictos ajenos al monarca. Es mucho más importante el efecto de sus decisiones en la organización señorial y resolución de conflictos internos entre élites del Reino que en la definición de las relaciones del Reino con el Rey.

La relación entre el Justicia y el Fuero de Aragón es tan directa que resulta imposible imaginar el desarrollo del sistema normativo aragonés en su ausencia. Durante el siglo XIV el Justicia ha creado normas verbalizando en sus Observancias las reglas del Fuero de Aragón; más adelante, se ha convertido en intérprete de los Fueros aprobados por las Cortes, que era la otra vía de verbalización del Fuero que desde Pedro IV se quiere convertir en única. Incluso después de 1347 el Justicia ha desarrollado una actividad que transciende lo que hoy entendemos por interpretación de las normas de Cortes. La importancia de sus decisiones, extendida a la de los otros tribunales y el Consejo de Aragón, ha dado origen a colecciones de decisiones que son un género especialmente desarrollado en Aragón y característico de su sistema foral desde el siglo XVI. Esta jurisprudencia ha sido instrumento de actualización de las normas forales supliendo en el siglo XVII la crisis de las propias Cortes legislativas.

El Justicia de Aragón ha sido pieza fundamental en el pensamiento constitucional español desde 1812, representando una manera de entender la acción del Rey y las instituciones con sometimiento a la supremacía del derecho (fuero) que proporciona un referente español para la construcción de nuestro Estado de Derecho.

Desde el inicio de nuestro proceso estatutario derivado de las constituciones de 1931 y 1978, el Justicia de Aragón –símbolo de nuestra capacidad para crear, aplicar y garantizar un sistema normativo propio y completo, y expresión de nuestra condición de nacionalidad histórica– se ha situado en el núcleo de nuestro autogobierno constitucional y la Comunidad Autónoma desarrollada para ejercerlo.

Junto al tribunal del Justicia, Aragón ha tenido una Audiencia –Virreinal, de la Gobernación General, Audiencia Real o Real Audiencia– que ha culminado y cerrado en Aragón la organización judicial de régimen ordinario, incluso con posterioridad a los Decretos de Nueva Planta. Desde la Regencia durante la minoría de edad de Isabel II esta situación ha dado paso al régimen de Tribunal Supremo; este modelo es redefinido primero con la creación de la Audiencia Nacional y, después de 1978, con los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. En el caso de Aragón, la actual regulación no es novedosa porque actualiza un sistema que hemos mantenido durante más de quinientos años.

Para la organización de la administración del Reino existieron demarcaciones de tipo supramunicipal que distribuían el espacio de gobierno del Reino en unidades menores. Las más consolidadas tenían una finalidad fiscal o judicial; este tipo de demarcaciones que aproximaban la acción de

gobierno están en el fundamento de las actuales Comarcas.

V

El principio esencial del sistema constitucional histórico de Aragón es la supremacía del Derecho. De la mano de Jaime I y Vidal de Canellas se introdujo en Aragón en la mitad del siglo XIII una ordenación de la actuación de los jueces del rey y sistema de garantías judiciales de inspiración canónica que tiene pocos equivalentes en su tiempo –los jueces estaban obligados a expresar la motivación de las sentencias– y que está en la raíz del extraordinario desarrollo de nuestra doctrina jurídica. Dentro de los límites de una sociedad de Antiguo Régimen, en Aragón había una preocupación demostrable por prohibir o reducir la arbitrariedad.

Esta Ley debe necesariamente traer esta idea de la supremacía del Derecho al centro de la actividad de nuestras actuales instituciones comprometiendo el esfuerzo conjunto en garantizar que, más allá de su genérica declaración formal, sea efectivamente criterio de actuación que se extienda al último rincón de la acción institucional.

VI

Uno de los signos que diferencian y definen a Aragón es su Derecho Foral. Aragón siempre se ha dotado de las normas necesarias para la regulación de la vida política y social, de tal forma que el Derecho aragonés es tan antiguo como Aragón mismo.

El Derecho Foral aragonés ha sido el elemento principal de la formación, permanencia y continuidad de la identidad aragonesa hasta nuestros días.

La interpretación de los Fueros ha sido objeto de regulaciones y construcciones doctrinales muy diferentes. Desde la inicial apertura a la aplicación analógica de los textos –previendo el recurso a la «igualeza», en virtud de la cual los asuntos semejantes deben tener soluciones semejantes– hasta la lectura que finalmente se dio del Standum est Chartae como principio hermenéutico de la que se hizo derivar la aplicación literal de las normas. Muchos de estos criterios respondían a la situación concreta de las normas que no tuvieron su origen en el Rey y el control de las Cortes y Tribunales que tenían la capacidad para modificarlas o la obligación de aplicarlas; son, por tanto, difícilmente extrapolables fuera de su contexto.

No obstante, de esta evolución de la técnica interpretativa pueden entresacarse elementos estables y significativos. En primer lugar, la adaptación de la interpretación a la distinta naturaleza del texto; la noción ni era nueva ni original –probablemente se tomó de Raimundo de Peñafort– y se concretaba en la diferencia de trato hermenéutico que debía darse a los textos cuya eficacia nacía de la concurrencia de voluntades –pactados– y aquéllos otros en que bastaba una sola voluntad. Para la aplicación de este criterio se consideraba fruto de un pacto lo que entonces se llamaba costumbre término que se refería en realidad a todas las normas aplicables con origen distinto a la autoridad regia. También destaca la noción «fraude de fuero» utilizada como mecanismo para la protección de los Fueros frente a aplicaciones

respetuosas con la literalidad pero alejadas del sentido y propósito de la regulación.

Hubo en Aragón una especial preocupación por las técnicas de aplicación de las normas, por lo que parece oportuno traer al presente no sólo aquellos criterios históricos más consolidados, sino también los que tienen su base en el Estatuto de Autonomía, y mantener ese espíritu por incorporar a la aplicación del derecho aragonés la técnica interpretativa más precisa.

El plan de elaboración de un Cuerpo de Leyes Generales y otro de Reglamentos Generales responde a esa misma voluntad de traer a nuestro presente no sólo criterios o actuaciones concretas del pasado, sino lo que significaron en el momento en que se realizaron.

El Reino de Aragón se asienta sobre la obra normativa de Jaime I construida con la aportación técnica de Vidal de Canellas.

En la mitad del siglo XIII el Obispo de Huesca, cumpliendo mandato personal del Rey, culmina la sistematización de las normas generales de Aragón existentes, integradas con la aportación de lo mejor del derecho común romano canónico. La edición y sistematización del Fuero de Aragón eran la mejor manera posible en el momento de construir un sistema normativo completo, superando el estadio anterior en que las distintas normas estaban repartidas por un gran número de documentos, dispersión que dificultaba su averiguación y posterior aplicación integrada. Hubo desde el primer momento preocupación por el contenido de las normas, pero también por el formato en que se presentaban y mediante el cual eran accesibles por los súbditos aragoneses. Esa preocupación por aprovechar las mejoras de la técnica de edición de normas volvió a manifestarse a finales del siglo XV: los Fueros de Observancias son la primera colección de leyes que se imprime en España y muy probablemente en Europa. Únicamente en Aragón hay dos ediciones impresas del cuerpo legislativo anteriores a 1500.

Ese espíritu presente en nuestra historia orienta hoy el esfuerzo técnico de los autores de normas en Aragón mediante la técnica concreta de formación de Cuerpos a los que se vayan incorporando normas depuradas que reduzcan la dispersión de regulaciones y den las mayores facilidades para su conocimiento y garantías para su correcta aplicación. Hay una opción por la simplificación del lenguaje jurídico y explotación de todas las posibilidades que ofrecen los soportes digitales.

VII

Las instituciones aragonesas se han esforzado durante las últimas décadas por la protección y recuperación del patrimonio histórico y cultural tangible. La Ley de Actualización de los Derechos Históricos persigue que dicha protección alcance también al patrimonio inmaterial del derecho histórico de Aragón en general, pero del que ahora queremos destacar su vertiente política y constitucional, muchas veces oscurecida por el brillo adquirido por nuestro Derecho Foral privado. En esencia, se trata de ensalzar y defender la cultura histórica y política aragonesa, así como nuestros símbolos.

Se crea la Academia Aragonesa de la Historia. A diferencia de las homónimas fundadas en el siglo XVIII, su propósito no es fijar una reconstrucción ortodoxa de la historia. Hay una expresa voluntad de darle una dimensión exterior, coherente con la realidad mediterránea de nuestra Corona de Aragón y la comunidad histórica formada con el conjunto de los territorios de España. La elección de los académicos se realiza por cooptación, es decir, que quienes ingresan deben ser elegidos por quienes ya forman parte de la corporación y no por ningún agente externo. El sistema de elección de los académicos por cooptación es uno de los principios que han regido en España y en Europa en el funcionamiento de las Academias como garantía de su autonomía e independencia. En la elección de los primeros académicos, se toma como punto de partida la existente red de investigación de la Comunidad Autónoma y cualquier otra en que se tome como objeto principal de estudio la Historia de Aragón.

La Academia ha de ser foro de reunión de esfuerzos de investigación y desarrollo de conocimiento ya existentes, mejorando mediante su acumulación, la socialización de los saberes así formados.

En un momento en que se lesionan impunemente datos de nuestro pasado sobre los que no cabe opinión ni apreciación, es necesario incluir de manera explícita la encomienda de la defensa de los nombres y expresiones históricos en los términos en que fueron utilizados en los documentos de cada momento, corrigiendo la tendencia a introducir giros y eufemismos que no hacen otra cosa que dificultar una exacta representación del pasado.

VIII

La Ley de Actualización de los Derechos Históricos entrará en vigor el 3 de abril de 2011, fecha simbólica porque coincide con el 300 aniversario de la culminación en 1711 del proceso reforma de los Reales Decretos de Nueva Planta de Aragón.

La identidad aragonesa se ha conservado después de aquéllas normas como una de las tradiciones jurídicas y constitucionales españolas diferenciadas y ha estado presente en la doctrina desde Cádiz. El actual contexto constitucional y estatutario permite la recuperación mediante esta Ley de su dimensión normativa perdida.

TÍTULO I

Principios generales

Artículo 1.º— *Aragón, nacionalidad histórica.*

1. Aragón es una nacionalidad histórica de origen foral. Su identidad jurídica se ha mantenido de manera ininterrumpida.

2. Aragón ha participado de forma principal en el proceso histórico de constitución de España. La Comunidad Autónoma de Aragón se subroga en la posición del Reino de Aragón como cabeza de la Corona de Aragón y entidad fundadora de la Monarquía Hispánica.

3. La participación de Aragón en la constitución de una España unida no ha supuesto la renuncia del pueblo aragonés a sus derechos históricos. Su actualización es legítima de acuerdo con la disposición adicional primera de la vigente Constitución.

Artículo 2.º— *Los derechos históricos de Aragón.*

1. A los efectos de esta ley, los derechos históricos son:

a) La expresión de la voluntad de la Comunidad Autónoma de Aragón por definir su integración y articulación en España sin pérdida de su identidad institucional y jurídica tradicionales, ni de su condición de Reino fundador a título principal de la Monarquía Hispánica.

Ello implica el desarrollo de una estructura institucional y sistema normativo propio, siempre garantizando la suficiencia de las instituciones de gobierno común, y de la legislación necesaria para la unidad constitucional de España.

b) Principios jurídicos y reglas de gobierno o administración tradicionales, siempre subordinados al respeto prioritario a las exigencias del actual modelo constitucional de Estado Social de Derecho.

c) El mantenimiento de la autonomía para definir en su propio ordenamiento las condiciones de la vida civil y social de los aragoneses.

d) El respeto por los símbolos, nombres y denominaciones originales de los órganos de gobierno y administración e instituciones jurídicas de nuestro pasado, y su defensa frente a errores, deformaciones o manipulaciones que desvirtúen su naturaleza o significado.

2. Los derechos históricos otorgan a los aragoneses una garantía institucional como expresión de sus valores de pacto, lealtad y libertad.

Artículo 3.º— *Instrumentos de actualización.*

1. Los derechos históricos originarios de Aragón se podrán actualizar mediante ley, actos y convenios, en el marco de la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Aragón.

2. La actualización de los derechos históricos se llevará a cabo de acuerdo con los principios democráticos, los derechos de los ciudadanos que conforman el Estado social de Derecho y las reglas del buen gobierno, así como con la realidad social, económica y política del momento.

Artículo 4.º— *Naturales de Aragón.*

1. Ostentan la condición política de aragoneses:

a) Los españoles con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón.

b) Los españoles con vecindad civil aragonesa, aunque residan fuera de Aragón, siempre que lo soliciten de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

c) Los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en Aragón y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España o cumplan los requisitos establecidos en la legislación estatal. Los mismos derechos corresponderán a sus descendientes, si así lo solicitan, siempre que ostenten la nacionalidad española en la forma que determine la ley.

2. La condición política de aragonés permite el pleno ejercicio de los derechos de participación política y su incorporación al cuerpo electoral de Aragón.

Artículo 5.º— *Territorio.*

El territorio histórico de Aragón es el comprendido por el de los municipios aragoneses que conforman la unidad territorial de Aragón.

TÍTULO II

Instituciones tradicionales y principio de supremacía del derecho

Artículo 6.º— *Instituciones históricas.*

1. El Rey, el Príncipe de Gerona, las Cortes y la Diputación General, el Justicia, el Consejo de Aragón, la Audiencia, el Maestre Racional, los Municipios y Comunidades son las instituciones históricas más representativas de la forma de gobierno de Aragón.

2. El régimen de actuación de las instituciones tradicionales aragonesas se ha fundamentado en el principio de la supremacía del Derecho.

Artículo 7.º— *El Rey.*

1. El Rey ostenta el título histórico de Rey de Aragón y es símbolo de la permanencia de Aragón en la unidad constitucional de la Monarquía española. Los derechos históricos del pueblo aragonés tienen su fundamento en la confirmación regia.

2. El título de Rey de Aragón lo ostenta el Rey de España de acuerdo con el orden sucesorio que fije la Constitución española en cada momento.

3. El Príncipe Heredero tendrá la dignidad de Príncipe de Gerona como título vinculado tradicionalmente al sucesor de la Corona de Aragón.

Artículo 8.º— *Las Cortes.*

Los derechos históricos residen en el pueblo aragonés. Las Cortes como máxima representación de la voluntad del pueblo aragonés velarán por su conservación y presencia en el sistema constitucional español.

Artículo 9.º— *El Presidente de Aragón.*

1. El Presidente ostenta la suprema representación de Aragón, acuerda la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones.

2. El Presidente promulga y ordena publicar las leyes aragonesas en nombre del Rey.

3. El Presidente convoca en nombre del Rey el referéndum de ratificación del cuerpo electoral de Aragón en el procedimiento de reforma estatutaria.

4. En los actos públicos referidos a los derechos históricos, en ausencia del Rey o Reina, Reina Consorte o Consorte de la Reina, Príncipe o Princesa de Gerona e Infantes de España, la representación del Rey en Aragón corresponde al Presidente.

Artículo 10.º— *La Diputación General.*

1. La Diputación General tiene su origen histórico en la Diputación del Reino; es órgano permanente de gobierno con capacidad ejecutiva y normativa sometida a las Cortes y al Estatuto.

2. El Presidente nombra y dirige la acción del Gobierno de Aragón bajo el control de las Cortes, el Justicia y la Cámara de Cuentas.

Artículo 11.º— *El Justicia.*

1. La competencia del Justicia en defensa del Estatuto de Autonomía se extenderá a la tutela del respeto del autogobierno de Aragón, de las leyes en que se expresa y de los principios, normativos e históricos, en que se fundamenta.

El Justicia velará por la aplicación efectiva del principio de bilateralidad en las materias en que haya sido establecido en el Estatuto.

2. El Justicia ejerce sus funciones en defensa de las libertades de los aragoneses y actúa como mediador entre las Instituciones aragonesas.

3. El Justicia podrá ejercer funciones de árbitro y mediador en los conflictos que se susciten entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas aragonesas en los casos previstos en las leyes de Aragón. Las decisiones que adopte el Justicia en los procesos arbitrales se sujetarán al sistema general arbitral del Estado.

Artículo 12.º— *El Tribunal Superior de Justicia.*

Según la tradición jurídica aragonesa, actualizada por el Estatuto, un Tribunal Superior de Justicia culmina la organización jurisdiccional en Aragón. Ello sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales internacionales.

Artículo 13.º— *Demarcaciones territoriales históricas.*

Los Municipios, Comunidades, Juntas y Sobrejuntas, Merinados y Bailías, Sobrecullidas, Veredas y Corregimientos, como entes institucionales tradicionales, constituyen la base histórica de la actual organización territorial propia de Aragón en Comarcas.

TÍTULO III

ARAGÓN Y SU DERECHO

Artículo 14.º— *El Derecho foral.*

Derecho foral es la denominación tradicional del Derecho aragonés.

Artículo 15.º— *Principios de interpretación del Derecho aragonés.*

Con fundamento en los antecedentes históricos de Aragón y en el Estatuto, son principios de interpretación del Derecho aragonés los siguientes:

a) Los títulos competenciales, en cuanto normas amparadas por un pacto, se interpretarán en el sentido más favorable a la autonomía de Aragón.

b) Las Instituciones de Aragón evitarán aplicaciones literales de la norma que supongan fraude de Estatuto.

c) En la interpretación de las normas se tendrá en cuenta el sentido histórico de las palabras.

Artículo 16.º— *El Cuerpo de Leyes Generales de Aragón.*

1. De acuerdo con la tradición jurídica aragonesa, las leyes generales de Aragón formarán un único Cuerpo de Leyes Generales.

2. El Cuerpo de Leyes Generales de Aragón recopilará por materias toda la legislación aragonesa vigente. El propósito de este Cuerpo es consolidar a legislación aragonesa en una Ley General para cada una de las materias.

3. Mediante el Cuerpo de Leyes Generales de Aragón se pretende facilitar el acceso y compresión de la normativa por los ciudadanos. Los instrumentos para alcanzar este efecto son la sistematización de regulaciones actualmente dispersas y la opción por un lenguaje jurídico simplificado.

4. Para cada una de las Leyes Generales, mediante Decreto del Gobierno de Aragón, se encomendará a una Comisión de juristas y expertos en la materia la elaboración del correspondiente anteproyecto de ley. El Gobierno de Aragón aprobará los correspondientes proyectos de ley.

5. Corresponde al Gobierno de Aragón el desarrollo de un Cuerpo de Reglamentos Generales de Aragón.

Artículo 17.º— *El conocimiento del Derecho y servicio público.*

1. El acceso al conocimiento del Derecho propio por parte de los ciudadanos tendrá la consideración de servicio público.

2. Los poderes públicos deberán facilitar el acceso gratuito de los ciudadanos a la información sobre el Derecho aragonés y a las sentencias de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón, especialmente en soportes digitales.

TÍTULO IV

La cultura jurídica y política histórica de Aragón

Artículo 18.º— *Patrimonio inmaterial.*

La cultura jurídica y política histórica de Aragón forma parte de su patrimonio inmaterial y goza de la máxima protección que esta condición le proporciona.

Artículo 19.º— *Patrimonio histórico y político del Reino de Aragón.*

Corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón la tutela de este patrimonio histórico y político del Reino de Aragón, su difusión, reintegración y actualización dentro de los límites constitucionales y estatutarios.

Artículo 20.º— *La Academia Aragonesa de la Historia.*

1. Se crea la Academia Aragonesa de la Historia, cuyas funciones son profundizar en el estudio de la Historia de Aragón, fomentar su divulgación, así como instar el uso y la protección de los nombres y datos históricos en los términos en que son utilizados en la documentación histórica original.

2. La Academia Aragonesa de la Historia estará integrada por expertos reconocidos en Historia de Aragón, de la Corona de Aragón y sus distintos territorios, y de España.

3. La elección de los académicos se realizará por cooptación. La condición de académico es vitalicia. A partir de la edad que determinen los Estatutos, los académicos perderán su condición de numerario y mantendrán la condición de académico a titulo honorario.

4. Los Académicos serán nombrados por la Academia.

5. Sus Estatutos se aprobarán por las Cortes de Aragón, a propuesta de la Academia.

6. La Academia Aragonesa de la Historia gozará de personalidad jurí-

dica de derecho público y ejercerá sus funciones con autonomía orgánica, funcional y presupuestaria para garantizar su objetividad e independencia.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.— La reforma o derogación de la ley de derechos históricos exigirá el informe previo y preceptivo del Justicia en defensa y garantía de los derechos históricos del pueblo aragonés.

Segunda.— Los primeros académicos serán nombrados por las Cortes de Aragón. Este nombramiento incluirá miembros de equipos acreditados de investigación que tengan la Historia de Aragón y la Corona de Aragón como elemento principal de su objeto de estudio.

Se garantizará la presencia de todos los grupos de investigación de Excelencia y la representación de los grupos de investigación con un nivel de reconocimiento de grupo Consolidado o categoría equivalente, si se trata de grupos no sometidos a la normativa aragonesa de acreditación de la investigación.

Tercera.— Las Cortes, el Presidente de Aragón, el Justicia y el Gobierno desarrollarán y defenderán a través de sus poderes la actualización de los derechos históricos de Aragón de acuerdo con la presente ley.

Cuarta.— La ley de actualización de los derechos históricos entrará en vigor el 3 de abril de 2011.

Zaragoza, 9 de diciembre de 2010.

El Portavoz
JAVIER ALLUÉ SUS

X. CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DA 3.ª DE LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA, REFORMADA POR LA LEY 10/2007, DE 28 DE JUNIO, EN LO RELATIVO A LA EQUIPARACIÓN DE PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO

1. Auto TSJG núm. 25, de 30 de junio de 2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sala de lo Civil y Penal

PRESIDENTE: Excmo. Sr.: D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira.

MAGISTRADOS: Ilmos. Sres.: D. Juan José Reigosa González, D. Pablo Saavedra Rodríguez, D. Pablo A. Sande García, D. José Antonio Ballestero Pascual.

A Coruña, treinta de junio de dos mil diez.

HECHOS

Primero: La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia con fecha de 12 de febrero de 2009 en el rollo de apelación número 646 de 2008, como consecuencia de los autos del juicio ordinario número 360 de 2008, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Betanzos. El fallo de la sentencia de apelación confirmó el de la apelada, a su vez desestimatoria de la demanda interpuesta en nombre y representación de don Miguel Graiño Echevarría, quien con la misma solicita que se declare:

1. Que los herederos abintestato de doña Vanesa María López Gómez son sus padres don Manuel López González y doña Inés Gómez Gutiérrez, por partes iguales, y que don Miguel Graiño Echevarría es el usufructuario vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido.

2. La intervención judicial del caudal hereditario de la causante doña Vanesa María López Gómez, con devolución por parte de los demandados del dinero cobrado indebidamente por cualesquiera indemnizaciones, salarios, cuentas, etc., que formen parte del caudal hereditario de doña Vanesa María, más los intere-

ses legales durante el tiempo que lo haya disfrutado, depositándolo en la cuenta de consignaciones del Juzgado, o bien en la propia entidad bancaria BBVA.

3. La nulidad de la escritura del acta declaración de herederos abintestato tramitada a instancia del promovente don Manuel López López, por cuanto en la misma se excluye y se omite el derecho legitimario del demandante al usufructo vitalicio del 50% de haber líquido de la herencia de la causante.

4. La nulidad de cualesquiera actos de aceptación de herencia otorgada por los demandados, respecto de los bienes dejados por doña Vanesa María López Gómez.

5. La imposición de costas a los demandados.

Segundo: La representación procesal del demandante y apelante don Miguel Graíño Echevarría, con fecha de 15 de abril de 2009 preparó recurso de casación contra la referida sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña y posteriormente (el 27 de mayo) lo interpuso. Mediante providencia de 3 de junio, la Audiencia acordó remitir las actuaciones a esta Sala previo emplazamiento de las partes por el plazo de treinta días.

Tercero: Recibidos en este Tribunal los autos y rollo de apelación así como comparecidas ante el mismo las partes (el procurador don José Antonio Castro Bugallo en nombre y representación del recurrente, y el procurador don Ramón de Uña Piñeiro en nombre y representación de la recurrida), la Sala dictó auto con fecha de 14 de septiembre de 2009 mediante el cual acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Miguel Graíño Echevarría. La representación procesal de la recurrida (don Miguel López González y su esposa doña Inés Gómez Gutiérrez) impugnó el recurso con fecha de 5 de octubre.

La Sala, por providencia de 19 noviembre, señaló día, el 12 de enero de 2010, para la votación y fallo del recurso.

Cuarto: 1. La Sala dictó providencia con fecha de 1 de febrero de 2010, que a la letra dice:

Con suspensión del plazo para dictar sentencia, óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia, o sobre el fondo, de que esta Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad en relación a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley del Parlamento gallego 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y a la Ley del mismo Órgano Legislativo 16/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional 3.ª de aquella Ley, aplicables para resolver el presente recurso de casación, al considerar la Sala que dichas normas pueden ser contrarias a la Constitución, y en particular a su artículo 149.1.8.ª (competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil, y en todo caso sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, así como sobre ordenación de los registros públicos).

Lo que se plantea al amparo de lo dispuesto en el art. 163 de la CE y 35.1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. El Ministerio Fiscal, por medio de escrito firmado el siguiente día 15 informó desfavorablemente el planteamiento de la cuestión de constitu-

cionalidad. El procurador don José Antonio Castro Bugallo, en nombre y representación de la parte recurrente en casación, manifestó por escrito del 12 de febrero que «no se opone» a dicho planteamiento, y la parte recurrida no se pronunció.

La Sala señaló día, el pasado 27 de abril, para votación y resolución del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Es Magistrado-ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo A. Sande García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: 1. El *thema decidendi* del recurso de casación sometido a la decisión de la Sala está determinado con claridad por el perfil táctico del caso enjuiciado, que puede fijarse como sigue en armonía con los hechos estimados incontrovertidos en la sentencia del Juzgado confirmada por la de la Audiencia, y a su vez en virtud del examen de las actuaciones:

1.° Don Miguel (actor, apelante y recurrente en casación) y doña Vanesa convivieron como pareja en un piso alquilado por ambos el 31 de octubre de 2005 en Betanzos. En el mes de enero de 2007 se trasladaron a otro piso, también sito en dicha ciudad, que compraron por mitad y proindiviso a medio de escritura pública otorgada el 7 de mayo de 2007.

2.° Doña Vanesa falleció el 13 de julio de 2007 a consecuencia de un accidente de circulación.

3.° Don Miguel afirma que a través de su letrado remitió el 19 de octubre de 2007 al padre de doña Vanesa (lo que éste no niega) el escrito que a la letra dice: «Estimado Sr.: me dirijo a Ud. en nombre de mi cliente Miguel Graíño Echevarría, para ponerse de cuerdo en la tramitación de la declaración de herederos de doña Vanesa María López Gómez (Q.E.P.D), al tratarse de un trámite notarial que a Miguel le es necesario realizar, siendo un trámite que también Vds. también (sic) hacer, para que se les reconozca (a Ud. y a su esposa) su cualidad de herederos, siendo Miguel el usufructuario, por su cualidad de pareja de hecho consolidada, conforme al Derecho Civil de Galicia.

Si por parte de Uds. no se cuestiona el derecho de Miguel, lo lógico será ponerse de acuerdo para acudir al Notario, en Betanzos, y otorgar Ud. y su esposa, conjuntamente don Miguel la correspondiente acta de declaración de herederos abintestato.

Por ello, quedo a la espera de sus noticias, que les ruego me transmitan lo más pronto que les sea posible, entendiendo, que la falta de contestación o de no aceptación del trámite notarial, supone una negativa al reconocimiento del derecho de Miguel.

Sin otros particulares, reciban un cordial saludo».

4.° El 14 de noviembre de 2007 el padre de doña Vanesa solicitó por comparecencia ante el notario de A Fonsagrada la tramitación de la oportuna declaración de herederos abintestato de su hija, la que tuvo lugar mediante acta de notoriedad del siguiente 12 de diciembre en la que se hace constar que doña Vanesa falleció en estado de soltera y sin descendientes, sobreviviéndole como únicos ascendientes sus padres los cónyuges don Manuel y doña Inés,

efectivamente declarados herederos abintestato de su hija.

5º A consecuencia del accidente que causó la muerte de doña Vanesa se incoó juicio de faltas, que concluyó sin declaración de responsabilidad por renuncia de los padres de la fallecida y de don Miguel a las acciones penales que pudieran corresponderles; y con fecha de 11 de marzo de 2008 se dictó el auto de cuantía líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados (99.222,70 euros en el caso de don Miguel, acreditada «pareja sentimental» de doña Vanesa, y 8.268,56 euros para cada progenitor).

2. Sucede, pues, que la relación de pareja (de noviazgo en expresión de los demandados contenida en su contestación a la demanda) conforme a la que convivieron don Miguel y doña Vanesa desde el 31 de octubre de 2005 hasta el fallecimiento de ésta el 13 de julio de 2007 constituye el soporte fáctico de la declaración centralmente perseguida en la demanda formulada por aquél, a saber, la de que es usufructuario vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido de doña Vanesa. Solicitud ésta normativamente sostenida en la redacción originaria de la disposición adicional tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG/2006), e igualmente en la redacción reformada dada por la ley 10/2007, de 28 de junio, la una vigente desde el día 20 de julio de 2006 (argumento ex disposición final LDCG/2006), y la otra desde el 3 de julio de 2007 (argumento ex disposición final de la ley de reforma), textos legales ambos que coinciden en equiparar al matrimonio, a los efectos de aplicación de la propia LDCG/2006, «las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges» (párrafo final y 1 de la susodicha disposición adicional según, respectivamente, sus redacciones originaria y reformada); derechos entre los que se encuentra el invocado al «usufructo vitalicio de la mitad del capital» que como legítima reconoce el artículo 254 LDCG/2006 al cónyuge viudo que no concurra con descendientes del causante, y relación permanente de pareja que habría existido entre don Miguel y doña Vanesa bajo la vigencia de la originaria redacción de la adicional tercera de la LDCG/2006, incluso desde antes (desde el 31 de octubre de 2005), y que continuaría existiendo vigente la redacción reformada hasta que diez días después falleció doña Vanesa (el 13 de julio).

Segundo: Sostiene el actor, apelante y recurrente en casación, así pues, que conforme a la originaria redacción de la controvertida disposición adicional existió relación permanente de pareja entre él y doña Vanesa, y que tras la modificación que sufrió otra no puede ser la conclusión ya que su novedoso punto o apartado 2 párrafo inicial («tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que conviven con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar

sus efectos del matrimonio»), careció de efectividad hasta la entrada en vigor del Decreto de la Xunta 248/2007, de 20 de diciembre (que crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia), la que aconteció a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Galicia de 8 de enero de 2008, pero cuando ya doña Vanesa había fallecido, con lo cual no tuvieron ocasión de inscribir su condición de pareja de hecho. En cualquier caso, añade el recurrente en casación que no es admisible privar de toda validez a las relaciones de pareja, como la suya, que antes y después de uno y otro texto legal fueron «queridas (y mantenidas) como análogas al matrimonio». En este sentido, insiste el recurrente en que la nueva redacción de la adicional no privó de eficacia jurídica a las relaciones mantenidas con anterioridad: lo que con la reforma se perseguía era que sólo tuvieran eficacia jurídica las relaciones de pareja queridas como análogas al matrimonio, siendo por ello necesario que la correspondiente manifestación de voluntad quedase plasmada en un Registro, donde dejar constancia de su relación, mas no por ello se «expropió» ni privó de eficacia jurídica a las relaciones queridas y mantenidas hasta entonces. Un Registro en el que, «al modo de un Registro Civil, se inscribiesen los matrimonios que fuesen contraídos sin ritos, es decir, sin boda».

Los que anteceden son los argumentos que en síntesis esgrime don Miguel en su recurso de casación con la finalidad de denunciar, por lo que aquí importa, tanto la interpretación errónea como la inaplicación de la disposición adicional tercera, en su redacción originaria y reformada, de la LDCG/2006. Argumentos que son de los que se sirve para combatir la sentencia de la Audiencia que, por un lado, descartó la retroactividad de la redacción originaria de la adicional, de manera que al momento de la muerte de doña Vanesa (el 13 de julio de 2007) no había aún transcurrido el plazo legal del año de convivencia exigido en el párrafo o apartado segundo de la misma («tendrán la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año...»), computado en consecuencia no desde el comienzo de la relación de pareja el 31 de octubre de 2005 y sí desde la entrada en vigor el 20 de julio de 2006 de la LDCG. Argumentos, a su vez, de los que se sirve el recurrente para, por otro lado, combatir la tesis de la sentencia del Juzgado confirmada por la de la Audiencia que al estimar como requisito ya establecido inicialmente por el legislador gallego del 2006 que la voluntad de equiparación de la pareja al matrimonio se expresase de forma clara y unívoca por algún medio de constancia fehaciente (la inscripción en un registro municipal de parejas, acta de notoriedad, etc.), priva de trascendencia a la imposibilidad de que don Miguel y doña Vanesa inscribiesen su condición de pareja de hecho en el Registro previsto —pero no creado cuando ella falleció– en la redacción reformada de la adicional tercera.

Resulta indudable, en consecuencia, que la decisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Miguel Graíño Echeverría depende de la validez de la disposición adicional tercera en

su redacción originaria y reformada de la LDCG/2006, toda vez que el juicio sobre su adecuación a la Constitución representa un prius respecto de la aplicación retroactiva o no del cómputo del año de convivencia inicialmente exigido a los efectos de poder considerar una relación marital análoga al matrimonio y, desde luego, igualmente representa un prius el juicio de constitucionalidad de la vigente redacción de la adicional tercera respecto de la eficacia de las relaciones de pareja generadas con anterioridad, subsistentes con posterioridad a su entrada en vigor y extinguidas por fallecimiento de unos de sus miembros sin que se hubiese creado el constitutivo Registro de Parejas de Hecho de Galicia. Norma con valor o fuerza de ley, la susodicha adicional, cuya constitucionalidad es la que esta Sala cuestiona por ser contraria a la Constitución, y en particular a su artículo 149.1.8.ª, que es el precepto que suponemos infringido en la medida en que atribuye a la competencia exclusiva del Estado la legislación civil, y en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio así como la ordenación de los registros.

Tercero: La Sala entiende que la norma cuya constitucionalidad cuestiona no puede considerarse resultado de un correcto ejercicio de la competencia exclusiva autonómica en orden a la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego (art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia). Previsión estatutaria ésta que es en la que se cifra la «garantía de la foralidad civil» introducida por el artículo 149.1.8.ª de la Constitución tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, y conceptos –los de conservación, modificación y desarrollo– que «son los que dan positivamente la medida y el límite de las competencias así atribuibles y ejercitables»: trátase de la doctrina que acompaña a las SSTC 88 y 156/1993, de 12 de marzo y 6 de mayo, según la cual, además, la reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8.ª, de determinadas regulaciones, «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica, entre ellas, por lo que aquí importa, las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» y la «ordenación» de los registros públicos, constituyen «una segunda reserva competencial a favor del legislador estatal, que delimita un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio de la determinación de las fuentes del Derecho».

Es claro que la Constitución al emplear la noción de desarrollo del propio derecho civil permite, según precisa la referida doctrina de su máximo intérprete, que los derechos civiles forales o especiales preexistentes puedan ser objeto de una «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales». Sin duda, la noción constitucional de desarrollo permite una «ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por los Derechos civiles forales o especiales», y en consecuencia es claro a su vez que cabe que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen «instituciones

conexas» con las ya reguladas en la Compilación «dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», pero no menos claro es por ello que aquel crecimiento «no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos» pues no cabe olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución «a fin de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en determinados territorios», y, en fin, dicha actualización o innovación tampoco significa, «claro está», una «competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8.ª CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

Creemos, por lo tanto, que la equiparación al matrimonio de las «relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia» llevada a cabo en la disposición adicional tercera de la LDCG/2006 «a los efectos de la aplicación» de esa propia ley, que es en la que se condensan todos y cada uno de los derechos y obligaciones del derecho civil gallego reconocidos a los cónyuges (y que son los que se extienden a los miembros de la pareja), resulta por completo ajena a la foralidad civil gallega sin que pueda entrañar un supuesto de su desarrollo, y en último término si lo entrañase pugnaría con la regulación «en todo caso» sustraída al legislador autonómico de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio y de la ordenación de los registros públicos. Vayamos, de inmediato, al ámbito material de la foralidad civil gallega y a lo que ha dado de sí su desarrollo.

Cuarto: La ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación del derecho civil de Galicia (LCDCG), adoptó e integró en el ordenamiento jurídico gallego el texto normativo del año 1963 «con las únicas modificaciones exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos y de vigencia de otros», según reza su exposición de motivos. Exposición de motivos que pergeñó un modelo de desarrollo del derecho civil de Galicia que resultó premonitorio de la doctrina plasmada en las precitadas SSTC 88 y 156/1993; y es que como se avanzó ya entonces «la historia de la previa existencia a la Constitución de derecho civil gallego» hizo posible que la Comunidad Autónoma de Galicia pudiese asumir en su Estatuto la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo de sus instituciones, si bien no implicó que la misma deba limitarse «a los supuestos institucionales recogidos en el texto, por cierto no completo», de la Compilación de 1963, y de ahí que el legislador gallego de 1987 anunciara expresamente la tarea que en lo sucesivo se proponía realizar: desarrollar el derecho civil de Galicia en una línea «abiertamente constitucional y nítidamente autonomista», la que exigiría la imperiosa renovación de las disposiciones compiladas y desde luego la incorporación de las que demandasen «las instituciones no recogidas en ella».

Y a aquella doctrina del TC enseguida acudió esta Sala (STSJG 1/1994,

de 22 de julio) en el trance de tener que proclamar positivamente que la Compilación de 1963 «se encuentra afortunadamente lejos de agotar la realidad normativa e institucional del derecho civil gallego», al igual que en esa misma ocasión resaltó el pasaje de la exposición de motivos de la LCDCG –entonces en vigor– referido al incompleto texto de la Compilación de 1963, para al cabo concluir que la disposición final primera de ésta no sustituyó todas «las normas de derecho civil especial de Galicia, escrito o consuetudinario, vigente» a su promulgación, «por las contenidas en ella», sino exclusivamente las relativas a las instituciones que reguló; una sustitución normativa parcial que además, como añadiría el legislador de 1987 en esa disposición final, podría verse afectada por «la competencia exclusiva» autonómica «sobre el derecho civil gallego respecto a su conservación, modificación y desarrollo».

Una competencia autonómica que en el orden directamente civil gallego había propiciado para empezar la aprobación, requerida por razones de urgencia, de la ley de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia (ley 2/1986, de 10 de diciembre), precedente inmediato de la ley de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia (ley 3/1993, de 16 de abril, modificada por la ley 6/2005, de 7 de diciembre), y después la de la también específica ley de montes vecinales en mano común de Galicia (ley 13/1989, de 10 de octubre, modificada por la ley 7/2007, de 21 de mayo), para alcanzar su cristalización general en las LLDCG/1995 y 2006, ley esta última en la que pese a figurar sujetos tan atípicos en la tradición jurídica de Galicia como, p. ej., el adoptado (y acaso por ello el recurso de inconstitucionalidad 2845/2007 del que da cuenta el BOE de 8 de junio) y las parejas de hecho a cuyos miembros se extienden los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges, todavía se sigue apelando, como en la de 1995, a la condición de «derecho vivo... nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico derecho agrario» y a la centralidad del «papel de la casa» en el seno de las instituciones sucesorias.

Desfigurada en más o menos por el último legislador, no sobrará el advertir que el canon consuetudinario y la prevaleciente imagen del derecho civil de Galicia asociado a la comunidad campesina han resistido como parámetro de la constitucionalidad de las leyes que so pretexto de aprobarse en ejercicio de la competencia ex artículo 27.4 EAG han sido objeto de impugnación ante el TC: la «recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes que puede tener lugar en el respectivo territorio civil foral» (STC 121/1992, de 28 de septiembre), es una eventualidad que «resulta aún más clara» visto el enunciado de ese artículo 27.4 EAG «pues en la idea de institución jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias», y así para afirmar que los arrendamientos rústicos históricos constituyen derecho propio de Galicia señala que «la doctrina científica generalmente les atribuye» esa cualidad y los considera «institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen por su origen (consuetudinario),

por su forma (predominantemente verbal), por su objeto (lugar acasarado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica, tan cercana al censo enfitéutico» (STC 182/1992, de 16 de noviembre); de la «especial ligazón histórica de los montes vecinales en mano común con Galicia» y de la «honda raigambre consuetudinaria» de esa «tradicional forma de propiedad de tierras en común» habla la STC 127/1999, de 1 de julio; y, en fin, al tiempo que afirma que las instituciones reguladas en la LDCG/1995 «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», la STC 47/2004, de 25 de marzo, no puede «por menos de reconocer» que «el carácter marcadamente consuetudinario» del derecho civil de Galicia «constituye una de sus particularidades más relevantes y que informa tal ordenamiento civil».

Quinto: 1. El legislador autonómico de la LDCG 2006 se propuso al aprobarla, según confiesa en los tres últimos apartados del punto II del Preámbulo, «mejorar» la regulación existente en la LDCG/1995 de «muchas de las instituciones tradicionales» del derecho civil gallego así como «acometer» el desarrollo de figuras consuetudinarias no previstas en la misma, v.gr. los montes abertales o las derivadas de relaciones de vecindad como la gavia, el resío y la venela. El Parlamento de Galicia dispuso al respecto de varios trabajos prelegislativos: el texto articulado de abril de 2001, especialmente relevante en materia sucesoria, elaborado en el seno de la «Comisión superior para el estudio del desarrollo del derecho gallego» creada por Decreto 107/1999, de 8 de abril, en la que además se integraron los miembros de la «Comisión del Colegio Notarial de A Coruña para el estudio del derecho civil de Galicia»; las conclusiones obtenidas en el III Congreso de Derecho gallego celebrado en A Coruña en noviembre de 2002 a iniciativa de la Academia gallega de Jurisprudencia y Legislación y de los Colegios de Abogados de Galicia; y el Informe del «Consello da Cultura Galega» concluido el año 2004 sobre la LDCG/1995 y su reforma.

A todos y cada uno de dichos trabajos resultó completamente ajena la sugerencia de que el legislador gallego de derecho civil procediese a abordar una regulación como la que éste acabó plasmando en la disposición adicional tercera de la LDCG/2006, que a la letra decía en su redacción primitiva:

A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges.

Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia.

La consulta de la tramitación parlamentaria de la proposición de ley origen de la LDCG/2006 no suministra el menor dato acerca de la razón justificativa de la incardinación en el ordenamiento civil gallego de tan trascendental norma; y tampoco nos lo suministra su Preámbulo, a pesar de que aquí –como sabemos– el legislador nos da cuenta de las variaciones y de las nuevas regulaciones que efectúa en relación a la LDCG/1995.

Vigente desde el 20 de julio de 2006, la primitiva disposición adicional tercera de la LDCG/2006 fue objeto de reforma por la ley 10/2007, de 28 de junio, a su vez vigente desde el 3 de julio de 2007, según antes apuntamos. La redacción dada por el artículo único de la citada ley dice a la letra:

1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de pareja de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

No pueden constituir parejas de hecho:

a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.

b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.

c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos.

Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

Y la disposición final de esa ley de reforma dice así igualmente a la letra:

En el plazo de un mes contado desde la publicación de esta ley en el Diario Oficial de Galicia, la Xunta de Galicia aprobará un decreto mediante el cual se creará y regulará la organización y la gestión del Registro de Parejas de Hecho de Galicia, que tendrá carácter constitutivo y en el que se inscribirán necesariamente las declaraciones formales de constitución de parejas de hecho, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea su causa.

El legislador gallego de la redacción reformada de la adicional tercera nos explica ahora, en la Exposición de motivos, el propósito que le movió al aprobarla inicialmente: «eliminar», en el ámbito de la LDCG/2006, «la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal»; y también nos explica la que no fue su intención: «establecer la equiparación *ope legis* de quien no desease ser equiparado». Dice haber querido preceptuar con claridad en el texto originario la concurrencia necesaria y acumulativa de dos requi-

sitos a los efectos de dicha equiparación: que los miembros de la unión expresasen su voluntad de equiparación al matrimonio y que acreditasen un tiempo mínimo de convivencia estable. Propósito, el precitado expresivo de la «auténtica voluntad del legislador», que según reconoce acaso no reflejó adecuadamente la redacción primitiva, y de ahí su modificación, que se afirma «apoyada en tres pilares básicos de nuestro ordenamiento: el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica».

2. Persiste, pues, el legislador gallego de la redacción reformada en equiparar al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención y vocación de permanencia, pero esa su persistencia en el marco de la LDCG/2006 positivamente no la justifica ni ampara en el ejercicio de la competencia exclusiva autonómica ex artículo 27.4 EAG; expresamente manifiesta, como antes apuntamos, que su propósito es el de eliminar la «discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal», y que los pilares en los que se apoya son un principio constitucionalmente garantizado –la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE–, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social –el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE–, y un derecho fundamental –el de igualdad ante la ley del artículo 14 CE–.

Y con ser grave la desconexión con la potestad legislativa en orden a la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego, la justificación que se ofrece no la remedia. La convivencia *more uxorio* o unión de hecho con análoga afectividad a la matrimonial por supuesto que no es antijurídica, ni tan siquiera extrajurídica, aunque tampoco es equivalente al matrimonio. Es más: la unión de hecho y el matrimonio no tienen nada que ver en el ordenamiento jurídico civil español desde que a partir de las leyes 13 y 15/2005, de 1 y 8 de julio, se reconoce el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo y sobre todo se posibilita el divorcio unilateral, de modo que hoy por hoy (como proclaman las SSTS de 12 de septiembre de 2005 y de 8 de mayo de 2008) «la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Están además, por ello, carentes de fundamento las invocaciones a la no discriminación o a la igualdad ante la ley una vez que el legislador del CC lo reformó en el sentido recién señalado, e incluso lo están con anterioridad: es doctrina constitucional previa, en parte recordada por las mencionadas SSTS, la que enseña que no existe un derecho constitucional expreso –a diferencia de lo que acontece con el matrimonio– al «establecimiento de la convivencia» *more uxorio* (STC 184/1990), y que es la garantía constitucional del matrimonio la que implica, junto a su necesaria existencia en el ordenamiento, «la justificación de su específico régimen civil, esto es, el «conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen por mor de contraerse un matrimonio» (STC 222/1992, de 19 de enero). En definitiva: no siendo situaciones equivalentes, vale decir equiparables, el matrimonio y las uniones de hecho estables, sino realidades jurídicamente distintas, su tratamiento jurídico

diferenciado y la diversa atribución de derechos y obligaciones «no es contrario, en principio, al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 CE» (STC 180/2001), si bien, y esto no obsta a la doctrina que precede, «la diferencia de tratamiento entre el matrimonio y la convivencia no matrimonial, no puede ser arbitraria o carente de fundamento» (STC 129/2004), ni suponer que se coarte o dificulte «irrazonablemente» la convivencia *more uxorio* (STC, ya citada, 184/1990, en la que por añadidura se destaca que el libre desarrollo de la personalidad sólo podría quedar afectado «si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio,* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial», de manera que dicha convivencia se viera expuesta a «una gravosa o penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole»). Y porque no son situaciones equivalentes el matrimonio y la convivencia *more uxorio* es por lo que la apelación al principio de igualdad dista de exigir un mismo trato, objetivamente no justificado: es también doctrina reiterada del TC, condensada en la reciente STC 9/2010, que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino aquellas desigualdades que, de un lado, «resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que «no sean proporcionadas a la finalidad perseguida» y que por ello generen «resultados excesivamente gravosos o desmedidos».

A la postre, el legislador gallego de la disposición adicional tercera de la LDCG/2006 parece no haber reparado suficientemente en que el derecho a contraer matrimonio ex artículo 32.1 CE se traduce, en su vertiente negativa, en el derecho a no contraerlo, con el consiguiente reconocimiento de la libertad de opción entre el estado civil de casado o de conviviente *more uxorio,* situación esta sobre la que por lo tanto no es concebible que se proyecten las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE. Todavía más: el legislador de la redacción reformada de la adicional tampoco parece percatarse de que ha consagrado dos clases al menos de uniones *more uxorio:* una, la que equipara al matrimonio, esto es, la pareja de hecho que conviviendo con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal inscriba en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia la declaración formal de su constitución; y otra, la que no equipara al matrimonio, a saber, la pareja de hecho que manteniendo esa misma relación marital con intención o vocación de permanencia, prescinde de su formalización constitutiva en el susodicho Registro, y que precisamente porque prescinde es por lo que no merece (al legislador gallego) ser equiparada al matrimonio «a los efectos de la aplicación» de la propia LDCG/2006. Sin explicar queda si esta diferenciación de trato en virtud de la inscripción o no en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia es la que resiste un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

Sexto: Decíamos al final del fundamento tercero que la equiparación en que se sustancia la disposición adicional tercera de la LDCG/2006 resulta por completo ajena a la forali-

dad civil gallega sin que entrañe un supuesto de su desarrollo –que el legislador gallego obvia y ni como posible suscita–, y en los fundamentos siguientes procuramos exponer la correspondiente argumentación. Avanzábamos en aquel final que aún en la hipótesis de entender cubierta la acción legislativa cuya validez cuestionamos por el ejercicio de la competencia fundada en el artículo 27.4 EAG, quedaría afectada una «regulación», la de las relaciones jurídico-civiles relativas al matrimonio y la ordenación de los registros públicos, que ex artículo 149.1.8ª CE «en todo caso» está sustraída a la normación autonómica. Veámoslo de seguido.

La extensión a los miembros de la pareja de «los derechos y las obligaciones» que la LDCG/2006 reconoce a los cónyuges como consecuencia de la equiparación al matrimonio de las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia conlleva que el *status matrimonii* regido por el derecho civil de Galicia no se reduce a las personas casadas entre sí toda vez que dicho *status* también es sin restricción alguna el de las parejas de hecho a las que presta su atención el legislador gallego. El conjunto de la relación jurídica de ese *status,* causa de los derechos y obligaciones de las personas unidas por matrimonio, es el que es objeto de extensión generalizada e indiscriminada. Con otras palabras: los derechos y obligaciones que son los propios de la relación jurídica matrimonial en la que incide el derecho civil de Galicia, no son menos propios de las uniones que tienen la condición de parejas de hecho ex disposición adicional tercera LDCG/2006. Establecer que «a los efectos de la aplicación de esta Ley» es a lo que alcanza la cuestionada equiparación no representa limitación objetiva alguna porque los derechos y obligaciones que la LDCG/2006 reconoce a los cónyuges son todos los que el legislador gallego les reconoce: fuera de ella (de la LDCG/2006), no hay norma civil gallega que incida en el *status matrimonii.*

Desde la perspectiva que antecede es desde la que sostenemos que la normación autonómica gallega se adentra en una de las regulaciones que «en todo caso» le está sustraída, la de las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Bastará con resaltar que los miembros de las parejas de hecho a los que el legislador gallego extiende los derechos y las obligaciones que reconoce a los cónyuges pueden contraer matrimonio, es decir, tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones del CC: según el apartado 2 de la adicional que nos ocupa, tienen la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad capaces (quienes no pueden contraer matrimonio son los menores de edad emancipados, artículo 46.1.° CC); que no sean parientes en línea recta por consaguinidad o adopción (al igual que el artículo 47.1.° CC), ni tampoco colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado (al igual que el artículo 47.2.° CC); y que no estén ligadas por matrimonio (al igual que el artículo 46.2.° CC), siendo indiferente para el legislador estatal que formen –o no– «pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona» (disposición adicional tercera apartado 2.c in fine).

Eso sí: pudiendo contraer matrimonio esas personas que según el legislador gallego tienen la condición de pareja de hecho, se les excusa de contraerlo –no tienen la necesidad de contraerlo– ex artículo 49 CC «ante el Juez, Alcalde o funcionario» señalado en el mismo o «en la forma religiosa legalmente prevista», y se les excusa porque lo cierto es que pueden proceder a inscribir en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia su declaración de constitución como pareja de hecho, la que al cabo determina su equiparación al matrimonio (disposición adicional tercera punto 2 LDCG/2006 y disposición final de la Ley 10/2007, de 28 de junio). Crea el legislador gallego, así pues, una nueva forma de matrimonio, incluida una nueva forma de celebración y, por lo mismo, quiebra la garantía constitucional de la unidad del sistema matrimonial, hasta llegar a propiciar que el *status matrimonii* resultante de la equiparación pueda ser objeto de transacción (impedida ex artículo 1814 CC) al ser suficiente para la extinción de la pareja de hecho la declaración formal de sus miembros al respecto en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia (disposición final in fine de la Ley 10/2007, de 28 de junio). Registro, cuya creación y regulación con carácter constitutivo de la inscripción como pareja de hecho –y de su modificación y extinción– en su virtud equiparada al matrimonio, desde luego que dista de ser una normación autonómica ajena a la reserva estatal «en todo caso» tocante a la ordenación de los registros públicos, esto es, a los registros de carácter civil generadores de efectos civiles (SSTC 71/1983, 284/1993 y 103/1999).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, reformada por la ley 10/2007, de 28 de junio.

Expídase testimonio de la presente resolución y de los autos principales, junto con las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal y por la parte recurrente sobre la pertinencia y el fondo de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.2 y 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esta resolución no es susceptible de recurso y que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Así lo acuerdan y mandan los señores expresados al margen de lo que yo Secretario doy fe.

2. Auto TSJG núm. 26, de 30 de junio de 2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA
Sala de lo Civil y Penal

PRESIDENTE: Excmo. Sr.: D. Miguel Ángel Cadenas Sobreir.

MAGISTRADOS: Ilmos. Sres.: D. Juan José Reigosa González, D. Pablo Saavedra Rodríguez, D. Pablo A. Sande García, D. José Antonio Ballestero Pascual.

A Coruña, treinta de junio de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por providencia de 19 de noviembre de 2009 se señaló para votación y fallo del presente recurso de casación 23/2009 el día 12 de enero de 2010.

Como quiera que la recurrente en casación y actora en el pleito, planteó como único motivo del recurso la *inaplicación de la disposición adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Parlamento Gallego, de Derecho Civil de Galicia*, por parte de la sentencia objeto del recurso, dictada por al Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, la cual además cita lo dispuesto en la *Ley 10/2007, de 28 de junio, igualmente del Parlamento Gallego, de reforma de la disposición adicional 3.ª de Ley 2/2006*, antes referida, y habiendo surgido en la Sala durante la deliberación del recurso serias dudas sobre la constitucionalidad, en todo o en parte, de ambas normas, se dictó con fecha 29 de enero de 2010 providencia cuyo contenido literal es el siguiente: «con suspensión del plazo para dictar sentencia, óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia, o sobre el fondo, de que esta Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad en relación a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley del Parlamento Gallego 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y a la Ley del mismo Órgano legislativo 16/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional 3.ª de aquella Ley aplicables para resolver el presente recurso de casación, al considerar la Sala que dichas normas pueden ser contrarias a la Constitución, y en particular a su artículo 149.1.8.ª (competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil, y en todo caso sobre relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, así como sobre ordenación de los registros públicos). Lo que se plantea al amparo de lo dispuesto en el art. 163 de la CE y 35.1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

Segundo: En contestación al traslado concedido, el Ministerio Fiscal descarta la aplicación al caso de la Ley 16/2007, de 28 de junio, por no estar en vigor al momento de interposición de la demanda. Sostiene que la Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencia para legislar al respecto ex arts. 27.4, 4, 27 apartados 3 y 23, y 33 de su Estatuto de Autonomía, que no rebasan los límites del artículo 149.1.8.ª CE y que el Registro a que se refiere la norma es de derecho público y no de derecho privado. Concluye que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

La representación del recurrido estima correcto el planteamiento de la cuestión a la que se opone la parte recurrente en términos semejantes al Ministerio Público.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En aplicación de lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Sala hace constar los siguientes hechos:

1.° La cuestión de inconstitucionalidad se plantea, una vez concluso el procedimiento, dentro del plazo para dictar sentencia en el presente recurso de casación 23/2009. Han sido oídas las partes y el Ministerio Fiscal, y la decisión del recurso de casación está necesariamente ligado a la validez constitucional de la norma que citamos a continuación.

2.° La norma cuya constitucionalidad se cuestiona es, *la disposición adicional 3.ª de la Ley 2/2006, de 14 de junio, del Parlamento Gallego, de Derecho Civil de Galicia.*

3.° Los preceptos de la Constitución que consideramos pueden ser infringidos por dichas normas son los arts. 9.3, 10.1, 14 (a «contrario sensu»), y singularmente el 149.1.8°, en la forma y medida que desarrollaremos a continuación.

4.° El solventar antes de dictar sentencia la posible inconstitucionalidad de la citada norma autonómica de Galicia, se hace necesario en base a los siguientes hechos y consideraciones jurídicas.

Son hechos relevantes:

A) La aquí recurrente doña Concepción González Ouro formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Chantada con fecha de registro del 9 de noviembre de 2006, en la que terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare:

1.° Que entre la demandante y demandado (don Francisco Vázquez Capón) existió una unión de hecho que se inició en enero de 1994 y finalizó por voluntad unilateral del demandado en agosto de 2006.

2.° Que se declare que entre la demandante y demandado existe una comunidad de bienes, equiparada a la sociedad de gananciales, sobre todos los bienes adquiridos y ganados desde que se inició la convivencia; asimismo que se decrete la liquidación y disolución de dicha comunidad de bienes, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 3.ª de la Ley 2/2006, reguladora del Derecho Civil de Galicia.

Subsidiariamente efectúa otros pedimentos para el caso de que se desestime el 2.º.

B) La sentencia de primera instancia da por probada la unión de hecho en los términos solicitados en el pedimento 1.º del Suplico de la demanda, esto es, que la unión de hecho comenzó como mínimo a inicios del año 1994 y que finalizó en agosto de 2006. De dicha unión existen dos hijos llamados Uxia Vázquez González nacida el 5 de octubre de 1994, e Ismael Vázquez González nacido en 2001. Declara aplicable la disposición adicional 3.ª de la Ley 2/2006, que entró en vigor el 17 de julio de 2006.

La citada sentencia no obstante ante la inexistencia del pacto en documento público o privado que regulase las relaciones de la pareja, que las partes no se hallaban impedidas para contraer matrimonio, y que en todo momento existió una delimitación patrimonial en la pareja voluntariamente aceptada, concluye, por lo que aquí importa, y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, que no procede aplicar con carácter automático el régimen de la sociedad de gananciales y, aceptando la última de las peticiones subsidiarias de la demanda concede a la actora una pensión compensatoria por analogía a la que establece el art. 97 del Código Civil.

C) La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera) de 21 de abril de 2009, que es aquí objeto del recurso de casación, confirma la de primera instancia en su totalidad, aceptando en parte su fundamentación jurídica en lo que no contradiga la suya propia.

Parte, al igual que la sentencia apelada, de que existió entre mediados de 1994 y mediados de agosto de 2006 una relación de convivencia o unión de hecho entre las partes.

Acepta implícitamente la existencia de los dos hijos de la pareja nacidos en los años 1994 y 2001.

Considera igualmente aplicable la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia, pero estima que si bien dicha norma equipara al matrimonio las uniones de hecho «more uxorio», sólo dicha equiparación afecta a las que tienen intención o vocación de permanencia, pues no cabe considerar, como señala la jurisprudencia, que toda unión de esa clase tiene que llevar aparejado el surgimiento de un régimen de comunidad de bienes equiparable a una sociedad de gananciales, lo que chocaría con la Constitución.

A tal efecto determina que no fue intención del legislador establecer una equiparación «ope legis» de quienes no quieren ser equiparados, como reconoce la reforma operada en el año 2007 (Ley 10/2007) de la citada Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006.

Añade, para concluir y desestimar la petición 2.ª de la demanda, que la intención o vocación de permanencia debe acreditarse y en el presente caso tal equiparación intencional no aparece probada, antes al contrario, parece orientarse a que existió siempre una delimitación patrimonial (ver, en extenso, la argumentación en el fundamento de derecho primero de dicha sentencia).

D) El recurso de casación interpuesto para ante este Tribunal por la actora, se fundamenta en un único motivo, que denuncia la inaplicación de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley Gallega 2/2006 de Derecho Civil de Galicia.

Parte la argumentación del recurso de los hechos probados básicos (unión de hecho que duró doce años y medio, con dos hijos en común), para combatir el fundamento de la sentencia que desestima su petición principal por incumplir el requisito de «vocación o intención de permanencia» que no ha quedado acreditada, al sostener que la sentencia de la Audiencia no aplicó lo dispuesto en el párrafo 2.º de la mentada Disposi-

ción Adicional que establece que: «tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año. En caso de tener hijos en común será suficiente acreditar la convivencia».

Sostiene que la ley es clara, que sólo exige uno de los requisitos mencionados para la equiparación, y que en el supuesto presente concurren los dos.

Entiende que no le es de aplicación la reforma de la norma llevada a cabo por la Ley 10/2007, pues dicha norma no existía al tiempo de interposición de la demanda y contestación a la misma, y que en todo caso, según la exposición de motivos de la misma, es una Ley de *modificación*, destacando así el propio legislador su carácter de ley reformadora, añadiendo, además, requisitos que alteró totalmente el contenido normativo de la Ley original.

Termina suplicando se acepte la petición 2ª de la demanda y se case la sentencia recurrida.

E) Por la parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, se alega una causa de inadmisión del recurso consistente en la falta de legitimación activa por no existir interés jurídico para recurrir sobre la base de que se ha estimado una de las peticiones subsidiarias de la demanda, y sobre el fondo del motivo rebate los argumentos de la recurrente con base, principalmente, en lo siguiente:

Irretroactividad de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 2/2006, por cuanto la *transitoria* 3.ª remite para resolver los problemas de derecho intertemporal no previstos en la propia Ley, a las disposiciones transitorias del Código Civil, y de éstos se deduce la irretroactividad de la norma. Y que de no entenderse así quedarían sorpresivamente vinculadas al nuevo régimen legal todas las parejas de hecho «more uxorio», que llevase conviviendo desde un año antes, independientemente de su voluntad, con incidencias muy importantes en sus relaciones jurídicas y económico-patrimoniales.

Segundo: Ante todo y de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de la LOTC, es preciso despejar las dudas sobre la necesidad de aplicar al caso la norma cuya constitucionalidad se cuestiona justificando al tiempo en qué medida la decisión del proceso depende de su validez.

Las primeras dudas a despejar son la planteada por la parte recurrida, antes expuestas, pues de ser aceptadas por la Sala harían innecesaria la aplicación al caso de la norma controvertida:

a) Causa de inadmisión del recurso consistente en la falta de legitimación activa de la recurrente por haberse estimado una de las peticiones subsidiarias de la demanda.

La respuesta viene dada por lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), que determina en su número 1 que: «En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso de infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el art. 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477». Y que en su regla 1.ª es-

tablece: «Será competente para conocer del recurso extraordinario de infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el art. 469 de la presente Ley». Por último en su apartado 2, la citada norma reitera que: «En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos ... ».

Dado que la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha atribuido, por el momento, a esta Sala la competencia para conocer, de forma desnuda o desvinculada del recurso de casación, del recurso extraordinario por infracción procesal, hemos venido rechazando con reiteración su admisión a trámite por causa de incompetencia funcional. Por el contrario, siguiendo el mandato legal, venimos admitiendo la formulación de motivos de infracción procesal previstos en el art. 469 LEC, pero siempre vinculados a la interposición del recurso de casación dándoles incluso tratamiento prioritario según lo previsto en la regla 6ª y 7ª del apartado 1 y también en lo dispuesto en el apartado 2, ambos de la citada D. F. Decimosexta LEC. Pero, por el contrario, si por cualquier causa el motivo o motivos de fondo o propios del recurso de casación, fuesen inadmitidos a trámite (o en su caso desestimados en sentencia por causa de inadmisión) nos abstenemos de entrar a examinar los de infracción procesal, pues de otra forma estaríamos conociendo de forma desnuda de un verdadero recurso extraordinario de infracción procesal, lo que, como quedó dicho nos está vedado por la repetida norma por falta de competencia.

Según lo expuesto, y dadas las dudas de inconstitucionalidad que nos ofrece la cuestión sustantiva o de fondo, esto es la aplicación al caso de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006 del Parlamento Gallego, como única norma invocada como infringida en el motivo único del presente recurso de casación, nos encontramos en un supuesto semejante al anteriormente expuesto, puesto que mientras no despejemos las dudas de si podemos entrar a conocer del mismo por causa de su posible inconstitucionalidad, no podemos pronunciarnos sobre el motivo de infracción procesal.

b) Irretroactividad de la norma cuestionada. Presuponiendo el estudio del problema de la aplicación temporal de la norma el entrar a su examen, entendemos que esto no es posible si antes no despejamos las dudas sobre su posible inconstitucionalidad.

Tercero: Una vez que hemos justificado que la decisión del recurso depende de la validez constitucional de la norma, pues la decisión del mismo está indefectiblemente vinculada de su aplicación o no al caso por causa de posible inconstitucionalidad, debemos acotar la cuestión de inconstitucionalidad que promovemos, a la vista de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal.

Si en un principio, la providencia de 19 de enero de 2010 que iniciaba el trámite del posible planteamiento de

la cuestión de inconstitucionalidad, se extendía a la Disposición Adicional 3.ª de la Ley Gallega 2/2006 y también a la Ley Gallega 16/2007, lo hacíamos para que las partes y el Ministerio Fiscal nos ilustraran sobre la pertenencia de plantear o no la cuestión, y si la hacíamos extensiva a la Ley 16/2007 era con el fin de disipar dudas sobre su posible aplicación al caso, dado que se trata de una ley de reforma cuyo único objetivo era aclarar el texto anterior, como inequívocamente se expresa en su exposición de motivos cuando señala: «como quiera que la redacción de la Disposición Adicional 3ª aprobada por el Parlamento de Galicia pudiera no reflejar la auténtica voluntad del legislador, se formula una proposición de ley de modificación ..., apoyada en tres pilares básicos de nuestro ordenamiento: el libre desenvolvimiento de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica». Nos encontramos, pues, ante una interpretación auténtica de la norma de 2006.

No obstante, y para no entrar en polémicas innecesarias a la hora de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, (que por otro lado será objeto de un planteamiento paralelo al presente en otro recurso de casación pendiente ante esta Sala), aceptamos la tesis del Ministerio Fiscal y la parte recurrente, de que al no estar la citada Ley 16/2007 en vigor en el momento de presentarse la demanda e incluso en el de contestar a la misma, no debe ser de aplicación al caso. Haremos pues abstracción de la misma y ceñiremos la objeción de constitucionalidad a la Disposición Adicional Tercera de la Ley Gallega 2/2006. Y también, acotaremos la cuestión haciendo exclusión de lo que atañe a los registros públicos, puesto que al que hace referencia la norma no es de carácter constitutivo sino de carácter meramente probatorio.

Cuarto: Despejadas dudas y objeciones, nos centramos en lo que es el núcleo de la cuestión.

La primera y principal duda de constitucionalidad estriba en si el Legislador gallego, como hemos anunciado, tiene competencia ex Constitución para legislar sobre la materia.

Como presupuesto debemos partir que nos encontramos ante una norma de carácter exclusivamente civil, que atañe a una parte nuclear de las relaciones familiares –entendidas éstas en el concepto amplio de familia que contempla el art. 39 CE en el que caben las uniones de hecho estables y no sólo la nacida de la unión matrimonial (así STC Sala 1.ª, 913/1992, de 21 de octubre, en su fundamento quinto)–, como son las relaciones jurídico-patrimoniales y la creación «ex lege» de un estado civil cuasi matrimonial, que aunque reducido al ámbito de la Ley de Derecho Civil de Galicia, es de gran relevancia en cuestiones como el régimen económico matrimonial (ver art. 171 de la Ley, que en defecto de capitulaciones matrimoniales o por ineficacia de éstas, impone el régimen de gananciales, que por cierto es la cuestión nuclear discutida en el presente recurso de casación), o en el sucesorio la legítima del cónyuge viudo regulada en los arts. 253 y ss. y la sucesión intestada preceptuada en el art. 267), con independencia de otros aspectos como las relaciones con terceros de la pareja o la de uno de sus miembros.

No podemos compartir, en consecuencia, el criterio del Ministerio Fiscal en cuanto ampara la competencia al respecto de la Comunidad Autónoma de Galicia en lo dispuesto en el art. 4.º.2 del Estatuto de Autonomía que establece que: «Corresponde a los poderes públicos de Galicia promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los gallegos en la vida política, económica, cultural y social». Y no lo podemos compartir, por una parte porque es un precepto genérico y abstracto dirigido a los poderes públicos gallegos, alejado de lo que son las competencias que ostenta la Comunidad Autónoma, que es aquí lo relevante, y que se regulan en los arts. 27 y ss. del Estatuto de Autonomía, y por otra, porque el citado apartado 2 viene precedido del 1 que determina que: «Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los gallegos son los establecidos en la Constitución», que no precisa de comentario alguno.

Ni tampoco en cuanto el Ministerio Público ampara la competencia en los arts. 27, apartados 3 y 23, y en 33, pues hacen referencia a competencias de carácter administrativo (27.3 «Ordenación del territorio, del litoral, urbanismo y vivienda». 27.23 «Asistencia social» y 33 relativo al desarrollo legislativo y ejecutivo de la legislación básica del Estado en materias de sanidad exterior, seguridad social y productos farmacéuticos).

La cita del art. 27.3 es sin duda un error mecanográfico, y la referencia debe estar lógicamente referida a la 27.4, que luego abordaremos.

Ni, por último, el hecho de que ante la ausencia de legislación civil estatal, la mayoría de las Comunidades Autónomas hayan legislado sobre las uniones de hecho con el fin de introducir mayor seguridad jurídica evitando situaciones de desigualdad, porque y aunque tangencialmente volveremos sobre el tema de la ausencia de normativa estatal, es cuestión ajena al problema que nos ocupa, como también lo es el hecho, alegado por la parte recurrente, de que el Estado no las haya recurrido ante el Tribunal Constitucional por invadir sus competencias.

No obstante, y como mero «obiter dictae», queremos reseñar que ninguna de las normas autonómicas llega a los límites a que ha llegado el legislador gallego de la equiparación plena al matrimonio (aunque sólo sea a los efectos de la LDCG), pues se han limitado a regular aspectos concretos tanto civiles como administrativos, con limitada relevancia, y con respeto a la doctrina constitucional de que la unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (ATC 156/1987 y SS 19/1990, de 19 de noviembre y 913/1992, de 21 de octubre).

Quinto: Si partimos, como hemos anticipado, de que nos encontramos ante una norma exclusivamente civil, y si partimos igualmente de que según dispone el art. 149.1: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias» 8.º. Legislación civil, aparte de la conservación, modificación y desarrollo por

parte de las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, es claro que la única posible competencia para dictar la norma cuestionada por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia, deviene de que tenga entronque con el derecho foral o especial de la Comunidad. Y así parece confirmarlo el hecho de que no estemos ante una ley especial sino que la norma está incursa en la propia Ley de derecho civil de Galicia.

Sin que sea del caso aquí y ahora acudir a la historia para recordar la evolución del denominado derecho foral en España y el ámbito que le fue propio en derecho civil, pues es ampliamente conocido, basta centrarnos en la delimitación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional al interpretar el art. 149.1.8° CE (SSTC, entre otras, de 28 de septiembre y 16 de noviembre de 1992 –ésta en particular sobre el derecho foral gallego–, 12 de marzo de 1993, 1 de julio de 1999 y 25 de marzo de 2004, a las que nos remitimos).

Nos vamos a permitir aquí entresacar algunos párrafos de la citada sentencia de 12 de marzo de 1993: *«El recurso se promueve con invocación de la exclusiva competencia estatal en orden a la "legislación civil", según dispone el art. 149.1.8 CE. Esta es la norma que, a decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la Ley que se impugna, cuya regulación no sería reconocible como válido ejercicio de la correlativa competencia autonómica que, con fundamento también en el art. 149.1.8, atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón, para la "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés" (art. 35.1.4).*

Ya en el ámbito de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva en todo caso al Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, a contrario, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el «desarrollo» del Derecho civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas especificas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar –como después haremos– la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico.

La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que correspon-

den al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquel –vale reiterar– la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral.

El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial a favor del Legislador estatal no es otro, pues, 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, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de los fuentes del Derecho.

El problema es sólo, pues, si la Ley hoy enjuiciada puede considerarse o no resultado de un correcto ejercicio de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Aragón.

Que no estamos ante un supuesto de «conservación» de aquel Derecho es cosa bien patente. El concepto constitucional de «conservación … de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones, y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, f.j.1.º), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible.

Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título, como norma que «modifica el art. 19.1 de la Compilación», precepto este, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal. Un mayor pormenor exige, sin embargo, la determinación de si esta Ley puede ser considerada como «desarrollo» de aquel Derecho propio.

El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la «ratio» de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece –según indicamos en el f.j. 1.º– aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales.

Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el art. 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisible identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación y otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada «ratione materiae» dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido por vía competencial, garantizar».

Sexto: El Estatuto de Autonomía de Galicia en su art. 27 completa el marco en que debemos movernos. Determina el precepto lo siguiente: «En el marco del presente Estatuto le corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: 4. Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil Gallego». Y como norma de cierre, en consonancia con la Constitución, determina en su art. 38 que:

1. En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el presente Estatuto.

2. La falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria al Derecho del Estado.

3. En la determinación de las fuentes del Derecho Civil el Estado respetará las normas del Derecho Civil Gallego.

Si seguimos la doctrina, antes reseñada, del Tribunal Constitucional, es claro que no estamos en un supuesto de «Conservación», pues la Disposición Adicional cuestionada, por ser absolutamente novedosa, carece de antecedente alguno en la Compilación de 1963 y la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia 4/1995, de 24 de mayo. Ni tampoco existe precedente consuetudinario alguno que, por vía de elevar costumbres preexistentes a rango de ley, pueda encuadrar la discutida norma en el marco de la «conservación» del derecho civil gallego.

Tampoco la norma cuestionada puede considerarse «modificadora» del derecho civil gallego preexistente, por idéntica consideración que en supuesto anterior, pues no existía norma alguna, escrita o consuetudinaria, sobre las parejas de hecho en el derecho gallego.

Más problemático podría considerarse si cabe entroncarlo con el «desarrollo» del derecho civil gallego, entendido éste como en crecimiento orgánico con vitalidad del futuro».

Pero como nos señala la jurisprudencia reseñada este crecimiento o desarrollo debe tener conexión con las instituciones preexistentes, dentro de una actualización o innovación de

los contenidos de éstas según los principios informadores peculiares del derecho foral.

Y en este extremo, es donde las dudas de constitucionalidad adquieren relevancia, una vez descartados los conceptos de conservación y modificación.

¿Cuál es el posible entronque de las parejas de hecho con las instituciones de derecho civil gallego o las peculiaridades que lo informan? En principio no encontramos ninguna. El estatus de la familia en Galicia, en su aspecto nuclear, que es el aquí afectado, no ha diferido nunca del establecido por el derecho común.

El propio legislador en la exposición de motivos de la Ley no justifica en modo alguno el porqué de la equiparación jurídica de las parejas de hecho al matrimonio, a poco que se lea detenidamente aquélla, ni aparece razón de tal innovación legislativa ni su conexión con las instituciones propias del derecho civil gallego (art. 27.4 del Estatuto de Autonomía), actuales o pretéritas. El silencio es absoluto.

Así las cosas, entendemos, salvo mejor criterio, que el Legislador Gallego se ha excedido en la competencia que la Constitución y el Estatuto de Autonomía le confieren para desarrollar el derecho civil propio de Galicia. En consecuencia, sostenemos, que dadas aquellas carencias, es el Estado el que ostenta la competencia para legislar sobre la materia ex art. 149.1.8° CE.

Séptimo: Siendo, como es, lo anteriormente expuesto razón esencial del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no queremos soslayar otros aspectos de la norma que, por si mismos y, con independencia de la cuestión competencial, podrían igualmente denegar su constitucionalidad. Lo haremos de forma somera y sintética.

1) El art. 149.1.8° determina que el Estado tiene competencia exclusiva en todo caso (lo que se ha dado en llamar segunda reserva competencial) sobre las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».

No se limita la Constitución a declarar la competencia del Estado sobre las formas de matrimonio, sino que la enmarca dentro de un concepto más amplio bajo la expresión «relaciones jurídico-civiles relativas».

Sólo queremos resaltar aquí que la equiparación plena de las parejas de hecho al matrimonio, aun cuando sea a los efectos de la LDCG, puede exceder a nuestro parecer de lo meramente formal, para adentrarse en núcleo de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio. ¿Acaso no se puede estar creando, seguramente sin pretenderlo, una forma de matrimonio nueva en Galicia, por limitada que se quiera presentar?

2) El art. 10.1 CE garantiza el libre desenvolvimiento de la personalidad, y como una de sus consecuencias el art. 32.1 determina que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Si es concebido como un derecho potestativo, su reverso es que no puede ser impuesto de forma obligatoria por el legislador, so pena de menoscabar el libre desenvolvimiento de la personalidad. «Mutatis mutandis», en su literalidad la D.A.

3.ª LDCG 2/2006 parece imponer a las parejas de hecho un estatus cuasi matrimonial sin contar con la voluntad consonte de ambos miembros de la pareja de hecho, pudiendo según la redacción del párrafo segundo, cualquiera de sus miembros (como así sucede en el pleito que nos ocupa) acreditar los requisitos que ex lege se exigen para la automática equiparación, singularmente en el caso de tener hijos comunes (como aquí ocurre).

Como adelantábamos antes la Ley reformadora de la citada D. A. la Ley 10/2007, vino a aclarar este extremo exigiendo la voluntad conjunta de ambos miembros de la pareja de querer acogerse a la norma.

Pero como también expusimos esta Ley no es de aplicación al caso por razones de temporalidad, lo que nos obliga a prescindir de ella.

Y aunque somos conscientes al examinar de forma desnuda la norma del 2006, estamos más ante un problema de interpretación de la norma ex Constitución, que es competencia de este Tribunal, no queremos dejar la cuestión de la voluntariedad al margen, pues su literalidad es tan llamativa que no queremos sustraerla al examen del Tribunal Constitucional (por todas, STC 184/1990, fundamento 3.º).

3) A partir de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, el Tribunal al que nos dirigimos ha establecido (entre otras, STC 155/1998, de 13 de julio, fundamento 3.º), a efectos del derecho fundamental a la no discriminación, una consideración previa de carácter jurisprudencial al examen de la legitimidad constitucional ex art. 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: «la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio, debiendo presumirse que desde la entrada en vigor de la citada Ley 30/1981, que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia».

En el presente pleito, según los hechos probados de la sentencia aquí recurrida, no se plasma ninguna causa o impedimento que impidiese a la pareja contraer matrimonio, por lo que las alegaciones tanto del Ministerio Fiscal como de la parte recurrente, relativas a la no discriminación, no son de recibo para justificar la constitucionalidad de la norma cuestionada.

4) Por último, consideramos que también la repetida D.A. 3.ª al equiparar en plenitud las parejas de hecho con el matrimonio puede afectar a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), singularmente de terceros, al carecer de un registro público en que puedan constatar el novedoso estatus familiar de la pareja, a la hora, por ejemplo, de realizar cualquier tipo de contrato con cualquiera de sus miembros o con los dos, dado que la equiparación alcanza al régimen económico familiar, como hemos expuesto antes.

En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad de la Disposi-

ción Adicional Tercera de la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

Expídase testimonio de la presente resolución y de los autos del juicio ordinario número 474/06, del rollo de apelación 248/2008 y del presente recurso de casación 23/2009, en el que deberán figurar las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal y por las partes, sobre la pertinencia y el fondo de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que se elevarán al Tribunal Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno, y que de acuerdo con lo establecido en el art. 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión.

Así lo acuerdan, mandan y firman los señores expresados en el margen de lo que yo, Secretario, doy fe.

NOTICIAS*

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. Informe Anual del año 2009

El Informe Anual del Justicia de Aragón correspondiente a 2009 se presentó ante las Cortes de Aragón el día 30 de junio de 2010. Pasamos a exponer un resumen de la actividad de la Institución:

En 2009 se tramitaron un total de 2.089 quejas, habiéndose incrementado el número de expedientes en un 4,35 % respecto del anterior año, en el que se incoaron 2.002.

El número de quejas recibidas por actuaciones llevadas a cabo en nuestra Comunidad Autónoma asciende a 1.997, de las que 1.547 fueron iniciadas por personas residentes en Zaragoza y provincia (el año anterior fueron 1.544), 252 en Huesca y provincia (frente a las 196 de 2008) y 133 en Teruel y provincia (registrándose el anterior año 110). Procedentes de ciudadanos residentes en otras Comunidades Autónomas, se han recibido 65 quejas.

Del total de las quejas tramitadas, 746 hacen referencia a actuaciones que se corresponden con el ámbito del Gobierno de Aragón, frente a las 722 de 2008; 90 han sido los expedientes incoados en virtud de quejas presentadas en relación a servicios y actuaciones de la Administración del Estado y 594 atañen a las competencias de la Administración Local (el año anterior fueron 541). En 66 ocasiones esta Institución se ha dirigido a empresas que gestionan servicios públicos y en 24 a diferentes Colegio Profesionales.

El modo de presentación de las quejas sigue evolucionando de acuerdo a la tendencia observada en los últimos años. La personación de los ciudadanos en las dependencias de las sedes de la Institución en Zaragoza, Huesca y Teruel sigue siendo la forma elegida mayoritariamente a lo largo de 2009; las quejas así presentadas han sumado 881, descendiendo el número en relación con el año 2008, que fueron 915. Esta disminución se explica por el incremento de la recepción de quejas por vía telemática, sistema que sigue en aumento, como en los últimos años: 688 quejas han sido recibidas por correo electrónico o la página web durante el año 2009, debiendo destacarse que durante el año anterior se recibieron 614, cifrándose este incremento en un 12,05%.

Así, respecto a las consultas y visitas recibidas a lo largo de 2009 en la página web de la Institución, de nuevo hay que constatar el ascenso del número de con-

sultas efectuadas, –523.482, lo que implica un incremento del 6,63 % respecto del pasado año. El número de visitas se cifró en 168.470. El país de procedencia de la mayor parte de las visitas y de las consultas sigue siendo España, con un 49,76 % del total, seguido por países de la Unión Europea –un 21,75 %–, y de Estados Unidos, –un 17,38 %–.

El impulso e iniciativa de la actividad de la Institución se ha traducido en los 92 expedientes de oficio tramitados durante 2009.

En relación a las materias objeto de estudio, el mayor número de expedientes incoados en el año 2009 se corresponde al área de Interior (210 expedientes, frente a los 160 de 2008), seguida de Educación (201, con 212 el año anterior), de Asistencia Social (164, frente a los 155 del pasado año) y de Sanidad y Función Pública (ambas con 158 expedientes y 174 y 139, respectivamente en el año anterior).

En cuanto al número de resoluciones dictadas, en 2009 se han emitido 289 Resoluciones dirigidas a la Administración, (incrementándose en un 7,04 % las dictadas en el pasado año, 270) de las cuales, 207 han sido Sugerencias, 52 Recomendaciones y 30 Recordatorios de Deberes Legales. Por lo que se refiere a las Sugerencias y Recomendaciones, el 65,25% habían sido aceptadas en el momento de elaborar el Informe (169 en total). 26 Sugerencias y Recomendaciones han sido rechazadas, lo que implica el 10,03 % del total.

No han obtenido respuesta de la Administración 20 de las Sugerencias y Recomendaciones dictadas, suponiendo esta cifra un 7,72 % del total (un 40 % corresponden al Área de Urbanismo). Se hallan pendientes de respuesta 44 Sugerencias y Recomendaciones, que contabilizan el 16,98 % del total.

Respecto a la resolución de expedientes, durante el año de 2009 se han solucionado 694 casos con el mero ofrecimiento por parte de la Institución de la información que demandaban y con la facilitación de la información interesada a la Administración competente; en 230 ocasiones se ha solucionado el problema expuesto por el ciudadano tras la intervención o mediación del Justicia, y en 33 se ha tenido conocimiento por el propio ciudadano de que el problema había sido resuelto. Si a estas cifras se le añaden las 289 Resoluciones dictadas y los 94 supuestos en los que se ha conferido el oportuno traslado del problema a la Administración responsable, acercando la pretensión ciudadana al órgano competente para atenderla y resolverla, debemos concluir que durante el año de 2009 esta Institución ha contribuido a resolver los problemas de los ciudadanos en 1.340 expedientes.

Siguiendo el mandato contenido en el Estatuto de Autonomía y en la Ley Reguladora del Justicia de Aragón, relativo a la función de tutela, defensa y difusión del ordenamiento jurídico aragonés y de la propia Institución, el Justicia de Aragón ha pronunciado a lo largo del año 21 conferencias fuera de la sede, habiendo recibido la visita en las dependencias de la Institución de 16 grupos y de 500 personas en total. Además, se han emitido 33 espacios radiofónicos en distintas emisoras con la participación directa del titular de la Institución.

Asimismo ha continuado a lo largo del año 2009 la labor editorial de la Institución, con la publicación y presentación de ocho libros.

Especial mención merece la elaboración a lo largo de 2009 de tres Informes emitidos en Defensa del Estatuto de Autonomía de Aragón:

– Estudio de constitucionalidad de la Ley 6/2009, de 6 de julio, de centros de ocio de alta capacidad

– Reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas

– Inversión del Estado en Aragón en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado

También debemos referirnos a la celebración de los Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que se desarrollaron, como en años anteriores durante las tardes de todos los martes de noviembre, convocándose la última de ellas en Teruel.

En fecha de 4 de mayo de 2009, el titular de la Institución pronunció en la sede del Banco Mundial en Washington la conferencia «*Alternativas en la resolución de conflictos*». De otra parte, el 1 de junio de 2009 acudió a las Jornadas de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, celebradas en Macedonia, impartiendo la conferencia *«La Mediación y la prevención de conflictos»*.

La Institución participó en el mes de octubre de 2009 en las XXIV Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en Sevilla; del 16 al 23 del mismo mes recibió la visita de las Delegaciones del Banco Mundial y de la Defensoría del Pueblo de Perm-Rusia. En fechas 28 y 29 de octubre de 2009 el titular asistió al XIV Congreso de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

La Institución ha participado también en las III Jornadas sobre los Estatutos de Autonomía organizadas por la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón así como en las VII Jornadas Constitucionales organizadas por la propia Institución y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza sobre *«Problemas actuales en el debate constitucional: Tutela judicial efectiva y financiación pública»*.

Durante el año de 2009, el Justicia de Aragón ha comparecido en varias ocasiones ante las Cortes de Aragón; el día 10 de febrero de 2009, ante la Comisión de Peticiones y Derechos Humanos presentó el Informe Especial elaborado por la Institución sobre las personas con capacidad intelectual límite. El 12 de marzo de 2009 asistió a la Sesión Plenaria de las Cortes para la elección del Justicia de Aragón, tomando posesión de su cargo en fecha 19 de marzo de 2009. El 7 de abril de 2009 el titular de la Institución volvió a comparecer en las Cortes de Aragón para presentar el Informe Especial sobre *«Modelos de Actuación en violencia de género: Estudio piloto en Aragón»*, y el 25 de junio volvió a hacerlo para presentar el Informe Anual correspondiente al año 2008.

2. Becas para el Estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés

En 2009 el Justicia de Aragón publicó una nueva convocatoria dirigida al estudio de ordenamiento jurídico aragonés, quedando desierta por decisión del Tribunal calificador al no alcanzar los solicitantes la puntuación requerida.

3. Publicaciones sobre Derecho Aragonés del año 2009

• Actas de los Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en el que se recoge las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2008, sobre los temas siguientes:

— *«Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado»,* cuyo ponente es Rafael Santacruz Blanco y cuyos coponentes son Manuel Guedea Martín y D. Javier Hernanz Alcaide.

— *«Derechos de la personalidad de los menores en Aragón»,* cuyo ponente es Carlos Sáncho Casajús y cuyos coponentes son Carmen Gracia de Val y Carmen Bayod López.

— *«Usufructo vidual de dinero, fondos de inversión y participaciones en Sociedad»,* cuyo ponente es José Luis Merino Hernández y cuyos coponentes son María Biesa Hernández y Pablo Escudero Ranera.

— *«Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros»,* cuyo ponente es Ignacio Martínez Lasierra y cuyos coponentes son Javier Pérez Milla y Montserrat Vicens Burgués.

• «Francisco de Goya y Lucientes: la figura de un genio en su linaje», cuyos autores son Guillermo Redondo Veintemillas, Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, Javier Gómez de Olea y Bustinza, Iñaki Garrido Yerobi y Alberto Montaner Frutos. Incluye la reproducción de un despacho manuscrito confirmatorio de nobleza de 1831 referido a su hijo Francisco Javier y esposa.

• «Ordinaciones de la Cofradía de San Jorge y de la Real Maestranza de Caballería de Zaragoza (1505-1922)», edición facsímile.

• «Manual de Derecho Civil Aragonés (3ª Edición)», dirigida por Jesús Delgado Echeverría y coordinada por Mª. Ángeles Parra Lucán.

• Nº 39 de la colección del Justicia, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos», cuyo autor es Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

• Nº 40 de la colección del Justicia, «La Capitanía General de Aragón (1711-1808)», cuyo autor es Juan Francisco Baltar Rodríguez.

• Nº 41 de la colección del Justicia, «Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania (1441-1811)», cuyo autor es Manuel Gómez de Valenzuela.

• Nº 14 de Informes y Estudios, «Modelos de actuación en violencia de género. Estudio piloto en Aragón».

B) DECIMONOVENOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

El 8 de octubre de 2008 se firmó por la Institución de El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de

Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Aragón, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», con el siguiente programa de ponencias:

– Día 3 de noviembre de 2009 en Zaragoza: *Diez años de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte,* por D. José María Navarro Viñuales, D. Fernando Zubiri de Salinas y D. Manuel Guedea Martín.

– Día 10 de noviembre de 2009 en Zaragoza: *Concurso de acreedores y consorcio conyugal,* por Dª. María Ángeles Parra Lucán, D. Fernando Curiel Lorente y D. Juan Francisco Herrero Perezagua.

– Día 17 de noviembre de 2009 en Zaragoza: *Transmisión de la vivienda protegida,* por D. José Luis Castellano Prats, D. Juan Pardo Defez y D. Francisco Curiel Lorente.

– Día 24 de noviembre de 2009 en Teruel: *Cuestiones prácticas para Juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón***,** por D. José Bermejo Vera, D. Juan Carlos Zapata Híjar y D. José Rubio Pérez.

Las Actas con el contenido de dichas Ponencias se encuentran ya editadas.

C) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. Cursos en la Universidad de la Experiencia

Desde el curso 2001-2002, en el se inauguró por primera vez en Zaragoza la llamada Universidad de la Experiencia, se contó con un curso de Derecho civil aragonés.

En la actualidad y por décimo año consecutivo, el Derecho civil aragonés sigue estando en la nómina de los cursos que allí se imparten y cada año con más alumnos y éxito.

En este curso 2009-2010, por poner un ejemplo, el ciclo de conferencias*, El Derecho civil aragonés en el siglo XXI*, coordinado por la prof. Bayod, y en el que intervienen los profesores José Antonio Serrano García, Carmen Bayod, Alfredo Sánchez-Rubio García, Mª Teresa Alonso Pérez, Elena Bellod Fernández de Palencia, Miguel Lacruz Mantecón, María Martínez Martínez, José Luis Argudo Périz, Aurora López Azcona, Marta Salanova Villanueva y, en la Sesión de clausura, el Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente, Justicia de Aragón, institución que, además, colabora en la financiación del mismo, ha contado todavía con un mayor incremento de alumnos con respecto a las ediciones anteriores, que eran las que con más alumnos contaban entre los curso ofertados por el UE.

Como en cursos anteriores se imparten también el *Diploma I y II sobre Derecho civil aragonés*, que cuenta con una amplia matrícula. El diploma I se impartirá este año también por la prof. López Azcona, el Diploma II, como siempre por las doctoras Bayod y Bellod.

2. Lección inaugural en el curso académico 2010-2011 en la UE: «El amor y el Derecho civil aragonés»

El 27 de octubre de 2010 tuvo lugar la apertura oficial del curso Académico 2010-2011 de la UE en su sede de Calatayud. La lección inaugural corrió a cargo de la profesora Dra. Carmen Bayod López, que disertó acerca del «Amor y el Derecho civil aragonés».

3. XXI edición del curso de Derecho aragonés de la «Cátedra Lacruz Berdejo»

El curso de Derecho aragonés, que se organiza e imparte por la Escuela de Práctica Jurídica, nació en virtud del Convenio firmado por aquélla con la Diputación General de Aragón en 27 de junio de 1990.

Mediante dicho Convenio se dio cumplimiento al Decreto 65/1990, de 8 de mayo, que creó la Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, para impulsar la enseñanza y la investigación en las áreas del Derecho público y privado de Aragón.

Desde 1990, han tenido lugar sucesivas ediciones del Curso de Derecho Aragonés surgido de manera que en este curso 2010-2011 llegaremos a su XXI edición.

En su desarrollo, además del Director (Antonio Embid Irujo) y los Responsables de las Áreas (Jesús Delgado Echeverría, Manuel Contreras Casado e Ismael Jímenez Compairez) correspondientes, han intervenido profesores de reconocida competencia de la Universidad de Zaragoza y de otras Universidades.

Cada año, el curso cuenta con una treintena de alumnos, sin que, a pesar de las sucesivas ediciones haya bajado el número de alumnos.

4. Curso de Derecho aragonés patrocinado por la Confederación Hidrográfica del Ebro

La Confederación hidrográfica del Ebro, el pasado curso 2009-2010 incluyó, por tercer año consecutivo, entre los cursos de formación que habitualmente se imparten para sus funcionarios uno dedicado al Derecho civil aragonés. Las coordinadora del curso fueron las profesoras Carmen Bayod López y Aurora López Azcona y las sesiones estuvieron a cargo de especialistas en Derecho civil aragonés, encabezando el equipo el maestro Delgado Echeverría. Junto a él intervinieron, los profesores Parra Lucán, Morales Arrizabalaga, Serrano García, Bayod López, Sánchez Rubio, Bellod Fernández de Palencia, Martínez Martínez, Argudo Périz y López Azcona.

5. Jornadas sobre «La casación foral»

La profesora Mª Ángeles Parra Lucán desarrolló la ponencia «La jurisprudencia foral» en las Jornadas sobre «La casación foral» organizadas por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y celebradas los días 4 y 5 de noviembre de 2010 en la sede del Colegio Notarial de Aragón.

La ponencia analizó la función de la jurisprudencia, en particular de la foral, atendiendo a la jurisprudencia en el recurso de casación, el paso de motivo de casación a motivo de apertura del recurso, la finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia, los temas de la jurisprudencia foral del Tribunal Superior de Justicia, la labor de elaboración de una jurisprudencia interpretativa y una jurisprudencia creadora, así como de la eficiencia de la jurisprudencia, en atención a la «eficacia ejemplar» de la doctrina, que es tenida en cuenta en los trabajos legislativos de la Comunidad Autónoma en las sucesivas reformas del Derecho aragonés y que debiera servir de guía de los justiciables y de las posteriores resoluciones de los tribunales inferiores.

6. Otros Cursos y actividades con presencia del Derecho civil aragonés

– *Seminario: «Perspectiva práctica de Derecho sucesorio gallego»*. II edición del Seminario dirigido por la Profesora Belén Trigo García y coordinado por el Notario Gonzalo E. Freire Barral, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela entre el 8 de abril y el 7 de mayo de 2010, con la finalidad de analizar, con un enfoque eminentemente práctico, la regulación gallega de la sucesión por causa de muerte, haciendo hincapié, de una parte, en sus peculiaridades; de otra, en las dudas y problemas de interpretación que suscita.

En la sesión final del día 7 de mayo de 2010, dedicada a otros Derechos civiles autonómicos, participó el Profesor José Antonio Serrano García (UZ) con la ponencia «Evolución y situación actual del Derecho aragonés de sucesiones *mortis causa*». En dicha sesión participó también, en relación al Derecho catalán de sucesiones, el Profesor Joseph Ferrer Riba (UPF).

– *Curso de Derecho de Familia*. Durante el mes de julio de 2010, y por segundo año consecutivo, las profesoras Carmen Bayod López y María Martínez Martínez, participaron en el *Curso de Derecho de Familia* en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, impartiendo sendas ponencias sobre Pacto sucesorio y sobre Capacidad y Derecho de la persona en Aragón.

– *Novena Jornada Práctica sobre el Derecho civil foral del País Vasco. El impulso legislativo*. Jornada organizada por el Colegio de Abogados de Vizcaya y la Academia Vasca de Derecho, celebrada el 30 de noviembre de 2010, en Bilbao. En la mesa redonda de la sesión de tarde, dedicada a las iniciativas legislativas en los Derechos civiles territoriales, intervino por Aragón la Profesora María Martínez Martínez, por Cataluña el Notario y profesor Lluis Jou, por Galicia el profesor y abogado Ángel Rebolledo y por el País Vasco el profesor Jacinto Gil. Estaba en el público, don Adrián Celaya que, junto al profesor Jacinto Gil, protagonizaron un debate muy interesante sobre el futuro del Derecho civil vasco.

D) NOTICIAS DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN (AÑO 2010)

Sesión inaugural del año 2010

En la sesión académica de apertura del curso 2010, celebrada el 20 de enero, el Excmo. Sr. Dr. Don José Antonio Escudero López, Catedrático de Historia del Derecho, Académico de Número de esta Corporación y también de las Reales Academias de Historia y de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, pronunció la conferencia: «*Las Cortes de Cádiz y el Bicentenario de la Libertad de Imprenta*». La presentación del conferenciante corrió a cargo del Académico de Número Dr. D. Jesús López Medel.

Instituto Jurídico «Juan Moneva y Pujol»

En el seno de la Academia ha sido creado, a instancia del Académico de Número Dr. D. Francisco Mata Rivas, el *Instituto Jurídico de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, bajo la denominación «Juan Moneva y Pujol», Catedrático de Derecho Canónico que fue de la Universidad de Zaragoza, foralista, publicista insigne, y prócer aragonés.

Premio «Gascón y Marín»

La Mesa de Gobierno de esta Corporación, constituida en Jurado, concedió al concursante Don Orlando Vignolo Cueva el XII Premio de Derecho Público «Gascón y Marín», correspondiente al año 2009 por su trabajo «*Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*».

Elección de nuevo Académico

En el Pleno de Académicos de esta Corporación de 22 de Junio de 2010 fue elegido por unanimidad Académico de Número de la misma Don Ramón Salanova Alcalde.

Discurso de ingreso en la Academia

En la solemne Sesión de Ingreso del Académico Electo en esta Academia Aragonesa el día 22 de junio de 2010, el Excmo. Sr. Dr. Don Agustín Luna Serrano leyó su Discurso sobre «*El contrato para persona por designar y la cláusula de reserva de nombrar*». Contestó en nombre de la Academia el Excmo. Sr. Don Eduardo Montull Lavilla, Académico de Número y Secretario General de esta Corporación, al haber sido designado para ello por la Mesa de Gobierno de la misma, siéndole impuesta por el Presidente al recipiendario la Medalla de la Academia.

Congreso de Academias Jurídicas y Sociales

La proyección exterior de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se manifestó también con la asistencia por parte de sus Académicos al VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas celebra-

do en La Coruña, bajo la Presidencia de Don Luis Moisset de Espanés, Presidente de la Mesa Permanente de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas y de Don José Antonio García Caridad, Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y Vicepresidente de la referida Mesa Permanente, los días 13, 14 y 15 de Octubre de 2010. En este Congreso, organizado por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, los Académicos de Número de nuestra Corporación: Don Ángel Bonet Navarro (Presidente), Don Eduardo Montull Lavilla (Secretario General), Don Jesús López Medel (Vocal de la Mesa), Don Juan José Sanz Jarque, Don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor y Don Agustín Luna Serrano participaron respectivamente en las siguientes Ponencias: «Derecho Global», «Persona Jurídica», «Arbitraje Internacional» y «Estatuto del Consumidor».

Jornadas sobre la «Casación Civil Foral Aragonesa»

Los días 4 y 5 de Noviembre de 2010 se celebraron las «Jornadas sobre la Casación Civil Foral Aragonesa» organizadas por esta Academia y el Justicia de Aragón, colaborando dicho Colegio Notarial, la Universidad de Zaragoza y la Facultad de Derecho. Bajo la dirección de Don Ángel Bonet Navarro, Presidente de nuestra Corporación y Catedrático de Derecho Procesal de nuestra Universidad, la sesión inaugural estuvo presidida por el Justicia de Aragón, Excmo. Sr. Don Fernando García Vicente. Los ponentes invitados desarrollaron el siguiente programa:

1. «*La selección de asuntos; una labor configuradora de la casación foral aragonesa*» por don Ángel Bonet Navarro, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza

2. «*El Tribunal Superior de Justicia de Aragón*» por don Fernando Zubiri de Salinas, Presidente de dicho Tribunal; la presidencia de la Ponencia fue desempeñada por nuestro Académico Dr. D. Juan José Sanz Jarque .

3. «*La casación foral aragonesa*» por doña María del Carmen Samanes Ara, Magistrada de Tribunal Superior de Justicia de Aragón; la presidencia de la Ponencia fue desempeñada por nuestro Académico Dr. D. Eduardo Montull Lavilla.

4. «*Los motivos de apertura del recurso de casación foral*» por Don Julio Javier Muerza Esparza, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra; la presidencia de la Ponencia fue desempeñada por la Académica de Número Drª. Dª. Rosa Mª Bandrés Sánchez-Cruzat.

5. «*El motivo de impugnación en el recurso de casación foral*» por Don Juan Francisco Herrero Perezagua, Profesor Titular de Derecho Procesal de Universidad de Zaragoza; la presidencia de la Ponencia fue desempeñada por nuestra Académica Doña Pilar Palazón Valentín.

6. «*La jurisprudencia foral*» por la Drª Dª. María Ángeles Parra Lucán, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; la presidencia de la

Ponencia fue desempeñada por nuestro Académico Don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor.

7. «*Análisis comparativo de la casación aragonesa con otras casaciones forales*» por Don Francisco Javier Fernández Urzainqui, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; la presidencia de la Ponencia fue desempeñada por nuestro Académico Dr. D. Benjamín Blasco Segura.

8. «*La experiencia práctica casacional aragonesa*», siendo los participantes Don Ignacio Martínez Lasierra, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo, Abogado y Vicedecano del Colegio de Abogados de Zaragoza; presidió dicha Mesa nuestro Académico Dr. D. Francisco Mata Rivas.

La sesión de clausura estuvo a cargo del Excmo. Sr. Don Fernando Zubiri de Salinas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y del Presidente de la Academia, don Ángel Bonet Navarro.

Jornadas sobre «Aragón en la España de hoy»

La Academia ha participado en las Jornadas organizadas los días 25 y 26 de Noviembre de 2010 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, en colaboración con la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón y el Instituto de Historia de la Intolerancia, sobre: «*Aragón en la España de hoy*«. Dirigidas por don José Antonio Escudero López, Académico de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y de las Reales Academia de la Historia y de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid, y, quien intervino en la Sesión de Apertura sobre «Introducción a las Jornadas«. El Presidente de nuestra Corporación, don Ángel Bonet Navarro, intervino en la sesión sobre «Instituciones Académicas y Culturales de Aragón », pronunciando la conferencia: «*La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*». En dichas Jornadas también intervinieron los Académicos de esta Corporación: don Manuel Pizarro Moreno, Académico de Número también de la de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, quien disertó sobre «*Aragón y la crisis económica*»; don José María Castán Vázquez, también Académico de Número de la de Madrid, como Moderador de la Mesa Redonda «El Derecho de Aragón en nuestro tiempo», en la que intervinieron don Alberto Ballarín Marcial, también Académico de la Real de Doctores de España; don Jesús López Medel, también de la Academia de Doctores y don Jesús Marina Martínez-Pardo, también de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

El acto de clausura, fue presidido por el Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente, Justicia de Aragón y Académico de Número de la de Jurisprudencia y Legislación de Aragón, quien pronunció una conferencia sobre «*El Justicia de Aragón hoy*», siendo acompañado en la Presidencia por don José Antonio Escudero López, don Eduardo Montull Lavilla, Académico Correspondiente de la de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y de Número en la de Aragón; y por el Director General de Cultura de la Diputación General de Aragón don Ramón Miranda Torres.

Foro de Derecho aragonés

La Academia ha participado en los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, celebrados los días 9, 16, 23 y 30 de noviembre en Zaragoza y Huesca.

Publicaciones

El servicio de «*Intercambio de Publicaciones*« con otras Academias, Universidades, Colegios de Abogados, de Notarios y de Registradores de la Propiedad, que fue creado en esta Corporación a instancia de Don Eduardo Montull Lavilla, Académico de Número y Secretario General de la Mesa ha recibido, durante el año 2010, para nuestra Biblioteca 50 obras remitidas por la Universidad de Navarra, el Instituto de España, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, la Universidad de Granada, la Universidad de Murcia, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), la Universidad CEU San Pablo, la Universidad Autónoma de Madrid, la Real Academia de Doctores de España (Madrid), el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Lucena y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, de España, de un total de 24 entidades análogas, a las mencionadas, en el ámbito de la ciencia jurídica, con las que se entabló, inicialmente, comunicación para el referido intercambio.

Relaciones sociales y académicas

La Academia ha sido representada por el Presidente y el Secretario, respondiendo a las invitaciones cursadas para participar en los actos celebrados por organismos, corporaciones y entidades vinculadas al mundo de la cultura en España, y en especial en Aragón, relacionados con la naturaleza, fines y actividades de la Corporación: Real Academia de Nobles y Bellas Artes de San Luis de Zaragoza, Real Academia de Medicina, Real Academia de Ciencias Exacta, Físicas, Químicas y Naturales de Zaragoza y Academia de Farmacia; apertura de curso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid; sesiones científicas de todas ellas y discursos de ingreso; acto institucional y entrega de premios en el Día de Aragón, en la festividad de san Jorge, Patrón de Aragón; acto académico solemne de investidura como doctores *honoris causa* de nuestro Académico Prof. Dr. don José Antonio Escudero López y del Prof. Dr. don Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande en la Universidad «CEU. San Pablo« de Madrid; actos de celebración de patronos en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Colegio Notarial de Aragón; acto Académico de apertura del curso 2010-2011 en la Universidad de Zaragoza; actos de investidura de doctorados *honoris causa* en la Universidad de Zaragoza; acto de apertura del año judicial en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón; acto de imposición de la «Gran Cruz al Mérito en el Servicio a la Abogacía«, al Abogado y Vicedecano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza don Javier Sancho Arroyo y López- Rioboó, por el Presidente del Consejo General de la Abogacía, don Carlos Carnicer Díez.

Asimismo, la Academia ha mantenido la correspondencia corporativa en iniciativas y actuaciones con el Instituto de España, Cortes de Aragón, El Justicia de

Aragón, Gobierno de Aragón, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Fiscal Superior de Aragón, Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho, Cátedra de Derecho Local de Aragón, Fundación Príncipe de Asturias, Foro Jurídico Pelayo, Delegación del Gobierno de Aragón, Casa de Aragón en Madrid.

Zaragoza, a 3 de enero de 2011

Eduardo MONTULL LAVILLA.
Académico de Número. Secretario General

E) TESIS DOCTORALES

El pasado 26 de octubre de 2010 tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho la lectura de la tesis doctoral «El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos«, elaborada por Aurelio Barrio Gallardo, en la actualidad Profesor Ayudante de Derecho civil.

La investigación, realizada bajo la dirección del Dr. Ángel Cristóbal Montes, Catedrático de la especialidad, ha sido fruto de varios años de trabajo del doctorando, en calidad de becario DGA y FPU, en el Departamento de Derecho Privado de la UZ así como de sendas estancias de recopilación documental en el «Institut Suisse de Droit Comparé« sito en Lausana y en el «British Institute of International and Comparative Law« de Londres.

En ella, después de rastrear los orígenes de la libertad de testar y analizar su evolución en el Derecho continental y en el inglés, se aboga por una modificación del Cc. consistente en redimensionar la legítima de descendientes y transformarla, como refleja el título, en una atribución meramente asistencial, en una pensión de alimentos que vendría en su reemplazo y sería acordada por el Tribunal sólo cuando fuera verdadera y estrictamente necesario en función de las circunstancias de cada caso concreto.

Partiendo de la experiencia que proporciona el modelo de las «family provisions« existente hoy en casi todas las jurisdicciones de *Common Law*, a excepción de los EEUU, el autor se inspira también para formular su propuesta *de lege ferenda* en algunas figuras presentes en el Derecho foral aragonés, como el derecho sucesorio de alimentos (art. 200 LS) o el establecimiento de un límite temporal –26 años– en las prestaciones alimenticias establecidas a favor de hijos mayores de edad (art. 66 LDp).

El Tribunal integrado por Jesús Delgado Echeverría y María Ángeles Parra Lucán, miembros destacados del Grupo IDA, que actuaron como presidente y secretaria, y por los vocales María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Joaquín Rams Albesa y Antoni Vaquer Aloy, todos ellos Catedráticos de Derecho civil, acordó por unanimidad otorgar a la tesis doctoral la máxima calificación: sobresaliente «cum laude«. Se espera que el ensayo se convierta pronto en una monografía que recogerá las interesantes observaciones vertidas durante el transcurso del acto académico.

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Los Fueros de Aragón: La Compilación de Huesca. Edición crítica del texto oficial latino*. Prólogo de Fernando García Vicente, Justicia de Aragón; Estudio Preliminar del autor de la edición crítica. El Justicia de Aragón (con la colaboración de Ibercaja), Zaragoza, 2010, 704 pp.

En la edición crítica se han tenido en cuenta los 12 manuscritos y las 11 ediciones impresas que contienen actualmente la versión latina de la Compilación de Huesca. Se ha tomado como texto base el códice de Perelada, sin duda el códice utilizado como modelo para la primera edición de 1476, a la que han seguido fielmente todas las demás. Su texto aparece en redonda. En nota a pie de página se advierte de las variantes del texto contenido en los demás códices o ediciones. Se han incorporado además, en cursiva, aquellos fueros que no contenía el códice de Perelada, pero sí otros códices de los Fueros de Aragón y que perdieron su vigencia de hecho al no haber sido recogidos en el texto impreso.

Con esta edición se trata de poner a disposición del estudioso el texto o textos forales que fueron aplicados por jueces y abogados hasta la aparición de la imprenta. Para facilitar el acceso a su contenido se han añadido un *Diccionario foral*, un *Índice alfabético de rúbricas*, un *Índice alfabético de fueros* y un *Índice de rúbricas y fueros* siguiendo su disposición en la *Compilatio minor*.

En el Estudio Preliminar, y como conclusión del estudio de todos los manuscritos de los Fueros de Aragón, Pérez Martín nos propone como tesis para explicar la relación entre la *Compilatio minor* y la *Compilatio mayor* lo que en 1996 planteaba sólo como hipótesis de trabajo: las dos son obra de Vidal de Canellas, ambas están divididas en 9 libros, la segunda más extensa, romanizada y doctrinal que la primera; ambas fueron promulgadas como cuerpos legales para el reino de Aragón; pero la oposición del reino, particularmente la nobleza, hizo que Jaime I en las Cortes de Ejea (1265) aparcara la *Compilatio mayor*.

IV. OBRAS GENERALES

5. PANORÁMICAS

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «El Derecho civil de Aragón», en *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 2010, núm. 54, vol. 2, pp. 113-130.

Versión escrita de la participación de la autora en el Congreso Internacional «Los Derechos civiles en España y Europa», Valencia, miércoles 21 de octubre de

2009, en la que, tras una breve introducción referida al Derecho histórico, se da cuenta de la evolución del Derecho aragonés en el marco autonómico.

Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés [http:www.derechoaragones.es]. Derecho Civil. Derecho Público. Gobierno de Aragón, Vicepresidencia, Madrid, 2010, 121 pp.

Libro de presentación de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés. Inicialmente comprendía el Derecho histórico aragonés y el Derecho civil vigente. Luego se completó, manteniendo la respectiva autonomía, con la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés. El libro de cuenta de cómo se han hecho ambas Bibliotecas, de sus materias, voces y descriptores. Además contiene una introducción al Derecho aragonés obra de Jesús Delgado Echeverría.

6. Revistas

VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, 327 págs. + CD

Incluye los textos generados en las cuatro siguientes ponencias: «Diez años de la Ley de sucesiones por causa de muerte» (Ponente: José María Navarro Viñuales; coponentes: Fernando Zubiri de Salinas y Manuel Guedea Martín), «Concurso de acreedores y consorcio conyugal» (Ponente: María Ángeles Parra Lucán; coponentes: Fernando Curiel Lorente y Juan Francisco Herrero Perezagua), «Transmisión de la vivienda protegida» (Ponente: José Luis Castellano Prats; coponentes: Juan Pardo Defez y Francisco Curiel Lorente) y «Cuestiones prácticas para juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón» (Ponente: José Bermejo Vera; coponentes: Juan Carlos Zapata Híjar y José Rubio Pérez).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. Temas comunes a todos los Derechos forales

1.4. *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

Lacruz Mantecón, Miguel: «Hasta el infinito, y más allá» o la actualidad del derecho foral«, en *RGLJ*, octubre-diciembre 2009, pp. 709-744.

Interesantes reflexiones, contadas con gracia, sobre la evolución de la «cuestión foral» hasta la aparición del Estado de las Autonomías y desde entonces hasta ahora, contrastando el discurso de los defensores del Código civil como Derecho común español y su aplicación supletoria en los territorios forales con el discurso de los foralistas-autonomistas que defienden que su Derecho civil es el común en su territorio y procuran evitar la aplicación supletoria del Derecho estatal ejerciendo sus competencias en materia civil.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «El Derecho foral», en *Tratado de Derecho Público Aragonés* (Dirs.: J. Bermejo Vera y F. López Ramón), Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 291-332.

En este trabajo se refleja de manera muy resumida la situación de los Derechos forales al llegar la Constitución, la incidencia decisiva de ésta y los respectivos Estatutos de Autonomía al atribuir competencia legislativa sobre ellos a las Comunidades Autónomas «forales», y el ejercicio que cada una de ellas ha hecho de esta competencia hasta el momento. Hay también un apartado dedicado a las novedades introducidas por el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, y el trabajo se cierra con unas reflexiones finales.

1.5. *La casación foral*

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra», *Revista jurídica de Navarra*, núm. 48, 2009, pp. 11-74.

La creación de los Tribunales superiores de Justicia con competencia casacional civil no vino acompañada de una regulación del recurso de casación foral acorde a las exigencias de los derechos civiles que estaban llamados a complementar con su jurisprudencia. Pese a la sujeción de la casación foral a la normativa procesal de la general, con escasas particularidades, el TSJ de Navarra afirma su soberanía, no sólo en la interpretación de las normas de derecho civil navarro, de que es último intérprete, sino también en la de las normas del recurso de casación de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional ulterior; habiendo sentado sobre ellas una doctrina propia que, especialmente en punto a la recurribilidad de las sentencias, difiere de la establecida por el Tribunal supremo para la casación general.

1.6. *Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil*

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «STS de 14 de septiembre de 2009: Vecindad civil; fraude de ley», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Núm. 83, 2010, pp. 1093-1122.

Comentario a esta importante STS que declara la inconstitucionalidad sobrevenida (desde el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978, por tanto) de la norma contenida en el art. 14-4 Cc., procedente de la reforma del Título preliminar de 1974, por ser contraria al principio de igualdad entre cónyuges consagrado en los arts. 14 y 32-1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido.

La STS es también importante porque aporta una interpretación *secundum constitutionem* para salvar la, en otro caso, inconstitucional disposición transitoria de la ley 11/1990: sólo se aplica cuando la mujer casada no haya adquirido ya la vecindad civil de origen en el momento de entrar en vigor la Ley 11/1990 por residencia de dos años, con declaración favorable, o de 10 años, sin declaración en contra.

También afirma esta STS, ya como *obiter dicta*, que puede ocurrir que el cambio de vecindad civil obedezca a la realización de un fraude, pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Ley aplicable y conflicto de Leyes en Derecho de sucesiones», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 33- 123.

Extenso y bien construido trabajo que, en su parte final, alude también a los conflictos de Leyes en Derecho interregional, con referencia específica a la viudedad foral aragonesa.

HUALDE MANSO, María Teresa: «Aspectos nuevos y problemas antiguos de la adquisición de la vecindad civil y su prueba», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, julio-agosto 2010, págs. 1585-1558.

El presente trabajo trae de nuevo a colación alguno de los problemas que tanto antes como hoy es objeto de posiciones doctrinales diversas y de interpretaciones jurisprudenciales dispares, como es la modificación por residencia de la vecindad civil de los menores de edad o la prueba de la propia vecindad civil de la persona. Se analiza también la trascendencia de las recientes reformas de la legislación del Registro Civil sobre la vecindad civil de los adoptados. Finalmente se analizan algunas de las vías adquisitivas (la atribución de los padres) o modificativas (la opción del menor de edad) de la vecindad.

ZABALO ESCUDERO, Elena: « Derecho interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades», en *Revista valenciana d' estudis autonòmics*, 2010, núm. 54, vol. 2, pp. 223-241.

Breve y claro trabajo que expone la pluralidad de Derecho sucesorios en España y los frecuentes conflictos de leyes entre ellos, regulados por el Derecho interregional que aporta como solución base la vecindad civil como criterio de conexión, pero los cambios de vecindad civil propician el conflicto móvil y, a juicio del TS, el fraude de ley; también es compleja la determinación de la ley aplicable a los actos de disposición plurales, así como a los derechos de viudedad. La autora compara la solución del Derecho interregional español con las aportadas por el Derecho internacional convencional y por el comunitario y se manifiesta partidaria de su reforma en la línea seguida por estos Derechos.

2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

2.1. *Historia del Derecho argonés hasta 1707, en general*

DANVILA Y COLLADO, Don Manuel: *Libertades de Aragón. Ensayo histórico, jurídico y político*, Madrid, Imprenta de Fortanet, 1881, 480 pp. Edición facsimilar, Editorial MAXTOR, Valladolid, 2007.

Reproducción del original, sin ninguna presentación ni estudio introductorio.

2.3. *La Compilación de Huesca y el Vidal Mayor*

García Edo, Vicent: *La obra legislativa de Jaime I de Aragón (1208-1276)*. Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón, 2008, 216 pp.

Libro sobre el conjunto de la obra legislativa de Jaime I publicado para celebrar el VIII Centenario de su nacimiento y escrito por un Profesor de Historia del Derecho de la Universidad que lleva el nombre de este rey. Tras la introducción y la referencia genérica a la Monarquía de Jaime I, se ocupa sucesivamente del Derecho del Reino de Aragón (general y municipal), de Cataluña (general y municipal), del Reino de Mallorca y de Reino de Valencia (general y municipal) y, finalmente, del derecho de los musulmanes. Incluye conclusiones y un apéndice documental.

2.7. *Estudios de historia de las instituciones (Públicas y privadas)*

Obarrio Moreno, Juan Alfredo: *El derecho romano como ratio scripta en la Corona de Aragón. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2002, 6: pp. 531-551. URI: http://hdl.handle.net/2183/2198 (*http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/ 2198/1/AD-6-26.pdf)

El binomio Derecho general *versus* derecho local y consuetudinario propició que en los distintos reinos peninsulares se fueran arbitrando normas de colisión con las que dilucidar el orden de prelación de las distintas fuentes jurídicas a aplicar por la *Curia*. Y fue por esta vía por donde los principios del *ius commune* se convirtieron en fuente del Derecho, toda vez que los jueces y juristas, para interpretar y subsanar las lagunas que el propio Ordenamiento originaba, recurrieron a éste como Derecho supletorio, como *ratio scripta*, al establecer que a falta de disposición aplicable se debería de acudir *ad naturales sensum vel equitatem*, configurando, así, la equidad ruda en equidad constituida, en Derecho. En el trabajo se plantean, a modo de síntesis, las vías por las que se canalizó la recepción del Derecho romano a través de la analogía en la Corona de Aragón. Como supuesto práctico plantea la prueba de la posesión inmemorial.

3. Aragón: desde los Decretos de Nueva Planta al Apéndice de 1925

3.3. *El Apéndice y los Anteproyectos*

González y Martínez, Jerónimo: «El Apéndice Foral Aragonés», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, T.II, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, págs. 81-101 (= *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre 1928, pp. 778 y ss.)

Recensión de Don Jerónimo a la obra de D. Gil Gil y Gil *Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón*. Sobre la impresión que ha causado la promulgación del Apéndice dice con farnqueza Gil y Gil que «*soto voce* se oyen a Letrados y Notarios en ejercicio, a funcionarios de la carrera judicial y a simples aficionados teóricamente a estudios jurídicos, frases y comentarios que nada tienen de laudatorios para nuestro

Apéndice foral, viendo en el mismo todos los aludidos un semillero de conflictos de derecho, por la oscuridad de redacción frecuente en dicho texto y sus grandes lagunas entre las disposiciones, por no contener todas las del antiguo Derecho foral dignas de ser indiscutiblemente conservadas.»

MOREU BALLONGA, José Luis: «El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España», en *Ius Fugit* núm. 15 (2007-2008), *Revista de Estudios histórico-jurídicos de la Corona de Aragón*, Institución «Fernando el Católico», Diputación de Zaragoza, 2009, pp. 81-124.

El primer tema del trabajo es la codificación del Derecho civil aragonés, en él el autor se ocupa primero del Apéndice de 1925 y las instituciones civiles que entonces interesó conservar sobre la persona y la familia o en materia sucesoria o patrimonial y considera al Apéndice, cuerpo legal que elogia encendidamente, como Código civil foral aragonés; en segundo lugar analiza y critica la influencia de Joaquín Costa en las fuentes del Derecho civil aragonés en las Proyectos de Apéndice y en la Compilación de 1967, reformada en materia de fuentes en 1985 y 1999; en tercer lugar, cierra este primer tema con un apartado dedicado a la, en su opinión, «ahistórica visión por el propio legislador aragonés (entre 1999 y 2006) de su obra reciente».

Mucho más breves son los otros dos temas del trabajo: El proceso histórico de desarrollo de los Derechos civiles autonómicos y su futuro a juicio del autor, por un lado, y, por otro, la opinión del autor sobre la cuestión territorial española.

4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas

4.3. *Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil*

MOREU BALLONGA, José Luis: «Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho Civil Aragonés», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 63, Nº 1, 2010, pp. 5-46.

En este trabajo el autor, como en otros anteriores, hace una valoración crítica de la que considera «expansiva reforma legal» que ha venido a cuadruplicar en extensión a la Compilación. En su opinión, la amplia reforma legal de la última década se ha hecho con debate insuficiente tanto técnico o doctrinal como sobre los fundamentos ideológicos de las normas; igualmente insuficiente considera el debate sobre las específicas fuentes del Derecho civil aragonés. Para el autor las nuevas leyes han sido en ocasiones excesivamente conservadoras al mantener ideas o institutos jurídicos claramente anticuados y en otras carentes de ideas nuevas de entidad que no estuvieran ya en el Apéndice foral de 1925 o en el Código civil español.

6. Persona y familia

6.1. *En general*

Parra Lucán, Mª Ángeles: «Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores», *Aspectos Civiles de Derecho Concursal, XIV, Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, edit.um, Ediciones de la Universidad de Murcia,* Universidad de Murcia (fecha 2009, pero publicado en 2010), págs. 67-194.

El texto recoge la ponencia encargada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil para las XIV Jornadas de la Asociación. Las Jornadas, que versaron sobre «Aspectos Civiles de Derecho Concursal», tuvieron lugar en la ciudad de Valencia los días 11 a 13 de junio de 2009, y contaron con las ponencias de las Profesoras Mª Ángeles Parra Lucán y Encarna Roca Trías (Magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo), que se ocupó de la «Eficacia e ineficacia de los contratos en el concurso del deudor».

El trabajo se centra en el concepto nuclear de persona y la proyección que ha tenido en la Ley concursal. El estudio permite al lector plantearse si el legislador español ha estado acertado al iniciar la Ley proclamando que la declaración de concurso procede respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, sin más excepción, respecto del requisito de la personalidad, que la del concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La autora se ocupa de las comunidades de bienes, de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, de la «sociedad irregular», de las uniones de empresas, de los patrimonios separados de destino y de los patrimonios autónomos y, en especial, por lo que afecta a los diferentes Derechos civiles, del concurso del menor de edad y del incapacitado y del concurso de herencia.

La ponencia, formando parte de un trabajo más amplio de la misma autora, aparece también recogida dentro de la monografía «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», Civitas - Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, 310 págs. (prólogo del catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid profesor Ángel Rojo, director de la colección Estudios de Derecho Concursal).

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

Algarra Prats, Esther: «La corrección de los hijos en el Derecho español», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, núm. 5, 2010, pp. 45-95.

Interesante estudio escrito para explicar y analizar el derecho de corrección de los padres sobre sus hijos menores tras la reforma del art. 154 Cc., que eliminó formalmente ese derecho de corrección, aunque manteniendo todos los demás derechos-deberes de la patria potestad. Opina la autora que el derecho de corrección existe pese a las recientes reformas del Cc. y del Código penal. Hay alguna referencia a los Derechos forales que lo mantienen expresamente, como nuestro art. 62 de la Ley de Derecho de la persona en su letra d).

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «STS de 11 de marzo de 2010: Guarda y custodia compartida». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010, pp. 1833-1849.

Breve comentario a la STS que estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia que había acordado un sistema de custodia compartida. Se exponen los argumentos a favor, así como los criterios para adoptar la custodia compartida, y luego los argumentos en contra, la relación con otras medidas solicitadas y la modificación legislativa operada en Aragón para que la custodia compartida sea la opción preferente.

CASTILLA BAREA, Margarita: «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Aranzadi Civil* núm 7/2010, pp. 105-152 '(Westlaw.es: BIB 2010/1563).

Primer trabajo extenso específico de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, realizado por una Profesora Titular de la Universidad de Cadiz. Su juicio crítico de la ley es muy favorable. Se ocupa de la custodia compartida como modelo idóneo de convivencia con los hijos tras la ruptura de los padres, de las consecuencias de la actitud procesal de las partes en relación con la guarda y custodia, hace también una breve referencia a los criterios que debe ponderar el juez a la hora de decidir sobre el régimen de guarda y custodia y algunas consideraciones sobre la influencia del régimen de guarda y custodia en el destino de la vivienda familiar, así como otras diferencias notorias entre la regulación aragonesa de la guarda y custodia y la contenida en el Código civil.

Afirma como conclusión que la instauración de la custodia compartida como el modelo primario en las rupturas de pareja con hijos a cargo parece haber iniciado un camino sin retorno, en cuya apertura ha actuado como punta de lanza la Ley aragonesa.

DUPLÁ MARÍN, María Teresa: «La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice Foral de 1925 al artículo 72 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Nº 717, 2010, págs. 61-91.

En el marco de los nuevos modelos familiares, y más concretamente, en el de las llamadas «familias reconstituidas» formadas por la unión o matrimonio de personas que aportan hijos menores de previas relaciones y que conviven en ese nuevo núcleo familiar, ha llevado a algunos legisladores, como el aragonés, a cuestionarse cuál deba ser la regulación que, en pro del interés del menor, deba procurarse a las nuevas relaciones paterno-filiales de hecho que se dan en esas familias. La legislación aragonesa es pionera, ejemplo de modernidad y modelo único a tener en cuenta en cualquiera de las reflexiones actuales, al haber contemplado dichas relaciones desde el Apéndice de 1925, la Compilación de 1967, la reforma de ésta por Ley de 1985, y la Ley de Derecho de la persona de 2006. La autora, catedrática de Derecho romano en Barcelona, analiza con cierto detalle este proceso legislativo a lo largo de casi un siglo.

DUPLÁ MARÍN, Mª Teresa: «Potestad parental catalana y autoridad familiar aragonesa: breve análisis comparativo de las facultades otorgadas a los padrastros respecto de los hijos menores del cónyuge o conviviente», en *Actas del V Congreso de Derecho Civil catalán*, Tarragona, 2009 (pendientes de publicar).

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», en *Diario La Ley*, Nº 7529, 2010.

La llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón (L 2/2010, de 26 de mayo) es la primera que, dentro del Estado español, establece la custodia compartida como opción de guarda preferente. Ese carácter pionero de la Ley justifica el interés por el estudio de su novedosa regulación. En este artículo se analizan el ámbito de aplicación de la Ley, sus principios inspiradores y, en especial, el contenido del pacto de relaciones familiares, equivalente, en el Derecho aragonés, del convenio regulador del art. 90 CC.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón» en *Diario La Ley*, Nº 7537, 2010.

Este artículo es continuación del publicado en este mismo Diario el 16 de diciembre pasado, que examina el pacto de relaciones familiares en la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo. Ambos completan una breve visión crítica de esta Ley, llamada de Custodia Compartida de Aragón. En éste se realiza un estudio sistemático de las medidas a adoptar por el Juez en los casos de falta de acuerdo de los progenitores, con especial consideración a la regulación de los diversos aspectos de la custodia compartida.

LAUROBA LACASA, María Elena: «STS de 8 de octubre de 2009: Custodia compartirla. Interés superior del menor. Criterios de delimitación del interés. Falta de motivación de la sentencia». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010, pp. 1477-1513.

Interesante y muy completo comentario de sentencia, aunque no alude a la ley aragonesa 2/2010 que establece como criterio prioritario la custodia compartida en caso de ruptura de las relaciones familiares de los padres con hijos a cargo. Hay muchas referencias al Derecho comparado. Entre otras cosas, el comentario se ocupa del concepto de custodia, la fórmula «custodia compartida», la estabilidad del menor y la alternancia de domicilios, la guarda compartida como manifestación de la responsabilidad parental, los criterios de atribución de la custodia (compartida o no), las cuestiones que acompañan la discusión sobre la custodia compartida: la atribución de la vivienda y la pensión alimenticia; termina aludiendo a dos instrumentos al servicio del mejor funcionamiento de la guarda conjunta: el plan de parentalidad y la mediación familiar.

MARÍN GARCÍA, Ignacio: «STS de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil de la madre que obstaculizó la relación personal de su hijo menor con el padre

titular de la guarda y custodia. Daño moral por privación indebida de la compañía de los hijos: reconocimiento, criterio de imputación subjetiva y cuantificación. Plazo de prescripción de la acción e inicio de su cómputo. Doctrina de los daños continuados. Falta de condena en costas por existencia de serias dudas de hecho o derecho». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010 , pp. 1369-1390.

El TS aplica por primera vez el instrumento de la responsabilidad civil como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho del otro progenitor a relacionarse con sus hijos y, además, lo hace con arreglo al régimen general de la responsabilidad por culpa o negligencia del art. 1902 Cc. A tal efecto, el TS incorpora al ordenamiento jurídico español la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH). Y, sin inconveniente alguno, el TS admite la función punitiva de la indemnización por daño moral en ese ámbito. Asimismo, en relación con la prescripción de esta clase de perjuicio, entiende que es aplicable la doctrina de los daños continuados.

Sin embargo, este pronunciamiento sigue la práctica judicial dominante e indemniza el daño moral a tanto alzado, sin proporcionar ningún criterio para la valoración del menoscabo de las relaciones paterno-filiales.

Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos: «La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial», en *Actualidad del Derecho en Aragón*, núm. 8, octubre 2010, pp. 18-19.

El objeto de esta breve exposición es hacer una presentación inicial de la nueva Ley 2/2010, de 26 de mayo, acompañada de algunas reflexiones de urgencia. Esta Ley es mucho más que una ley para regular las relaciones padres-hijos una vez rota la convivencia de aquéllos; es una ley de efectos generales de la ruptura de la convivencia entre dos personas con hijos a cargo tanto si los padres eran matrimonio, pareja estable no casada o pareja de hecho, que se ocupa también de cuestiones como el destino de la vivienda familiar o la asignación compensatoria.

Moreno Velasco, Víctor: «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio», *Diario La Ley*, Núm. 7433, 2010.

Las pensiones de alimentos a los hijos mayores de edad es una materia que, aunque en apariencia parece sencilla, a poco que se profundiza en su estudio genera una amplia problemática con gran trascendencia práctica. En estas líneas el autor aborda el fundamento teleológico de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad en los procedimientos de separación y divorcio para, a través de dicho prisma, tratar de ofrecer respuesta a aquellos problemas más habituales.

6.5. *Relaciones tutelares y parentales*

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «STS de 31 de JULIO de 2009: Impugnación de declaración de desamparo y acogimiento familiar de una menor. Principio del interés del menor. Proporcionalidad de la medida adoptada. El factor tiempo en las medidas de protección de menores. Retorno a la familia biológica: requisitos». *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 84, 2010, pp. 1429-1459.

Interesante comentario a esta sentencia en la que el TS realiza importantes afirmaciones que afianzan su jurisprudencia sobre el valor que tiene la modificación de circunstancias posterior al inicio del proceso, así como sobre la ponderación del interés del menor en relación con su posible reinserción en su familia biológica. Y, por otra parte, da respuesta a la doctrina contradictoria en las audiencias provinciales sobre la materia.

LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho Aragonés», *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2010, pp. 27-72.

Completo y bien documentado trabajo, con amplias referencias al Cc. y a otros Derechos civiles españoles, que tiene por objeto el estudio de los instrumentos previstos en la Ley de Derecho de la persona para servir de cauce a la iniciativa de los particulares en la configuración de un futuro órgano protector de la persona ante una eventual pérdida de capacidad. La normativa aragonesa concuerda con los postulados del Derecho internacional y destaca por la amplia libertad de autorregulación que en este terreno se concede a los interesados. El carácter vinculante de estas reglas para el órgano judicial encargado de nombrar el organismo protector, y la existencia de un órgano institucionalizado –la Junta de Parientes– que, con funciones consultivas y decisorias, ayude a resolver los problemas que puedan plantearse, son igualmente destacables pues permiten agilizar el funcionamiento del mecanismo de apoyo o protección, haciendo innecesaria la intervención de la autoridad judicial.

PÉREZ MONGE, Marina: «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la persona de Aragón», en DE SALAS MURILLO (Coord.): *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 339-396.

Cuidada y completa exposición de la regulación de la guarda de hecho en la Ley aragonesa de Derecho de la persona. Se da cuenta de la preparación por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, así como de la tramitación parlamentaria, y se comentan los arts. 142 a 145 de la citada Ley: definición de guardador, persona guardada, supuestos, acreditación, obligaciones del guardador (notificar el hecho, informar de las situación de la persona y bienes del guardado, respetar los límites de su actuación), control y vigilancia de la autoridad judicial, responsabilidad del guardador de hecho. Al final se analizan las resoluciones judiciales referidas a esta materia.

6.6.3. *Consorcio conyugal*

BENITO ALONSO, Francisco: «Los alimentos con cargo a la masa común durante el proceso de liquidación de la sociedad ganancial: el artículo 1408 Código Civil», *Diario La Ley*, núm. 7356, 2010.

Estas notas tienen un carácter meramente expositivo de las distintas opiniones doctrinales, de las que el autor tiene noticia, acerca de los diferentes aspectos de análisis que ofrece el art. 1408 CC, precepto poco estudiado y aplicado.

CUENA CASAS, Matilde: «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Núm. 12, 2010, pp. 71-91.

La declaración de concurso de persona casada en régimen de gananciales plantea una problemática particular dada la especial naturaleza que presenta este régimen económico matrimonial en el que los cónyuges carecen sobre el patrimonio común de cuotas enajenables y, por ende, embargables. La inclusión de los bienes gananciales en la masa activa exige tener presente la posición jurídica del cónyuge del concursado, la de los acreedores comunes que contrataron con ambos cónyuges, y todo ello sobre la base de un escrupuloso respeto al principio de responsabilidad patrimonial universal. La conexión entre las normas de régimen económico matrimonial con la disciplina de la Ley Concursal pone de relieve una serie de disfunciones que son tratadas en el presente trabajo.

CURIEL LORENTE, Fernando: «El artículo 77-2 de la Ley concursal en relación con el consorcio conyugal», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 155-170.

Este coponente se ocupa, en particular, de la opción por la disolución, de la opción por no disolver, de si cabe la opción por la liquidación sin disolución, la liquidación concursal y, finalmente, del derecho de atribución de la vivienda familiar en el concurso de uno de los cónyuges (78-4 LC).

HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 171-188.

En la exposición el coponente comienza delimitando los intereses tutelables en la liquidación consorcial y en la concursal, sus objetos procesales y la necesidad de coordinación de una y otra; se señala la competencia para conocer de la disolución del consorcio de persona concursada, se analiza la pieza separada y el procedimiento a seguir en el seno del concurso; se ponen de manifiesto los efectos procesales de la liquidación del consorcio en el concurso de acreedores, atendiendo en particular a la posición de los acreedores consorciales que lo sean del

cónyuge del concursado. También se comentan las consecuencias del no ejercicio por el cónyuge del concursado de la facultad de pedir la disolución del consorcio conyugal.

MORENO VELASCO, Victor: «La liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges: especial referencia al procedimiento aplicable». *Diario La Ley*, Núm. 7315, 2010.

Es usual en la práctica encontrarse con que la disolución de la sociedad de gananciales se produzca por muerte de uno de los cónyuges. Si el cónyuge fallecido se encontraba casado en régimen de gananciales, se torna necesario liquidar la sociedad de gananciales del cónyuge muerto y el viudo, con objeto fundamentalmente de determinar qué activo y pasivo forma parte del caudal hereditario. En estas líneas el autor hace un breve estudio de cual es el procedimiento adecuado para dicha liquidación del consorcio conyugal, tratando de exponer las principales líneas o tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 107-154.

Tras unas consideraciones iniciales sobre el respeto por el Derecho concursal de las normas de los Derechos civiles forales, el tratamiento del concurso de persona física, en especial, cuando está casada, con breve referencia a las parejas de hecho y a las personas casadas en régimen de separación de hecho, la Ponente aborda con detenimiento y solvencia el concurso de persona casada en régimen de consorcio conyugal: a) La disolución del consorcio conyugal: remisión a la ley concursal; efectos de la disolución: liquidación ordinaria o concursal; b) El concursado no interesa la disolución: situación de los acreedores comunes del cónyuge no concursado; extinción del consorcio por otras causas, en particular por el fallecimiento de un cónyuge. También se ocupa de los efectos del concurso sobre la gestión del consorcio, del control de la administración concursal de la gestión del cónyuge no concursado, de los pactos sobre gestión, así como, para terminar, de los alimentos durante la tramitación del concurso.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «Aspectos registrales del concurso de acreedores de la persona casada en régimen de comunidad», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 2989-3016.

En caso de concurso de acreedores de persona casada en régimen de comunidad hay que estudiar, ante la incorporación de los bienes comunes a la masa activa, en qué situación queda el otro cónyuge y qué requisitos habrá que observar respecto al mismo para hacer constar el concurso en el registro, dadas las exigencias del principio de tracto sucesivo. El cierre registral respecto de los bienes de la masa conllevaría una situación discriminatoria contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal, por lo que se defiende que el cierre registral no debe operar respecto de los acreedores del no concursado. También las acciones de reintegración revestirán cierta especialidad, sobre todo si los casados adquirieron bienes privativos por confesión.

6.8. *Viudedad*

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 203- 466.

Extensa y bien construida ponencia que, tras delimitar el tema, los objetivos y el método a seguir, expone la situación legal del cónyuge viudo en los diversos ordenamientos civiles españoles (Cc., Cataluña, Baleares, Galicia, País Vasco, Navarra y Aragón), con especial dedicación a la viudedad foral aragonesa. Termina con unas perspectivas de futuro deducidas de las nuevas tendencias legislativas.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés», en VV.AA.: *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*. Coordinadores: J. M. De la Cuesta Sáez, Victor Manuel Garrido de Palma, Rafael Gomez-Ferrer Sapiña y Carlos Batiré Fuenzalida. Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, pp. 1057-1070.

Interesante colaboración de este Notario especialista en Derecho aragonés que llama la atención sobre la, desde su punto de vista, peligrosa extensión subjetiva del derecho de viudedad aragonés derivada del art. 16.2 Cc. (viudos de aragoneses, con independencia de su régimen matrimonial) o de los puntos de conexión sucesivos del art. 9.2 Cc. para la determinación de la ley aplicable al matrimonio de personas (españolas o extranjeras) que, uno al menos, no son de vecindad civil aragonesa: sometimiento voluntario al régimen aragonés; matrimonios que fijan su primera residencia habitual en Aragón; matrimonios contraídos en territorio aragonés.

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. *De las sucesiones en general*

GUEDEA MARTÍN, Manuel: «Diez años de la Ley de sucesiones por causa de muerte», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 89-104.

Estudio de la Ley de sucesiones desde el Derecho Público y la intervención de la Administración aragonesa en la ejecución de dicha Ley. Se analizan los aspectos tributarios de las sucesiones en Aragón; la intervención de la Administración aragonesa en las sucesiones por causa de muerte, así como en los procedimientos judiciales abintestato; se expone la evolución legislativa de la sucesión legal en el Derecho civil aragonés; por último, se alude a la incidencia del nuevo modelo de financiación de las CC.AA en la regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

NAVARRO VIÑUALES, José María: «Diez años de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 9-50.

Siempre desde el punto de vista notarial, se da cuenta de la incidencia de la Ley de régimen económico y viudedad de 2003 (legado de cosa ganancial, fiducia sucesoria, reconocimiento de privatividad, liquidación desigual del haber consorcial), así como de la Ley de Derecho de la persona de 2006 (Junta de parientes, personas que han de comparecer ante notario en representación legal del menor sujeto a autoridad familiar) en la Ley de sucesiones de 1999. Además se exponen una serie de cuestiones prácticas suscitadas en la aplicación notarial: Capacidad para suceder (la institución a favor de persona física no concebida, la capacidad sucesoria de la sociedad en formación, de la sociedad irregular y de la sociedad civil constituida en documento privado en relación a los bienes inmuebles); la relación entre la sustitución legal aragonesa y la sustitución vulgar expresa; el consorcio foral como limitación del tráfico jurídico entre parientes; toma de posesión por el legatario del legado de cosa cierta y determinada; la imposición por el testador de una administración sobre los bienes hereditarios atribuidos en pago de legítima.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 695-858.

Siempre en contemplación de los derechos de los acreedores de la herencia y de los herederos, se van exponiendo, con alusiones a la regulación de los Derechos forles, las figuras de la herencia yacente, la responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia, preferencia entre créditos o legados y garantías registrales, la herencia y el beneficio de inventario, repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores, acreedores y partición, y se termina con algunas conclusiones.

VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, 906 pp.

Ponencias elaboradas por el Grupo de Investigación sobre Derecho de sucesiones constituido en el ámbito del Pan de Formación Continua para la Carrera Judicial, integrado por catedráticos y profesores de Derecho civil, notarios, fiscales y magistrados, sobre los siguientes temas: «Ley aplicable y conflicto de leyes en Derecho de sucesiones» (Adolfo Calatayud Sierra), «La sucesión legal. El orden sucesorio» (Raquel Alastruey Gracia), «Instrumentos de ordenación de la sucesión por causa de muerte» (Fernando Zubiri de Salinas), «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿Un modelo a exportar? (Carmen Bayod López), «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio» (Mª Ángeles

Parra Lucán), «La preterición de herederos forzosos» (José Miguel García Moreno), «Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia» (Antonio Ocaña Rodríguez) y «La partición judicial» (Manuel-Damián Álvarez García).

En las ponencias se reflexiona sobre la regulación actual de la materia en los diversos Derechos civiles territoriales, comparándolas entre sí y con otras regulaciones de nuestro entorno cultural, para sugerir posibles líneas de adaptación de dichas legislaciones a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: «Diez años de jurisprudencia sobre la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 51- 87.

En 2009 se han cumplido 10 años de la Ley de sucesiones y 20 de la creación del TSJA. Por ello su Presidente comienza hablando de las peculiaridades de la Sala de lo Civil y del recurso de casación ante ella (competencia del Tribunal, acceso a la casación, creación de jurisprudencia), para seguidamente ocuparse de la jurisprudencia de la Sala en materia de sucesiones desde 1999 a 2009: un total de 26 sentencias sobre Derecho transitorio, sustitución legal, consorcio foral, comunidad hereditaria y partición, sucesión testamentaria e interpretación del testamento, fiducia sucesoria, legados, sucesión troncal y sucesión legal.

7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

DÍAZ ALABART, Silvia: «La aceptación tácita de la herencia», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2009, págs. 3-45.

La aceptación tácita de la herencia es la que más se da en la práctica. Sin embargo la inevitable amplitud de su concepto hace compleja su aplicación por los tribunales. Es preciso distinguir qué actos son lo que la determinan y cuales no, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Se examinan varios actos respecto de los que la jurisprudencia del TS no es unitaria, en particular la solicitud de declaración de herederos legales y el pago de impuestos sucesorios por parte del llamado. Aunque es un estudio de Código civil, hay referencias a la regulación, no muy distinta, de Aragón, Cataluña y Navarra.

7.1.5. Responsabilidad del heredero

RAMS ALBESA, Joaquín: «El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 17, 2009-2º, pp. 41-79.

La afirmación del art. 1-2 de la Ley Concursal de que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente», da pie al autor para comparar el sistema aragonés de responsabilidad del heredero, en el que no se distingue entre la aceptación pura y simple y la hecha a beneficio de inventario, con el del Código civil y exponer las virtudes y superioridad del sistema aragonés. El autor expone y elogia la regulación de la respon-

sabilidad del heredero aragonés en los Fueros y Observancias, en el Apéndice, en la Compilación y en la vigente Ley de sucesiones. Critica, no obstante, el inciso segundo del art. 43 de esta Ley.

7.1.6. Colación y partición

ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel-Damián: «La partición judicial», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 859-906.

Ponencia de un magistrado, breve y de corte práctico, que para el caso de comunidad hereditaria, nos da el concepto, naturaleza, caracteres y clases de partición en general, para centrarse específicamente en la partición judicial y en el proceso de división judicial de la herencia.

7.1.8. Normas comunes a las sucesiones voluntarias

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Disposiciones a favor del alma del testador. De nuevo sobre la interpretación del art. 747 Cc. a la luz de la RDGRN de 9 de septiembre de 2006», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2009, pp. 3-19

El trabajo llama la atención sobre los posibles problemas de interpretación que las disposiciones testamentarias a favor del alma (art. 158 Lsuc.) pueden conllevar. No son disposiciones anacrónicas ni extrañas sino un reflejo de la dimensión trascendente del hombre con consecuencias jurídicas. Suponen un patrimonio de destino en el que la seguridad jurídica cede ante la voluntad del testador. Los problemas registrales que estas disposiciones suscitan así como los derivados del cambio en las creencias religiosas del causante, sin modificación de su testamento, son algunas cuestiones aquí analizadas.

7.2. *Sucesión testamentaria*

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: «Instrumentos de ordenación de la sucesión por causa de muerte», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 163-202.

El ponente se ocupa de la sucesión voluntaria y libre, con las limitaciones legales correspondientes, propias del testamento personal (notarial, abierto o cerrado; ológrafo, formas extraordinarias y disposiciones complementarias), del mancomunado, de las situaciones de confianza (con especial referencia al tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa) y de los contratos sobre herencia futura.

7.3. *Sucesión paccionada*

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio: «Un viejo tema para un viejo amigo: Características fundamentales del régimen sucesorio aragonés en la ya derogada Compi-

lación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967, referidas en especial a los contratos sucesorios», en VV.AA.: *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*. Coordinadores: J. M. De la Cuesta Sáez, Victor Manuel Garrido de Palma, Rafael Gomez-Ferrer Sapiña y Carlos Batiré Fuenzalida. Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, pp. 1039-1056.

Parte de un viejo texto redactado en 1967 para un grupo de notarios que concurrían junto al autor a las oposiciones restringidas. Después de dar algunas características estructurales y de fondo del Derecho sucesorio aragonés, tanto en el Apéndice como en la Compilación de 1967, aborda brevemente la figura del contrato sucesorio: su origen, ámbito y función económica, los principios básicos de su regulación, los elementos personales, el pacto de institución, el de revocación de instituciones y el de renuncia.

7.5. *Legítima*

García Moreno, José Miguel: «La preterición de herederos forzosos», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 601-693.

Este magistrado inicia su ponencia con unas referencias a la preterición en el Derecho histórico (de Roma a la codificación civil), algunas notas de Derecho comparado y una breve referencia a la preterición en los Derechos civiles forales. El resto de cuestiones (concepto de preterición, dualidad de clases, intencional y no intencional, la representación del 814-3 Cc., voluntad testamentaria y preterición, acciones de preterición) ya desarrolla sobre la base de la legislación y doctrina del Código civil.

Parra Lucán, M.ª Ángeles: «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 467-599.

Extenso y documentado trabajo en el que, una vez descrito el panorama general, se aportan datos de Derecho comparado, extranjero y español, se alude a las críticas al sistema de legítimas, en especial, al problema de la conservación y transmisión de un patrimonio familiar o empresarial, y se termina con unas reflexiones finales sobre los componentes culturales e ideológicos y el protocolo familiar.

7.6. *Sucesión legal*

Alastruey Gracia, Raquel: «La sucesión legal. El orden sucesorio», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), Manual de Formación continua núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 125-161.

La ponencia de esta Magistrado, tras el fundamento de la sucesion y algunas cuestiones terminológicas, aborda el orden sucesorio (clases, grados, órdenes y

líneas), expone la sucesión legal en los regímenes jurídicos españoles (Cc., Aragón, Navarra, País Vasco, Islas Baleares y Cataluña) y termina con unas reflexiones sobre el futuro de la sucesión legal o intestada.

SERVETO ANIÑÓN, Andrés: *Tratado de sucesiones ab intestato según las leyes de Aragón.* Estudio introductorio, traducción y notas de Calzada González, A. y Obarrio Moreno, J. A. Valencia, 2001.

8. DERECHO DE BIENES

8.1. *Derecho de bienes en general*

CASTELLANO PRATS, José Luis: «Políticas de vivienda, régimen jurídico y procedimientos de adjudicación», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 191-218.

El ponente, tras un preámbulo, expone los antecedentes de las políticas de vivienda protegida, estatal y autonómica, y hace referencias al régimen jurídico y limitaciones al poder de disposición de las viviendas protegidas; el apartado final lo dedica a la adjudicación de viviendas protegidas.

CURIEL LORENTE, Francisco: «Segundas y posteriores transmisiones en propiedad de vivienda protegida por causa distinta de compraventa», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 235-251.

El coponente examina los criterios seguidos por la Administración aragonesa durante los cinco años transcurridos desde la publicación de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, en materia de autorización de segundas y sucesivas transmisiones de propiedad de viviendas de promoción privada por causas distintas de la compraventa y hace una referencia específica a las adquisiciones derivadas de procedimientos de ejecución.

PARDO DEFEZ, Juan: «Régimen de autorización y visado, limitaciones al poder de disposición y derechos de adquisición preferente en la transmisión de las viviendas protegidas de Aragón tras la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, y la reforma de dicha Ley por la Ley 9/2004, de 20 de diciembre», en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 219-233.

Intervención eminentemente práctica de un Notario, intentando concretar y resumir el esquema básico del régimen vigente en los supuestos más comunes, es decir en las primeras, segundas y posteriores ventas de las viviendas protegidas en Aragón, ya lo sean de promoción pública o privada.

José Antonio SERRANO GARCÍA

JURISPRUDENCIA*

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD, DELGADO y SERRANO, se pretende publicar, íntegras, las resoluciones, sobre Derecho civil aragonés, del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencias y autos en recursos de casación; en cambio, respecto a las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y de los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, sobre Derecho civil aragonés, sólo se pretende publicar los fundamentos de Derecho.

Para lograr este objetivo contamos con la colaboración del Justicia de Aragón que nos facilita copia de las resoluciones que él recibe; como el objetivo de la Revista es publicar «todas» las resoluciones que, en mayor o menor medida, afecten al Derecho civil aragonés, la Redacción de la Revista ruega a los señores Magistrados, Jueces y Secretarios Judiciales de la Comunidad Autónoma de Aragón que faciliten puntualmente copia de estas resoluciones al Justicia de Aragón o, si lo prefieren, directamente a la Revista.

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2008-2010)

1

NÚM. 1

S. TS de 14 de noviembre de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: ***La recurrente funda su recurso de casación en infracción de los artículos 1.278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria. El motivo es inadmisible por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles resultan ser los infringidos. Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión y ahora se convierten en causas de desestimación.*** **75: LEGÍTIMA: TÍTULO DE ATRIBUCIÓN: Impugnación:** ***El recurrente pretende impugnar la asignación de legítima que su madre hizo en favor de su otra hija, hermana del recurrente, en escritura pública. La Sala afirma que el recurrente carece de legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento, pues no fue parte en la misma, sólo lo fueron su madre doña Marta y su hija Carina, ni ha demostrado aquél el más mínimo interés legítimo en que se declarase la nulidad.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria; arts. 1214, 1232, 1233, 1261, 1274, 1277, 1282, 1300 Cc; art. 131 Lh.; art. 10-1 LGDCU, arts. 1 y 9 de la Ley Azcárate; art. 24 CE.***

PONENTE: ***Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros.***

En la Villa de Madrid, a catorce de noviembre de dos mil ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca con fecha 17 de marzo de 1999, como consecuencia de los autos de juicio ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera instancia de Fraga, sobre diversos extremos, cuyos recursos fueron interpuestos respectivamente por doña Carina, defendida por el Letrado don Miguel Fausto López Martín y representada por el procurador de los Tribunales don Inocencio Fernández Martinez, y por don José Antonio, defendido por el letrado don Ricardo Ibáñez Castresana y representado por la procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz (ambos recurridos de contrario).

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por don José Antonio y doña Carina, contra doña Marta, y contra la Caja Rural Provincial de Huesca, y a la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, ahora llamada iberCaja, sobre acción de nulidad de escritura de asignación legitimaria, nulidad de escritura de préstamo por falta de título de dominio de bienes hipotecados y alternativamente, acción de rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante de la fiducia sucesoria y por las partes prestatarias. Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia por la que se declarase:

«1.º Que es nula e inexistente la escritura de fecha 18 de febrero de 1986, otorgada ante el notario don José Corbí Coloma, con número de protocolo 122, por doña Marta, a favor de doña Carina, de asignación legitimaria, o alternativamente declare su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante a lo que otorgaba.

2.º La nulidad de la escritura de préstamo por falta de título de dominio de los inmuebles hipotecados o alternativamente su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de lo que se otorgaba por parte de los prestatarios.

3.º Nulo el préstamo por incurrir en las causas previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre Contrato de préstamo y Usura, esto es, haberse producido simulación y encubrimiento de otro préstamo, o suponer el recobro de otra cantidad adeudada, no habiendo entrega real del dinero ni opción a poder dar otro destino que no fuera en favor de las propias entidades financieras prestatarias.

Ordenar en el Registro de la Propiedad de Fraga la cancelación de las inscripciones de las siguientes escrituras de asignación legitimaria otorgada por doña Marta en favor de doña Carina, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, con número de protocolo 122 y la de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por don José Antonio, doña Carina, doña Marta, La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y la Caja Rural Provincial de Huesca, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, y número de protocolo 123.

Condenar en costas a los demandados por ser preceptiva y su manifiesta mala fe. La codemandada doña Marta, compareció en el Juzgado, aviniéndose a la sentencia que en su día se dictase.»

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dictase sentencia por la que «se desestimase la demanda y se absolviese de la misma a sus representadas».

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por don José Antonio y doña Carina, contra doña Marta, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y Caja Rural Provincial de Huesca, debo absolver y absuelvo a los codemandados de lo contenido en el suplico de la demanda con imposición de costas a la parte actora.»

Segundo: Preparado e interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1.ª Instancia por la representación de Carina y don Luis Andrés (este último fallecido), adhiriéndose al mismo doña Marta y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Carina y don Luis

Andrés (este último fallecido), habiéndose personado en beneficio de su comunidad hereditaria su hijo José Antonio, y desestimando también la adhesión formulada por la apelada.

Tercero: Contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999, se han interpuesto dos recurso de casación:

a) La Procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz, en nombre y representación de don José Antonio, interpuso contra la citada sentencia de la Audiencia de Huesca recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 27) acusa infracción de los artículos 1.261 y 1.277 del Código civil (LEG 1889. 27), en relación con el préstamo con garantía hipotecaria y la asignación hereditaria a doña Carina. El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LECiv de 1881, acusa infracción a los artículos 1232 y 1233 del Código civil. En su defensa se alega la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881, alega infracción del antiguo 1.214 Código civil. El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881, acusa infracción de los artículos 1.261, 1.274 y 1.282 del Código civil. El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881, acusa infracción de su artículo 359 en relación con el artículo 24 CE. El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv, acusa infracción del artículo 10.1 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), de Condiciones Generales de la Contratación, por cuanto la escritura de constitución de hipoteca cuya nulidad se pide contiene cláusulas abusivas, mencionando las de vencimiento anticipado e intereses. También se citan como infringidos los artículos 1 y 9 de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, de represión de la usura. El motivo séptimo, al amparo del artículo 1.692-3.º, inciso segundo, el único precepto que se denuncia como infringido es el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836).

b) Asimismo la procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz, en nombre y representación ante este Tribunal de don José Antonio, interpuso recurso de casación contra la mencionada sentencia de la Audiencia de Huesca, con apoyo en los siguientes motivos:

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-3.º LECiv de 1881, acusa vulneración del derecho a un juez imparcial, consagrado en el artículo 24.2 CE. El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881, acusa infracción del artículo 1.278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral aragonés (RCL 1967, 704, 756) en materia sucesoria. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv, acusa infracción de los artículos 1.261-1 y 1.300 y «concordantes de ambos» del Código civil. El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv, acusa infracción de los artículos 1.261-2, 1.300 y concordantes del Código civil, respecto de la escritura de asignación legitimaria.

Cuarto: Admitido los recursos y evacuados los traslados conferidos para impugnación, las procuradoras doña María José Moreno Díaz y doña María José Moreno Díaz, en sus respectivas representaciones como recurridas de contrario, presentaron escrito con oposición al mismo.

Quinto: No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para Vista el día 3 de noviembre de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros.

Fundamentos de derecho

Preliminar: Los cónyuges don Luis Andrés y doña Carina demandaron por las

reglas del juicio de menor cuantía a doña Marta, a la Caja Rural Provincial de Huesca, y a la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, ahora llamada iberCaja. Se solicitaba por los actores que se dictase sentencia con estos pedimentos:

«1.º Que es nula e inexistente la escritura de fecha 18 de febrero de 1986, otorgada ante el notario don José Corbí Coloma, con número de protocolo 122, por doña Marta, a favor de doña Carina, de asignación legitimaria, o alternativamente declare su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante a lo que otorgaba.

2.º La nulidad de la escritura de préstamo por falta de título de dominio de los inmuebles hipotecados o alternativamente su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de lo que se otorgaba por parte de los prestatarios.

3.º Nulo el préstamo por incurrir en las causas previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre Contrato de préstamo y Usura, esto es, haberse producido simulación y encubrimiento de otro préstamo, o suponer el recobro de otra cantidad adeudada, no habiendo entrega real del dinero ni opción a poder dar otro destino que no fuera en favor de las propias entidades financieras prestatarias.

Ordenar en el Registro de la Propiedad de Fraga la cancelación de las inscripciones de las siguientes escrituras de asignación legitimaria otorgada por doña Marta en favor de doña Carina, ante el notario de don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, con número de protocolo 122 y la de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por don Luis Andrés, doña Carina, doña Marta, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y la Caja Rural Provincial de Huesca, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, y número de protocolo 123.»

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia en grado de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto sendos recursos de casación don José Antonio, sucesor del fallecido don Luis Andrés, y doña Carina.

a) Recurso de don José Antonio (como sucesor del actor por el fallecimiento don Luis Andrés).

Primero: El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881,1), acusa infracción de los artículos 1.261 y 1.277 del Código civil (LEG 1889, 27), en relación con el préstamo con garantía hipotecaria y la asignación hereditaria a doña Carina.

Por lo que se refiere a la escritura pública que contiene dicha asignación, alega: (i) que no se sabe si hizo su madre doña Marta una asignación hereditaria o legitimaria a su hija doña Carina; (ii) que doña Marta no tenía una fiducia sucesoria sobre los bienes de la herencia de su esposo don Pedro Francisco, y que lo concertado entre ellos fue un pacto al más viviente, por lo que aquélla podía disponer de los bienes pero con el consentimiento de los parientes designados en la Compilación aragonesa; (iii) que existía causa torpe por oscuridad y falta de consentimiento de la abuela y su madre; (iiii) que la escritura había sido alterada *a posteriori*.

En cuanto a la infracción del artículo 1.277, la funda en que las prestatarias no llegaron a recibir el dinero objeto del préstamo.

El motivo, cuya esencia se ha expuesto, se desestima por lo que a continuación se dice.

El recurrente carece de toda legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento de 18 de febrero de 1986, pues no fue parte en la misma sino doña Marta y su hija doña Carina, ni ha demostrado el más mínimo interés legítimo en que se declarase la nulidad.

En cuanto a la falta de causa del contrato de préstamo, el recurrente afirma lo contrario de lo que la sentencia recurrida

da como probado: que el dinero del préstamo hipotecario se ingresó en las cuentas especificadas en la escritura (f. de derecho cuarto). Se está, pues, ante una mera cuestión probatoria, sin que se haya articulado motivo casacional específico combatiendo la valoración de la instancia, con cita de los preceptos atinentes a esa labor probatoria que se hubiesen infringido. En su lugar, se citan dos preceptos sustantivos para pretender la revisión de toda la prueba, creyéndose gratuitamente que el recurso de casación es una instancia más del pleito, lo que esta Sala ha negado (sentencias de 9 de diciembre de 2001 y 20 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10932], entre otras muchas).

Por todo ello el motivo se desestima.

Segundo: El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción a los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil (LEG 1889, 27). En su defensa se alega la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios.

El motivo, de una acusada deficiencia procesal, se desestima porque en toda su fundamentación está ausente el más mínimo examen de la confesión judicial de doña Marta, para confrontarla con la valoración judicial que se hace de ellas y, en consecuencia, demostrar cómo los artículos 1.232 y 1.233 se han infringido. Únicamente se expone la opinión del recurrente.

Tercero: El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), alega infracción del antiguo 1214 Código civil (LEG 1889, 27). En su defensa expone la recurrente: «la sentencia atacada se basa en alegatos de parte e indicios, dando por buena la alegación de la parte demandada en cuanto a la validez de la escritura y la fiducia establecida, sin que dicha postura (menos razonable que la contraria, defendida en la demanda) encuentre apoyo fáctico terminante; ello nos lleva a valorar que ha habido vulneración de la distribución de la carga de la prueba: quien tiene el crédito reconocido en escritura, tiene que probar además su existencia y justificación y la causa del mismo, cuando se acredita que no hay justificación para dicho negocio, sino el lucro de la entidad financiera».

El motivo se desestima por su evidente error en relación con la carga probatoria. No es el prestamista el que tiene que probar, sino los prestatarios que reconocen deber la cantidad prestada. El acreedor que tiene reconocido un crédito a su favor por el deudor goza de la presunción favorable a su existencia (art. 1277 Código civil [LEG 1889, 27]). Corresponde al deudor la carga de probar su inexistencia, lo que aquí no han hecho los prestatarios.

Cuarto: El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1.261, 1.274 y 1.282 del Código civil (LEG 1889, 27). Como fundamento se recogen frases de sentencias de esta Sala alusivas a la interpretación de los contratos, para terminar diciendo que será esta Sala la que considere si la interpretación dada a las escrituras, cuya nulidad se pide, por la instancia es lógica y ajustada a Derecho.

El motivo se desestima. Además de citarse como infringidos artículos que nada tienen que ver con la interpretación de los contratos (arts. 1.261 y 1.274), se olvida de que esta Sala tiene declarado en innumerables sentencias que la efectuada en la instancia ha de quedar incólume en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, absurda, arbitraria o vulneradora de las normas legales. Ninguno de estos supuestos se ha probado que concurra, pues la referencia al artículo 1.281 es únicamente eso; una referencia sin valor alguno, al no ir acompañada de acusaciones especificas (cómo y por qué se ha infringido).

Quinto: El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción de su artículo 359 en relación con el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836). Dice el recurrente que la sentencia recurrida es incongruente porque resuelve en contra de la prueba obrante en autos y

en contra del principio «secumdum probata», continuando la fundamentación con su interpretación propia, contraria a la de la Audiencia.

El motivo se desestima porque es doctrina de esta Sala la de que las sentencias absolutorias no son incongruentes, salvo que se basen en excepciones no alegadas o que no son estimables de oficio (sentencias de 30 de junio de 1988 [RJ 1988, 5199] y 4 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1712] y las que en ellas se citan, entre otras muchas): En el motivo no se demuestra que concurran en la sentencia recurrida estas circunstancias para hacerla incongruente, sino que se expresa un criterio contrario al mantenido por el juzgador. Además, el motivo debió ampararse en el ordinal 3.º, inciso primero, del artículo 1.692 LECiv de 1881, y no en el cuarto.

Sexto: El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción del artículo 10.1 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), de Condiciones Generales de la Contratación, por cuanto la escritura de constitución de hipoteca cuya nulidad se pide contiene cláusulas abusivas, mencionando a las de vencimiento anticipado e intereses. También se cita como infringido el artículo 1 y 9 de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, de represión de la usura.

El motivo se desestima por las razones siguientes.

La Ley 7/1998 no se había promulgado al otorgarse la escritura pública de hipoteca, ni al presentarse la demanda origen de este pleito. Dicha Ley no contiene ninguna disposición que ordene su retroactividad, salvo la de la inscripción de los contratos que contengan condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cuestión ajena a la queja casacional.

La infracción de Ley 26/1984 no fue alegada en la demanda como causa de nulidad, ni aparece como tal siquiera en el acto de la vista del recurso de apelación, según el texto de la sentencia recurrida.

Es evidente, por otra parte, que la nulidad de la cláusula no puede pronunciarse sin oír los argumentos que pudiera esgrimir en su favor la contraparte. Dígase lo mismo de la posterior Ley 13/2005, de 1 de julio (RCL 2005, 1407), que modificó la Ley 26/1984.

Por tanto, denunciando la infracción de las leyes citadas, se trata de introducir una cuestión nueva en el recurso de casación, que esta Sala veda reiteradamente (sentencias de 4 de junio de 1994 [RJ 1994. 4583], 29 de enero de 2001 [RJ 2001, 513], 28 de enero [RJ 2002, 419] y 18 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2714] y 7 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7719], entre otras muchas).

Por último, en cuanto a la Ley Azcárate de represión de la usura, el recurrente no ha demostrado que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se encuentre en algunos de los supuestos previstos en su artículo 1.º. Sobre este particular, además, no consta que se alzare en el recurso de apelación, por lo que se aquietó, con la desestimación que contenía la sentencia de primera instancia de la petición de la demanda de que la escritura de préstamo incurría en usura prevista por la citada Ley Azcárate.

Séptimo: El motivo séptimo, al amparo del artículo 1.692-3.º inciso segundo, el único precepto que se denuncia como infringido es el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836). En su confusa fundamentación se queja de una falta de acumulación de todos los procedimientos civiles y de falta de traslado de los mismos, sin ninguna concreción; de que resulta complicado resolver sin que los procedimientos penales conexos hayan sido resueltos por resolución firme, con igual grado de inconcreción, y la intervención en estos autos del magistrado don Santiago Serena Puig, que fue recusado en su momento.

El motivo se desestima, pues denunciándose infracción de normas que rigen los actos y garantías procesales, no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1693

LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), particularmente la demostración de la indefensión sufrida, que no ha de ser simplemente formal sino material y sustantiva, de modo que la infracción denunciada tenga influencia decisiva en el fallo (sentencias de 7 de mayo [RJ 2007 3097] y 4 de diciembre de 2007 [RJ 2007 8660]). El artículo 24 CE en modo alguno supuso la derogación del artículo 1.693 LECiv de 1881. Por ello, no basta con citar el precepto constitucional, sino que necesariamente ha de ponerse en relación con las normas infringidas, precisas y determinadas, y esto no lo hace el recurrente.

Por último, en cuanto a la recusación del magistrado citado, ha de resaltarse que los incidentes de recusación, que llegaron a alcanzar a todos los magistrados de la Audiencia Provincial de Lérida, dieron lugar a los correspondientes incidentes de recusión, resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentido desestimatorio.

Octavo: La desestimación de los siete motivos del recurso lleva consigo la de éste con condena en costas al recurrente (art. 1.715-3.º LECiv de 1881 [LEG 1881.1]).

B) Recurso de doña Carina

Primero: El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-3.º LECiv de 1881 [LEG 1881, 1), acusa vulneración del derecho a un juez imparcial, consagrado en el artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836). Según la recurrente, la intervención del magistrado don Santiago Serena Puig en el procedimiento sumario ejecutivo del artículo 131 LH (RCL 1946, 886) (en su antigua redacción, cuando era titular del Juzgado de 1.ª Instancia de Huesca) y en la sentencia que se recurre, que resuelve recurso de apelación contra la de primera instancia, vulnera el derecho que tiene todo justiciable a un proceso con todas las garantías al venir contaminado por su intervención en la primera instancia.

La queja casacional es incomprensible, pues el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ya se pronunció en los incidentes de recusación promovidos por la recurrente contra don Santiago Serena Puig, desestimándolos.

Por todo ello el motivo se desestima.

Segundo: El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción del artículo 1.278 y concordantes del Código civil (LEG 1889, 27), en relación con la Compilación del Derecho foral aragonés (RCL 1967, 704, 756) en materia sucesoria.

El motivo es inadmisible por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles se reputan infringidos, que es carga que imponía el artículo 1.707 LECiv de 1881 al recurrente (sentencias de 11 de mayo de 2000 [RJ 2000. 3109] y 31 de julio de 2002 [RJ 2002, 8437], entre otras muchas.

El mismo vicio se observa al remitirse el motivo indiscriminadamente a las normas del Derecho sucesorio de la Compilación Foral de Aragón.

Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión, y ahora se convierten en causas de desestimación (sentencias de 29 de julio de 1994 [RJ 1994, 5529], 22 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6494] y 18 de junio de 2001, entre otras muchas.

Así las cosas, el motivo, desechado en lo que es inadmisible, sólo contiene una referencia especifica al artículo 1.278 Código civil (LEG 1889, 27), que no se prueba que se haya vulnerado. Es un precepto genérico, cuya invocación no puede convertir a este recurso extraordinario en una tercera instancia (sentencias de 14 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9451] y 23 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Por todo ello el motivo se desestima.

Tercero: El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1261.1 y 1.300 y «concordantes de ambos» del Código civil (LEG 1889, 27), respecto de las

escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria. Se fundamenta en que no obraron la recurrente y su madre, también demandada doña Marta, al otorgar las mismas libremente, sino como algo decidido por las entidades crediticias como condición previa para otorgar el préstamo que necesitaban.

El motivo alude inconcretamente a las escrituras de préstamo hipotecario, cuando sólo existe una, la de 18 de febrero de 1996. Antes de su otorgamiento se hizo el mismo día otra por la cual doña Marta asignaba a su hija doña Carina, y respecto a las fincas consorciales que se describían la cuarta parte indivisa en ejecución de los pactos concertados por doña Marta con don Pedro Francisco, en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 26 de octubre de 1946. A continuación se otorga la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en favor de las entidades crediticias que han sido demandadas por doña Carina, su esposo don Luis Andrés, y doña Marta. Entre las fincas gravadas se encuentran las adjudicadas, en la anterior escritura pública a la de garantía hipotecaria, a doña Carina por su madre doña Marta.

La tesis que se mantiene es la de nulidad de la escritura de asignación a doña Carina por su falta de consentimiento de doña Marta, ya que fue obligada a ello por las entidades prestatarias.

El motivo se desestima. En primer lugar, por volver a incidir en el vicio procesal de fundamentarlo en preceptos concordantes, lo que hemos expuesto que es contrario a la doctrina de esta Sala. En segundo lugar, porque la sentencia de primera instancia no admitió ningún desconocimiento o ignorancia por parte de doña Marta (fundamento de derecho tercero), y la sentencia recurrida hace suyos los razonamientos de aquella sentencia de modo expreso (fundamento de derecho tercero). En tercero y último lugar, porque la cuestión del consentimiento contractual y sus vicios queda sometida a la valoración de las pruebas, y en este recurso no se ha dirigido ningún motivo especifico para atacar la de la instancia, con cita de la norma atinente que se hubiese infringido. El recurso de casación no es la tercera instancia del pleito en la que esta Sala pueda revisar todo el material probatorio. Sólo mediante denuncia casacional puede juzgar si la norma invocada como infringida referente a cuestiones de prueba se hubiera infringido.

Cuarto: El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1261.2, 1.300 y concordantes del Código civil (LEG 1889, 27), respecto de la escritura de asignación legitimaria.

La recurrente mantiene que no pudo hacer ninguna asignación legitimaria en favor de la recurrente doña Carina sin haber liquidado antes la sociedad conyugal formada con su fallecido esposo don Pedro Francisco. No podía atribuirse libremente los bienes de doña Marta. Por ello, no hubo objeto cierto en la escritura de constitución de hipoteca.

El motivo se desestima, no sólo por volver a apoyarse en preceptos concordantes, sino porque esta erróneamente planteado, ya que la nulidad que se imputa a la escritura de asignación legitimaria hacía inexcusable un motivo casacional impugnando la interpretación que realizó la Audiencia de los preceptos de la antigua Compilación de Aragón de la fiducia sucesoria, lo cual hubiera exigido la cita de precepto legal o jurisprudencia que se consideraba infringida. Nada de esto se ha hecho; la recurrente sienta ante sí y por sí la nulidad de la ejecución de la fiducia por parte de la fiduciaria doña Marta sin ningún razonamiento contrario a la de la sentencia recurrida, y de ahí salta a la consecuencia que obtiene: la infracción de los preceptos genéricos del Código civil que cita, que por sí mismos hemos dicho con anterioridad que no pueden ser fundamento de ningún motivo casacional.

Quinto: La desestimación de los cuatro motivos del recurso de doña Carina conlleva la de éste, con imposición de costas a la recurrente (art. 1.715-3 LECiv [LEG 1881, 1]).

FALLAMOS

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por doña Carina y por don José Antonio, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999. Con condena en costas a los recurrentes. Sin hacer declaración sobre el depósito al no haberse constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertara en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Xavier O'Callaghan Muñoz.—Antonio Salas Carceller.—Antonio Gullón Ballesteros.—Rubricado.

PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros, 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.

2

NÚM. 2

A. TSJA de 19 de junio de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: ***A tenor de los dispuesto en el artículo 214 Lec., los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso se trata de un error material ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia en el sentido de hacerse constar al final de los Antecedentes de Hecho el nombre del ponente designado. En razón de lo anterior, la Sala Acuerda: aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008 (RDCA-XIV, 2008, marginal 19) con el solo sentido de incluir la final de los Antecedentes de Hecho, que ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 214 Lec.***

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.***

En Zaragoza a diecinueve de junio de dos mil ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único: En el recurso de casación núm. 3 de 2008, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Carmen Redondo Martínez, en nombre y representación de doña Teresita B. C. y don Juan F. R. B., contra don Domingo José L. C. y doña Ana Isabel R. B., representados por el procurador de los Tribunales don Luis Alberto Fernández Fortún, con fecha 10 de junio se dictó Sentencia en la que no aparece, por error, el nombre del Ponente de la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único: A tenor de lo previsto en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso, se trata de un error material, ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia, en sentido de hacer constar al final de los antecedentes de hecho, el nombre del ponente designado.

Visto el artículo citado y demás de general aplicación, la Sala acuerda aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008, con el solo sentido de incluir al final de los antecedentes de hecho, que ha sido ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3

NÚM. 3

S. TSJA de 30 de noviembre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Prescripción: ***El presente recurso tiene como objeto determinar si la acción para colocar reja y red derivada de la disposición contenida en el artículo 144-2 Comp. prescribe o no por el transcurso de treinta años. La Sala afirma que la prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación. Para que la misma tenga lugar se requiere i) que el titular del derecho no lo ejercite durante cierto tiempo y ii) que dicha inactividad del titular se mantenga frente a una perturbación o lesión de su interés. En lo que atañe a la colocación de reja y red no se dan tales supuestos, ya que la no colocación de tales protecciones no es en ningún caso un signo aparente de servidumbre, pase el tiempo que pase; por ello, al no haber lesión al interés del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que no se dan los requisitos de la prescripción: en consecuencia la acción es imprescriptible.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 144-2 Comp. aragonesa.; arts. 444 y 1942 Cc.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza a treinta de noviembre de dos mil nueve.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 10/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 9 de junio de 2009, recaída en el rollo de apelación núm. 224/2008, dimanante de autos de Juicio Verbal núm. 69/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros, en el que son partes, como recurrente, don Mariano L A, representado por el procurador de los Tribunales don Juan Carlos Jiménez Giménez y dirigido por el letrado don José Ramón Lecumberri Martínez, y como recurrido don Juan Carlos B A, representado por la procuradora de los Tribunales doña Carmen Marquesán Peralta y dirigido por el Letrado don Francisco Barberán Pelegrín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don José Ignacio Bericat Nogué, actuando en nombre y representación de don Juan Carlos B A, presentó demanda de juicio verbal con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado: «dicte sentencia por la que se condene a los demandados a: a) Desplazar el toldo en la distancia que resulte necesaria para que deje de invadir la finca del señor B. b) Dotar a las dos ventanas que dan a la terraza del señor B de la reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente a que se refiere el artículo 143.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. c) Cortar el ramaje de los árboles y plantas de su propiedad, de manera que no invada la del señor B, imponiendo a los demandados las costas del procedimiento».

Por auto de 9 de julio de 2008 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada, señalando día para la celebración de la vista que se

celebró con el resultado que obra en las actuaciones.

Segundo: El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 2 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva, subsanada por auto de fecha 31 de octubre, es del siguiente tenor literal: «FALLO: Se estima totalmente la demanda formulada por don Juan Carlos B A, contra don Mariano L A y doña Rosa María E A, y en consecuencia condeno a los demandados a desplazar el toldo de manera que el anclaje no sobrevuele la pared medianera y a dotar a las dos ventanas que dan a la terraza del actor de la reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante a que se refiere el artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, así como a cortar el ramaje de los árboles y plantas de la propiedad de los demandados de modo que no invadan la del señor B. Se condena a don Mariano L A y doña María E A al pago de las costas del juicio».

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, presentando escrito de oposición al recurso planteado de contrario. En fecha 17 de diciembre de 2008, se tuvo por formalizado el trámite de oposición por las partes, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, ante la que comparecieron en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Mariano L A contra don Juan Carlos B A y la sentencia dictada por la ilustrísima señora juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), a la que el presente rollo se contrae, debemos confirmarla y la confirmamos en su integridad, con imposición de costas al recurrente».

Cuarto: Por el procurador señor Jiménez Giménez, en representación de don Mariano L A, se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y una vez que se tuvo por preparado formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: Con amparo en el artículo 477.3 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que la sentencia recurrida se opone a la doctrina que, acerca de la prescripción extintiva de la acción instada de adverso para dotar a las ventanas de mi poderdante de la reja y red, o protección semejante o equivalente, previstas en el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, tiene sentada la Audiencia Provincial de Huesca.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 17 de septiembre de 2009 auto por el que se admitió el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para oposición si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2009.

Es ponente la ilustrísima señora magistrada doña Carmen Samanes Ara.

Fundamentos de derecho

Primero: En el único motivo de casación en el que se basa el presente recurso, se reputa infringido el artículo 144.2 de la Compilación. Concretamente, y existiendo jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Huesca, la parte expresa que *la cuestión que mediante el presente recurso se plantea ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es... determinar cuál de esas doctrinas es más correcta con el fin de unificar el criterio respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 144.2...*

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación se contrae pues, exclu-

sivamente, a la determinación de si como sostiene el recurrente (con apoyo en sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca) prescribe por el transcurso de treinta años la acción para exigir la colocación de reja y red derivada de la disposición contenida en el artículo 144.2 de la Compilación de Derecho civil de Aragón o, por el contrario, no se pierde por prescripción (conforme al criterio mantenido en la sentencia aquí impugnada y las en ella citadas).

Segundo: Se expresa en la sentencia recurrida, con cita de otras anteriores de la propia Audiencia, que con arreglo a la regla *in facultativis non datur praescriptio*, no cabe la prescripción extintiva de la acción para exigir las protecciones y que por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna.

Frente a ello, argumenta el recurrente que la teoría de los actos tolerados a que se alude ahí, deriva de lo dispuesto en los arts. 444 y 1942 del Código civil –preceptos que se enmarcan dentro de la prescripción adquisitiva o usucapión– que establecen que la posesión por mera tolerancia en modo alguno sirve a efectos de la prescripción adquisitiva. Y razona que en ningún caso pretende la adquisición de un derecho real, sino que lo alegado en el proceso es que la acción (derivada del art. 144.2 de la Compilación) *estaba perjudicada por prescripción extintiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1963 del Código civil: transcurso del plazo de treinta años previsto para el ejercicio de la acción legal para así interesarlo... el cumplimiento de las obligaciones no se puede exigir cuando la acción ha prescrito...*

Tercero: Precisaremos en primer lugar que, en rigor, no es adecuado referirse a la prescripción (o prescriptibilidad) de la *acción*. Ciertamente, en derecho positivo español y por virtud del íntimo enlace que secularmente se ha venido estableciendo entre derecho subjetivo y acción, los dos conceptos aparecen confundidos a este respecto (así sucede en los arts. 1930 y 1961 y ss. del Código civil). Se trata de uno de tantos residuos del pensamiento jurídico romano, donde en efecto, lo que se extinguía como consecuencia de la inactividad era la *actio*. Pero cuando la idea romana se traslada a un orden constitucional completamente diverso, como es el nuestro, hablar de prescripción de las acciones es erróneo. No es éste el lugar para exponer las muy distintas formulaciones del concepto de acción, pero sí puede recordarse, partiendo de la amplia y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE que la acción se configura como un instrumento de ejercicio de aquel derecho que, por lo mismo, se dirige frente al órgano jurisdiccional. Al ser el órgano jurisdiccional el destinatario de la acción, se está ante un derecho subjetivo público, perfectamente diferenciado del derecho subjetivo material cuyo cumplimiento o actuación se reclama frente al demandado.

La prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación, por la causa a la que enseguida nos referiremos. Es pues ese derecho subjetivo el que puede haberse perdido. La sentencia desestimará la demanda si aprecia (nunca pues, *a limine*, sino en la decisión de fondo) que la pretensión material en la que se fundaba se ha extinguido por prescripción.

Lo que prescribe, pues, no son las acciones en sentido estricto y procesal del término, sino las pretensiones materiales (acciones en el sentido del derecho civil) esto es, cada una de las concretas facultades de exigir a otro una conducta que tiene el titular del derecho subjetivo.

Cuarto: La prescripción extintiva se produce como consecuencia del no ejercicio del derecho por su titular, durante cierto tiempo. Suele decirse que la prescripción adquisitiva (para el nuevo titular) y extintiva (para el anterior) son como las dos caras de una misma moneda, de manera que lo que para el poseedor del derecho es la adquisición del mismo por usucapión,

para el titular de aquél es prescripción extintiva. El recurrente viene a negar esta correspondencia, cuando razona: «... en nuestro caso, no estamos alegando haber adquirido derecho real alguno que impida la acción del contrario (lo impide el art. 145 de la Compilación) sino que lo que estamos alegando es que la acción del contrario ha prescrito por mero transcurso del plazo legal previsto para instarla...». Lo cierto es –y a pesar de que el Código civil de conformidad con la tradición histórica que lo inspira, lo regula de forma unitaria, como dos aspectos del mismo fenómeno– que al respecto no hay un criterio unánime, ni doctrinal ni jurisprudencial (véase la STS 29 de abril de 1987). Y realmente esa interdependencia no es esencial al instituto: cabe que se produzca una simple pérdida de derecho sin correlativa adquisición del derecho real. En otros ordenamientos como el alemán, la adquisición por usucapión del dominio y los demás derechos reales es independiente de la prescripción extintiva.

Ahora bien, sucede que el presupuesto de la prescripción extintiva no es únicamente la inactividad, sino la inactividad del titular frente a la perturbación o lesión de su interés. No basta, como parece entender el recurrente, *el mero transcurso del tiempo*. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, la prescripción no juega contra quien no ejercita su derecho, sino contra quien no lo defiende cuando es atacado o puesto en peligro.

Quinto: A la luz de la norma del artículo 144 de la Compilación, y de sus antecedentes históricos (Observancia *De aqua pluviali arcenda*) ha venido repitiéndose por los tribunales la declaración de que la apertura de huecos para luces y vistas sin existencia de voladizo sobre fundo ajeno, constituye una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta. Lo cierto es, no obstante, que el goce de los huecos no depende de la mera condescendencia del vecino, quien si bien puede construir en su predio si le conviene, no puede de ningún otro modo oponerse a la apertura y mantenimiento de los huecos en cuestión. De manera que esa supuesta tolerancia no es tal, en cuanto que en realidad es legalmente debida. Ello responde a la idea del *ius usus innocui*. La Ley obliga al propietario de la finca vecina a tolerarlos porque considera que de ellos no dimana ningún daño para él.

El régimen de las relaciones de vecindad es netamente diferente del propio de las servidumbres, pues éstas constituyen una limitación anormal y extrínseca al derecho de propiedad, mientras que las limitaciones derivadas de las primeras forman parte del régimen normal de aquélla. En ese contexto de relaciones de vecindad, el propietario de la pared puede abrir en ella libremente huecos pero, como contrapartida, el propietario del fundo vecino, que debe soportarlas, puede obstruirlas con nuevas construcciones, y puede exigir la colocación de reja y red. Encontramos aquí la nota de reciprocidad, que es una de las características de las relaciones de vecindad (frente a lo que ocurre con las servidumbres, donde lo que hay es una relación jerarquizada entre uno y otro inmueble). Son limitaciones de las que derivan cargas y ventajas recíprocas. Sólo cuando esas restricciones rebasan los límites señalados por la Ley, pueden transformarse en servidumbres, aunque a veces no es fácil señalar el punto preciso en el que se sobrepasan los límites de esas relaciones. Y otra nota característica es (como reconoce el recurrente en casación, aunque al mismo tiempo sostiene que prescribe la acción derivada de la no observancia de las obligaciones dimanantes de los límites derivados de tales relaciones) la imprescriptibilidad, precisamente porque esas limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la vecindad son inherentes y consustanciales a tal derecho.

Sexto: El apartado primero del artículo 144 de la Compilación establece que «Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en medianera pue-

den abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas». Exige únicamente, en su apartado segundo, que «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».

El Derecho aragonés así, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se caracteriza en este punto por configurar las relaciones de vecindad en el marco de una amplia libertad y tolerancia. La exigencia de reja y red ni siquiera existía bajo la vigencia de las Observancias, habiendo sido introducida (tras prolongadas discusiones entre los miembros del Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés) en el Apéndice.

Y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145, «los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio…».

La contravención del régimen normal de luces y vistas produce, pues, consecuencias distintas en función de la exigencia legal transgredida, pues la adición a los huecos de balcones o voladizos constituye signo aparente de servidumbre, mientras que la omisión de protecciones no lo es. Quien no dota de reja y red al hueco abierto no pone por tanto en peligro la libertad del fundo vecino, en nada lo daña pues su falta no constituye signo aparente de servidumbre. En el propio escrito del recurso de casación alude la parte a la doctrina que señala que la no colocación de reja y red es, en realidad, un acto jurídicamente inocuo o intrascendente. Y así es, pues la omisión de las protecciones no constituye una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre. Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba.

Se deduce de todo lo expuesto que, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el propietario del fundo colindante a aquel en el que se abrieron los huecos, siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.

Procede, por cuanto ha quedado expuesto, la desestimación del recurso.

Séptimo: Las costas del presente recurso deberán ser abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 10/09 interpuesto por el procurador don Juan Carlos Jiménez Giménez en nombre y representación de don Mariano L A, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 9 de junio de 2009 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4

NÚM. 4

A. TSJA de 14 de mayo de 2010

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Recurso de casación: ***El juicio al que se remite el artículo 809.2 Lec. tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede con lo previsto en el artículo 794.4 de la Lec, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, como señala el artículo 809.2 citado, se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial en la formación del inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y valores que conforman las partidas de dicho inventario; así lo ha reiterado el TS; y entiende la mayor parte de la Sala de este TSJ que dicha doctrina es vinculante y aplicable en Aragón por no haber ninguna modificación al respecto en la Ley de casación aragonesa. En razón de ello, la Sala acuerda por mayoría no admitir el recurso de casación, anunciando el voto particular del Excmo. Sr. presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.*** **6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Recurso de casación: (voto particular):** ***Los ponentes con una excelente argumentación afirman que estos supuestos son susceptibles de recurso de casación y ello porque tales controversias, cuando versan sobre Derecho civil aragonés, como es el caso, presentan interés casacional, siendo competente para resolver de los mismos el TSJ de Aragón, sin que la jurisprudencia del TS vertida en dicha materia sea vinculante o aplicable en Aragón, al atribuir la CE y la LOPJ la competencia a los TSJ cuando: 1) aplican leyes emanadas de sus parlamentos autonómicos; 2) atribuyendo competencia para fijar la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Lec. respecto de la regulación que ésta hace del recurso de casación, pudiendo interpretar las normas del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción. En consecuencia, el TSJ tiene competencia en estas materias para fijar su propia jurisprudencia aun cuando ésta difiera de la fijada por el TS, ya que cada órgano actúa dentro de sus propias competencias.***

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 477-2, 483-4, 809 y 810 Lec.; artículo 1-6-1/4 Cc.: Ley 4/2005, de 14 de junio sobre casación aragonesa.

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.***

VOTO PARTICULAR: ***don F. Zubiri Salinas y don I. Martínez Lasierra.***

En Zaragoza a catorce de mayo de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora de los Tribunales doña María Luis Hueto Sáenz, actuando en nombre y representación de don Víctor Miguel G. V., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito de preparación de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, frente a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación civil núm. 111/2009, dimanante del procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial núm. 654-D/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de esta Ciudad, y por providencia de fecha 29 de diciembre pasado se tuvieron por preparados los expresados recursos, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, basando la Infracción Procesal en los siguientes motivos: «1.º Se interpone al amparo de lo dispuesto en los apartados 3.º y 4,º del artículo 469 de la Ley Procesal civil en cuanto se invoca "infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción hubiere podido producir indefensión" y "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales

reconocidos en el artículo 24 de la Constitución". 2.º Se interpone al amparo de lo dispuesto los apartados 3.º y 4.º del artículo 469 de la Ley Procesal civil en cuanto se invoca "infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción hubiere podido producir indefensión" y "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución", y 3.º Al amparo de lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el concepto "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia".»

Los motivos en que basa el recurso de casación son los siguientes: «1.º La disposición transitoria segunda de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, citada en la sentencia, dispone que "los hechos, actos o negocios relativos al otorgamiento o modificación de los capítulos, adquisición de bienes, contracción de obligaciones, gestión o disposición de bienes y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal, … sólo se regirán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor". 2.º Por infracción de los artículos 62 d) y 64 a 66 y 68 de la Ley 2/2003, así como el artículo 38.7º de la Compilación (con el mismo contenido que el 29 h) de la Ley 2/2003). 3.º Se invoca infracción de los artículos 217 y 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, causando indefensión a esta parte por la inclusión en la sentencia de una partida en el activo que no estaba contemplada en el inventario ni fijada por la parte contraria en su pretensión el Juzgado, y 4.º Por infracción de los artículos 217 y 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 40 de la Compilación y 35 de la Ley 2/2003, en idéntico sentido.»

Segundo: Comparecidas las partes ante esta Sala y recibidas las actuaciones, se registraron con el núm. 5/2010 y se nombró ponente, a quien se pasaron las actuaciones para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la posibilidad de inadmisión, dado que el Tribunal Supremo considera que deben ser inadmitidos los recursos en materia como la que es objeto del presente recurso, de práctica de inventario y liquidación de los bienes integrados en el régimen económico matrimonial por los cauces previstos en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina sostenida, por ejemplo en autos de 10 de febrero de 2004, 15 de julio de 2008, o 12 de mayo de 2009, se acordó por providencia de fecha 15 de abril de 2010 oír a las partes por diez días, habiendo presentado ambas escrito de alegaciones.

Habiendo sido designado ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas, como consecuencia de discrepancia en la votación asume la ponencia el Ilmo. señor magistrado don Luis Fernández Álvarez, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, formulando voto particular el Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

Fundamentos jurídicos

Primero: El presente recurso de casación tiene por objeto dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo y pasivo consorcial de diferentes bienes, así como la consideración como privativos de determinados incrementos patrimoniales, cuestiones que se suscitan en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sustanciado por los cauces de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como se señaló en la providencia de fecha 15 de abril pasado, el Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en

el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil.

Así, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 15 de abril pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica (fundamento de derecho 2):

«Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el artículo 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el artículo 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del artículo 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.

Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (…) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (…).

Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incursos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos).»

Segundo: La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la Jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe

considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón.

Tercero: En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conlleva la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal planteado (disposición final decimosexta, regla 5.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuarto: No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

La Sala acuerda por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la procuradora doña M.ª Luisa Hueto Sáenz, en nombre y representación de don Víctor Miguel G. V., frente a la sentencia de fecha 19 de diciembre del pasado año, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recaída en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial núm. 654-D/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de esta ciudad, y por tanto, no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Sección de la Audiencia Provincial.

Esta resolución es firme por imperativo legal y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores magistrados que componen la Sala, anunciando voto particular el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. señor magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

Voto particular

Que formulan los magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al auto de esta Sala, dictado el catorce de mayo del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 5/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

AUTO

En Zaragoza, a diecisiete de mayo de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de derecho, que deberían ser los siguientes:

Fundamentos de derecho

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación

foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 479 del mismo cuerpo legal considerando infringidos en la Sentencia los artículos 37 ss. de la Compilación Foral aragonesa, igualmente la disposición transitoria segunda de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, y los arts. 62 apartado d) y 64 a 66 y 68 de dicha ley, así como el artículo 38.7 de la Compilación, invocando también infracción procesal en relación con los artículos 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre valoración de la prueba, y artículo 217 del mismo que regula la carga de la prueba.

Segundo: En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo de los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando la resolución del recurso interés casacional, por lo que se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 37 de la Compilación y los artículos antes citados de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados autos del Tribunal Supremo.

La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisamente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría.

Tercero: El auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El artículo 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de ésta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obligadas a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada

la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicia;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que ésta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el artículo 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

Cuarto: El escrito inicial del procedimiento es de solicitud de liquidación del régimen económico matrimonial, previa formación del inventario de masas comunes y privativas para, posteriormente, llegar a la liquidación del patrimonio común con la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (art. 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que care-

ce de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que «la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes», de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario.

Quinto: Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de «sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque la LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial» (auto de 7 de noviembre de 2.006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: «contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación». Debe partirse, pues, de que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, señala el artículo 455 que «las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables». Luego el recurso de apelación permite en

los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que «la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas», y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y la sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 2000 que «el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación», recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, «por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, auto o sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala».

Pero ya en el auto de 5 de diciembre de 2.006, recurso 2578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio que el criterio «cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio», debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modi-

ficación de medidas definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el auto de 13 de enero de 2.009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación «circunscrito al ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC 2000, habida cuenta el carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional», lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto, no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810, resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declaración de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo «sobre todas las cuestiones suscitadas» no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

Sexto: La Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentivación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en

este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y división y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se interpone por interés casacional, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La admisibilidad del recurso de casación implicaría, a nuestro juicio, la necesidad de que la Sala se pronunciase sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo establecido en la disposición final decimosexta, regla 5.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en la interpretación discrepante que hemos argumentado, proponemos la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación por interés casacional y se admite a trámite.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a diecisiete de mayo de dos mil diez.

5

NÚM. 5

S. TSJA de 14 de mayo de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Consorcio conyugal: Activo (Lrem.): ***La DT 1.ª de la Lrem. tiene como finalidad aplicar el criterio del efecto inmediato para esta Ley, produciendo sus efectos ya sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la Ley a terceros que contrataron con los cónyuges.*** **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIEN-**

ES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: ***Ingresan en el patrimonio común los derechos de arrendamiento por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los artículos 47 y siguientes, y en cuanto a las situaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el artículo 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce sus efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de arrendamientos urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles (sic).*** **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: (voto particular):** ***Con una excelente argumentación, el Magistrado disidente afirma que tanto vigente la Compilación, como ahora de forma expresa y clara afirma la Lrem. en el artículo 28.2.i), los derechos arrendaticios concertados por uno solo de los cónyuges constante matrimonio tiene naturaleza consorcial, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador contratante de manera que no es necesario, muerto el cónyuge firmante, que el viudo se subrogue en el contrato, por ser ya el derecho de naturaleza común, al igual que lo es el inmueble que uno sólo de los cónyuges adquiere constante matrimonio permitiendo al no contratante exigir el cumplimiento y entrega del inmueble y al vendedor exigir del consorcio el pago del precio.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 28.2.i), 44, 47 Lrem.; arts. 1257, 1258 Cc.***

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas***

VOTO PARTICULAR: ***Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza a catorce de mayo de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 4/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 1 de diciembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 523/2009, dimanante de autos de procedimiento ordinario número 309/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don M R C, representado por la procuradora de los Tribunales doña L R A y asistido por la letrada doña Azucena Lusilla Rausa y como recurrida P I., representada por el procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigida por el letrado don Julio Antonio Arribas Vidal.

Es ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages, actuando en nombre y representación de P I, presentó demanda de juicio ordinario ejercitando acción de desahucio por subrogación inconsentida, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «1. Declare haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda sita en calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, condenando al demandado, don M R C, a que desaloje la misma bajo apercibimiento de ser lanzado.

2. Condene al demandado al pago de las costas del presente juicio».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la celebración de vista pública y practicadas las pruebas admitidas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por

P I, debo absolver y absuelvo a don M R C de las pretensiones deducidas de contrario sin hacer expresa imposición de las costas del juicio».

Tercero: Interpuesto por la parte actora en tiempo y forma recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, ésta dictó sentencia de fecha 1 de diciembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "P I", debemos revocar la sentencia apelada. Y estimando la demanda declarar resuelto el contrato arrendaticio existente sobre la vivienda de la calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, entre los actores y doña I R M, condenando al demandado don M R C a que desaloje la misma, bajo apercibimiento de lanzamiento. Condenando al demandado al pago de las costas de la primera instancia. Sin condena en cuanto a las de esta alzada».

Cuarto: La procuradora de los Tribunales señora Del Río Artal, actuando en nombre y representación de don M R C, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia y una vez que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: «Único: Por infracción del artículo 28.2.i, de la Ley aragonesa 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes "los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio", aplicándolo erróneamente».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 11 de febrero de 2010 auto por el que se admitía a trámite el recurso de casación, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, tras lo cual se señaló el día 22 de abril para votación y fallo.

Es ponente el presidente de la Sala don Fernando Zubiri de Salinas, al haber discrepado el magistrado inicialmente designado como tal del parecer de la mayoría, por lo que el presidente –siguiente en el orden de atribución de ponencias– asume la ponencia y el magistrado don Ignacio Martínez Lasierra emitirá voto particular.

Fundamentos de derecho

Primero: Los hechos, tal como resultan acreditados en las instancias, según se desprende de las sentencias de primera instancia y de apelación, son los siguientes:

1. La vivienda sita en Zaragoza, calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, fue arrendada por quien era su propietaria entonces, doña D C E, de 74 años de edad, viuda, como arrendadora, a doña I R M, de estado casada, profesión sus labores, como arrendataria, mediante contrato de fecha 1 de junio de 1972. Consta lo anterior en el contrato aportado con la demanda por la entidad actora con el número 2 de los documentos.

2. La entidad actora P I adquirió, mediante escritura de compraventa otorgada el 29 de marzo de 2.007 ante el Notario de Zaragoza don Honorio Romero Herrero, núm. 1.636 de su protocolo, la casa en la calle Alejandro Oliván, núm. 6, del Barrio Oliver de la ciudad de Zaragoza, compuesta de dos plantas, destinada a sendas viviendas o pisos, a doña A G C que, según el título, lo había adquirido a su vez a doña P A C y otra por compra en escritura ante el notario de Zaragoza, don Rafael de Aldama Levenfeld el 25 de abril de 1986, núm. 643 de su protocolo. Como situación arrendaticia se hace constar que el piso bajo se encuentra arrendado a doña I R M en virtud de contrato de fecha 1 de junio de 1972 y el piso primero se encuentra arrendado a don D V M, en virtud de contrato de fecha 24 de noviembre de

1970. Fue aportada la escritura como documento núm. 1 con la demanda.

3. Mediante carta de fecha 29 de marzo de 2.007 dirigida por la entidad actora, P I, doña I R M, aquélla comunicaba a ésta que había adquirido en la misma fecha a doña C G C la totalidad del inmueble sito en calle Alejandro Oliván, núm. 6, del que es arrendataria del piso bajo, indicándole la nueva domiciliación bancaria para el abono de las sucesivas rentas. Fue aportada la carta por la actora como documento núm. 3 de la demanda.

4. Doña I R M falleció el 13 de julio de 2007. Estaba casado con don M R C.

5. Desde esa fecha el demandado, don M R C, viudo de la arrendataria, viene ocupando la vivienda de autos, sin que se haya acreditado que hubiese comunicado a la actora su voluntad de subrogarse en la relación arrendaticia.

Segundo: La sentencia de la Audiencia Provincial determina, en primer lugar, que es de aplicación a la situación planteada la disposición transitoria 2.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 que, en lo referente a la subrogación, también para los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1.985, exige el cumplimiento de las formalidades del artículo 16 de la Ley, cuyo apartado 3 prevé la extinción si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario no recibe el arrendador notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

La sentencia no da por probados los intentos del demandado de acreditar que comunicó el fallecimiento verbalmente en las oficinas del arrendador, ni atribuye especial eficacia a tales efectos al hecho de que las rentas anteriores al fallecimiento de la esposa pudieran haber sido abonadas por él. Añade, respecto a la notificación fehaciente, que la Ley busca un endurecimiento de las condiciones subrogatorias frente al artículo 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en sintonía con el principio liberalizador que anima la nueva ley locativa.

Tercero: Planteada por el demandado la relación de la legislación especial de arrendamientos urbanos con el artículo 28.2.i) de la Ley aragonesa de Régimen económico matrimonial y de la Viudedad, conforme al cual ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en sus distintos apartados, concretamente en éste «los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio», estimó la sentencia de primera instancia que el argumento es correcto en aplicación del principio tradicional de protección de la vivienda familiar por lo que, si todos los derechos pertenecientes al arrendatario son del consorcio e ingresan en el patrimonio común, no será necesario verificar ningún tipo de subrogación por cuanto la celebración del contrato, vigente el régimen consorcial aragonés, con independencia de quien figure contractualmente como titular, atribuye los derechos del arrendatario a aquél y no sólo al cónyuge que firma el contrato de arriendo. Ello no excluye, dice el juez de Primera Instancia, que será necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 16 LAU en los casos de arrendamientos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y aquéllos otros en que el régimen pueda no ser el consorcial.

Por todo ello estima de aplicación al caso el contenido del artículo 28.2.i), que reputa como consorciales los derechos que la ley reconoce al arrendatario cuando el contrato se celebre vigente el consorcio, teniendo en cuenta la disposición transitoria de la Ley de Régimen Económico, conforme a la cual son de aplicación las normas de esta ley de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio, y en consecuencia desestima la demanda.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en este

punto, y en cuanto a la condición del demandado como coarrendatario o titular del derecho arrendaticio por razón de su régimen matrimonial, expone que la cuestión ha sido ampliamente debatida en la jurisprudencia. Distingue la posibilidad de entender que el contratante como arrendatario lo haga también en nombre del cónyuge, explícita o implícitamente, de que por disfrutar de un régimen económico matrimonial ganancial o consorcial le atribuya la condición de coarrendatario enervando la obligación de someterse al procedimiento subrogatorio.

Sobre el primer aspecto, la posible actuación de un cónyuge en nombre del otro, señala la sentencia que en el contrato de autos, de 1 de junio de 1972, sólo se recoge la condición de casada de la arrendataria sin mención a que actuara en nombre del esposo lo que, dice, en aquella época hubiera sido jurídicamente en sentido contrario (art. 59 Código civil en su redacción previa a la CE de 1978 y legislación posterior, Ley 30/1981, de 7 de julio) y que tampoco se han expuesto las razones de la firma de la esposa que hicieran extensiva la condición de arrendatario del esposo, por lo que no encuentra base jurídica ni fáctica para calificar por esta vía al demandado como «coarrendatario».

Expone la sentencia de apelación que, en cuanto a la segunda alternativa –el régimen económico matrimonial consorcial atribuiría al cónyuge la condición de coarrendatario–, que es aceptada por la sentencia de instancia con base en la interpretación de la legislación aragonesa, está en contra de la corriente jurisprudencial mayoritaria. La resume diciendo que «para que el cónyuge no contratante, en un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes y ganancias, sea considerado arrendatario ha de atenerse a los mecanismos que para ello arbitra la ley especial arrendaticia, pues no lo es por el hecho de disfrutar de ese régimen de comunidad». Cita sentencias de varias Audiencias Provinciales y, en especial, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.009, que trata de unificar la doctrina sobre el asunto.

Cuarto: El recurso de casación se funda, como motivo único, en la infracción del artículo 28.2.i) de la Ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes «Los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio», entendiendo el recurrente que la sentencia recurrida aplica erróneamente el citado precepto, al no admitir la condición de arrendatario del inmueble del señor. Afirma que esa Ley es aplicable al caso por mor de su disposición transitoria primera.

Expresa dicha disposición transitoria que «las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo vidual, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes». El legislador ha querido, de este modo, aplicar el criterio del efecto inmediato de la Ley de 2003, produciendo sus efectos sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo evita que matrimonios celebrados con anterioridad y que continúan su vida común durante el tiempo posterior pudieran mantener para el futuro un régimen jurídico ya derogado, y que su regulación pudiera ser claramente contraria al Derecho ahora vigente, produciendo así un islote jurídico de larga pervivencia.

Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la ley a terceros que contrataron con uno de los cónyuges en 1972, o a aquellos que sucesivamente se subrogaron en la condición de arrendadores.

En primer lugar, la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en su redacción entonces vigente de 1967, no atribuía expresamente la condición de bienes comunes a los derechos del arrendatario, por contratos celebrados durante el consorcio. Cierto es que la doctrina jurídica venía considerando ese efecto, mas no era expresa disposición legal, ni la considera-

ción doctrinal gozaba de la necesaria seguridad jurídica. Como se afirma en el Preámbulo de la Ley de 2003, «en el capítulo dedicado a determinar qué bienes sean comunes y cuáles privativos, se mantienen, salvo lo dicho sobre los muebles, los criterios ya bien asentados en la Compilación, subrayando la libertad de los cónyuges de atribuir en todo momento carácter consorcial o privativo a los bienes que deseen y añadiendo reglas para casos muy variados que hasta ahora tenían solución poco segura. Se atiende así a las adquisiciones a título oneroso con precio aplazado, a las indemnizaciones por despido, a las cantidades devengadas por pensiones, a las participaciones en fondos de inversión y productos financieros similares, a los derechos del arrendatario o a la adquisición de acciones o participaciones de sociedades, determinando su carácter consorcial en las condiciones en cada caso consideradas, en atención a la fuerte caracterización comunitaria que tiene el consorcio aragonés». Lo que cobra efecto para la resolución del recurso, por las razones que seguidamente se expondrán.

Respecto a las obligaciones contraídas por el arrendador, es de aplicación el artículo 1257 del Código Civil, conforme al cual los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos. Así, no constando en el contrato que la arrendataria interviniese en representación de su cónyuge, o para la sociedad conyugal –de haberlo hecho, esta actuación hubiera sido en su momento anulable, pero no nula de pleno derecho–, no podemos concluir que la parte contratante como arrendadora se viese compelida a aceptar que los derechos arrendaticios correspondientes a la arrendataria eran de titularidad de ella y otra persona que no contrataba, y a la que ni siquiera se nombraba en el contrato, pues ello no derivaba del contrato, de la buena fe, del uso o de la ley –art. 1258 del Código Civil–.

Ello bastaría para desestimar el recurso; pero conviene ampliar la argumentación, acerca del alcance del precepto que se dice infringido. Conforme al mismo, y teniendo en cuenta su aplicación en el tiempo a derechos adquiridos después de la entrada en vigor de la Ley, ingresan en el patrimonio común los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los artículos 47 y siguientes, y en cuanto a las relaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el artículo 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges.

Por tanto, y como bien dice la sentencia recurrida, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles.

Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso de casación.

Quinto: Habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio, y siendo el tema jurídico controvertido objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación núm. 4/2010, interpuesto por la representación procesal de don M R C, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 1 de diciembre de 2009, cuya firmeza declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra a la sentencia de esta Sala dictada el catorce de mayo del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 4/2010, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulo voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA

En Zaragoza, a catorce de mayo de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho así como los tres primeros fundamentos de derecho, que deberían continuar con los siguientes:

Cuarto: El recurso de casación interpuesto por el cónyuge viudo demandado se funda, como motivo único, en la infracción, por aplicación errónea, del artículo 28.2.i de la ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes «los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio».

En el desarrollo del recurso se examina la fundamentación de la sentencia recurrida siguiendo sus dos líneas argumentales, la primera relativa a la actuación de la esposa al suscribir el contrato de arrendamiento en el año 1972, y la segunda respecto a los efectos de tal actuación en relación con el régimen económico matrimonial.

Se trata, en realidad, de dos aspectos de la misma cuestión que deben ser tratados, en mi opinión, desde la perspectiva de la comunidad de vida entre el marido y la mujer que constituye el matrimonio (art. 1 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, en adelante Lrem.), en una expresión de la norma actual que era plenamente vigente en el año 1972. En esta comunidad de vida, conforme a la concreta regulación actual, ambos determinan de común acuerdo el domicilio familiar (art. 2) y ambos ejercen la dirección de la vida familiar por corresponder a ambos el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar (art. 4) y, siendo consciente de que ésta es la regulación actual, por lo que habrá de estudiarse su aplicación al caso presente, propongo este enfoque porque las decisiones sobre la vivienda familiar no pueden ser tratadas como una mera cuestión de la titularidad del contrato (en los casos de arrendamiento) ni exclusivamente desde su perspectiva y efectos patrimoniales, aunque sea en este ámbito donde su regulación jurídica se refleja de forma más visible. Por cierto, una de las primeras consecuencias de la actuación de cada cónyuge, ya desde la óptica estrictamente patrimonial, la señala hoy el artículo 7 de la Lrem., al establecer la responsabilidad solidaria, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares, una de las cuales es, evidentemente, la vivienda familiar. Y éste es un argumento, entre los que se irán exponiendo, que abona la tesis de que el arrendamiento de un piso que constituye la vivienda familiar concertado por uno solo de los cónyuges no puede señalar sólo a él como único titular de los derechos arrendaticios si, entre otras razones, en beneficio del arrendador, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por uno de ellos, además de resultar obligado el

patrimonio consorcial. Examinaremos en qué medida este enfoque y los efectos que del mismo propongo, tanto en aplicación de las normas vigentes en el momento de la celebración del contrato y sus posteriores modificaciones, como desde los principios de la vigente Ley 2/2003, es aplicable al caso enjuiciado.

La esposa fallecida suscribió el contrato de arrendamiento de la vivienda expresando en el mismo su condición de casada y en el apartado de profesión la de «sus labores», lo que no resulta insustancial pues fácilmente se deduce que no haría frente a las obligaciones del contrato, singularmente el pago de las rentas, con sus ingresos propios sino que contaría, principalmente, con los del esposo que, sin embargo, no firmó. Al menos la parte arrendadora contaría seguramente con ello.

En el año 1972 en el que se concertó el contrato de arrendamiento que nos ocupa, la entonces vigente Compilación de Derecho civil especial de Aragón de 1967 disponía en su artículo 48.1 que «el marido es el administrador de la comunidad» y en el número 2 que «la mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar».

En el Código civil entonces vigente disponía el artículo 59 que «el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal»; en el artículo 1.412 que «el marido es el administrador de la sociedad de gananciales»; en el artículo 60 que «el marido es el representante de su mujer»; en el artículo 61 que «tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley»; en el artículo 62 que «son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas».

Por lo que se refiere a la responsabilidad por los actos realizados por los cónyuges, el artículo 42.1 de la Compilación establecía que «el marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes»; en el apartado 2 del mismo artículo que «igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por la gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión, o legalmente administre»; en el artículo 43.1 que «los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1.º del artículo 41 (las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluyendo en la crianza y educación de los hijos la de los legítimos de uno solo de aquellos), si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad»; y en el apartado 2 del mismo artículo que «en igual supuesto, responde cada cónyuge por las restantes deudas comunes que contrajo; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común».

En el Código civil, según el artículo 1.408 «serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que legalmente pueda obligar a la sociedad».

Finalmente, por lo que respecta a los bienes comunes y privativos, en la Compilación de 1.967 constituían el patrimonio común «los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso, constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común» (art. 37.1) y «en general, los bienes muebles, salvo lo previsto en los artículos siguientes» (art. 37.4), y debe destacarse que entre los bienes privativos el artículo 38.6 señalaba «los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por ejercicio del dere-

cho de retracto, excepto el arrendaticio de viviendas». El artículo 40 establecía la presunción de comunidad para todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pudiera justificarse, así como que «la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, constante matrimonio, se considerará hecha a costa del caudal común».

En el Código civil eran bienes propios de cada uno de los cónyuges «los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges» (art. 1.396-3.º); eran bienes gananciales «los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos» (art. 1.401-1.º), y, conforme al artículo 1.407, «se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

La simple lectura de los preceptos de ambos cuerpos civiles ya permite una primera constatación de que las regulaciones no eran iguales en lo relativo a las posibilidades de actuación de cada cónyuge, ni a las consecuencias de sus respectivos actos y a los efectos sobre los patrimonios.

La exposición de motivos de la Compilación de 1967 señalaba que «atendiendo a la frecuencia actual del ejercicio de actividades económicas y profesionales por mujer casada se prevé la responsabilidad de los bienes comunes por gestión de la esposa cuando ejerza industria, comercio o profesión, o cuando legalmente administre». Y resaltaba también que «en el Derecho aragonés histórico, el fallecimiento de un cónyuge no determina necesariamente la disolución inmediata de la sociedad conyugal, y muy frecuentemente ésta se continuaba entre el viudo y los herederos. La institución de la comunidad conyugal continuada se hallaba, sin embargo, deficientemente regulada». Señala también que «la viudedad, salvo pacto o disposición mancomunada en contrario, será universal, a diferencia del estado de Derecho vigente, en que la viudedad legal está restringida a solo los inmuebles. Esta nueva regulación expansiva obedece… en segundo lugar, porque la experiencia enseña que, en la inmensa mayoría de los matrimonios aragoneses, por voluntad de los cónyuges, el usufructo de viudedad recae sobre todos los bienes, de cualquier clase que sean; y aún existe la creencia, muy generalizada, de que así lo ordena la Ley».

Queda subrayado, por lo tanto, que las instituciones familiares aragonesas, particularmente la comunidad conyugal continuada y la viudedad universal, prolongaban la comunidad legal y la dotaban de reglas sobre su gestión, e incluso disposición, más allá del fallecimiento del primero de los cónyuges, y dotaban al viudo de una protección especial.

Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento suscrito por la esposa en 1972, no cabe duda de que el marido era el administrador de la comunidad (art. 48.1) y que, en principio, él obligaba por sus actos a los bienes comunes frente a terceros (art. 42.1), pero la mujer participaba en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar (art. 48.2) y obligaba a los bienes comunes cuando legalmente administrara. Resulta perfectamente defendible que el arrendamiento de la vivienda familiar, en este caso con el evidente consentimiento del esposo, se encontraba dentro de sus facultades para el buen gobierno del hogar pero, aunque se entendiera que iba más allá de tales facultades, se hubiera tratado de un contrato anulable para lo que solo hubiera podido accionar la arrendadora (difícilmente el esposo si había consentido, lo que parece evidente), pero ninguno de ellos lo hizo y el contrato resultó plenamente eficaz durante todo este tiempo de modo que la esposa había contratado eficazmente el arrendamiento de la vivienda familiar y, con toda seguridad, había obligado el patrimonio común al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Y el contenido del contrato arrendaticio suscrito por uno sólo de los cónyuges (ya irrelevante ahora si el esposo o la espo-

sa) y sufragado a costa del caudal común, con sus derechos y obligaciones había quedado integrado en el patrimonio común, aunque específicamente no estuviera así expresamente contemplado, como lo hace el actual artículo 28.1.i Lrem. Ya se ha indicado el especial cuidado de la Compilación, en evidente contraste con el artículo 1.396-3.º del Código civil, en hacer comunes los bienes adquiridos por ejercicio del derecho de retracto arrendaticio de viviendas, a diferencia de los derechos de retracto de cada cónyuge sobre los demás bienes. Así, era bien común la vivienda adquirida en virtud de derecho de retracto, legalmente calificado como común pero que tendencialmente pertenecería privativamente a uno solo de los cónyuges, como lo era en el Código civil, porque eran comunes los derechos arrendaticios de un contrato de vivienda suscrito por uno sólo de ellos durante el matrimonio con el consentimiento del otro para constituir la vivienda familiar.

La modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón operada por Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, para la adecuación del Derecho civil aragonés a la Constitución española, estableció que «la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro», estando legitimado cada cónyuge frente a terceros para «realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial», a diferencia del artículo 1.375 del Código civil, tras la reforma de 1981, que atribuyó la gestión y disposición de los bienes gananciales a los cónyuges conjuntamente. Y es importante resaltar que, conforme a la disposición transitoria segunda de la ley modificadora de la Compilación en 1985, «serán aplicables los preceptos de la presente Ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos, y sobre disolución de la comunidad legal, cualquiera que fuese la fecha de celebración del matrimonio». Era ésta una consecuencia obligada de la aplicación de los preceptos constitucionales para evitar la discriminación por razón de sexo (art. 14) y asegurar la plena igualdad de hombre y mujer en el matrimonio (art. 32), también en el contraído con anterioridad.

Así pues, el contrato de arrendamiento celebrado en 1972 por uno sólo de los cónyuges (en este caso la esposa) con consentimiento del otro había sido otorgado dentro de sus facultades de gestión, obligando a los bienes comunes frente a terceros de buena fe (art. 42, modificado en 1985), y los derechos derivados del mismo quedaron integrados en el consorcio conyugal. Esta situación es sustancialmente la misma que resulta de la actual regulación tras la Lrem. 2/2003, aparte de la especial protección de la vivienda familiar que la reforma de la Compilación no abordó, salvo en el artículo 51 para exigir el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, porque se trataba solamente de su adaptación a la Constitución, y la protección de la vivienda familiar se abordaba fundamentalmente en los supuestos de conflicto conyugal en los artículos 90 y siguientes del Código civil de aplicación general para toda España.

Por ello, la apelación al artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, como hemos visto, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial. Así se viene a decir en el apartado VI del Preámbulo de la Ley 2/2003, como recoge la sentencia de la que discrepo, aunque hace la matización de que siendo doctrina admitida no era segura. En mi opinión, según los anteriores argumentos, era suficientemente segura.

Quinto: Conforme a lo expuesto hasta ahora, carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle él como coarrendatario. Los espo-

sos no necesitaban manifestar que la contratación se hacía en nombre propio y en el del otro pues, según hemos visto, ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y, dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos.

La invocación del artículo 1.257 del Código civil, el mismo que fundamenta la sentencia del Tribunal Supremos de 3 de abril de 2009, como argumento de protección del arrendador que contrata con persona casada, no justifica, en mi opinión, la conclusión de que el esposo no firmante del contrato de arrendamiento no puede ser considerado cotitular del mismo y, por ello, no necesitado del mecanismo de la subrogación en el contrato arrendaticio. El artículo 1.257 Cc. se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos pero de ello no se deriva que no puedan producir efectos en otras personas distintas de quienes los suscriben. En la compraventa de un bien por uno sólo de los cónyuges actuando como casado, y constando así expresamente, los derechos y obligaciones derivados del contrato se extienden a ambos cónyuges y no podrá el vendedor oponer su condición de tercero frente al cónyuge no firmante si éste le exige su cumplimiento, del mismo modo que, como contraprestación, podrá hacer valer sus derechos frente al no firmante, particularmente para hacer efectivo el precio frente a los bienes comunes e incluso en algunos casos frente a los propios de quien no firmó. No se entiende que el contrato de arrendamiento no haya de seguir los mismos principios. El arrendador, de la misma forma que el comprador, no es un tercero frente al cónyuge no firmante si al tiempo de contratar conoció la circunstancia de casado del arrendatario (en esta ocasión de profesión sus labores) y obligó al patrimonio común para el cobro de las rentas. Ése es el sentido del artículo 1.258 Cc. al exigir la adecuación del cumplimiento de los contratos a las exigencias de la buena fe, el uso y la ley. Entiendo más contrario a la buena fe que, tras una vigencia del contrato de treinta y cinco años, en los que el arrendador disfrutó de una amplia garantía para el cobro de las rentas, argumente su condición de tercero frente al cónyuge no firmante para extinguir el contrato por no cumplir el requisito formal de la comunicación del fallecimiento en un plazo de tres meses desde el mismo. Y no se trata de una razón de justicia material sino que, con toda seguridad, el viudo no pudo suponer, después de ese tiempo de ocupación de la vivienda, con bastante probabilidad pagando las rentas con su sueldo y, en definitiva, en su creencia de su condición de arrendatario, que a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos era un tercero. Los efectos de la buena fe exigible al arrendador, conocedor de la situación, deberían llevar a otra conclusión.

Por otra parte, resultan llamativas las inexorables consecuencias previstas en el artículo 16 LAU en el caso de no comunicar el cónyuge la voluntad de subrogarse que, según parece desprenderse de la sentencia recurrida, podrían haber resultado flexibilizadas de haberse acreditado el conocimiento del fallecimiento por parte del arrendador a través de las conversaciones que, según el viudo, mantuvieron las partes, sin permitir siquiera, como en otros supuestos, que, a falta de comunicación, el arrendador requiriera al viudo para conocer su intención respecto al contrato. El Tribunal Supremo en sentencia de 13 de enero de 2010, recurso 2697/2004, ciertamente para un supuesto distinto, de subrogación por jubilación del arrendatario de un local de negocio, entiende que la falta de notificación no comporta la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria, y dulcifica los efectos de tal falta. No parece que resulte menos digno de protección el viudo cuyo cónyuge suscribió, constante matrimonio, el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar.

Sexto: Finalmente, se constata, de forma evidente en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.009, dictada con la expresa intención de servir de criterio unificador en una materia que ha sido

tan polémica y motivo de jurisprudencia contradictoria, que prima la literalidad de la legislación arrendaticia especial, en concreto el artículo 16 de la Ley 29/1994, que específicamente prevé el supuesto de la muerte del arrendatario (parece que en el caso de ser único arrendatario, no varios, y al margen de otras circunstancias, como el matrimonio), dado que en tal situación recoge la posibilidad de subrogación del cónyuge, en primer lugar. La citada sentencia contrapone así frontalmente esta legislación con la contemplación del régimen económico del matrimonio, en situación de normalidad, como elemento que permite señalar la existencia de más de un titular en el contrato de arrendamiento que sólo ha sido firmado por uno sólo de los cónyuges, al decir que el contenido de este contrato no tiene relación con el régimen de bienes pues las posiciones contractuales de los cónyuges no forman parte de la sociedad de gananciales porque, además –dice–, se trata de derechos personales. No era así en la mente del legislador aragonés de 1.967 para el régimen matrimonial legal de la Compilación, al separar en el artículo 38.6.º del régimen de los bienes privativos el derecho arrendaticio de retracto sobre una vivienda privativa, ni en la del legislador aragonés de 2003 al incluir, ya sin lugar a dudas, entre los bienes comunes los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio.

El consorcio conyugal no es persona jurídica ni sujeto de derecho y la titularidad de los bienes corresponde a ambos cónyuges en mano común (LACRUZ), pero es centro de imputación de derechos y obligaciones de forma que los derechos sobre los bienes que lo integran corresponden a ambos cónyuges por igual, y titulares de la masa consorcial son ambos cónyuges. Por ello, en aplicación de nuestra legislación, el cónyuge aragonés que contrata como arrendatario lo hace para sí y para su cónyuge de forma que, si se produce el fallecimiento de uno, el otro continuará en el uso de la vivienda sin que el contrato quede vinculado de forma fatal al cumplimiento del simple requisito de comunicar al arrendador el fallecimiento.

La legislación arrendaticia sigue ignorando, tras su nueva regulación en 1.994, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. O, quizás, se trata de un planteamiento propio del derecho sucesorio, como manifiesta el recurrente, y no de derecho de familia que es donde debe enmarcarse con arreglo a la normativa aragonesa. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 ha regulado las situaciones patológicas en las que dispensa a los cónyuges de los titulares del contrato una especial protección, con independencia de quien suscribiera el contrato, lo que pone de manifiesto una desigualdad de trato que no tiene justificación. En efecto, el artículo 12 de la Ley 29/1994 permite al cónyuge del arrendatario oponerse a la decisión del primero de poner fin al contrato, o continuar con el mismo en caso de abandono del titular, también para todos los supuestos de convivencia de pareja, y el artículo 15 permite la continuación en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario y, sin embargo, no se admite similar protección para el cónyuge viudo, no ya en el supuesto del no titular del contrato, salvo por la vía de la subrogación, sino en el supuesto de contratación de la vivienda durante el matrimonio. No se encuentra razón para la diferencia de tratamiento salvo en la expresa declaración de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 de que se trata en tal caso de la protección de otro interés distinto del familiar, el del viudo, sólo admisible por la vía de la subrogación porque, a pesar de la protección dispensada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 135/1989, de 6 de octubre, y 126/1989, de 12 de julio; en ellas se tiende a proteger la vivienda familiar, lo que no resulta de aplicación en el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges porque entonces ya no tiene la característica de vivienda familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Se trata de una afirmación muy tajante que admite matizaciones pues por el fallecimiento de un cónyuge se extingue el vínculo conyugal, pero

no la familia, y aun el solo interés del cónyuge debe conceptuarse como familiar.

Por ello no se ve razón para que la protección de la vivienda familiar no se aplique a los supuestos como el que nos ocupa, en que uno de los cónyuges arrienda la vivienda para dicho uso, en nuestro caso prescindiendo de la subrogación porque el derecho arrendaticio es titularidad de ambos cónyuges. Así se ha entendido en algunas legislaciones, como en el artículo 1.751 del Cc. francés, redactado por Ley 904/1962, de 4 de agosto, conforme al cual: «el derecho al arrendamiento del inmueble, sin carácter comercial o profesional, que sirva efectivamente como vivienda de los dos esposos, sea cual sea su régimen matrimonial y no obstante toda convención en contrario, incluso si el contrato se ha concertado antes del matrimonio, se reputa que pertenece a uno y otro de los cónyuges». O el Código belga, artículo 215.II, que impone la cotitularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar.

En nuestro derecho resulta equivocada, en mi opinión, la ecuación en la que se equipara la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arriendo consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges. El hecho de que la legislación arrendaticia no se haya ocupado de este supuesto no significa que la subrogación del artículo 16 haya de aplicarse inexorablemente. Tal posibilidad podría quedar reservada, como señala la sentencia de primera instancia, a los contratos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y a aquéllos otros en los que el régimen sea distinto del consorcial, y aun en tales casos habría de contemplarse el actual régimen de protección a la vivienda familiar.

Los anteriores razonamientos llevan a la estimación del recurso de casación por infracción del artículo 28.2.i) de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

Séptimo: Todo ello sin imposición de las costas del recurso de casación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dada la estimación del mismo, e igualmente sin imposición de costas respecto de las de primera instancia y apelación conforme al artículo 394.1, dadas las dudas que presentaba el asunto planteado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en la interpretación discrepante que he argumentado, propongo la siguiente parte dispositiva:

Fallamos

Primero: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la procuradora de los Tribunales doña Lucía del Río Artal, actuando en nombre y representación de don M R C, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 1 de diciembre de 2009, que casamos y anulamos.

Segundo: En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por el procurador don Luis Javier Celma Benages en representación de P I y absolvemos a don M R C de las pretensiones deducidas en la demanda.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

Cuarto: Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Voto particular que firmo en Zaragoza a treinta y uno de mayo de dos mil diez.

6

NÚM. 6

S. TSJA de 10 de junio de 2010

683: USUFRUCTO VIDUAL: ***Los bienes sobre los que recae el usufructo vidual pueden ser objeto de posesión tolerada por otro (en este caso un nieto de la actora recurrente en casación) y si el bien se pierde en manos del poseedor inmediato (el nieto), resulta aplicable el artículo 457 Cc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 28, 71, 89, 101 Lrem.; arts. 6, 133, 162 163 Lsuc.; art. 457 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza a diez de junio de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 7/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 11 de diciembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 227/2009 dimanante de Procedimiento Ordinario número 428/08, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Huesca, en el que son partes, como recurrente, doña Rosalía S. M., representada por el procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras y dirigida por el letrado don Ángel Cabrero Barlés, y como parte recurrida don Víctor Manuel S. R., representado por el procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez y dirigido por el letrado don Jorge Loste Herce.

Es ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Mariano Laguarta Recaj, actuando en nombre y representación de doña Rosalía S. M., presentó demanda de juicio ordinario, contra don Víctor Manuel S. R., con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma y terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos se dictase sentencia por la que se condenara a don Víctor Manuel S. R. a indemnizar a la demandante en la cantidad de 18.336 euros más el interés legal correspondiente, con imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento; se solicitó por otrosí el nombramiento de perito tasador para emitir previo examen del vehículo objeto del procedimiento, informe pericial.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada quien compareció en tiempo y forma, contestando y oponiéndose a la misma, suplicando que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda interpuesta por doña Rosalía S. M., absolviendo libremente de la misma al demandado e imponiendo las costas a la parte actora. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huesca se dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es de la siguiente redacción literal: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador señor Laguarta Recaj, en nombre y representación de doña Rosalía S. M., debo condenar y condeno al demandado, don Víctor Manuel S. R., a que abone a la actora la cantidad de 14.680 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial (el 18 de marzo de 2008) que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC. Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Huesca, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso planteado de contrario, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó sentencia de fecha 11 de

diciembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Víctor Manuel S. R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por Rosalía S. M. contra el referido apelante, absolvemos al mismo de cuantas pretensiones se ejercitaron en su contra, condenando a la citada demandante al pago de las costas de la primera instancia y omitiendo todo pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.»

Cuarto: El procurador de los Tribunales don Mariano Laguarta Recaj, actuando en nombre y representación de doña Rosalía S.M., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos:

«Primero: Por infracción del artículo 28 y artículo 89 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico matrimonial y de viudedad por no tener en cuenta que el vehículo era propiedad del matrimonio formado por mi mandante y su esposo y que tras el fallecimiento ostenta mi mandante la condición de usufructuaria.

Segundo: Por infracción del artículo 120 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero de 2003, puesto que el demandado nunca ostentó la posesión como propietario prevista en dicho artículo.

Tercero: Por infracción del artículo 6 y 133 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que regula la delación en la fiducia y el artículo 162 y 163 de la misma ley relativo a la adquisición y posesión del legado.

Cuarto: Por infracción del artículo 71 y artículo 101 de la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó auto en fecha 19 de marzo pasado, por el que se declaraba la competencia de esta Sala, y admitía el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 29 de abril se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2010.

Fundamentos de derecho

Primero: Según resulta de los hechos considerados probados por la sentencia recurrida, y de la asunción que se hace en ella del relato cronológico efectuado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Huesca, así como del contenido de las escrituras públicas a que se remiten, los presupuestos fácticos que son tenidos por acreditados en el presente procedimiento se remontan al día 16 de febrero de 2001, en el que don Manuel R. B. y su esposa doña Rosalía S. M., otorgaron testamento abierto mancomunado en el que, entre otras cláusulas que no son de relevancia al caso, dispusieron que se designaban mutua y recíprocamente fiduciarios, para que el sobreviviente de ellos pudiera ordenar la sucesión del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, con la misma libertad con que podría haberlo hecho el causante. Y, además, acordaron que, para el caso de que el cónyuge sobreviviente no hiciera uso de la facultad de fiduciario concedida, legaban a su nieto don Víctor Manuel S. R., parte demandada en el procedimiento, diversos bienes, entre los que se encontraba el vehículo Nissan Terrano II, matrícula HU-3281-N.

En fecha no concretada, el otorgante don Manuel autorizó al citado nieto, don Víctor, a utilizar el automóvil antes referenciado. Autorización que luego fue ampliada al uso del turismo que sustituyó al que había sido objeto de disposición en el testamento, y que fue el turismo de igual marca Nissan, matrícula 0372CGZ, respec-

to del cual don Manuel incluso solicitó a la aseguradora del automóvil que tuviera como conductor autorizado a su nieto don Víctor Manuel.

Fallecido don Manuel el 9 de octubre de 2006, la esposa sobreviviente, doña Rosalía, otorgó testamento abierto el día 5 de diciembre de 2006 en el que, haciendo uso de las facultades que como fiduciaria le correspondían conforme al testamento del día 16 de febrero de 2001, disponía el legado del vehículo marca Nissan al nieto don Víctor, hijo de doña Ana María, e instituía heredera universal a su hija María Pilar.

Cuando el día 18 de febrero de 2007 conducía el repetido vehículo, el nieto don Víctor sufrió un accidente de tráfico que determinó que fuera antieconómica la reparación del turismo.

Y, finalmente, el día 13 de marzo de 2007, doña Rosalía otorgó nuevo testamento, en el que revocó el otorgado el día 5 de diciembre de 2006 y, en su lugar, dispuso legar a su hija doña Ana María la cantidad de 50 euros e instituir y nombrar heredera universal a su hija doña María Pilar, sin hacer expresa disposición respecto del vehículo Nissan.

Segundo: La demanda rectora del procedimiento se formuló por doña Rosalía contra su nieto don Víctor y en ella, actuando la demandante como usufructuaria y copropietaria del vehículo, y con fundamento en la regulación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil reclamó el valor venal y valor de afección del vehículo siniestrado.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Huesca estimó la demanda, condenando al demandado al pago de la cantidad de 14.680 euros. Sentencia que fue apelada, lo que dio lugar al dictado de la sentencia ahora recurrida por la Audiencia Provincial de Huesca el día 11 de diciembre de 2009. Esta sentencia estimó el recurso de apelación y absolvió al demandado y apelante.

Tercero: Recurrida la anterior sentencia en casación por la demandante, doña Rosalía, la parte recurrida ha opuesto como primer motivo procedimental determinante de la inadmisión del recurso el que por la recurrente no se hubieran alegado en la demanda normas de Derecho civil aragonés, y que por la sentencia recurrida se atiende sólo de modo tangencial a la aplicación del Derecho de Aragón.

Motivo de inadmisión que debe ser rechazado, ya que, como resulta con claridad de los diversos escritos de alegaciones formulados por ambas partes y del contenido de la sentencia, los títulos en los que la actora basó su reclamación eran los de resultar copropietaria, usufructuaria y fiduciaria por razón de matrimonio contraído bajo régimen económico aragonés, y por resultar aplicables las normas matrimoniales y sucesorias propias de Aragón. En consecuencia, y sin perjuicio de que sea también de aplicación la normativa del Código Civil reguladora del derecho posesorio, corresponde a esta Sala conocer del recurso por aplicación del artículo 478, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se opone asimismo por la parte recurrida motivo de inadmisión a trámite del recurso de casación, fundado en que lo que subyace en el recurso es la pretensión de modificar el primordial hecho probado de la sentencia de que el demandado poseía de buena fe el vehículo que se accidentó y que, además, lo poseía con plena convicción de ser su dueño.

Motivo de inadmisión que igualmente debe ser rechazado, puesto que, aunque se contienen en el escrito de recurso referencias a los hechos acreditados, lo pretendido no es una modificación de la relación fáctica declarada probada en la instancia, sino la valoración de si es correcta o no la interpretación de los preceptos atendidos en la resolución recurrida y si fueron o no correctamente aplicados.

Cuarto: El primer motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción

que denuncia el recurrente de los artículos 28 y 89 de la Ley de Aragón 2/2003 de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. Motivo que está íntimamente ligado con el expuesto como causa de impugnación en el motivo cuarto del mismo recurso, en el que se denuncia la infracción de los artículos 71 y 101 de igual Ley, puesto que, en uno y otro caso, la fundamentación de la impugnación no es otra que la argumentación del recurrente de que la sentencia recurrida hace una indebida equiparación de los derechos que como usufructuaria y copropietaria correspondían a la demandante doña Rosalía, con los que como mero poseedor por tolerancia de la propiedad podía tener el demandado don Víctor. Relación entre ambos fundamentos del recurso que justifica su trato conjunto.

La alegada equiparación de los derechos de usufructo y de propiedad del vehículo con los del poseedor del bien no se observa que tenga lugar en la sentencia recurrida. Por el contrario, en ella se distingue con claridad cuál es el derecho que correspondía al demandado por virtud de la posesión que ostentaba y frente, precisamente, a quien es considerada en todo momento propietaria en igual resolución. De modo que la exclusión de responsabilidad del demandado no se basa en la sentencia en entender que la posesión sea equiparable a la propiedad o usufructo del bien, ni en que esté o no por encima del derecho de propiedad sobre el derivado de la posesión, sino en la articulación entre ambos derechos que deriva de la regulación del artículo 457 del Código Civil cuando el bien se pierde.

Por tanto, no existe fundamento para la estimación de los motivos uno y cuatro del recurso de casación.

Quinto: El motivo segundo del recurso se fundamenta en la infracción del artículo 120 de la citada Ley de Aragón 2/2003 que entiende la recurrente se ha producido porque el demandado nunca tuvo la posesión como propietario prevista en dicho artículo, sino que ostentó una posesión tolerada no equiparable a la recogida en el artículo 120, con lo cual, concluye, no resulta de aplicación el artículo 457 del Código Civil, que es fundamento del fallo absolutorio de la sentencia, sino los artículos 444 y 463 del mismo Código, que conducen a la condena del demandado a indemnizar el valor del vehículo siniestrado.

El artículo 120 de la Ley 2/2003 no fue citado ni aplicado expresa o tácitamente por la sentencia recurrida. Lo que fue correcto, ya que la situación referida en tal norma al momento en que se ha extinguido el usufructo del cónyuge supérstite no se produce en este caso, pues doña Rosalía ha sido titular del usufructo derivado de la viudedad en todo momento, y lo era también cuando presentó la demanda.

La confusa alusión contenida en el motivo de recurso a la relación entre el citado artículo 120 y los preceptos que regulan la responsabilidad en caso de pérdida del bien por el poseedor, según sea meramente tolerada su tenencia, o lo sea, en cambio, a título de dueño y de buena fe, no cabe tampoco atenderla, ya que, como resulta de los hechos que considera acreditados la sentencia debatida, con referencia incluso a la aceptación que hizo al respecto la demandante en su demanda, lo determinante al tiempo de resolver es que la posesión por el nieto don Víctor del turismo lo fue siempre en la condición de considerarse dueño de él, y siempre de buena fe.

Por tanto, tal y como hace la sentencia recurrida, el artículo a observar es el 457 del Código Civil, con el efecto consiguiente de que, no habiéndose alegado ni acreditado dolo en la causación del accidente ocurrido, no cabe deducir responsabilidad del poseedor frente al dueño por la pérdida del vehículo.

Sexto: El tercer motivo de casación entiende infringidos los artículos 6, 133, 162 y 163 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, con fundamento en la consideración de la recurrente de que el demandado sólo sería propietario del vehículo si la fiducia se hubiera extinguido o si no

hubiera sido ejercitada, ya que, en otro caso, no pudo adquirir en propiedad el legado.

Como indica con claridad la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo, en ningún caso parte de entenderse que el legado hubiera llegado a ser adquirido por el legatario. Precisamente, aclara en tal sentido que «(…) el recurrente no tenía realmente mas que la expectativa de ser favorecido con el legado del vehículo siniestrado o de cualquier otro modo, lo que, salvo que la demandante pierda antes la condición de fiduciaria, sólo se sabrá a la muerte de la actora según cuál sea el tener del testamento que la misma deje al fin de sus días».

Por tanto, en contra de la tesis mantenida en este motivo de recurso, la sentencia expresa con precisión que el legado nunca llegó a producirse.

Y, efectivamente, conforme al testamento mancomunado que otorgaron los cónyuges en el año 2001 el legado sólo sería eficaz si quien resultara fiduciario por sobrevivir al otro cónyuge no dispusiera otra cosa. Devenida fiduciaria finalmente la esposa y demandante, no se abrirá su sucesión hasta que se produzca su fallecimiento. Y, por tanto, si ha optado por ejecutar la fiducia mediante instrumento mortis causa, como parece que es hasta ahora la única vía elegida, no será hasta tal momento de fallecimiento y apertura de la sucesión de la fiduciaria cuando tengan eficacia las disposiciones que haya podido hacer, sean de legado del vehículo o cualesquiera otras.

Por tanto, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya infringido los artículos que sirven de fundamento a este motivo de casación, sino que, por el contrario, ha observado tales preceptos, y con exposición razonada de su observancia.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este último motivo de recurso.

Séptimo: Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Rosalía S. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el día 11 de diciembre de 2009 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores magistrados que componen la Sala.

NÚM. 7 7

S. TSJA de 18 de junio de 2010

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN: Requisitos: ***El artículo 147 Comp. permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a lo que deba entenderse por apariencia, por lo que resulta aplicable el artículo 532 Cc. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior, señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser lo suficientemente revelador de la existencia de la ser-***

vidumbre, por tanto ha de tener carácter funcional o instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave (sobre todo en el caso de autos), pues de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto de otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para servicio de propio fundo.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 147 Comp. aragonesa; art. 532 Cc.; arts. 483.2.2, 477.1 Lec.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.***

En Zaragoza a dieciocho de junio de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 3/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 16 de noviembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 202/2009, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 332/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, en el que son partes, como recurrentes, don Manuel O. A. y doña María Pilar G. B., representados por el procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigidos por la letrado doña Adoración Aventin Huguet, y como recurrido don Miguel Ángel L. E., representado por el procurador de los Tribunales don José Luis Isern Longares y dirigido por el letrado don Javier Vicente Canut.

Es ponente la magistrada Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Luis Recreo Giménez, actuando en nombre y representación de don Miguel Ángel López Escartín, presentó demanda de juicio ordinario sobre acción negatoria de servidumbre de paso en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

«a) Declare la inexistencia de derecho real de servidumbre de paso que grave la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña, propiedad de Miguel Ángel L. E., a favor de la finca 214 del Registro de la Propiedad de Boltaña propiedad de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

b) Declare el derecho de propiedad de mi mandante sobre la totalidad de la finca registral 493 del Registro de Propiedad de Boltaña, que se corresponde con la finca identificada en el Catastro como parcela 108 del Polígono 201 del término municipal de Broto, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y a restituir a mi mandante la posesión de la porción de terreno ocupada absteniéndose de hacer uso de la misma.

c) Condene a los demandados a eliminar la puerta de su pared que da acceso al inmueble de mis mandantes, llevando a cabo las obras necesarias para reducir el hueco hasta que el mismo no permita el paso de personas sino tan solo luces y vistas, condenando en todo caso a los demandados a colocar reja de hierro remitida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente.

d) Imponga a los demandados las costas del procedimiento.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, oponiéndose a ella e interesando se dictase sentencia por la que se acordase:

«a) Desestimar la acción reivindicatoria y condena unida interesada de contrario, con base en las excepciones materiales alegadas en el cuerpo del presente escrito.

b) Desestimar la acción negatoria de servidumbres y condena unida interesada de contrario, con base en las excepciones materiales alegadas en el cuerpo del presente escrito.

c) Imponer a la parte actora las costas causadas ex artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo estimar parcialmente como estimo la demanda interpuesta por el procurador señor Recreo, en nombre y representación de don Miguel Ángel L.E. contra don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B. y declaro que: estimando la acción reivindicatoria declaro que don Miguel Ángel L. E. es el propietario de la totalidad de la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña que se corresponde con la finca catastral parcela 108 del polígono 201, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, así como a restituir al demandante la porción de terreno que poseen más allá de la línea de su fachada según lo especificado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, salvo lo que se derive del derecho de servidumbre de paso.- Que se desestima la acción negatoria de servidumbre de paso, así como el resto de condenas y declaraciones solicitadas en la letra c) del suplico de la demanda. Sin imposición de las costas a ninguna de las partes por ser parcial la estimación de la demanda, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Miguel Ángel L. E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos parcialmente dicha resolución para, estimando íntegramente la demanda, declarar la inexistencia de derecho real de servidumbre de paso que grave la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña, propiedad del citado recurrente, a favor de la finca 214 del mismo Registro, propiedad de los demandados Mariano O. A. y Pilar G. B., a los que condenamos a estar y pasar por la anterior declaración y a eliminar la puerta de su pared que da acceso al citado inmueble del apelante, llevando a cabo, al menos, las obras necesarias para convertir dicha puerta en ventana y colocando, en tanto mantengan un hueco, reja de hierro remetida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente. Además condenamos a los repetidos demandados al pago de las costas de la primera instancia, omitiendo todo pronunciamiento sobre el pago de las causadas en esta alzada.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Hortensia Barrio Puyal, actuando en nombre y representación de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en cuanto a la infracción procesal en el error de valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados y sobre la valoración final de las infracciones citadas en su escrito y su relevancia constitucional. El recurso de casación lo basó en los siguientes motivos: «1.º Se invoca en primer lugar la infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en relación con el concepto de servidumbre aparente del artículo 532 del Código Civil. 2.º Con carácter subsidiario al anterior se invoca la infracción del artículo 148 de la Compila-

ción, en relación al concepto de servidumbre no aparente regulada en el artículo 532 del Código Civil. 3.º Se invoca acumuladamente la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario como se viene exponiendo, en relación con los artículos 530 y 598 del Código Civil. 4.º Se invoca acumuladamente la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario, y ambos en relación al transcurso del plazo de diez años para adquirir por prescripción ambos tipos de servidumbres, en relación con el artículo 217.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.º Se invoca con carácter subsidiario en defecto de la estimación del anterior motivo, la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario como se viene exponiendo, y ambos en relación a los artículos 1.960-2.º y 459 del Código Civil.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de marzo de 2010 providencia por la que se acordó: «Vistos los motivos en los que se funda el recurso de casación, se considera por la Sala que en cuanto al segundo y al quinto, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2.º, en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estar referidos a normas que no son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En cuanto a los motivos tercero y cuarto, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el 483.2.2.º, en relación con el 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil al estar referidos sustancialmente a la cuestión de la valoración probatoria realizada en la sentencia impugnada. Y por lo que hace referencia a los motivos de recurso por infracción procesal, se considera que puede esta presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 473.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, se acuerda, de conformidad con lo previsto en los arts. 473.2 y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oír a las partes por plazo de diez días para que puedan formular al respecto las alegaciones que estimen procedente. Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones y por auto de fecha 16 de abril pasado se declaró la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación, inadmitiendo el recurso de infracción procesal y admitiendo parcialmente el recurso de casación, únicamente por el motivo primero de los formulados, inadmitiéndose por el resto de los motivos, acordándose conferir el traslado oportuno a la parte contraria por veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 21 de mayo de 2010 se señaló para votación y fallo el día 9 de presente mes y año.

Fundamentos de derecho

Primero: Antes de entrar en el examen de las alegaciones de las partes, y para centrar adecuadamente el planteamiento casacional, conviene destacar los extremos que resultan de interés a los efectos del presente recurso y que se señalan a continuación.

Don Miguel Ángel L. E., demandante en el procedimiento del que trae causa el recurso, es nudo propietario de una finca sita en Bergua, registrada catastralmente en el polígono 201, parcela 108. Los demandados son propietarios (en virtud de compraventa autorizada en 24 de enero de 1983) de la finca que linda con la del actor por el fondo pero situada a una cota más baja, de modo que la buhardilla de la casa de aquéllos queda a la altura de la finca del actor.

Los demandados solicitaron permiso a la madre de don Miguel Ángel para abrir una puerta en la fachada lindante con la finca del actor a fin de posibilitar a través de ella el traslado de materiales de construcción necesarios para las obras de rehabilitación de la casa. Esta petición, que fue atendida, obedecía a la circunstancia de que con anterioridad al año 1994 (momento en el que se concluyeron las obras de acondicio-

namiento de la entrada a la localidad) la única posibilidad de acceder a Bergua con vehículo rodado era a través de la finca del actor, sita entre el casco urbano de Bergua y la pista de Fiscal a Sasa. Ese paso se utilizaba también, con permiso de la usufructuaria, por otros vecinos de la pedanía.

En el año 1994 la madre del actor decidió restringir el paso por la finca al entender que era ya innecesario, por lo que colocó una cadena en la entrada del camino.

En la demanda se ejercitó (entre otras) una acción negatoria de servidumbre de paso. Los demandados alegaron haber adquirido por usucapión el derecho de servidumbre de paso con vehículos a través de la finca de aquéllos, al tratarse de una servidumbre aparente y haberla poseído durante más de diez años.

La sentencia de 30 de abril de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña desestimó la acción negatoria de servidumbre, al entender que había posesión *ad usucapionem*, apariencia de paso, y el transcurso de más de diez años.

Apelada la sentencia por el actor, la de 16 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Huesca estimó el recurso y declaró la inexistencia de derecho de servidumbre que grave la finca del recurrente.

Segundo: En el único motivo de casación que resultó admitido en auto de fecha 16 de abril, se alega infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en relación con el concepto de servidumbre aparente del artículo 532 del Código Civil. En el desarrollo del motivo refiere el recurrente que la Audiencia Provincial niega el carácter aparente de la servidumbre por cuanto la misma no discurre a través de senda, camino o carril en cuanto al último tramo del paso, y que tampoco la existencia de la puerta resulta relevante para la Sala. Frente a esto, se afirma en el recurso que «la existencia indubitada de la puerta y la existencia indubitada de la faja litigiosa en forma de badén que se ha salvado mediante una construcción habilitada a tal efecto o remanso –tan comentado en el acto del juicio– permiten determinar sin mayores esfuerzos valorativos que el sentido común ante una servidumbre aparente (…)».

La parte recurrida, en su escrito de oposición, aduce que podría concurrir la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 LEC, al estar referido el motivo de casación a la cuestión de la valoración probatoria. Mas realmente, y por lo que acaba de indicarse, no es la valoración de la prueba lo que se cuestiona. La disconformidad que se manifiesta en el recurso no está en relación con los hechos declarados probados sino con la no calificación de tales hechos como *apariencia* de servidumbre.

Tercero: Al no ser la casación una tercera instancia, la labor de control de la Sala ha de verificarse partiendo de los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida. Recordemos que el proceso decisorio está integrado en la instancia por una doble operación: a) la fijación de los hechos a través de la valoración de la prueba practicada, y b) la subsunción de tales hechos en la normativa jurídica determinante del efecto jurídico declarado, es decir, la constatación de que el hecho probado encaja en el supuesto de hecho que la norma pone como premisa para la producción del efecto jurídico. La primera operación es función privativa de los juzgadores de instancia e irrevisable en casación. Pero la segunda va más allá del elemento fáctico propio de aquella, pues comporta una actividad interpretativa y aplicativa de la norma en la que los hechos se subsumen, plenamente integrada en el juicio de derecho a que se contrae la casación. En definitiva, la calificación de los hechos consiste en asimilar una situación de hecho a una noción legal, en determinar en qué categoría legal debe encuadrarse el hecho o el acto cuya existencia ha sido probada y, en consecuencia, en establecer qué norma jurídica le es aplicable. Sobre tal operación el control casacional

puede extenderse con amplitud, pues la errónea calificación de los hechos comporta una infracción de la norma, ya que la consecuencia que se sigue de una calificación incorrecta es que, o bien se aplica la ley a una situación de hecho para la que no está prevista, o bien la norma no se aplica a una situación que encaja dentro del supuesto de hecho legal. Entendemos, así, que la apreciación de la apariencia (como elemento imprescindible para apreciar la posibilidad de usucapión de una servidumbre) es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la sentencia de instancia.

Cuarto: El artículo 147 de la Compilación permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a qué ha de entenderse por apariencia, por lo que hemos de acudir, como señala el recurrente, al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; una señal o indicio directamente relacionada con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener un carácter funcional e instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave para la resolución del recurso que nos ocupa, pues, en efecto, de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto del otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para el servicio del propio fundo.

Quinto: En lo que resulta relevante a los efectos de resolver el presente recurso, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca expresó (fundamento de derecho segundo) que «… en las proximidades existe un camino, cierto, que permite el paso de vehículos, pero ese camino no lleva a la finca de los demandados sino a la finca propia del actor y no denota subordinación alguna que permitiera suponer siquiera la existencia de un predio dominante y un predio sirviente entre la finca del demandante y la casa de los demandados. En las fotos aportadas no se aprecia camino alguno entrando al supuesto predio dominante (…) en el acta de reconocimiento judicial se hizo constar que «en la faja de terreno próximo a la entrada posterior de la casa de los demandados no se aprecian signos de rodadura ni de camino aparente», todo ello después de haber hecho constar, en esa misma acta, que lo que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada es «una faja de terreno con hierba», lo que coincide con lo que vemos en las fotos aportadas (…)». Y en cuanto a la puerta abierta en la casa de los demandados, precisa: (…) aparte de que sólo permite el acceso de personas, no de vehículos, no puede servir por sí misma para cumplir el requisito de la apariencia pues tenemos repetidamente declarado que las puertas, a efectos de la apariencia de servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a senda, camino o carril.

Por tanto, a partir de las fotografías aportadas y del acta de reconocimiento judicial, la Audiencia fijó una serie de hechos: la existencia de un camino que no conduce a la finca de los demandados, sino a terreno de titularidad del actor; la existencia de una faja de terreno o prado entre la casa de los demandados y el camino, y en la que no hay signo de rodadura ni camino; la existencia de una puerta en la casa de los demandados, que da a dicha faja de terreno. Y consideró que tales circunstancias no denotaban subordinación entre un predio dominante y otro sirviente, por lo que concluyó que esa situación no constituía apariencia de servidumbre. En este punto hemos de destacar que la controversia entre las partes versó, tal como se sintetiza en la página 21 de la contestación a la demanda, sobre la existencia o inexistencia de una servidumbre de paso de vehículos a través del camino particular que parte de la pista pública y transcurre por el interior de la finca del actor, hasta terminar en las proximidades de la parte trasera de la finca de

los demandados. Precisamente, la sentencia del Juzgado alude al problema –planteado en el acto de la vista- de que la servidumbre no incluye el derecho del demandado a estacionar su vehículo en la mencionada faja de terreno, estableciendo que aunque en efecto, no lo incluye, ello resultará inevitable al carecer de la posibilidad de introducir aquél en la finca del demandado una vez ha llegado hasta la fachada, zanjando la cuestión con una referencia al ejercicio de los derechos dentro de los límites normales de los mismos.

Pues bien, teniendo en cuenta que lo controvertido es una servidumbre de paso de vehículos, y que no hay signo de rodadura (ni ningún otro) en el prado sito entre el camino y la casa de los demandados, poco o nada añade a efectos de la apariencia, la puerta existente en la referida casa. Debería matizarse el criterio de la sentencia según el que, con carácter general, las puertas tienen que abrirse a camino o carril para poder ser consideradas signo aparente de servidumbre, pues ello dependería de las circunstancias que en cada supuesto concurran. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la puerta en cuestión se abrió, como expresa la sentencia impugnada, *tras la amable autorización de la madre del actor, pues la finca de los demandados nunca antes había tenido una puerta por ese lado*, es decir, que no era el único acceso ni el principal a la casa. Y además no permite, como es obvio, el paso de vehículos hasta la finca de los demandados, de manera que es insuficiente para entender que hay apariencia de tal servidumbre.

La revisión, por esta Sala de casación, de esa valoración de los hechos y por cuanto ha quedado expuesto, permite determinar la corrección de ese juicio subsuntivo pues, en efecto, al no concurrir los requisitos –señaladamente el tercero– que hemos indicado en el Fundamento Cuarto, no resultaba procedente declarar el efecto jurídico (adquisición de la servidumbre) que el artículo 147 anuda a la posesión por diez años. En consecuencia, dicha norma no se ha infringido.

Sexto: Lo anterior es suficiente para desestimar el recurso. Añadiremos, no obstante, que aunque hubiese concurrido la infracción denunciada, tampoco podría estimarse aquél, ya que la sentencia atacada entendió además que no estaba acreditada la concurrencia del elemento temporal exigido por el repetido artículo 147.

Por todo lo que antecede el recurso se desestima, manteniéndose la resolución impugnada.

Séptimo: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 3 de 2010 interpuesto por el procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri en nombre y representación de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 16 de noviembre de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

NÚM. 8

A. TSJA de 12 julio de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA: Desamparo: ***La declaración de desamparo y la posibilidad de que el menor se reinserte en su familia biológica presentan interés casacional, (STS de 31 de julio de 2009): 1) declarada la situación de desamparo se ha producido con posterioridad un cambio de circunstancias con relación al momento en que se produjo dicha declaración, que permite determinar si lo padres se encuentran en situación de asumir nuevamente la patria potestad; 2) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con la evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno, sino que es menester que esa evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación de riesgo de desamparo del menor. El caso de autos nada de ello presenta y sólo pretenden recurrir la prueba, lo que no cabe en casación.***

DISPOSICIONES CITADAS ***arts. 52, 53, 56 y 59 Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón; art. 22 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; art. 172 Cc.; art. 3 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 478.1 y 484 Lec.***

PONENTE*: Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

En Zaragoza a doce de julio de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora doña María Pilar Sierra Parroque, actuando en nombre y representación de don José Manuel B. M., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha 23 de febrero de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 686/2009, dimanante de los autos de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores núm. 480/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, siendo parte recurrida el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, representado y dirigido por el letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el Ministerio Fiscal y por providencia de fecha 9 de marzo del presente año se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 11/10, en el que se personaron todas las partes en tiempo y forma, y seguidamente se pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, acordándose por providencia de 3 de junio pasado oír a las partes por diez días sobre la concurrencia de posible causa de inadmisión de los motivos articulados, quienes formularon las oportunas alegaciones.

Es ponente el Ilmo. señor magistrado don Luis Fernández Álvarez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1.º, párrafo 2.º, de la mentada Ley procesal, corresponde «a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales

Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad», y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción por indebida aplicación, entre otros, de los artículos 56 y 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón.

Segundo: En el primero de los motivos alega el recurrente infracción por vulneración de los artículos 52 y 53, relativos al trámite de audiencia, notificación y comunicación, todos ellos de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 172 del Código Civil, que no han sido aplicados.

Versa este motivo sobre aspectos procedimentales que ya fueron planteados en la instancia, donde no se apreció vicio de nulidad, manifestándose en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial que consta en autos la notificación de la resolución de 23 de octubre de 2008, por la que se aprecia la situación de desamparo (y también la de 26 de febrero de 2009, por la que se confirma la anterior), y dicha situación probatoria no puede modificarse por el cauce del recurso de casación, pues éste se circunscribe a las cuestiones sustantivas, limitándose a una estricta función revisora del juicio jurídico, consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (autos del TS de 27 de noviembre de 2001, 22 de enero, 5 de febrero, 8 de octubre y 19 de noviembre de 2002, 25 de marzo, 1 de julio, 16 de septiembre y 21 de octubre de 2003, 8 y 25 de mayo, 1 y 6 de junio de 2004, etc.), por lo que procede acordar su inadmisión, en aplicación de la anterior doctrina.

Tercero: En el segundo de los motivos aduce el recurrente infracción por indebida aplicación de los artículos 56 y 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con el artículo 172 del Código Civil.

Ahora bien, en él se propugna una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la realizada por los órganos de instancia, quienes tras una apreciación global y conjunta de la prueba de autos, estiman acreditada la existencia de una situación de desamparo.

El Tribunal Supremo, al precisar el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por Infracción Procesal, ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2008, entre otras muchas).

Nada en contra supone el que por esta Sala se haya admitido el recurso de casación civil núm. 11/2009, que fue resuelto por sentencia de 4 de enero de 2010, en la que, entre otras cosas, se dice:

– … «conforme a muy reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, el recurso de casación no es una tercera instancia (vid., por todas, la reciente sentencia de esta Sala

de 5 de octubre de 2.009, recurso 4/2009) y en su examen debe partirse de los hechos acreditados en la primera instancia y en la apelación, sin que se pueda pretender una nueva valoración y revisión de los mismos, lo que sólo cabría por el cauce oportuno del recurso extraordinario por infracción procesal, que no se ha interpuesto.»

– «La recurrente discrepa extensamente del contenido de los diferentes informes y da su propia versión de los mismos olvidando que la sentencia recurrida los valora y basa en ellos su decisión de ratificar las resoluciones administrativas adoptadas, por lo que incurre en el defecto anteriormente señalado de pretender una nueva valoración de la prueba y revisión de los hechos, vedada en casación.»

– «Partiendo de que, como se ha dicho, no puede el recurrente basar el recurso de casación en su propia revisión de la prueba y, en definitiva, de los hechos que se tienen por acreditados, no cabe sino concluir que tales hechos justifican plenamente las decisiones administrativas impugnadas, y correctamente ratificadas por las sentencias de los tribunales de instancia y apelación.»

Sucede que en dicho recurso, a diferencia del que nos ocupa, se planteaba una cuestión que sí presentaba interés casacional, a saber, si cabe que la situación de desamparo se declare con base en informes anteriores al nacimiento del niño, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelvan las consecuencias legales de dicha declaración, que lleva a la separación del niño del medio familiar, de ahí que se hubiese admitido.

Otro tanto cabe decir respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009, ya que en ella se planteaban dos cuestiones con interés casacional:

«1. Si es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.

2. Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.»

Sobre estas dos cuestiones se sienta la siguiente doctrina:

«A) Es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesa-

rios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.»

Pues bien, dicho recurso nada tiene que ver con el que aquí nos ocupa, pues el señor B. M. niega que existiese una situación de desamparo en el momento en que la Administración adoptó la medida de protección («mi representado nunca ha incumplido gravemente sus obligaciones para con su hijo, ni ha creado situaciones de riesgo o desamparo del menor») y simplemente pretende una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la realizada por los órganos de instancia, lo que sólo cabría lograr por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, que no se ha interpuesto. En suma, este segundo motivo de casación también debe ser inadmitido.

Cuarto: El tercer motivo se sustenta en interés casacional, al amparo del artículo 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonés, por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia emanada de sentencias de diversas Audiencias Provinciales.

Ante un motivo similar, en la sentencia de esta Sala de fecha 4 de enero de 2010 ya se aclaró que el interés casacional no es un motivo del recurso de casación sino un presupuesto de recurribilidad. Dispone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Por lo tanto, cuando el núm. 2 del mismo artículo establece que serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos que a continuación señala, como cuando la resolución del recurso presente interés casacional (apartado 3.º), está señalando presupuestos del recurso de forma que, si se cumple cualquiera de ellos, la sentencia será recurrible, pero el recurso siempre deberá fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones. Es decir, el interés casacional no es un motivo del recurso sino un presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia.

Por lo que se refiere al motivo del recurso en sí, o sea a su justificación en cuanto al fondo, resulta que las sentencias de las Audiencias Provinciales que examina el señor B. M. se refieren a situaciones y hechos diferentes, que son enjuiciados en función de las pruebas y circunstancias específicas de cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa los órganos de instancia han estimado acreditada la existencia de una situación de desamparo, debiendo estarse a dicha valoración probatoria, so pena de incurrir en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión», pues no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, como se ha visto al examinar el motivo segundo el recurso. En consecuencia, este motivo de impugnación también debe ser inadmitido y, por lo tanto y de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede declarar la inadmisión del recurso de casación formulado y la firmeza de la resolución recurrida.

Quinto: Como la admisión o no del recurso interpuesto presenta aspectos dudosos, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sala acuerda no admitir el presente recurso de casación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña María Pilar Sierra Parroque, en nombre y representación de don José Manuel B. M., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 23 de febrero de 2010.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Audiencia Provincial.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores magistrados expresados al margen.

9

NÚM. 9

S. TSJA de 1 de septiembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: ***El artículo 71 Ley de caza aragonesa establece una responsabilidad objetiva conforme a la cual, y comprobados los hechos fundantes de la pretensión –la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales– no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en los que se comprueba la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 71 Ley de caza***

PONENTE: ***Excmo. señor don Fernando Zubiri Salinas.***

En Zaragoza a uno de septiembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 10/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 26 de febrero de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 103/2010 dimanante de autos núm. 131/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), en juicio ordinario, en el que son partes, como recurrente, C de T y C, representado por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Peiré Blasco y dirigido por la letrada doña Almudena Sonia Gracia Gálvez y como recurrida, la entidad F L B, S. L., representada por la procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por el letrado don Carlos Cuartero Bernal.

Es ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Sanz Romero, actuando en nombre y representación de F L B., presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina, con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al Juzgado que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que «se declare que los daños sufridos por mi mandante son producidos por los conejos del coto cuyo titular es la demandada, y que los mismos ascienden a la cantidad de 16.700,80 euros, más intereses del artículo 576 de la L.E.C. desde la interposición de la demanda, condenándola a estar y pasar por tal declaración, con expresa imposición de costas procesales».

Segundo: Turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 2, por auto de 18 de febrero de 2009 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada quien compareció en tiempo y forma contestando a la misma y solicitó: «se dicte sentencia desestimando en su totalidad la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora», y tras la celebración de vista pública, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La Almunia de Doña Godina dictó sentencia en fecha 20 de noviembre

de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimar la demanda presentada por el procurador señor Sanz Romero, en nombre y representación de F L B S.L, absolviendo a C de T y C de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, impugnándose el recurso planteado de contrario. En fecha 3 de febrero de 2010, se tuvo por formalizado el trámite de oposición por las partes, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador señor Sanz Romero, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de noviembre de dos mil nueve por la señora juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de la Almunia de Doña Godina, la revocamos, y así, estimando íntegramente la demanda entablada por la entidad mercantil «F L B S. L.» contra C de T y C, declaramos que los daños sufridos en la finca del actor son producidos por los conejos del coto cuyo titular es el demandado, condenando a éste a que pague a aquél la suma de dieciséis mil setecientos euros, ochenta céntimos, que es en adeudarle, más los correspondientes intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda y a las costas de la primera instancia, sin costas de alzada.»

Cuarto: La procuradora de los Tribunales señora Patricia Peiré Blasco, actuando en nombre y representación de C de T y C presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, y teniéndose por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: ÚNICO: Por infracción e indebida aplicación del artículo 71 de la Ley de Caza de Aragón, 5/2002 de 4 de abril, modificado por la Ley 15/2006 de 28 de diciembre de Montes de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó en fecha 25 de mayo de 2010 Auto por el que se admitió a trámite el recurso de casación y se confirió traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 15 de julio de 2010.

Fundamentos de derecho

Primero: La pretensión ejercitada en la demanda solicitaba del Juzgado una sentencia que declarase que los daños sufridos por la parte actora son producidos por los conejos del coto cuyo titular es la demandada, y que los mismos ascienden a la cantidad de 16.700,80 euros, más los intereses prevenidos en el artículo 576 de la L.E.Civil, instando una condena de la demandada a estar y pasar por tal declaración. La sentencia de primera instancia desestima la demanda con fundamento en que, si bien consta la presencia masiva de conejos, donde más abundan dichos animales es en las zonas no cinegéticas, como son la de seguridad de la autovía y las fincas de árboles frutales e inmediaciones donde no está permitida la caza por motivos de seguridad, no pudiendo los cazadores tener acceso a los mismos, salvo con hurones y previa autorización del INAGA. Continúa expresando en el fundamento de derecho tercero que el actor, que conocía la existencia de conejos en la zona, no adoptó ninguna medida eficaz y suficiente para evitar los daños causados por los conejos y el ramoneo, medidas que sí fueron adoptadas por otros vecinos afectados;

y que en las zonas de seguridad se hallaron escombreras y acopios de tronqueras y árboles arrancados que sirvieron de refugio para los conejos, multiplicándose rápidamente protegidos por estos refugios y por el vallado de la autovía. Concluye entendiendo que ha existido responsabilidad de la propia parte actora, por lo que no puede declararse la responsabilidad pretendida.

Segundo: La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, estimó el recurso de apelación deducido por la actora y, revocando la de primera instancia, estimó íntegramente la demanda deducida. Para ello parte de la no aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y en su propia fundamentación jurídica expresa, como cuestiones fácticas y valoraciones jurídicas, que la entidad demandada no adoptó las medidas adecuadas para evitar la multiplicación de los conejos, mientras que el actor sí que tomó las medidas razonables encaminadas a evitar los daños en sus árboles frutales, como proteger sus troncos con plásticos, que finalmente fueron ineficaces. Continúa expresando que «el amontonamiento de ramas en la finca de la actora no es causa suficiente para explicar la sobresaturación de los conejos», la cual se debe a mala política de gestión de la caza en el coto –fundamento de derecho tercero–.

En consecuencia, la Audiencia Provincial hace aplicación al caso de lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley de Caza de Aragón, considerando la responsabilidad objetiva y la culpabilidad única del dueño de terrenos destinados a la caza por los daños causados, y estima íntegramente la demanda, condenando al C de T y C a que pague a la sociedad actora la suma reclamada.

Tercero: El recurso de casación se funda en un motivo único, invocando que la sentencia impugnada aplica indebidamente la Ley de Caza de Aragón, 5/2002 de 4 de abril, y especialmente el artículo 71 de la misma que establece la responsabilidad de los titulares de cotos de caza en relación con los daños causados en la agricultura. En el desarrollo del motivo expone que, a su juicio, se ha aplicado indebidamente la norma por cuanto la recurrente efectúa un adecuado control y gestión del coto de caza, indicando que la sentencia de apelación parte de un error, «metiendo en el mismo saco al artículo 1906 del Código Civil, al 33 de la Ley de Caza estatal y al 71 de la Ley de Caza aragonesa», y finalmente razona que no se dan los requisitos para la exigencia de la responsabilidad del titular del coto que deriva del artículo 71 de la Ley aragonesa.

En el escrito de oposición, la parte recurrida entiende que concurre causa de inadmisibilidad del recurso, al incurrir la recurrente en petición de principio o en hacer supuesto de la cuestión, ya que se desmarca de los hechos probados fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial sin combatirlos por el cauce procesal adecuado.

El defecto casacional de la petición de principio consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –STS de 25 de abril de 2007, que a su vez se apoya en las de 20 de febrero de 1992, 12 de noviembre de 1992, 29 de diciembre de 1998 y 5 de julio de 2000, entre otras muchas–, o en no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia –STS de 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995– o, también, en soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos –STS de 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–.

Respecto a esta cuestión, que ha sido introducida en el debate procesal al amparo de lo establecido en el apartado segundo del artículo 485 de la LEC, la Sala tiene que mantener la admisibilidad del recurso, en cuanto se formula por aplicación indebida de norma aragonesa con rango de ley, con fundamento en el artículo 477.1 de la Ley Procesal, si bien en el examen de su pros-

perabilidad habrá de estarse a los hechos acreditados, según se recogen en la sentencia de segunda instancia. Es cierto que la argumentación en apoyo del recurso se apoya, como seguidamente se examinará, en apreciaciones fácticas que no son las recogidas en dicha sentencia, y que por tanto no podrán ser válido sustento de la argumentación jurídica pues, como es sabido, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria y tuitiva del ordenamiento jurídico no constituye una tercera instancia, ni resulta posible a su amparo pretender una modificación de los hechos probados, lo que únicamente resultaría posible por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal y en los términos establecidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por ello el recurso es admitido, en los estrictos límites de verificación de una correcta aplicación del derecho a los hechos comprobados.

Desde esa consideración, pasaremos seguidamente al examen de fondo.

Cuarto: La acción ejercitada tiene fundamento legal en el artículo 71.1 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón, conforme al cual «los titulares de terrenos cinegéticos serán responsables de los daños de naturaleza agraria ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación».

Dicha norma constituye el Derecho aplicable al caso, de forma que la referencia que en la sentencia recurrida se hace a la regulación establecida en el artículo 33 de la Ley estatal de Caza y en el artículo 1906 del Código Civil sirven para reforzar la argumentación, pero carecen de fuerza normativa, al ser la ley aragonesa suficiente para comprender el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica para la prosperabilidad de la acción ejercitada. En nuestro sistema constitucional cada ordenamiento autonómico tiene un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. En el seno del ámbito autonómico propio la norma autonómica es suprema y excluye en cuanto a su aplicación a las normas de cualquier otro ordenamiento, de modo que las autonómicas no están jerárquicamente subordinadas a las del Estado, por lo que para explicar su primaria relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio distinto de la competencia, según la cual en el ámbito competencial autonómico, la norma autonómica excluye a la del Estado y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento.

Ello no obsta, como se ha dicho, a que en la exégesis de la norma aragonesa puedan tenerse en cuenta los antecedentes históricos que fueron de aplicación en el territorio, como lo era la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, y los preceptos del Código Civil en cuanto regulan en ámbito estatal la responsabilidad por daños causados por animales, en concreto el artículo 1906, que para dar solución a un conflicto de intereses entre las actividades agrícola y cinegética, afirma la responsabilidad del propietario de una heredad de caza por el daño causado por ésta en las fincas vecinas –vid. STS de 22 de diciembre de 2006–.

Quinto: La norma aragonesa aplicada en la sentencia recurrida establece una responsabilidad de carácter objetivo, conforme a la cual una vez comprobados los hechos fundantes de la pretensión –la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales– no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en que se compruebe la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación. En estos casos, la concurrencia de causas puede determinar el total rechazo de la pretensión indemnizatoria, si aparece la negligencia del perjudicado o de un tercero como causa única o prevalente del

daño, o bien una estimación parcial, cuando resulte que el perjuicio se irrogó como consecuencia de la acción de las especies cinegéticas procedentes de los terrenos de caza, pero ponderando si las medidas adoptadas por el actor o propietario del terreno afectado eran las suficientes para evitar el previsible daño que pudiera causar la proliferación y asentamiento de roedores, en condiciones favorables para su estancia prolongada en zona de cultivo.

En el caso de autos, los hechos acreditados según se recogen en la sentencia de segunda instancia justifican la estimación de la demanda. En efecto, consta en las actuaciones que:

– La entidad demandada, C de T y C es titular de un coto de caza sito en la localidad de Calatorao (Zaragoza), en el que se encuentran integradas las parcelas rústicas núms. 169 con 74, 76, 80, 81 y 252 del polígono 169 y la parcela núm. 221 del polígono 123, plantadas de diversas especies de árboles frutales.

– Estas parcelas rústicas son propiedad de la entidad actora F L B, S. L.

– El coto citado tiene varias zonas de seguridad, en los espacios lindantes con otras fincas de cultivo, y en la zona próxima a la autovía Madrid-Zaragoza.

– Desde el año 2002 existe una gran población de conejos en las zonas de seguridad. Estos animales han comido los troncos de los árboles frutales de las parcelas contiguas, pertenecientes a la parte actora, lo que ha producido a ésta un gasto en labores de salvamento, que se eleva a 16.700,80 euros.

– La sociedad actora, ante la detección de la proliferación de los conejos, adoptó medidas para la protección de los árboles frutales, consistentes en proteger sus troncos con plásticos, que resultaron ineficaces pues los animales continuaron comiendo los troncos en su parte superior, en las proximidades de las ramas.

– En la finca de la actora ha habido un amontonamiento de ramas, como consecuencia de la poda.

Sexto: Partiendo de tales hechos, tal como han quedado acreditados en la segunda instancia, el recurso de casación no puede prosperar. Como se ha señalado, el artículo cuya infracción se denuncia establece una responsabilidad de carácter objetivo para los titulares de los terrenos cinegéticos, y en el caso de autos consta claramente dicha titularidad, la proliferación de conejos en el coto y su actuación de ramoneo que ha afectado a los árboles frutales plantados en las parcelas de la sociedad actora. De dichos extremos resulta la indicada responsabilidad, que se extiende a reparar el perjuicio causado, en la cuantía que consta en la demanda, y así ha sido sentenciado en la resolución que se impugna.

Frente a ello, los alegatos de la parte recurrente no pueden gozar de favorable acogida. Su fundamento principal es la consideración de que existió una «evidente negligencia de la parte actora», al impedir la entrada de cazadores en su finca, y de esa manera el control de la población de conejo, así como no adoptar medidas adecuadas de salvamento de los árboles y de mantenimiento de sus fincas para evitar la proliferación, y la existencia de acopios de ramas, troncos y árboles arrancados, zonas en las que los conejos establecen sus madrigueras.

Pero de tales alegaciones, la primera de ellas no resulta acreditada en autos, y las restantes pugnan con la valoración de la prueba, efectuada en la sentencia recurrida, en la que expresamente se indica que la sociedad demandante adoptó las medidas razonables encaminadas a evitar los daños en sus árboles frutales, consistentes en proteger sus troncos con plásticos, mientras que el amontonamiento de ramas en la finca de la actora no fue causa suficiente para explicar la sobresaturación de los conejos, que se debió a la mala política de gestión de la caza en el coto aledaño –fundamento de derecho tercero–. La argumentación que al respecto se hace en la sentencia de la Audiencia no incurre en error patente, no es irracional ni contraria

a la lógica, y es sabido que la valoración de la prueba es competencia del tribunal de instancia, no siendo revisable en el ámbito de un recurso de naturaleza extraordinaria salvo supuesto de arbitrariedad –STS de 13 de abril de 2010, y las que en ella se citan-, que no concurre en este caso.

En consecuencia, la sentencia recurrida no incurre en infracción del artículo 71 de la Ley de Caza de Aragón, sino que la aplica correctamente al caso de autos, procediendo la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.

Séptimo: Las costas del presente recurso deberán ser abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 10/2010, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Peiré Blasco, actuando en nombre y representación de C de T y C, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 26 de febrero de 2010, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presidente de esta Sala Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas, firma en nombre del magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra, quién «voto en Sala y no pudo firmar» por encontrarse de vacaciones.

10

NÚM. 10

S. TSJA de 13 de septiembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Derecho de información: infracción: ***La infracción del derecho de información al actor, por la falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto en vía judicial.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 17, 18, 19, 21, 22, 36 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón; arts. 2-3, 1256 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.***

En Zaragoza, a trece de septiembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 9/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 19 de febrero de 2010, recaída en el rollo de apelación número 60/2010, dimanante de autos de procedimiento ordinario número 60/2009, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, don Ángel B. C., representado por la procuradora de los Tribunales doña M.ª Victoria Gracia Sau y dirigido por el letrado don Ricardo García Soria, y como parte recurrida B. S. V. S. C. representada por la procuradora de los Tribunales doña M.ª del Carmen Maestro Zaldívar y dirigida por el Letrado don Luis Nivela Sainz.

Es ponente el magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

Antecedentes de hecho

Primero: La procuradora de los Tribunales doña Victoria Gracia Sau, actuando en nombre y representación de don Ángel B. C., presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación de acuerdo social contra B. S. V. S. C., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia:

«a) Declarando la nulidad del acuerdo del Consejo rector de 19 de marzo de 2009, por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva.

b) Declarando el derecho del actor, don Ángel B. C., a reactivar su actividad vitícola en la explotación que refirió a la Cooperativa en su escrito de 10 de marzo de 2009 al cumplir todos los requisitos objetivos para ello, y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos.

c) Condenando al demandado a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, con expresa condena en las costas causadas por el proceso.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada que compareció en tiempo y forma y contestó a la misma alegando la excepción de falta de legitimación activa y oponiéndose a ella e interesando se dictase sentencia por la que: «se desestime la demanda al acoger la excepción de falta de legitimación activa, y en el caso de no admitirla y entrase al fondo del asunto, acuerde asimismo desestimar todas las pretensiones contenidas en el suplico del actor, todo ello con la imposición de costas al mismo del procedimiento.» El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don Ángel B. C., representado por la procuradora de los Tribunales señora Gracia Pau contra B. S. V. S. C., representada por la procuradora de los Tribunales señora Maestro Zaldívar, declaro la nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva y su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación al cumplir todos los requisitos objetivos para ello y ser socio productivo de la cooperativa con todos los derechos condenando en costas a la parte demandada».

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, ésta dictó sentencia de fecha 19 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Estimar en parte el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2009 dictada por la Ilma. señora titular del Juzgado Mercantil núm. 2, en los autos núm. 60/2009, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada, sin hacer imposición de las costas de primera instancia. No hacemos imposición de las costas de esta alzada.»

Cuarto: La procuradora de los Tribunales doña María Victoria Gracia Sau, actuando en nombre y representación de don Ángel B. C., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal:

«Motivo 1.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Motivo 2.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al

amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consecuencia del anterior motivo existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber obtenido una respuesta judicial y remitir la decisión a la parte demandada».

El recurso de casación está basado en los motivos siguientes:

«Motivo 1.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación del artículo 2 L.Coop. Aragón.

Motivo 2.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación de los artículos 18 y 19 L.Coop. Aragón.

Motivo 3.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación del artículo 17 LCoop. Aragón.

Motivo 4.º La infracción legal de normas aplicables para resolver cuestiones objeto del proceso, en concreto, la vulneración o infracción de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales) de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón, en relación con el artículo 1256 y artículos 2.3 del Código Civil, así como la constante jurisprudencia que los interpreta».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 24 de mayo de 2010 auto por la que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confiriendo traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 30 de junio se señaló para votación y fallo el día 15 de julio del presente año.

Fundamentos de derecho

Primero: De las actuaciones de primera instancia y apelación deben ser destacados los siguientes hechos:

1. El actor, don Ángel B. C., socio de la entidad «B. S. V. S. C.», recibió de ésta una carta fechada el 16 de mayo de 2.005 (doc. núm. 5 de la demanda) comunicándole su pase a la condición de socio excedente. Decía así:

«Muy señor nuestro:

Una vez revisados nuestros archivos, hemos constatado que usted no tiene actividad en la Cooperativa, es decir, no entrega cosecha, por ello de conformidad con lo establecido en el artículo 14, punto 1, usted cesará obligatoriamente como socio, pasando a ser socio excedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, punto 2.

Asimismo en la Asamblea General del 27 de abril de 2005, se autorizó su condición de socio excedente, con los derechos que para ello marcan los Estatutos, los cuales se reflejan en la hoja adjunta, junto con el acuerdo de la Asamblea General.

En caso de que usted no desee esta condición de socio, debe solicitarnos por escrito su voluntad de causar baja definitiva de esta Cooperativa, ya que en caso contrario entenderemos que nos confirma su situación de socio excedente».

A la carta se acompañaba el acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005 referente a los socios sin actividad, conforme al Orden del día de su convocatoria (doc. 3 de la demanda) para la adopción del acuerdo de aprobación de las denominadas «Normas para el buen funcionamiento de la Sociedad» (doc. 4) que, en relación con este punto, literalmente decía:

«SOCIOS SIN ACTIVIDAD

Los Estatutos no permiten la existencia de «socios sin actividad» cooperativizada.

Todos los socios que no tienen explotación vitícola y que, por tanto, no entregan

uva a la Bodega, deben pasar a ser socios excedentes (Estatutos art. 7, punto 2).

Estos socios tienen derecho a los servicios de que disfrutan el resto de los socios, como la adquisición de productos (vino, aceite, etc), y tienen voz en las Asambleas a las que sean citados, pero no voto.

REACTIVACIÓN DE UN SOCIO EXCEDENTARIO

Requisitos:

– Sólo podrá reactivar su actividad cooperativizada el mismo titular de dicho número, siempre y cuando cumpla las condiciones que para ser socio activo exigen los Estatutos.

– La reactivación sólo podrá llevarse a cabo antes de que hayan transcurrido ocho años desde el cese de su actividad, u ocho años a partir de la fecha de aprobación de estas normas.

Condiciones:

– La superficie que se considerará en el caso de la reactivación del catastro de un socio será la que constara en la B. C. inscrita a su nombre en el último catastro del socio.

– Todos los incrementos de superficie de viña que pudieran producirse en el momento de la reactivación serán tratados como ampliación de catastro (ver altas de nuevas viñas en el catastro de un socio).»

También se transcribía el artículo 7.2 de los Estatutos:

«Podrán existir socios excedentes que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativa sean autorizados a permanecer en la sociedad, sujetos a las condiciones y limitaciones siguientes:

– Tendrán voz en las Asambleas a las que sean citados pero sin voto.

– Tendrán derecho a los servicios de que disfrutan el resto de los socios, tales como adquisición de productos (vino, aceite, etc.) y similares.

La autorización para obtener la condición de socio excedente será otorgada por el Consejo Rector, debiendo ser ratificada por la Asamblea General.»

2. El actor, tras recibir una comunicación de la Cooperativa de 17 de febrero de 2009 dirigida a todos los socios (doc. núm. 6 de la demanda) sobre la posibilidad de nuevas plantaciones conforme a un nuevo Plan de Reestructuración de Viñedo de la Diputación General de Aragón, dirigió a la Cooperativa escrito de 10 de marzo de 2009 (doc. núm. 7) en la que comunicaba que había iniciado los trámites necesarios para la plantación con nuevos derechos de las mismas parcelas por las que en su día dejó de producir y, como socio excedente, según se le había comunicado el 16 de mayo de 2005, solicitaba la reactivación de su condición de socio productivo conforme a las normas aprobadas en la Asamblea de 27 de abril de 2005.

3. La Cooperativa dirigió al señor B. una carta fechada el 23 de marzo de 2.009 (doc. núm. 8 de la demanda) en los siguientes términos:

«Estimado socio:

Le comunicamos que el Consejo Rector, en su reunión del 19 de marzo de 2009, dio lectura a su escrito de 10 de marzo de 2009, al cual damos respuesta.

En primer lugar se acordó indicarle que, si bien en las «Normas para el buen funcionamiento de la sociedad», aprobadas el 27 de abril de 2005, se contempla la posibilidad de reactivar un socio excedente, posteriormente en el acuerdo, cuya copia se adjunta, aprobado en la Asamblea General, del 5 de mayo de 2006, se modifica el criterio anterior, ya que no permite dicha reactivación, salvo autorización expresa del Consejo Rector.

Por lo expuesto el Consejo Rector, una vez estudiada su petición y por entender que no hay razones suficientes para alterar el referido acuerdo, no aprobó su solicitud.»

Con la carta se le adjuntaba fotocopia del acuerdo de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006 sobre la actualización de normas para el buen funcionamiento de la

sociedad, cuyo apartado 3 era del tenor siguiente:

«3. Socios sin actividad.

Los socios excedentes no podrán reactivar su condición de Socio activo salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector.

Estas normas complementan o modifican las normas aprobadas anteriormente y prevalecen sobre las mismas.»

4. Con fecha 2 de mayo de 2009 el señor B. remitió por burofax (doc. núm. 9 de la demanda) carta dirigida al señor secretario del Consejo Rector de la Cooperativa acusando recibo de la carta de 23 de marzo de 2009 y solicitando que se le remitiera certificación literal diligenciada del acuerdo del Consejo de 19 de marzo de 2009 sobre su solicitud de reactivación de la condición de socio.

La Cooperativa aportó como documento núm. 14 de su escrito de contestación a la demanda carta de 11 de mayo de 2009 dirigida al señor B., con la que adjuntaba certificación del acuerdo solicitado del Consejo Rector de 9 de marzo de 2009, que literalmente dice:

«Se da lectura al escrito del socio excedente don Ángel B. C., en el cual solicita la reactivación de su número de socio y el Consejo Rector, de conformidad con el acuerdo de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006, por el que "Los socios excedentes no podrán reactivar su condición de socio activo salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector", no habiendo encontrado razonamientos suficientes que justifiquen la reactivación de dicho número de socio, acuerda aplicar el principio del citado acuerdo de la Asamblea General, manteniendo, en consecuencia, su condición de socio excedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 de nuestros Estatutos Sociales.»

5. Los artículos de los Estatutos (aportados como doc. núm. 1 de la demanda) que han de ser tenidos en cuenta son los siguientes:

Artículo 7. Personas que pueden ser socios.

1. Pueden ser socios de esta Cooperativa las personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones agrarias, situadas dentro del ámbito de la Cooperativa señalado en el artículo 3 de estos Estatutos.

2. Podrán existir socios excedentes que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativa sean autorizados a permanecer en la sociedad, sujetos a las condiciones y limitaciones siguientes:

– Tendrán voz en las Asambleas a las que sean citados pero sin voto.

– Tendrán derecho a los servicios de que disfrutan el resto de los socios, tales como adquisición de productos (vino, aceite, etc.) y similares.

La autorización para obtener la condición de socio excedente será otorgada por el Consejo Rector, debiendo ser ratificada por la Asamblea General.

Artículo 9. Procedimiento de admisión.

1. El interesado formulará la solicitud de admisión, por escrito, al Consejo Rector, el cual deberá resolver en el plazo de un mes desde su recepción. El acuerdo de éste desfavorable a la admisión será motivado, no pudiendo ser discriminatorio ni fundamentarse en causas distintas a las señaladas en la Ley o en estos Estatutos.

Transcurrido dicho plazo sin que el Consejo Rector haya resuelto, se entenderá denegada la admisión.

2. Denegada la admisión, el solicitante podrá recurrir ante la Asamblea General, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo del Consejo Rector o, en su caso, desde la terminación del plazo que éste tenía para resolver la solicitud de admisión.

El recurso deberá ser resuelto por la Asamblea General, en la primera reunión que se celebre, en votación secreta. Será preceptiva la audiencia previa del interesa-

do. La resolución será recurrible ante la Jurisdicción ordinaria.

Artículo 11. Derechos de los socios.

Los socios tienen derecho a:

a) Participar en la actividad empresarial que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, sin ninguna discriminación.

b) Participar con voz y voto en la adopción de acuerdos por la Asamblea General y demás órganos sociales de los que formen parte.

c) Ser elector y elegible para los cargos de los órganos sociales.

d) Exigir información en los términos legales y en estos Estatutos.

e) Participar en el retorno de excedentes que se acuerde.

f) Recibir la liquidación de sus aportaciones en caso de baja o disolución de la Cooperativa.

g) A los demás derechos que resulten de las normas legales y de estos Estatutos.

Los derechos reconocidos de este artículo serán ejercitados de conformidad con las normas legales y estatutarias y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales.

Artículo 12. Derecho de información.

Todo socio podrá ejercitar el derecho de información en los términos previstos en el artículo 21 y concordantes de la Ley de Cooperativas de Aragón, en estos Estatutos o en los acuerdos de la Asamblea General.

Artículo 14. Baja Obligatoria.

1. Cesarán obligatoriamente como socios, pasando a ser socios excedentes de acuerdo con el contenido del artículo 7 de estos Estatutos, quienes pierdan la condición de ser titulares de explotaciones agrarias situadas en el ámbito de la Cooperativa.

Artículo 21. Competencia.

2. La Asamblea General puede debatir sobre cualquier asunto de interés de la cooperativa, pero sólo podrá decidir sobre cualquier materia incluida en el orden del día que no sea competencia exclusiva de otro órgano social.

3. En todo caso su acuerdo será necesario en los siguientes asuntos:

a) Nombramiento y revocación de los miembros del Consejo Rector, de los Interventores y Liquidadores.

b) Examen de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de excedentes o imputación de pérdidas.

c) Establecimiento de nuevas aportaciones obligatorias y actualización de las aportaciones.

d) Emisión de obligaciones y otras formas de financiación.

e) Modificación de los Estatutos sociales.

f) Fusión, escisión, transformación y disolución de la Sociedad.

g) Transmisión, por cualquier título, de la Cooperativa o parte de sus bienes que, por su importancia para los fines sociales, pueda modificar sustancialmente la estructura económica, organizativa o funcional de la misma.

h) Creación de una Cooperativa de segundo o ulterior grado o de un consorcio y entidades similares y adhesión o separación a los mismos.

i) Ejercicio de la acción de responsabilidad, en la forma legalmente establecida, contra los miembros del Consejo Rector, Interventores, Liquidadores y otros órganos con funciones delegadas que pudieran existir.

j) Aprobación o modificación del Reglamento interno de la Cooperativa en su caso.

k) Cualquier otro que con tal carácter este previsto legal o estatutariamente.

4. Las competencias que correspondan en exclusiva a la Asamblea General son indelegables, salvo las recogidas en los apartados g) y h) del número anterior, que podrán ser delegadas por la propia Asamblea, estableciendo las bases y límites de la delegación así como la obligación del Consejo Rector de informar de su resultado en la siguiente Asamblea que se celebre.

Artículo 23. Forma de la convocatoria.

1. La convocatoria de la Asamblea General deberá efectuarse mediante publicación en el tablón de anuncios del domicilio social de la Cooperativa. Todos los socios han de poder tener noticia de la convocatoria con una antelación mínima de 10 días naturales y máxima de 30 a la fecha prevista para su celebración.

2. La convocatoria habrá de expresar con claridad los asuntos a tratar en el Orden del Día, lugar, día y hora de la reunión en primera y segunda convocatoria. Entre ambas deberá transcurrir media hora.

3. El Orden del Día será fijado por el Consejo Rector. Cualquier petición hecha por el 10 por 100 de los socios durante los tres días siguientes a la publicación de la convocatoria, deberá ser incluida en el Orden del Día. En este caso, el Consejo Rector tendrá que hacer público el nuevo Orden del Día en los tres días siguientes a la finalización de este plazo.

4. No obstante lo anterior, la Asamblea se entenderá válidamente constituida, con carácter de Universal, siempre que estén presentes o representados la totalidad de los socios y acepten unánimemente su celebración y los asuntos a tratar, firmando todos ellos el acta.

Artículo 36.

Los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a estos Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la Cooperativa, podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos 36 y 42.3 de la Ley de Cooperativas de Aragón y 28 de estos estatutos.

Segundo: La sentencia de primera instancia desestimó, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa del actor opuesta por la Cooperativa demandada que se fundaba en que, como socio excedente, no tenía otros derechos que los establecidos en los Estatutos sociales y, conforme al artículo 7.2 de los mismos, no existe la obligatoriedad de que estos socios sean citados a las asambleas ni tienen derecho a voto, careciendo de capacidad para intervenir en los órganos gestores y, en consecuencia, de legitimidad para impugnar sus acuerdos. La sentencia estima que el actor, como persona física que manifiesta haber sufrido un perjuicio como consecuencia de un acuerdo adoptado por una asamblea de una cooperativa de la que es socio, se encuentra perfectamente legitimado para solicitar la tutela judicial de sus derechos. En este punto la sentencia de la Audiencia Provincial confirma la anterior si bien manifiesta que la ley no otorga una legitimación tan amplia como la que parece afirmar la sentencia de primer grado porque el acuerdo impugnado es del Consejo Rector, por el cual la Cooperativa denegó al actor la recuperación de su condición de socio activo perdida por acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005, que no se impugna, como tampoco se impugnaba el acuerdo de la misma que regulaba las condiciones para la recuperación de actividad de los socios excedentes, ni el posterior acuerdo adoptado en Asamblea de 25 de mayo de 2006 que modificó dichas condiciones, los cuales se encuentran vigentes. Afirma igualmente la sentencia de apelación que el artículo 36 de los Estatutos de la Cooperativa equipara el régimen de impugnación de los acuerdos del Consejo Rector al de los emanados de la Asamblea General y, si bien el régimen de impugnación de los acuerdos de los órganos sociales no habilita para defender mediante ellos los intereses de uno de los socios frente a la Coope-

rativa o a los demás socios, a no ser que sean contrarios a los estatutos o a la ley, como se afirma en este caso, la generalidad con que se manifiesta el precepto estatutario impide excluir a los excedentes de los «socios» a los que legitima sin distinción alguna.

En cuanto al fondo, la sentencia del Juzgado afirma que de lo actuado se ha acreditado que el actor fue informado del contenido de la Asamblea General de 27 de abril de 2.005, en la que se condicionó el derecho de reactivación del socio excedente al cumplimiento de unos determinados requisitos que otorgaban la reactivación automática siempre y cuando la solicitud se hiciera en un plazo de ocho años, pero que no fue informado del contenido de los acuerdos de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 en la que se alteraron dichas normas, pese a que afectaban sustancialmente al socio excedentario, infringiendo con ello el derecho de información de los artículos 16 y 21 de la Ley 9/1998 y que, dado que el acuerdo de la Asamblea de 27 de abril de 2005 establecía que «para reactivarse bastaba cultivar la viña y que no hubieran transcurrido los plazos legales de ocho años desde la aprobación de las normas o desde que se dejó de cultivar», ha de estarse a la interpretación literal de los mismos y acoger la petición de cumplimiento del actor. En consecuencia, estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva, y su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación al cumplir todos los requisitos para ello y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos.

En este aspecto de fondo discrepa la sentencia de apelación y afirma que «como quiera que el actor no forma parte del órgano que adoptó el acuerdo, carecen de relevancia las referencias al derecho de información pues éste, a los efectos de la impugnación de acuerdos, tiene carácter instrumental en tanto dirigido a asegurar la correcta formación de criterio a la hora de la emisión de voto en los órganos sociales colegiados». Respecto a la falta de audiencia previa a la adopción de acuerdos por la Asamblea General, el efecto discriminatorio de éstos y su falta de motivación e indebida delegación de facultades al Consejo Rector, advierte esta sentencia que los mismos no fueron impugnados por lo que han de desplegar todos los efectos que le son propios, y que el régimen de los socios excedentes de los artículos 18 LCA y 7 de los Estatutos no les equipara a los socios activos y estos artículos no les otorgan el derecho a participar en la toma de decisiones por los órganos de la cooperativa. Examina a continuación la alegada falta de motivación e incongruencia del acuerdo del Consejo Rector, como causa de anulabilidad del mismo, y afirma que, según los acuerdos asamblearios, la expresión de razones tan sólo se exige del Consejo Rector para el caso en que se apruebe la solicitud de reactivación, no para el contrario, pero la motivación ha de entenderse exigida por la ley pues, conforme al artículo 17 LCA y al artículo 9 de los Estatutos, la denegación de la solicitud para ser socio no podrá ser discriminatoria ni basarse en razones que no estén recogidas en los estatutos o en la ley, imponiendo ambos preceptos una denegación motivada por lo que, si ello es así para la solicitud de ingreso, con mayor motivo para la denegación de reactivación del socio excedente, por lo que acoge la petición de nulidad por falta de motivación si bien con la consecuencia, que no recoge explícitamente en la parte dispositiva, de devolver la decisión a los órganos de la sociedad cooperativa por exigencia del principio de autoorganización social, para que resuelva en forma motivada la petición que le fue dirigida. La sentencia estima en parte el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada.

Tercero: El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2º LEC por

infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y el motivo segundo al amparo del artículo 469.1.4.º, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en cuyo enunciado de este motivo segundo expresamente se dice que, como consecuencia del anterior, existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber obtenido una respuesta judicial y remitir la decisión a la parte demandada, serán examinados conjuntamente dada su proclamada conexión, que así se aprecia porque en el primero se denuncia un desajuste entre la fundamentación y el fallo judicial en relación con los términos en que la parte actora formuló su pretensión de reactivación como socio productivo, en el sentido de que la sentencia es incongruente al eludir y no dar respuesta judicial a la pretensión ejercitada y conceder cosa distinta, cual es devolver la decisión a la demandada para la motivación del acto entendiendo infringidos los principios dispositivo y de rogación, y en el segundo se dice infringido el principio de tutela judicial efectiva, con indefensión no meramente formal sino material que afecta al derecho de la parte en el proceso, porque ni estima ni desestima su petición sino que simplemente deriva la resolución a un organismo extrajudicial, en este caso la propia demandada.

En definitiva, la queja del recurrente estriba en que la sentencia recurrida no da respuesta a su pretensión de reactivación que –dice– no estima ni desestima sino que remite a su motivación por el órgano correspondiente de la Cooperativa demandada.

El actor solicitó en su demanda, según hemos recogido en el primero de los antecedentes de hecho, la declaración de nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se le denegó la reactivación de la actividad productiva, y la declaración de su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación que refirió a la Cooperativa en su escrito de 10 de marzo de 2009 al cumplir todos los requisitos objetivos para ello y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos. La sentencia del Juzgado se ajustó exactamente a estas peticiones, que estimó literalmente en tales términos, y la sentencia de apelación estimó en parte el recurso de la Cooperativa apelante y revocó la sentencia anterior en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada.

El contraste de la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado, que se ajustaba literalmente a las peticiones de la demanda, y el de la sentencia de apelación, permite comprobar que esta última, por la estimación parcial del recurso de apelación, revoca únicamente la segunda parte de la anterior relativo al derecho del actor a la reactivación, que se deja sin efecto, por lo que da clara respuesta a las peticiones de las partes, en este caso del recurso de la parte apelante, con la consecuencia de desestimar expresamente la petición de la demanda de la reactivación de los derechos del actor como socio activo de la Cooperativa. Ciertamente, la consecuencia de esa revocación parcial, tal como se expresa en el fundamento quinto de la sentencia recurrida al devolver la decisión a los órganos de la sociedad, es distinta de la pretendida por la parte que solicitaba el reconocimiento de su derecho a la reactivación con el riesgo de un pronunciamiento desestimatorio, como ha sucedido, si bien matizado porque tal desestimación no resulta definitiva al remitir la sentencia recurrida a la motivación de la resolución del Consejo Rector de la Cooperativa.

El recurrente denuncia incongruencia omisiva de la sentencia porque –afirma– ha dejado sin respuesta el derecho, o no, del actor a ser reactivado como socio productivo. Respecto de la incongruencia, el Tribunal Constitucional en la sentencia 213/2000, de 18 de septiembre, establece que, como recuerda la sentencia 136/1998, de 29 de junio (fundamento jurídico segundo), desde la sentencia del mismo Tribunal 20/1982, de 5 de mayo, se ha

declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, sólo adquiere relevancia constitucional por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (sentencias del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero –fundamento jurídico octavo–, 215/1999, de 29 de noviembre –fundamento jurídico tercero– y 118/2000, de 5 de mayo –fundamento jurídico segundo–). Para que la incongruencia tenga relevancia constitucional a los efectos de entender lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva es indispensable que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, y por ello la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (sentencia del Tribunal Constitucional 215/1999 –fundamento jurídico tercero– y las allí citadas). Así pues, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y «petitum»). En cuanto a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la «causa petendi» alterando de oficio los motivos del recurso formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el «thema decidendi». Además de distinguir nuestra jurisprudencia entre la llamada incongruencia omisiva o «ex silentio», que se producirá cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia «extra petitum», que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada incongruencia por error, que es aquélla en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia (sentencias del Tribunal Constitucional 28/1987, de 5 de marzo –fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto–, 369/1993, de 13 de diciembre –fundamento jurídico cuarto–, 111/1997, de 3 de junio –fundamento jurídico tercero–, 136/1998, de 4 de julio –fundamento jurídico segundo–, 96/1999, de 31 de mayo –fundamento jurídico quinto–, 113/1999, de 14 de junio –fundamento jurídico segundo–, y 124/2000, de 16 de mayo –fundamento jurídico cuarto), tratándose de supuestos en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta.

Como se ha dicho, la sentencia recurrida revoca, por la estimación parcial del recurso de apelación, el pronunciamiento del Juzgado sobre el derecho del actor a la reactivación, por lo que decide sobre lo que ha sido sometido a debate –el derecho del actor a su reactivación como socio activo–, y no deja sin respuesta dicha petición sino que expresamente la resuelve, denegándola, aunque no definitivamente sino sometida a la motivación del órgano correspondiente. No hay, por lo tanto, una desestimación tácita de la citada pretensión, como sugiere el recurrente, sino expresa. La decisión de obligar al órgano rector a dictar nueva resolución motivada

la justifica la sentencia recurrida en la denunciada (por el recurrente) falta de motivación de la misma, que viene a impedir el control sobre la misma. No supone por ello, como dice el recurrente, que la decisión de la Audiencia Provincial resulte arbitraria, irracional y errónea, sino que, estimando la causa de nulidad –falta de motivación– alegada por el propio actor, le asigna una consecuencia distinta de la pretendida por él y remite a la resolución del Consejo Rector para poder resolver si su posterior decisión, con la motivación que el órgano exprese, resulta discriminatoria o contraria a la ley o los estatutos.

Por lo tanto la sentencia resuelve todas las pretensiones sometidas a juicio, y en cuanto al efecto que se asigna a la nulidad, que es la remisión al órgano correspondiente para adoptar una decisión razonada, se encuentra dentro de las facultades de la Sala sentenciadora para determinar las consecuencias de un acto nulo, aunque la parte entienda que deben ser otras, por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal, en sus dos motivos, debe ser desestimado.

Cuarto: Entrando a conocer el recurso de casación, el primer motivo acusa la incorrecta aplicación del artículo 21 de la Ley 9/1998 de Cooperativas de Aragón, de 22 de diciembre (LCA), que regula el derecho de información de los socios, el motivo segundo la incorrecta aplicación de los artículos 18 (otras clases de socios) y 19 LCA (obligaciones de los socios), el tercero la incorrecta aplicación del artículo 17 (admisión de socios), y el cuarto vulneración de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales), en relación con el artículo 1.256 y artículo 2.3 del Código civil, pero en todos ellos, y de forma explícita en los tres últimos, el recurrente empieza por recordar que «la sentencia recurrida reprocha al actor la falta de impugnación de los acuerdos de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006 para acoger la falta de audiencia previa a la adopción de los acuerdos, el efecto discriminatorio de los mismos y su falta de motivación» (comienzo del motivo segundo), que la sentencia recurrida advierte de que al no haber sido impugnados los acuerdos de la Asamblea General de 20005 y de 2006 han de desplegar todos los efectos que le son propios (comienzo del motivo tercero), y que la sentencia recurrida sostiene (párrafo segundo «in fine» del fundamento de derecho segundo) que al no haberse impugnado ni el acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005 ni el posterior de mayo de 2006 los acuerdos han de desplegar todos los efectos que le son propios (primer párrafo del motivo cuarto), por lo que la falta de impugnación de dichos acuerdos de las Asambleas de 2005 y 2006 se convierte en hilo conductor del recurso, debiendo analizarse las consecuencias de esa falta de impugnación, lo que debe ponerse en relación, según se razonará a continuación, con el contenido del derecho de información de los socios (art. 21 LCA), que constituye, justamente, el primer motivo del recurso de casación.

En este primer motivo recuerda el recurrente, en primer lugar, que en la Asamblea de 27 de abril de 2005 se aprobaron las condiciones para la reactivación de los socios excedentes mediante el cumplimiento de determinadas condiciones y que la reactivación se llevara a cabo antes de que hayan transcurrido ocho años desde el cese de su actividad. U ocho años a partir de la fecha de aprobación de estas normas, pero en la Asamblea de 5 de mayo de 2006 se modificaron las condiciones de reactivación, de forma que se estableció en ella el principio general de no reactivación de los socios excedentes salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector, sin que se hubiera citado a esta última Asamblea a los socios excedentarios, en concreto al recurrente, ni se les hubieran notificado las modificaciones de su situación lo que, a su juicio, implica infracción del derecho de información.

La sentencia del Juzgado acogió tal razonamiento por entender que la falta de información al actor del contenido de los

acuerdos de la última Asamblea, en la que se alteraron las normas pese a que afectaban sustancialmente al socio excedentario, infringía el derecho de información de los artículos 16 y 21 LCA. Como corolario, la sentencia estimó que concurrían en el actor los requisitos para su reactivación como socio activo, en los términos que resultaban del acuerdo de la anterior Asamblea de 2005, y declaró su derecho a la reactivación.

Los efectos que la sentencia de apelación atribuye a la falta de conocimiento y notificación a los socios excedentarios de los acuerdos de la Asamblea de 2006 son distintos. Argumenta que lo que se impugnó fue el acuerdo del Consejo Rector de marzo de 2009 que denegó su reactivación como socio activo, y no el de la Asamblea de mayo de 2006 que modificó los criterios para la reactivación de los socios excedentarios, por lo que este acuerdo está vigente y, dado que el actor no forma parte del órgano que adoptó el acuerdo, carecen de relevancia las referencias al derecho de información pues éste, a los efectos de la impugnación de acuerdos, tiene carácter instrumental en tanto dirigido a asegurar la correcta formación de criterio a la hora de la emisión de voto en los órganos sociales colegiados. Por ello no da relevancia a la infracción del derecho de información.

En este punto debe hacerse alguna matización a las anteriores consideraciones pues la sentencia recurrida confirma en el fundamento anterior la legitimación del actor para la impugnación del acuerdo del Consejo Rector de marzo de 2009, por entender que el artículo 42.3 LCA, en relación con su artículo 36, otorga una legitimación más amplia que la del artículo 37 LGC estatal, que reduce la de los socios ajenos al Consejo a la impugnación de los acuerdos que sean nulos y, sin embargo, la sentencia limita a continuación los efectos de la infracción del derecho de información por no formar parte del órgano que adoptó el acuerdo, lo que resulta poco coherente pues, siguiendo tal razonamiento, sólo podrían impugnar los acuerdos del Consejo Rector sus propios miembros que no hubieran sido debidamente informados por no haber sido adecuadamente conformada la voluntad del órgano colegiado, y si se estimara que tal voluntad era la de la Asamblea de socios, sobrentendería la sentencia que los excedentarios no forman parte de la misma y tampoco podían recurrir.

Afirma la sentencia la validez del acuerdo de la Asamblea de 2006, no impugnado, y no da relevancia para ello a la infracción del derecho de información, por lo que éste debe ser ahora concretado en su contenido y efectos.

Ciertamente el derecho de información se configura en las sociedades en general, y de forma más amplia en las cooperativas, como instrumental en el sentido que afirma la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007, recurso 1803/2000: «el derecho esencial de información los socios y cooperativistas presenta un neto carácter instrumental, y en tal sentido puede calificarse de prestacional, en la medida en que se articula en función de otro derecho si cabe aun más esencial, cual es el de voto, cuyo adecuado ejercicio ha de garantizarse facilitando al socio o cooperativista toda la información necesaria que le permita formar su criterio y tomar parte activa en la vida social mediante la emisión de su voto con el debido fundamento».

Pero de ello no cabe deducir que, por carecer de derecho al voto en el presente supuesto, el socio excedente vea absolutamente vacío de contenido su derecho de información pues, como hemos visto, el artículo 7.2 de los Estatutos aunque no les concede voto sí les otorga voz en las Asambleas a las que sean citados. Parecería así que la citación de estos socios a las Asambleas sería una facultad discrecional de la Cooperativa, lo que en tales términos podría no resultar ajustado a derecho pues se haría ilusoria la posibilidad de hacer oír su voz si sólo fuera posible cuando así lo decidiera el órgano correspondiente de la cooperativa pero, en cualquier caso, podría

entenderse indispensable que fueran citados cuando sus derechos pudieran resultar afectados, como ocurría en las Asambleas de 27 de abril de 2005 y 5 de mayo de 2006, en las que precisamente se fijaban los requisitos para su reactivación como socios activos.

No haberlo hecho así podría suponer una infracción del derecho de información en la vertiente del derecho a participar en las Asambleas, en tanto en cuanto fueron privados de, al menos, hacer oír su voz respecto a un acuerdo que específicamente afectaba a sus derechos, pero no han sido impugnados los acuerdos asamblearios ni el ajuste a derecho del artículo 7.2 de los Estatutos en la restricción de derechos de los socios excedentes, por lo que no procede declaración al respecto.

Ciñéndonos al motivo de impugnación, que es la falta de notificación de los acuerdos a los socios excedentes, dispone el artículo 21.a) de la Ley de Cooperativas de Aragón, que los socios (todos) han de recibir los Estatutos así como el Reglamento de régimen interno y las modificaciones que se vayan introduciendo en los mismos, constituyendo este derecho de notificación la otra vertiente del derecho de información, a efectos de la posible impugnación, sobre todo cuando las modificaciones afectan a derechos concretos de los socios (en este caso los excedentes), pero la consecuencia de esta infracción no es la nulidad de uno u otro de los acuerdos, a voluntad del interesado, como parece pretender el actor al entender vigente el acuerdo con las condiciones de reactivación de la Asamblea de 27 de abril de 2005, y no las modificadas en la Asamblea de 5 de mayo de 2006. No fue citado a la primera pero se le comunicó el acuerdo y que pasaba a la situación de socio excedente con unas posibilidades de reactivación determinadas si no manifestaba lo contrario. Así ocurrió y, aun no habiendo sido citado, aceptó el resultado del acuerdo para él y su pase a la situación de excedente al no rechazar esta situación y, sobre todo, al hacer uso expresamente de ella al solicitar a su amparo la reactivación en su comunicación de 10 de marzo de 2009 (doc. núm. 7 de la demanda). Al no ser citado a la Asamblea de 5 de mayo de 2006 ni haber sido notificado del acuerdo que modificó las condiciones de reactivación, intentó válidamente tal reactivación al amparo del anterior acuerdo, que era el que conocía, pero ello no significa que el adoptado en la Asamblea de 5 de mayo de 2006 resultara automáticamente nulo, como parece pretender, pues sólo lo sería si hubiera sido adoptado contra las normas legales o estatutarias, ni significa que fuera inoponible a él, como si la Cooperativa solo estuviera vinculada frente a él por el acuerdo anterior, sino que podría impugnar el acuerdo supuestamente infractor de sus derechos en el momento en que tuviera debido conocimiento del mismo, y no haberlo hecho así no le permite ignorar su contenido cuando lo ha conocido. En tal sentido es correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que el acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 es válido en tanto no ha sido impugnado, pues la consecuencia de la falta de notificación de un acuerdo societario es que el plazo para su impugnación comenzará para el socio en el momento de la notificación al mismo.

Por ello la infracción del derecho de información del actor, por falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto, en su caso, en vía judicial.

Así pues, no habiendo sido impugnado dicho acuerdo, conforme indica la sentencia recurrida, está vigente y, a falta de su impugnación, lo que cabía examinar según la sentencia, por ser lo recurrido, era la validez del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009, basado en aquél acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006, pero carente de motivación según la sentencia.

En consecuencia, debe rechazarse el primer motivo del recurso de casación basa-

do en la infracción del derecho de información del artículo 21 LCA.

Quinto: El motivo segundo sigue el hilo argumental señalado, relativo a la consecuencia de la falta de impugnación del acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006, que entiende el recurrente debe ser, supuesta su validez, condicionar la eficacia y oponibilidad a que se hubiera hecho su comunicación a los afectados. Ya se ha razonado que, supuesta la validez del acuerdo, la falta de notificación a los afectados permite a los mismos su impugnación desde el momento de la notificación o de su conocimiento suficiente, pero no sustraerse a sus efectos dando por supuesto que los mismos están afectados de nulidad por la falta de notificación. Por ello no se infringen los artículos 18 y 19 LCA relativos a los derechos de los socios, en este caso los excedentes, que hemos afirmado en los términos antes señalados.

Frente a lo que afirma el recurrente, el artículo 18.2 LCA permite señalar en los Estatutos limitaciones y condiciones a los socios excedentes, derechos que en términos generales se recogen para todos los socios en el artículo 19, y respecto al derecho de voto indica aquel precepto para los socios excedentarios que «podrán ejercer el derecho a voto y el resto de los derechos sociales que se fijen». No se ha impugnado, para solicitar declaración sobre su ajuste a este precepto legal, el artículo 7.2 de los Estatutos que es el que limita sus derechos de voto y voz, por lo que no pueden declararse consecuencias a la eliminación del derecho de voto y la limitación al de voz salvo cuando fueran citados, por lo que sus derechos quedan limitados, salvo lo referido al derecho de ser notificados de los acuerdos, en los términos antes dichos.

Por ello debe ser rechazado este motivo segundo del recurso.

Sexto: El motivo tercero alega la infracción del artículo 17 LCA, que regula la admisión de socios. Defiende el recurrente que la sentencia recurrida lo aplicó incorrectamente pues no se pueden extender a los socios excedentes que pretenden su reactivación los mismos requisitos que a quienes pretenden su ingreso por primera vez. Pero ha de comprobarse que la sentencia recurrida lo que argumenta es que el citado artículo 17 y el artículo 9 de los Estatutos exigen que, para los nuevos socios, el rechazo de su solicitud debe ser motivado, no pudiendo ser discriminatorio ni basado en otras causas que las señaladas en la ley o en los estatutos, por lo que con mayor motivo, no cabía el rechazo del Consejo Rector a la reactivación del socio excedente sin expresión de causa, como se pretendía al amparo del acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 que autorizaba expresamente que sólo la reactivación tuviera que ser motivada. Por lo tanto, la sentencia hace una interpretación más beneficiosa para el actor con base en el artículo 17 LCA por lo que no puede ser aceptado que haya sido incorrecta su interpretación, siendo ésta la razón por la que la sentencia obliga a que el órgano de la Cooperativa motive la denegación de la solicitud, para la comprobación de que no es discriminatoria ni contraria a la ley o los estatutos.

Por ello debe ser igualmente rechazado este motivo del recurso.

Séptimo.– El cuarto y último motivo se basa en la vulneración de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales), en relación con el artículo 1.256 y artículo 2.3 del Código civil.

Al margen de la heterogénea cita de preceptos infringidos, lo que nuevamente recoge el motivo es la consecuencia de no haber impugnado los acuerdos de las Asambleas de 27 de abril de 2005 y 5 de mayo de 2006, que en su opinión ocasionan el error de la sentencia por declarar vigentes ambos acuerdos, pretendiendo deducir de ello el recurrente que el primero se aplicaría a los socios excedentes, como él, declarados así con anterioridad al de 5 de mayo de 2006, en tanto que este último sólo se aplicaría a los declarados en tal situación con posterioridad.

No es ésa la interpretación que se deduce, ni puede deducirse, de la sentencia recurrida. Lo que se viene a afirmar en ella, y es lo correcto, es que fijadas inicialmente las condiciones de reactivación en los términos del acuerdo de 27 de abril de 2005, fueron modificadas por las del acuerdo de 2 de mayo de 2006 y, en tanto que no han sido directamente impugnadas, estas últimas son las vigentes y a ellas ha de estarse. Ya hemos indicado que el efecto de la falta de impugnación del acuerdo de 5 de mayo de 2006, por falta de notificación a los afectados, no es su nulidad sino la posibilidad de impugnación, por lo que faltando la misma el actor ha de sujetarse a sus requisitos, pues siendo los mismos contradictorios con los anteriores éstos perdieron vigencia por tal oposición entre ellos y, en consecuencia, salvo su impugnación, han de ser respetados, y no cabe interpretar que ambos acuerdos y los respectivos requisitos exigidos en cada uno para la reactivación estén vigentes de forma diferenciada para uno u otros socios excedentarios. A la misma eficacia, y con las mismas consecuencias, se refiere la citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 interpretando los efectos de acuerdos de signo distinto, según lo acordado en cada uno de ellos.

En el presente caso no coexisten ambos acuerdos sino que el segundo, en cuanto a los requisitos para la reactivación, está vigente para todos los socios sin perjuicio de las posibilidades de impugnación del mismo, con los efectos que en su caso se declarasen. Y, en cuanto al acuerdo anulado del Consejo Rector, la necesidad de motivación impuesta al mismo es, como ya se dijo, una consecuencia que no extralimita las facultades que el tribunal puede atribuir a la nulidad de un determinado acto.

Por ello debe ser igualmente rechazado este motivo y, en definitiva, del recurso.

Octavo: En cuanto a las costas del recurso, habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido distinto y siendo controvertido el tema jurídico objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Desestimar el presente recurso de casación núm. 9/2010, interpuesto por la representación procesal de don Ángel B. C. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 19 de febrero de 2.010, cuya firmeza declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

B) RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2008)

HUESCA, 2008

11

NÚM. 11

S. APH de 14 de enero de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva: *Como decíamos en nuestras sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguo 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, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así proceda en su caso paralizar la obra que viene a tapar las ventanas. Pero la mera existencia de unas ventanas sin voladizos sobre predio ajeno no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina que haya que proteger.* **Facultad de abrir huecos:** *El actor es muy libre de tener en su propia finca la 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.* **Derecho del vecino a edificar o construir:** *El vecino tiene derecho a construir en su finca, 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 voladizos 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.*

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Usucapión: *A falta de voladizos sobre predio ajeno, desde la realización de un hecho obstativo impidiendo al vecino construir el dueño de la finca que lo formula 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.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144 y 145 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio verbal sobre protección sumaria de la posesión (núm. 609/2006). La S. de 19 diciembre 2006 desestima la demanda y acuerda alzar la suspensión de la obra, devolviendo al demandado la fianza prestada, y todo ello con condena en costas a los actores. Los demandantes interponen recurso de apelación al que se opone la parte demandada (autos núm. 109/2007). La APH desestima el recurso de apelación, confirma íntegramente la sentencia de instancia y condena a los apelantes al pago de las costas causadas en la alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha diecinueve de diciembre de dos mil seis la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora señora en nombre de don …… y …… y el esposo de ésta don ……, frente a ……, y en consecuencia debo acordar y acuerdo alzar la suspensión de la obra que se venía realizando en el edificio en construcción sito en la calle ……, núm. ……, de Barbastro desde el 13 de noviembre de 2006 por autos de fecha 9 de noviembre de 2006 y 16 de noviembre de 2006, devolviendo al demandado la fianza prestada de 10.000 euros, y todo ello con condena en costas a los actores».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandantes …… y …… anunciaron recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma para solicitar la nulidad de la Sentencia y que se diera lugar a todo lo pedido por dicha parte en su demanda, que se mantenga la suspensión de la obra y que se acuerde la demolición de lo construído a costa de la demandada. A continuación, el Juzgado dio traslado a la demandada …… para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable, en cuyo trámite dicha parte formuló en tiempo y forma escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

Cuarto: Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 109/2007. Al haberse propuesto prueba y solicitado vista por la parte actora, la Sala resolvió sobre la prueba y señaló día y hora para la vista, a la cual asistieron los representantes de las partes e informaron en defensa de sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedó el asunto pendiente para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Difícilmente puede haber lugar a la petición de nulidad formulada en primer término en el escrito de interposición del recurso, ya que ninguna indefensión se les ha causado a los apelantes a los efectos del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entienden aquéllos que se infringieron normas esenciales de procedimiento dado que en el presente pleito, en que se ejercitó una acción de tutela sumaria de la posesión, solamente podía resolverse de forma cautelar y aseguratoria sobre la situación fáctica existente al presentarse la demanda, pese a lo cual el proceso, siempre en opi-

nión de los recurrentes, se tramitó como el juicio declarativo, posible tan sólo como posterior al llamado interdictal, en que se deben discutir las cuestiones propiamente de Derecho suscitadas en el caso. Sin embargo, es evidente que la parte que ahora alega indefensión ha tenido, al menos, la oportunidad de denunciar al interponer su recurso que, a su criterio, durante la vista oral de la primera instancia se debatieron cuestiones que iban más allá de la posesión, y ha dispuesto así de la posibilidad de que, en el supuesto de que el Tribunal de apelación entienda que en la sentencia de instancia se llevó a cabo una declaración definitiva de derechos, los argumentos vertidos en el presente recurso sean tenidos en cuenta por la Sala para resolver el pleito en segunda instancia. No ha existido, por tanto, indefensión alguna, por lo que tampoco cabe acceder a la nulidad pretendida.

Segundo: Los apelantes, por otra parte, sostienen que su acción interdictal debe prosperar en atención a la prueba documental, testifical y pericial practicada en primera instancia. La Sala debe discrepar de este planteamiento. Ha quedado acreditado, en efecto, que la edificación promovida por la demandada en la propiedad colindante a la de los actores llevará consigo que varias de las ventanas interiores existentes en este último inmueble quedarán tapadas cuando concluya la referida construcción, bien que el resto de las ventanas interiores, según quedó asimismo probado, no se verán afectadas al comunicar con un patio de luces que será respetado por la demandada, y resulta igualmente de la prueba que ninguna de estas ventanas estaba provista de voladizos o salientes sobre el fundo contiguo. A todo ello hay que añadir 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, y que 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.

Así las cosas, y como decíamos en nuestras sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión que antiguamente era conocido como 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 las expresadas resoluciones, 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 ha acreditado, mediante pruebas objetivas distintas de las solas manifestaciones de una de los demandantes, que haya existido por parte de éstos acto obstativo alguno hacia la construcción promovida por la demandada. Por todo lo expuesto, la demanda debe ser rechazada como ya lo fue en primera instancia.

Tercero: Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena de los recurrentes al pago de las costas de esta alzada conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

12

NÚM. 12

S. APH de 14 de enero de 2008

84: SERVIDUMBRES: De paso: Usucapión: ***Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (sentencias de 28 de diciembre de 2006, 19 de noviembre de 1998 y 16 de junio de 1997, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el artículo 147 Comp. El artículo 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuando una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.***

Disposiciones citadas: ***arts. 1-2 y 147 Comp.; 3-2 y 532 Cc.***

Ponente: ***Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio ordinario (núm. 188/2005) en los que la Sentencia de uno de marzo de 2006 estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a restablecer el derecho de paso por la finca, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones de la actora. Tanto el demandante como la demandada interponen sendos recursos de apelación (autos 174/2006) interesando respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. La APH estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estima parcialmente el del actor. Se revoca la sentencia de instancia y en su lugar, al estimar parcialmente la demanda, se condena a la demandada a restituir la aguadera, absolviéndole del resto de pretensiones del actor.

Antecedentes de hecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha uno de marzo de dos mil seis la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora, en nombre y representación de ....., contra ....., condeno a ésta a restablecer el derecho de paso por la finca registral, conforme a lo establecido en el plano que figura como documento núm. 7 de la demanda, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones interesadas por la actora, debiendo cada parte procesal satisfacer las costas de este proceso causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Tercero: Contra la anterior sentencia, tanto el demandante ..... como la demandada ..... anunciaron sendos recursos de apelación. El Juzgado los tuvo por preparados y emplazó a los respectivos apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron ambas partes en plazo y forma presentando los correspondientes escritos mediante los cuales actor y demandada interesaron respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. A continuación, el Juzgado dio nuevo traslado a las partes de los respectivos recursos de apelación, en cuyo trámite cada parte impugnó el recurso interpuesto de contrario y solicitó su desestimación.

Cuarto: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 174/2006. Personadas las partes ante esta Audiencia, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de ellas, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: La demandada, cuyo recurso será examinado en primer lugar, interesa que se rechace la única de las cuatro pretensiones formuladas de contrario que fue acogida en primera instancia, que es la relativa al derecho de paso hacia la finca a través de la finca. El Juzgado entendió al respecto que, pese a que el referido paso se llevó a cabo durante años por mera tolerancia del anterior propietario de la finca, la cual figura además registralmente libre de cargas, es lo cierto que el acceso directo a la finca desde la carretera N-240 representa un peligro, dada la dificultad del propio acceso y la importante circulación de la vía, lo que inclinó al Sr. Juez, por razones de justicia y equidad, a conceder el paso reclamado.

Varias observaciones pueden hacerse al respecto de dicha decisión. En primer lugar, es evidente a través de la lectura del hecho quinto de la demanda que el fundamento del derecho pretendido por el actor no es otro que el paso durante años (desde que tiene uso de razón o desde siempre, se dice en la demanda) a través de la finca, esto es, la constitución de una servidumbre por usucapión, y no la mayor o menor dificultad de acceso por la vía pública con la que linda el predio supuestamente dominante, pese a que en la demanda se llegue a mencionar, aunque en ningún caso como fundamento de la acción, que con el paso pretendido se lograría evitar que los vehículos tuvieran que acceder desde la carretera nacional, todo lo cual adquiere relevancia porque la Sentencia ha reconocido el derecho reclamado no por el título alegado en la demanda sino con un fundamento distinto. Tampoco hay que olvidar, por otra parte, que las resoluciones de los Tribunales sólo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita, conforme se señala en el artículo 3.2 del Código Civil y se recuerda además en el escrito de interposición del recurso, en el cual, sin embargo, también se insiste en que las servidumbres no pueden adquirirse por usucapión según el Código Civil sin mencionar que, como muy bien se dice en la Sentencia, ello es posible conforme a la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

A mayor abundamiento, y como esta Sala ha señalado en anteriores ocasiones (entre las más recientes, sentencia de 28 de diciembre de 2006), el dato relevante para pronunciarnos sobre la acción ejercitada no es el solo hecho de que haya quedado acreditado que se venía atravesando la finca para acceder a la, que es la perteneciente al actor, sino más bien si dicho paso se verificaba a través de un camino, senda o carril, y ello porque, como tenemos repetidamente declarado (entre otras, sentencias de 16 de junio de 1997 y 19 de noviembre de 1998), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por prescripción debe tenerse en cuenta que la Compilación de Derecho Civil establece en su artículo 147 que son las servidumbres aparentes las que 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 1.2 de dicha Compilación, que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, siendo no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que debe resaltarse que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre (en este sentido, sentencias de 24 de abril de 2003, 19 de junio de 2003, 25 de mayo de 2004). Dicho esto, y teniendo en cuenta que los testigos que comparecieron al acto del juicio, más allá de afirmar que se atravesaba la finca para acceder a la, no llegaron a especificar que el tránsito se llevara a cabo por un itinerario concreto y determinado, el derecho de paso, tal y como ha sido alegado por el actor, no puede ser reconocido, lo que debe conducir a la estimación del presente recurso y a la consiguiente revocación de la Sentencia de instancia en este particular.

Segundo: Con relación al recurso interpuesto por el actor, que interesa que se estimen las tres pretensiones que fueron rechazadas por el Órgano de primer grado, hay una circunstancia en la que es conveniente incidir de cara al pronunciamiento sobre varias de estas acciones y es que, pese a que en el escrito de interposición del recurso se insiste, en la línea seguida por el perito judicial, en que la aguadera litigiosa no es el linde de las fincas 110 y 231 sino que queda dentro de esta última, y por tanto es propiedad del demandante, en el hecho cuarto de la demanda, por el contrario, se afirmó de manera clara e inequívoca que la aguadera natural, parte de la cual fue eliminada a consecuencia de los movimientos de tierra realizados por la contraparte, «transcurría como linde natural entre ambas fincas», mientras que en la súplica de la propia demanda se pedía asimismo que se condene a la demandada a «restituir la aguadera que transcurre entre ambas fincas», por lo que no debe resultar extraño que el señor juez de Primera Instancia haya entendido que ambas partes, y por lo que ahora nos interesa la actora, sostienen que dicha aguadera era el límite entre las fincas. Partiendo de esta base, y dado que en los planos obrantes en los distintos informes periciales, y singularmente en el que aparece en el folio 7 del que se aportó junto con la propia demanda, figura que tanto el poste o apoyo del tendido eléctrico como el área labrada de 75 metros cuadrados que son objeto de litigio se hallan al norte de la aguadera, resulta que, si afirmamos que tal aguadera es el

límite de las dos fincas, tales poste y área labrada quedan dentro de la superficie de la finca de la demandada, y no de la del actor, lo que ya constituye un motivo para que varias de las peticiones formuladas por este último no puedan ser estimadas.

En cualquier caso, y en atención al resultado de la prueba practicada, el Tribunal no aprecia error en la decisión adoptada por el juzgador «a quo» en cuanto al poste y al área labrada. Con relación al primero, tiene razón el actor cuando afirma que ni en la escritura de constitución de servidumbre de tendido eléctrico ni tampoco en la de aclaración de la anterior se decía que uno de los postes o apoyos del tendido tuviera que situarse en la finca, perteneciente a dicha parte. También es cierto, y así lo significa el señor juez, que lo mismo ocurre con la finca de la demandada, si bien en el plano que se acompañó junto con dichos documentos públicos sí parece que se dibujó algo parecido a un poste situado sobre la. En cualquier caso, resulta fundamental el testimonio del señor ……, ingeniero proyectista de la red eléctrica, quien señaló que las partes estaban presentes en el momento en que se procedió a ubicar sobre el terreno los lugares concretos en donde debían instalarse dos de los postes, el que ahora es litigioso y otro más, de modo que, si bien respecto del otro poste el actor expresó que no estaba conforme con la ubicación propuesta y consiguió que se retranqueara unos metros, ninguna manifestación se realizó respecto al que ahora es objeto de debate. Insiste el actor en que él no estuvo presente el día en que se instaló dicho poste, añadiéndose en el recurso que ya estaba hormigonado cuando aquél acudió a su finca, ante lo que señala el ingeniero que el demandante vio las estacas situadas en donde después habían de levantarse los postes y que él mismo le comentó al actor en dónde iban a estar las dos torres, concluyendo el testigo que el demandante sabía dónde iban a colocarse ambos postes, sin que, como ya se ha dicho, pusiera objeción al sitio propuesto para el que ahora es litigioso. No ha de sorprender, por tanto, que la Sentencia, aceptando el testimonio del ingeniero, concluya que el actor asumió indirectamente la colocación de dicho poste como parte del acuerdo que dio lugar a la constitución de la servidumbre, por lo cual la pretensión del demandante, quien solicita que se elimine el apoyo eléctrico situado en su finca, debe ser rechazada por cuanto, aunque partiésemos de la base de que el poste está en la finca y no en la, su ubicación, en cualquier caso, no fue cuestionada por el actor cuando aún disponía de la posibilidad de hacerlo.

En cuanto al área labrada de 75 metros cuadrados, respecto de la cual ejercita el demandante una acción reivindicatoria que también fue rechazada en primera instancia al considerarse que el actor no había acreditado debidamente su derecho, en el propio recurso se reconoce que los títulos de propiedad pueden ser insuficientes para determinar con precisión los linderos de la finca. Por otra parte, tampoco en esta ocasión apreciamos error en la valoración probatoria del juzgador de instancia cuando señala que en el informe pericial acompañado junto con la demanda no se realizó una medición lo suficientemente precisa al basarse el perito de parte en una documentación catastral de los años 50 y en un supuesto error de digitalización, siempre en opinión del perito, derivado de la superposición de dichos planos con una ortofoto más reciente, máxime cuando el perito judicial señor ……, que reconoció la gran dificultad de reconocer las lindes de las fincas sobre el terreno, debida en parte a las múltiples alteraciones apreciadas en los inmuebles desde que se realizó el vuelo en el año 1957, apuntó que, habida cuenta de la superficie del área reivindicada, el margen de error en la medición del perito de la parte actora podría estar entre uno y dos metros. Por otra parte, y dado que el actor afirmó que la zona litigiosa estaba al mismo nivel que su finca y a distinto nivel que la, el perito judicial señaló que dicha área está sobreelevada respecto de las dos propiedades, bien que con mayor desnivel con relación a la finca de la demandada, de modo que la simple apre-

ciación visual del terreno perdería una buena parte de la relevancia que se le otorga en el recurso, sin que, en cualquier caso, este dato físico haya sido relevante en la valoración del Sr. Juez para decidir la controversia, todo lo cual nos inclina por rechazar una vez más lo pretendido por el actor.

Finalmente, solicita el demandante que, al haberse eliminado un tramo de la ya referida aguadera debido al movimiento de tierras llevado a cabo por la demandada, se proceda a la reposición del tramo afectado. Ha quedado acreditado, y así lo señala el perito judicial, que los trabajos ejecutados por la demandada eliminaron un tramo de aguadera de 57,72 metros, bien que se procedió a la reposición de 18 de ellos, de modo que el perito propone que este tramo de 18 metros se acondicione de modo que tenga las mismas características que tenía antes de su modificación y que el tramo restante, de 39,72 metros, se construya de nuevo. La pretensión del actor, sin embargo, fue rechazada por el Juzgado al haber afirmado durante la vista el perito judicial que no se había alterado el régimen normal de funcionamiento de la evacuación de aguas que se llevaba a cabo por la aguadera, mas consideramos que es razonable lo alegado en el recurso en cuanto a que quien es usuario de la aguadera, y el actor lo es dado que por allí se evacuan las aguas pluviales de su finca, tiene derecho a reclamar que se encuentre en el mismo estado que existía con anterioridad, máxime cuando la aguadera ha quedado suprimida, según señala el propio perito, durante casi 40 metros. Por todo ello nos inclinamos por estimar la demanda, y con ello el recurso, en este concreto particular, bien que los trabajos de reposición deberán hacerse conforme señala el perito judicial en la primera conclusión de su dictamen.

Tercero: Al estimarse totalmente el recurso interpuesto por la demandada y parcialmente tanto la demanda como el recurso del actor, queda omitido cualquier pronunciamiento sobre costas en las dos instancias (arts. 394.2 y 398.2 de la Ley 1/2000).

13

NÚM. 13

S. APH de 31 de enero de 2008

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES: Inoponibilidad: ***Los compradores de dos inmuebles consorciales vendidos por el marido sin el consentimiento de la mujer piden judicialmente la elevación de la compraventa a escritura pública; los vendedores reconvienen y piden se declare que la compraventa de los dos inmuebles consorciales en la que no ha sido parte ni consentido la esposa le es inoponible, por lo que procede la restitución de dichas fincas al patrimonio común. La sentencia de instancia declara la inoponibilidad de la compraventa; la de la Audiencia añade que también procede la segunda pretensión reconvencional: la restitución al patrimonio común, todo ello en aplicación del art. 53 Lrem. En la apelación se imponen las costas de la primera instancia, tanto las causadas por la demanda como por la reconvención, a los actores principales.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 53 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 201/2006), sobre elevación a escritura pública de documento privado e inoponibilidad de compraventa y restitución de la cosa vendida al patrimonio consorcial. La sentencia de 4 de mayo de 2007 desestima la demanda de elevación a escritura pública y, estimando parcialmente la reconvención, declara que la compraventa de los bienes de carácter consorcial en que no ha sido parte ni ha consentido la esposa del vendedor le es inoponible. Los demandados principales interponen separadamente recurso de apelación (autos 266/2007) pidiendo la condena en costas de primera instancia, tanto de la demanda como de la reconvención, así como la íntegra estimación de ésta. La APH estima los recursos de apelación.

Antecedentes de hecho

Primero: Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

Segundo: La juez del indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de mayo de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimo la demanda en reclamación de cumplimiento contractual de elevación a escritura publica formulada por la procuradora señora ……, en nombre y representación de …… y …… y contra …… y ……, absolviendo a éstos de todos sus pedimentos. Asimismo estimando parcialmente la demanda reconvencional formulada por la procuradora señora declaro que la compraventa de los dos bienes inmuebles de carácter consorcial suscrita entre don …… *[sic]* ……, como comprador y don …… como vendedor en que no ha sido parte ni ha consentido su esposa doña …… le es inoponible. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandados principales, …… y ……, anunciaron separadamente recurso de apelación. El Juzgado tuvo los recursos por preparados y emplazó a las partes apelantes por veinte días para que interpusieran su respectivo recurso, lo cual efectuaron mediante la presentación de los oportunos escritos, en cuyas correspondientes súplicas interesaron lo siguiente: la primera, que se condene a la parte actora al pago de las costas de primera instancia producidas por la demanda y que se estime totalmente la reconvención y la condena en costas de la primera instancia; y el segundo, que se condene a la parte actora al pago de las costas de primera instancia. A continuación, el juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, los actores principales, …… y ……, presentaron sendos escritos de oposición a los recursos planteados de adverso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este tribunal, en donde quedaron registrados al número 266/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que quedara pendiente para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el pasado día 22. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: 1. Como hemos anticipado, los demandados solicitan separadamente que las costas de primera instancia producidas por la demanda principal sean impuestas a la parte contraria. Asimismo, la actora en reconvención interesa la estimación íntegra de la demanda reconvencional y, consiguientemente, que las costas causadas por la reconvención sean impuestas a los reconvenidos.

2. Respecto al primer extremo, los compradores de las fincas urbanas situadas en M objeto de debate presentaron su demanda para elevar a escritura pública el contrato controvertido sin contar con el consentimiento de la esposa del vendedor, la cual aparece representada por el otro demandado en el documento privado de venta, pero sin tener ningún tipo de apoderamiento en forma. Por otro lado, el comprador señor ……, declaró en el juicio que habló personalmente con la señora …… y que ella le manifestó que no consentía la compraventa de los inmuebles consorciales (aunque originariamente privativos del marido). Sobre la base de todo lo expuesto, hemos de concluir que la controversia no plantea ninguna seria duda de hecho o de Derecho que determine la derogación del principio objetivo del vencimiento en materia de costas recogido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los compradores eran conscientes de que uno de los cónyuges no prestaba su conformidad a la operación,

con lo cual quedaban expuestos –como así ha sido– al ejercicio de la acción de inoponibilidad prevista en el artículo 53 de la *Ley* 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad en Aragón. Nada obsta a la anterior conclusión que los demandados principales no hubieran contestado al burofax de requerimiento enviado por la parte contraria un mes antes de que fuera presentada la demanda que ha dado origen al presente pleito, pues ya habían expresado su postura negativa a formalizar escritura pública y la falta de contestación al requerimiento no hacía sino confirmarla. Asimismo, nada tiene que ver con este tema la actitud desarrollada por los demandados principales, pues en nada influye para la prosperabilidad de la acción entablada para la elevación del documento privado a escritura pública, al menos teniendo en cuenta que los compradores se han aquietado al rechazo de su pretensión, sin perjuicio del ejercicio de otra clase de acciones por la ineficacia del contrato. Por todo ello, procede estimar los recursos sobre este punto y condenar a los actores principales al pago de las costas de primera instancia causadas por su demanda.

3. En cuanto a la reconvención, el señor …… también admitió en el juicio que marcó con líneas de escayola las lindes de las parcelas y que, antes de la presentación de la demanda, colocó allí una valla o/y unos palos [o una valla formada por palos: la declaración es en este punto un tanto elíptica o inconcreta] cuando se enteró de que la otra parte había vendido el resto de la finca (hora 14:36 de la grabación videográfica). Por tanto, frente a lo defendido en la sentencia apelada, sí que procede la segunda pretensión de la demanda reconvencional, la restitución al patrimonio común de las fincas, en los términos previstos en el citado artículo 53.2, pues la parte compradora, aunque *motu proprio*, adquirió su posesión. Y la consecuencia necesaria de la estimación íntegra de la demanda reconvencional es que los reconvenidos deben pagar las costas de primera instancia causadas por la reconvención, pues no hay razones que justifiquen un distinto criterio, máxime cuando los demandantes principales no cuestionan la inoponibilidad y no optaron en su momento por allanarse a tal pretensión. Procede, pues, estimar el segundo motivo del recurso de la reconviniente.

Segundo: Al estimarse ambos recursos, no debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

14

NÚM. 14

A. APH de 19 de febrero de 2008

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Sustitución legal preventiva de residuo: ***El testamento mancomunado en su día otorgado no impide automáticamente la declaración de herederos legales interesada por la vía de los arts. 80-3 y 104 Lsuc. por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibido del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del art. 216-2 Lsuc. Como dijo la STSJA de 13 junio 2007, estas normas establecen la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primeramente fallecido puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 80-3, 104-3 y 216-2 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de declaración de herederos legales (núm. 565/2007). Por auto de 29 de octubre de 2007 se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de herederos abintestato. Se interpone recurso de apelación (1/2008), el Ministerio Fiscal no se opone al mismo, y la APH estima dicho recurso y ordena

al Juzgado que admita a trámite la solicitud de herederos abintestato planteada.

Antecedentes de hecho

Primero: Ante esta Audiencia provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de declaración de herederos 565/07 seguidos ante el Juzgado de primera Instancia de Barbastro, promovidos por ……, dirigida por la letrado ……. Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 1 del año 2008, e interpuesto por ……. Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. señor Gonzalo Gutiérrez Celma.

Segundo: El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día 29 de octubre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de herederos abintestato de ……, presentada por la procuradora señora Mora, en nombre y representación de ……, archivándose el proceso».

Tercero: Contra la anterior resolución, …… dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó que se admitiera a trámite la solicitud de declaración herederos planteada. Seguidamente, el juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso al Ministerio Fiscal ……, quien formuló escrito no oponiéndose al recurso interpuesto y, a continuación, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 1/2008. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día hoy. En la tramitación de esta segunda instancia se ha dado trámite preferente al presente recurso en cumplimiento del artículo 455.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fundamentos de derecho

Primero: Procede estimar el recurso interpuesto pues también el Ministerio Fiscal está conforme con la recurrente en que el testamento mancomunado otorgado en su día no impide automáticamente la declaración interesada por la vía del artículo 80.3 y 104 de la Ley Aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte, por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibidos del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del artículo 216.2 de dicha Ley. Como dijo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 13 de junio de 2007, referida a un caso de pacto al más viviente, «la especial norma del artículo 108.3, luego recogida con mayor precisión en el artículo 80 de la vigente Ley de Sucesiones 1/1999, de 24 de febrero, establece la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primero fallecido... puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares». Por todo ello, sin prejuzgar la resolución que en definitiva deba dictarse tras haberse concluido la tramitación del expediente, ahora procede ordenar la admisión a trámite del mismo, dejando sin efecto el archivo decretado en la resolución apelada.

Segundo: Al estimarse el recurso interpuesto procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

15

NÚM. 15

S. APH de 29 de febrero de 2008

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias: ***El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía (a la que parece referirse el 809-2 Lec.) no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo (cfr. Ss. APH 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 de octubre de 2007 y 29 de octubre de 2007).***

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL: DISOLUCIÓN POR CAUSA DISTINTA DE LA MUERTE: Alimentos: ***Los alimentos a los hijos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que sólo conciernen a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras su disolución.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 809 Lec., 63-c y 80-c Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el JPI núm. 1 de Huesca se siguen autos sobre formación de inventario consorcial (núm. 500/2004). La sentencia de 4 de julio de 2007 incluye en la pasivo consorcial, entre otras partidas, la integrada por la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos a los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial. El demandado interpone recurso de apelación (núm. 303/2007) y la APH lo estima en esta parte por lo que excluye dicha partida de la parte dispositiva de la sentencia de instancia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

Segundo: La ilustrísima magistrada juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de julio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Que, con estimación parcial de la pretensión formulada por ……, representada por el procurador señor……, asistida por el letrado señor ……, en Incidente de Formación de Inventario en Liquidación de Sociedad de Gananciales 500/04, debo declarar y declaro como bienes incluidos en la comunidad conyugal de doña …… y don …… y dentro del pasivo de las siguiente partidas:

– La integrada por la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos de los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial, cuantificación que se realizara conforme a lo que se refiere en el fundamento de derecho primero de esta resolución.

– 15.986,92 euros correspondientes a pagos efectuados por el señor …… a su padre para la compra de un local.

Asimismo, debo declarar y declaro no haber lugar a la inclusión en el pasivo de las cantidades correspondientes a la amortización del préstamo personal BBVA núm. y del préstamo personal CAI núm., debiendo condenar y condenando a las partes a estar y pasar por estas declaraciones y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas».

Tercero: Contra la anterior sentencia, el demandado, ……, anunció recurso de

apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó «que se incluyeran y excluyeran en el activo y en el pasivo, además de los conceptos ya incluidos y no discutidos por ambas partes, las partidas pretendidas por esa parte, en los términos descritos en el mismo escrito de recurso». A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la actora, ……, se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 303/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para todo lo cual señalamos el pasado día 22. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: El demandado discute en su recurso los extremos que las partes ya debatieron en primera instancia, y que se concretan en los siguientes pronunciamientos, antes ya transcritos: 1.º La inclusión en el pasivo del consorcio conyugal de «la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos de los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial». 2.º La inclusión en el pasivo del consorcio conyugal de «15.986,92 euros correspondientes a *pagos* efectuados por el señor a su padre para la compra de un local». 3.º La no inclusión en el pasivo de las cantidades *pagadas* por el ahora apelante «correspondientes a la amortización del préstamo personal BBVA».

Segundo: 1. Con relación al primer punto, hemos de decir una vez más que el inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; y que la peculiaridad consiste en que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando encauza en el trámite del artículo 809 la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada, pues el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Este es el criterio que mantuvimos en nuestras sentencias de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 de octubre de 2007 y 29 de octubre de 2007. Sobre la base de todo ello, carece de sentido incluir en el inventario (y sería en el activo, no en el pasivo) un crédito, como el de alimentos, a favor del consorcio y en contra del señor ……, cuyo importe no está precisado, lo que es imprescindible para su identificación, como acabamos de dejar sentado, aparte de que el crédito en sí mismo está sometido a controversia.

2. Con independencia de lo anterior, también hemos dicho en otras ocasiones (sentencias, entre otras, de 10 de julio de 2003, 8 de noviembre de 2006 y 23 de enero de 2007) que los alimentos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que sólo conciernen a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras

su disolución. Además, su mantenimiento como crédito consorcial sólo podría perjudicar a la reclamante, la señora ……, pues si tales haberes, que sólo a ella le corresponderían, ingresaran en el consorcio, a ella solo le llegaría su mitad, mientras que el otro cincuenta por ciento iría en beneficio del esposo al ver así incrementado el activo (que no el pasivo del consorcio, como hemos adelantado) de la sociedad consorcial con un crédito que en realidad es privativo de la esposa.

3. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso y excluir del inventario la partida objeto de análisis.

Tercero: 1. En cuanto al segundo extremo, el apelante sólo admite el cómputo de un pago de 6.975,34 euros (1.160.000 de las antiguas pesetas) debido a que se hizo en 1996, pero no el de 1.500.000 pesetas o 9.015,18 euros a través de una letra de cambio librada con fecha 20 de enero de 1998 y vencimiento el 10 de febrero de 1998. El fundamento de esta pretensión es que ambas partes han reconocido expresamente por escrito en este mismo procedimiento que la fecha de disolución de facto del consorcio conyugal fue enero de 1997, y que más allá de esa fecha cada uno asumió el control de su propio negocio y tuvo libre disposición del dinero que ganaba. Hemos de aclarar que ambos pagos fueron destinados a la adquisición de un local que fue puesto a nombre del padre del señor ……, como corroboran las declaraciones de los contendientes que constan en la grabación videográfica.

2. Al respecto, si bien las partes acordaron en este procedimiento, concretamente, en el documento presentado de liquidación, que la fecha de disolución del consorcio sería enero de 1997, lo cierto es que las partes excluyeron expresamente de ese acuerdo las tres partidas objeto de discusión incluso en esta alzada, por lo que no podemos hablar de acuerdo de disolución con efectos retroactivos sobre tales partidas.

3. Por otro lado –y con independencia de lo acordado sobre otras partidas–, como el consorcio estuvo vigente hasta la sentencia de separación, de fecha 10 de julio de 2002, según lo que resulta de los documentos unidos a los autos, ningún sentido tiene defender lo que supondría un régimen de separación de bienes no pactado ni aplicable legalmente antes de esa fecha, concretamente, en lo que ahora nos interesa, porque para que la separación de hecho por mutuo acuerdo durante más de un año produzca la conclusión del consorcio es exigible la oportuna decisión judicial [art. 1393.3 del Código civil, por remisión expresa del art. 52-2.º de la Compilación, redactado conforme a la Ley 3/1985, de 21 de mayo –en igual sentido, el art. 63-c) de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad]; y tal decisión judicial no se ha producido en este caso. Así, todo el dinero satisfecho a favor de alguien ajeno al consorcio era común y debe ser computado íntegramente como tal.

4. En lo que sí lleva razón el apelante es en que la partida debe ser incluida en el activo y no en el pasivo del inventario, pues se trata de un derecho de reembolso de la comunidad contra el patrimonio privativo del demandado [art. 56-1.º de la Compilación –en igual sentido, el art. 80-c) de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad]. Procede, pues, estimar el recurso con ese concreto alcance.

Cuarto: Por último, partiendo de todo lo argumentado, los pagos efectuados directamente por señor …… constante el consorcio y para amortizar dos préstamos concertados también durante la vigencia del consorcio –antes de enero de 1997, según el propio apelante– se hicieron legalmente con dinero común, por lo que no hay ninguna razón para incluir en el pasivo la cantidad de 23.430,07 euros pagados para la amortización del préstamo personal BBVA núm. y del préstamo personal CAI núm. Sobre este extremo, procede, por tanto, desestimar el recurso.

Quinto: Al estimarse en parte el recurso, debemos omitir todo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

16

NÚM. 16

S. APH de 27 de marzo de 2008

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: CONTRACTUAL: Las deudas comunes tras la división: ***El acreedor del consorcio conyugal en todo momento ha pretendido la existencia de una nulidad de las capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. En el caso no puede estimarse que existiera simulación alguna, ni tampoco causa ilícita, incluso en el supuesto de que uno de los cónyuges quisiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es la donación. No puede condenarse al cónyuge no deudor al pago de la deuda común ex arts. 12, 16 y 86 Lrem. porque nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión de las capitulaciones.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 12, 16 y 86 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 294/2005). La sentencia de 6 de julio de 2007 desestima la demanda. El demandante interpone recurso de apelación (núm. 381/2007) y la APH lo desestima.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 6 julio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda presentada por la …… frente a los cónyuges …… representados por la procuradora y defendidos por el letrado, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda, con imposición de las costas procesales a la parte actora».

Tercero: Contra la anterior sentencia, la demandante, ……, dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda decretando la nulidad de las capitulaciones impugnadas así como la nulidad de su inscripción registral. A continuación, el juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. El demandado, ……. formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 381/2007. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que tuvo lugar en el día de ayer. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Sostiene la recurrente que debería estimarse íntegramente su demanda. Tal pretensión no puede prosperar pues la recurrente está dando por supuestos los presupuestos fácticos de la nulidad que pretende, que no han quedado acreditados.

A la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio en primera instancia en el caso no puede afirmarse que existiera simulación alguna, ni puede afirmarse tampoco la existencia de una causa ilícita. La disolución y liquidación de una sociedad

conyugal sin simulación alguna es un negocio completamente lícito, incluso en el caso de que uno de los cónyuges quiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es una donación. Es decir, aun en la hipótesis de que no fuera cierto que los cónyuges pensaban que se trataba de una deuda de responsabilidad privativa y buscaran favorecer a la hoy apelada, no por ello se convertiría sin más en un negocio con causa ilícita, sin perjuicio de la protección que nuestro legislador otorga a los acreedores para rescindir los negocios válidos que les perjudican. Pero en el caso, como lo ha puesto de manifiesto la parte apelada, no se ha pretendido la rescisión por fraude a los acreedores, conforme a los artículos 1.291 y concordantes del Código Civil, si es que, conforme al 1.294, no debiera estudiarse antes la exigencia de una responsabilidad solidaria, que nadie ha pedido, como la que dijimos en nuestra sentencia de 13 de junio de 1994, en la que, obviamente en otro caso y entre otras partes, indicamos que cuando en una liquidación de la sociedad conyugal los esposos desconocen el inveterado principio de que primero se debe pagar para después partir, omitiendo en el inventario las deudas de la sociedad conyugal, es posible accionar contra el cónyuge no deudor pues aunque inicialmente no debiera la prestación litigiosa, debe responder solidariamente ultra vires, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 de junio de 1986, 28 de abril de 1988 y 7 de noviembre de 1992, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1317, 1401, 1402 y 1084 del Código Civil. Y similar criterio sostuvimos en nuestra sentencia de 15 de junio de 2004. Allí ya indicamos que, como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 1999, el artículo 1317 del Código Civil contiene como declaración general que la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido, «sin que, para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal, sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumenta (SS. de 30 de enero de 1986, 10 de septiembre de 1987, 20 de marzo de 1988, 18 de julio de 1991 y 13 de octubre de 1994), pues la responsabilidad del haber ganancial permanece y se mantiene no obstante haberse llevado a cabo adjudicaciones individualizadas a favor de los cónyuges», de forma que, como recuerda dicho tribunal en su sentencia de 18 de marzo de 2002, el repetido artículo 1.317 dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros y es constante la doctrina de dicha Sala en el sentido de otorgar «… al referido precepto una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo…». En definitiva, dicho precepto determina la inoponibilidad frente a terceros de buena fe de cualquier modificación que les perjudique en sus derechos adquiridos, sin necesidad de probar la existencia de fraude. Y en similares términos se expresa actualmente el legislador aragonés, en la Ley 2/2003 de 12 de febrero, en sus artículos 12, 16 y 86.

Pero en los presentes autos no se ha pedido la condena de la demandada a responder solidariamente, total o parcialmente, de la deuda de su esposo, con los bienes que le fueron adjudicados en la liquidación de su sociedad consorcial (cum viribus) o con todos sus bienes (ultra vires), sino que en todo momento se ha pretendido la existencia de una nulidad cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. Así, debe confirmarse la sentencia apelada, sin que podamos plantearnos siquiera una condena del cónyuge no deudor al pago de la aludida responsabilidad solidaria, en cualquiera de sus modalidades, pues, fuera o no viable en este concreto caso (lo que ni se afirma ni se niega), nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión.

Segundo: 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.

17

NÚM. 17

A. APH de 28 de marzo de 2008

76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Contradicción entre los interesados: ***De los arts. 980 y 981 Lec. 1881 no se infiere que, habiendo oposición de algún interesado, deba denegarse la declaración de herederos como ha hecho el juez de instancia, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial haciendo el juez la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario (art. 981). La declaración no tiene, por tanto, efectos de cosa juzgada; el art. 1817 Lec. 1881 no resulta de aplicación al juicio de abintestato; para la descripción de la finalidad y esencia de la declaración de herederos legales se remite al Auto APH de 20 de marzo de 1997. En aplicación del art. 465-2 Lec. vigente, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada que acordó denegar la declaración y archivar el procedimiento por existir contradicción entre los interesados, debe resolver sobre la cuestión.***

713: SUSTITUCIÓN LEGAL: SUCESIÓN LEGAL: Compilación: ***De acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18 de diciembre de 2007 aplicando la Compilación, no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del art. 141 Comp., dados los términos literales de los arts. 132 y 133. Asimismo, respecto de los bienes no troncales, también es posible la sustitución legal, ahora bien, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado (art. 954 Cc.), a pesar de que el art. 141 Comp. no efectuaba ninguna limitación (cfr. AAPH 20 de marzo de 1997, citado también en el A. de 11 de octubre de 2000).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 980, 981 y 997 Lec. 1881, 465-2 Lec. 2000.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el JPI núm. 2 de Jaca, a instancia de una prima hermana por parte de padre, se siguen autos de declaración de herederos abintestato (núm. 362/2006) de una causante fallecida en 1983, en los autos comparecieron, por derecho propio o por derecho de transmisión, otros dos primos hermanos por parte de padre y cuatro primos hermanos por parte de madre, todos ellos interesados en la herencia.

Por auto de 12 de junio de 2007, la juez sustituta acuerda denegar la declaración de herederos promovida y decretar el archivo del presente procedimiento, con reserva del derecho para obtener la tutela judicial pretendida en el procedimiento declarativo que corresponda.

La promotora presentó recurso de apelación, los otros interesados impugnaron también el auto y se opusieron al recurso (autos 320/2007).

La APH estima en parte el recurso principal y también las impugnaciones adhesivas formuladas, y declara herederos legales de la causante:

En los bienes troncales, simples y de abolorio: 1. Por la línea paterna, a los tres primos hermanos de la causante por parte de padre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos del fallecido en 2002 a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión al haber fallecido después de la causante; 2. Por la línea materna, a sus cuatro primos hermanos por parte de madre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos

de los tres primos fallecidos después de la causante a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión.

En cuanto a los bienes no troncales, a los siete primos hermanos por parte de padre y madre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos de los tres primos fallecidos después de la causante a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión.

HECHOS

Primero: Damos por reproducidos los que contiene el auto apelado.

Segundo: El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Jaca ha tramitado los autos de declaración de herederos abintestato número 362/2006 respecto de ……. Fue promovido por ……, dirigida por la letrado doña …… y representada en esta segunda instancia por la procurador doña ……. Han comparecido en el expediente: ……, defendida por el letrado don …… y representada en esta alzada por la procurador doña ……; ……, …… y ……, …… y …… y ……, dirigidos por el letrado don …… y representados en esta apelación por el procurador don ……. También compareció en el expediente ……, asistido por el letrado don …… y sin representación procesal en esta segunda instancia. Asimismo, es parte el Ministerio Fiscal. Se hallan pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 320 del año 2007, e interpuesto por la promotora, ……, como apelante principal, y, como apelantes por vía de impugnación de la sentencia, por un lado, ……, …… y ……, y, por otro, …….

Tercero: Por auto de fecha 12 de junio de 2007, la juez sustituta de dicho juzgado acordó lo siguiente:

«PARTE DISPOSITIVA: Acuerdo denegar la declaración de herederos promovida por doña ……, y decretar el archivo del presente procedimiento, con reserva del derecho para obtener la tutela judicial pretendida en el procedimiento declarativo que corresponda.»

Cuarto: 1. Contra el anterior auto, la promotora del expediente, ……, anunció recurso de apelación. El juzgado admitió a trámite el recurso y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en el indicado plazo mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica solicitó lo siguiente: «la nulidad del auto y la retroacción de las actuaciones al instante anterior a que se dictara, con la finalidad de que por el juzgado de instancia se lleve a cabo la declaración de herederos instada a favor de doña ……, sin perjuicio al derecho que les corresponda a los comparecientes opositores a promover el juicio declarativo correspondiente».

2. A continuación, el juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable.

3. En esa fase, ……, …… y …… impugnaron el auto en el siguiente sentido: «en los extremos reseñados y previos los trámites procesales de rigor se dicte Sentencia mediante la que se mantenga la Sentencia de Instancia a excepción de lo concerniente a las costas procesales de instancia, las cuales sean [sic] impuestas a la adversa, con los pronunciamientos que le son inherentes». A continuación, se opusieron al recurso y formularon la siguiente súplica: «se desestime el recurso de apelación en cuanto a la pretensión de declarar única heredera a doña …… y se declare que deberán ser declarados también herederos abintestato de la causante:

– El hijo del fallecido …… (primo hermano de la causante) don ……, por sustitución de su padre.

– Los hijos de la fallecida ……, don ……, don …… y doña ……, por sustitución de su padre.

– Los hijos del fallecido don ……, doña …… y don …… Borau [sic], por sustitución de su padre.

– …… prima hermana sobreviviente de la causante».

4. Asimismo, ……, se opuso al recurso y, alternativamente, si se declarara haber lugar a la declaración de herederos abintestato, impugnó el auto y solicitó que se declarara también heredera abintestato de D.ª ……[sic] a doña ……, junto a la instante y a los demás comparecidos en el expediente oponentes a la pretensión de doña …….

5. Por su parte, el Ministerio fiscal se opuso al recurso.

6. El juzgado dio traslado de las impugnaciones del auto a las demás partes, en cuyo trámite la promotora del expediente, ……, se opuso a ellas.

7. Seguidamente, el juzgado remitió los autos a este tribunal, en donde quedaron registrados al número 320/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el pasado día 26 de febrero. La presente resolución se dicta fuera de plazo debido a la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal. Actúa como ponente el magistrado Ilmo. señor Antonio Angós Ullate.

Razonamientos jurídicos

Primero: Frente a lo sostenido por ……, el recurso de la promotora del expediente, ……, no fue presentado de forma extemporánea debido a que deban computarse todos los días naturales después de notificado el auto objeto de apelación. Como dijimos en nuestro auto de 30 de marzo de 2001 al resolver un recurso presentado en un expediente de consignación, es cierto que, para las actuaciones de jurisdicción voluntaria (cuya regulación, contenida en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se encuentra parcialmente en vigor, merced a lo establecido en la disposición derogatoria única, apartado 1-1.ª, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), el artículo 1812 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 señala que son hábiles todos los días y horas sin excepción; pero, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, tal precepto debe considerarse derogado por el régimen dispuesto sobre el particular en los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, no concurre la causa de inadmisión alegada por esa parte, con independencia de que el juicio para la declaración de herederos abintestato no se encuentra regulado en el libro III relativo a la jurisdicción voluntaria, sino en el título IX del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (también en vigor, según la misma disposición derogatoria, ap. 1-2.ª), aunque la doctrina suele sostener que tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria.

Segundo: 1. Respecto a la otra cuestión procesal debatida, como dijimos en nuestro auto de 11 de noviembre de 2003 siguiendo los precedentes allí citados (autos de 20 de marzo de 1997, 17 de noviembre de 1997, 25 de marzo de 1998 y 21 de abril de 1999 y 20 de noviembre de 2000), de los artículos 980 y 981 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se infiere que, habiendo oposición del algún interesado, deba denegarse la declaración de herederos, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial «haciendo [el juez] la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario» (art. 981). Esta última expresión sólo significa, por tanto, que la declaración de que hablamos no tiene efectos de cosa juzgada, por lo que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1991, y que citamos en nuestro auto de 20 de marzo de 1997, los terceros que se crean con derecho a la sucesión de que se trata pueden deducir en otro proceso una petición semejante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 997 de la Ley decimonónica. Ciertamente, la doctrina científica suele sostener que el juicio para la declaración de herederos abintesta-

to tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria -como acabamos de decir en el anterior fundamento-; pero, aun partiendo de esta hipótesis, lo cierto es que el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en caso de oposición, el expediente se hace contencioso y se sujeta a los trámites establecidos para el juicio que corresponda) no es aplicable a determinados expedientes, como el juicio de abintestato, dada su regulación especial y, además, dentro del Libro II de la misma Ley relativo a la jurisdicción contenciosa. En definitiva, como argumentamos en el auto de 20 de marzo de 1997, la finalidad y esencia propia de la declaración de herederos abintestato no es otra sino, como señala el artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, obtener la declaración de que una determinada persona ha fallecido sin disposición de última voluntad y que sus herederos son determinadas personas. Por ello, el contenido de tal declaración es atribuir o denegar la condición de heredero a las personas que oportunamente han comparecido en el expediente o que su derecho a la herencia aparezca en él, con el fin de otorgarles un título legítimo para acreditar tal cualidad, sin que importe que fueran silenciadas en el escrito inicial o fueran expresamente contempladas dentro del grupo «en unión de los que designen» al que se refiere el último inciso del párrafo primero del artículo 980 que, como el 979, aspira a determinar quiénes son los únicos herederos del causante, siquiera sea sin los efectos de la cosa juzgada.

2. No obstante, en contra de lo sostenido por la instante del procedimiento en su recurso, la infracción procesal cometida en primera instancia no lleva aparejada legalmente la nulidad del auto y la retroacción de las actuaciones a fin de corregir tan cómoda y ya inhabitual práctica judicial, sino que, por disponerlo así el artículo 465.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil –de aplicación directa en materia de recursos, aun en los procedimientos regulados en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, según se desprende de la disposición transitoria primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000–, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada, debe resolver sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar la resolución en la primera instancia.

3. Por todo ello, procede estimar en parte el recurso de la promotora del expediente para declarar sólo la nulidad del auto –sin retroacción de las actuaciones–, y, asimismo, estimar la impugnación planteada por ……, ……y …… a fin de entrar a conocer del fondo del asunto y examinar las pretensiones de una y otra parte, incluso las de la promotora del expediente, como, por lo demás, es solicitado por tales impugnantes y por la impugnante …… de forma alternativa (a favor suyo, de los otros comparecientes y de la promotora).

Tercero: 1. En cuanto al fondo del asunto y al ámbito de la apelación dentro los términos a que se refiere el artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las respectivas súplicas del recurso y de las impugnaciones, antes transcritas, no especifican el alcance de la declaración de herederos según la naturaleza de los bienes relictos: troncales simples, troncales de abolorio y no troncales, de acuerdo con el Derecho aragonés. Además, una de las partes –……, …… y ……– formaliza dos súplicas, en la segunda de las cuales, la relativa a la oposición al recurso, no al impugnar el auto, es cuando plantea la solicitud de declaración de herederos. No obstante, aunque la técnica empleada en los recursos no podía ser más imperfecta (lamentablemente, cada vez es más frecuente que las partes descuiden la redacción de la súplica de sus escritos, a los que deberían dotar del mismo rigor y precisión que luego esperan de los pronunciamientos judiciales, como ya nos quejamos en nuestra sentencia de 2 de abril de 2008), esto no impide que el tribunal tome en consideración, aun con ciertas dificultades, lo aparentemente pretendido en el llamado cuerpo de los respectivos escritos con el

siempre encomiable fin de salvar todo formalismo enervante y de solucionar la controversia sin más dilaciones. Así, mientras que la promotora parece que se centra en la troncalidad por la línea paterna y niega la troncalidad por la línea materna porque considera que no hay bienes procedentes de esta rama familiar, al mismo tiempo indica en su recurso que la causante heredó bienes de sus padres que a su vez provenían de sus abuelos, lo que nos lleva a la categoría de los bienes troncales de abolorio. Las demás partes aparentemente mantienen que puede haber bienes troncales de procedencia materna, e incluso …… expresa, con más o menos claridad, que puede haber bienes no troncales. Este planteamiento genérico y poco técnico de las partes nos obliga a determinar los herederos troncales y los no troncales, y, dentro de los troncales, los simples y los de abolorio. En cualquier caso, este expediente para la declaración de herederos abintestato no es el adecuado para determinar la naturaleza, troncal o no, de los bienes que componen la herencia, sino, en su caso, el procedimiento ordinario correspondiente, como hemos dicho en otras ocasiones (autos de 21 de abril de 1999 y 12 de julio de 2001), aunque tampoco contamos con elementos para decidir tal cuestión ni ha sido objeto de controversia más allá de lo ya indicado. Por último, hemos de aclarar que …… no solicita la práctica de prueba en segunda instancia en la súplica de su escrito, sino en su contenido argumental, y que no especifica los testigos que desea que declaren, como tampoco lo hizo en primera instancia, de modo que en ningún caso concurren los requisitos del artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para recibir el pleito a prueba en esta alzada, aparte de que los documentos unidos a los autos son suficientes para determinar los llamados a la herencia de la causante, en los términos que vamos a exponer.

Cuarto: 1. Las partes aluden –en uno u otro momento del proceso– a la sustitución legal, de acuerdo con la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero). Sin embargo, lo primero que hemos de aclarar es que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril) resulta la ley aplicable a la sucesión, pues se hallaba en vigor en el momento del fallecimiento de la causante, que ocurrió en el año 1983, como ordena la disposición transitoria primera de la citada Ley de Sucesiones por causa de muerte.

2. Respecto a la sustitución legal, hemos de tener en cuenta que la causante falleció intestada, en estado de soltera, sin descendientes, sin hermanos que le sobrevivieran y sus dos hermanos premuertos también fallecieron en las mismas condiciones –sin descendientes–. De acuerdo con los árboles genealógicos y documentos aportados, le sobrevivieron varios primos hermanos por cada una de las líneas paterna y materna, algunos de los cuales fallecieron con posterioridad a la causante y con descendientes. Por el contrario, no consta que los primos hermanos premuertos por la línea paterna tuvieran descendientes, como alega la propia instante del procedimiento. Precisamente, las partes se refieren a la sustitución legal cuando hablan de los hijos de los primos hermanos sobrevivientes a la causante aunque ya fallecidos, por lo que, como este supuesto no supone premoriencia, no podemos hablar de sustitución legal, sino, en su caso, de transmisión del *ius delationis* o derecho de aceptar o repudiar la herencia a la que ha sido llamado su respectivo causante, en los términos previstos en el artículo 1006 del Código civil (actualmente, art. 39 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte). Lo procedente, por tanto, será declarar herederos a esos fallecidos, sin perjuicio del derecho de los herederos (no sabemos quiénes son) de los herederos sobrevivientes en el momento de la apertura de la sucesión y ya fallecidos a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa en nombre de los fallecidos después de la causante (por el contrario, como hemos dicho en alguna otra ocasión, los sustitutos son herederos del causante, no del sustituido o persona intermedia, aunque por sustitución legal).

3. Además, de acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18 de diciembre de 2007 aplicando la Compilación (bajo la reforma operada por Ley 3/1985, pero en aspectos que no modifican la solución que merece el presente caso), no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del artículo 141 de la Compilación, aplicable a cualquier clase de sucesión, dados términos literales empleados en los artículos 132 y 133 –bienes troncales simples y de abolorio, respectivamente–, los cuales se refieren, después de hablar del orden sucesorio principal para los bienes troncales (primero, hermanos, sustituidos o representados por sus descendientes; segundo, padre o madre) a «los más próximos colaterales del causante» –hasta el cuarto grado en el caso de los troncales simples y sin limitación de grado en los de abolorio en el régimen legal ahora aplicado–.

4. Asimismo, respecto a los bienes no troncales, dentro del régimen de la Compilación sí era admisible la sustitución legal en toda clase de sucesiones, como acabamos de expresar y dijimos en nuestro auto de 20 de marzo de 1997 (citado también en el auto de 11 de octubre de 2000), conforme a la disposición general contemplada en el citado artículo 141. Ahora bien, en esa misma resolución también dijimos que, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado, a pesar de que el artículo 141 de la Compilación no efectuaba ninguna limitación, pues semejante criterio supondría, entre otros inconvenientes, que nunca se produciría la delación de la herencia en favor de la Comunidad Autónoma establecida en el artículo 137 de la Compilación. Por ello –seguíamos diciendo– habrá de acudirse al artículo 135 de dicho texto legal, que remite a las disposiciones contenidas en los artículos 935 al 955 del Código civil cuando se trata de la sucesión no troncal; y el artículo 954 del Código civil mantiene que más allá del cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada. Y tal solución –concluíamos– es acorde con la seguida por la propia Compilación en el artículo 132-2.º cuando se trata de la sucesión troncal. En consecuencia, en ningún caso cabría la sustitución a favor de hijos de primos hermanos premuertos si los hubiera con descendencia, lo cual no consta, como hemos anticipado.

Quinto: En conclusión, respecto a la sucesión troncal, no parece que deba haber diferencias entre los bienes troncales simples y de abolorio, teniendo cuenta que sólo concurren colaterales de cuarto grado –siete primos hermanos de la causante, tres por línea paterna y cuatro por la materna–, sin perjuicio de que en su momento se determine la naturaleza de los bienes relictos. Es decir, el doble llamamiento –principal y subsidiario– previsto en el artículo 132-3.º de la Compilación nos lleva en ambos casos a los primos hermanos de la fallecida por cada una de las líneas, materna y paterna.

Sexto: Por lo que afecta a la sucesión de los bienes no troncales, el artículo 135 de la Compilación señalaba que la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente. Y el artículo 955 del Código civil dispone que la sucesión de los colaterales distintos de los hermanos e hijos hermanos se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo. Esto nos debe llevar a declarar herederos abintestato de los bienes no troncales a los primos hermanos por ambas líneas.

Séptimo: Por todo ello, en cuanto al fondo del asunto, procede estimar las impugnaciones de ……, …… y ……, por un lado, y, por otro, de …….

Octavo: En cuanto a las costas de primera instancia, como dijimos en nuestro auto de 12 de diciembre de 2006, la oposición planteada a la solicitud inicial hace

que el expediente de dominio se convierta en contencioso después de tener inicialmente la naturaleza de jurisdicción voluntaria y, por tanto, que sea equiparable a un proceso declarativo contradictorio de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no vemos ningún inconveniente en la aplicación del principio del vencimiento recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este supuesto, hemos de valorar que todos los comparecientes se ven favorecidos por la declaración de herederos, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia.

Noveno: Al estimarse, en una u otra extensión, el recurso principal y las impugnaciones, tampoco debemos hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Lec).

18

NÚM. 18

S. APH de 18 de abril de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Reja y red: ***Las ventanas abiertas a menos de dos metros de la propiedad del vecino deben ser dotadas de las protecciones que requiere el art. 144 Comp. sin dilación. Los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas.*** **Prescripción:** ***En nuestras sentencias de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al art. 1963 Cc., pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, ya que no puede apreciarse de oficio, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.*** **Pared medianera:** ***En Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas conforme al art. 144 Comp.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 144 Comp.; art. 582 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 221/2006). La sentencia de 22 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y condena al demandado a instalar un canalón en la vertiente del tejado que vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante y a la reparación del tejado y limpieza del mismo, declarando la existencia de muro medianil sólo hasta el punto común de elevación. Los demandantes interponen recurso de apelación, el demandado se opone al recurso y, al propio tiempo, impugna la sentencia en lo concerniente a la consideración de parte del muro como medianil (autos 385/2007).

La APH estima parcialmente el recurso de la parte actora y desestima el de la demandada, revoca parcialmente la sentencia de instancia y añade los siguientes pronunciamientos: declaramos la existencia de la apertura de cuatro ventanas hacia la propiedad de los actores sin sujeción a las distancias del art. 582 Cc., así como la preexistencia de otras tres en igual distancia, condenando al demandado a la colocación de red de alambre y reja remetida en la pared, u otra protección semejante, en las citadas ventanas que dan directamente a la propiedad de los actores; y declaramos la existencia de agravación de la servidumbre de alero y recogida de aguas en la parte que colinda con el norte de los actores, sur del demandado, condenando a éste a reducir el ancho de dicho alero para que tenga, como máximo, treinta centímetros de vuelo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de …… contra ……debo condenar y condeno al demandado a instalar el canalón en la vertiente del tejado orientado hacia el sur que vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante, de manera que las aguas caigan sobre el propio suelo del demandado o sobre la calle o sitio público, de modo que no causen perjuicio al predio propiedad de los actores y a la reparación del tejado y a la limpieza del mismo, cambiando ocho chapas y repaso total del mismo, declarando la existencia de muro medianil entre la propiedad del actor y demandado, en la parte norte de los primeros, sur de los segundos, sólo hasta el punto común de elevación. No se hace expresa imposición de costas procesales.»……

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandantes, ……, dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda, con las costas a cargo del demandado. A continuación, el juzgado dio traslado al demandado, ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición y, al propio tiempo, impugnó la sentencia en lo que concernía a la consideración de medianil de la pared colindante entre las dos fincas, hasta la altura de la edificación común, con las costas a cargo de la parte contraria. De esta impugnación adhesiva se dio traslado a la parte demandante, que se opuso a dicho recurso y solicitó la condena en costas de la demandada. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 385/2007. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día de hoy. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada en todo lo que no se opongan a los que a continuación se expresan.

Segundo: En lo que concierne a la reja y red a poner en las ventanas no puede ponerse en duda que las mismas se encuentran abiertas dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil. Nunca fue discutido dicho extremo. Además las ventanas dan directamente a la propiedad de los actores, tal y como reconoció el demandado en su declaración, en la que indicó que no había distancia entre las ventanas y la propiedad vecina, sino que están colindando. Además, no puede ser de otro modo cuando están abiertas en el plano de un muro que, al menos en parte, la propia sentencia considera medianero. Además, en relación con la vertiente del tejado orientada hacia el sur, que es el alero que vuela sobre las ventanas litigiosas, la misma sentencia reconoce, y es un pronunciamiento firme, que «vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante». De este modo, no existe ninguna duda de que las ventanas están a menos de dos metros de la propiedad de los actores y, por ello, aunque pueden ser abiertas al amparo del artículo 144 de la Compilación aragonesa, deben ser dotadas de las protecciones que dicho precepto requiere. Y en contra no puede alegar la parte demandada que todavía no ha terminado la rehabilitación de su edificio. Comprendemos que si al poco tiempo de

abrir las ventanas, con las obras de las ventanas en ejecución, la actora hubiera pedido la instalación de las protecciones, la demandada pudiera alegar que no le habían dado tiempo para hacerlo y que se allanaba a esa pretensión sin que procediera la imposición de las costas por la celeridad con la que la actora, en esa hipótesis, habría actuado. Pero no es eso lo que pasa en este caso. Las ventanas llevan ya años abiertas. En todo este tiempo el demandado, como reconoció en su declaración, no ha hecho mención de que las ventanas fueran a ser enrejadas y cuando es demandado, en lugar de allanarse a esta pretensión, se opone a ella. Desde luego el demandado es muy libre de alargar las obras de su casa todo el tiempo que quiera, pero los huecos que integran las ventanas están ya perfectamente hechos y por ello está legalmente obligado a rematar sin dilación esos huecos con las protecciones legales. Luego puede tardar todos los años que quiera en poner la carpintería que mejor le parezca y en revocar todo lo que quiera, pero los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas. Por otra parte, no vemos qué transcendencia puede tener la discusión sobre cuánto tiempo llevan las ventanas antiguas sin reja cuando en la contestación a la demanda no se opuso la prescripción de la acción para exigir su protección, prescripción que no puede apreciarse de oficio. En nuestras sentencias de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al artículo 1963 del Código civil, pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.

Tercero: Con relación al alero, de la grabación del acto del juicio resulta sin duda alguna que el mismo ha sido ampliado. Ni siquiera en la contestación se atrevió el demandado a afirmar rotundamente que era igual para señalar sólo que «ha existido siempre con la misma o muy aproximada medida que actualmente tiene» y en la misma línea evasiva se mueve el testigo director de la ejecución de la obra de la parte demandada cuando señaló que el alero era «aproximadamente» igual al que había. Si así fuera realmente, nada habría sido más fácil para la demandada que aportar los documentos que el indicado testigo mentó en los que se describía el estado de la edificación antes de iniciar su rehabilitación. Por el contrario, los testimonios practicados en el acto del juicio permiten afirmar que el alero ha sido engrandecido, con lo que se agravó unilateralmente la servidumbre, pues a título de servidumbre se tenía el alero, tal y como se reconoce en la misma contestación. Cierto es que, con las testificales que el Juzgado ya tiene dichas, sólo se puede afirmar que el alero se ha ensanchado o engrandecido, pero no está claro cuánto pues nos movemos en un abanico, como medida originaria, de entre 10 y 30 centímetros, frente a los 70 centímetros que mide actualmente. Así la cosas, la demanda debe prosperar parcialmente pues la agravación existe sin duda y, no habiendo probado los demandantes que el alero tuviera originariamente una medida inferior a treinta centímetros ni, el demandado, que inicialmente fuera superior a dicha medida, procede ordenar que el alero quede reducido a treinta centímetros de vuelo, en lugar de los veinte que se reclamaban, por lo que tampoco puede decirse que haya existido una íntegra estimación de la demanda a efectos de las costas de primera instancia.

Cuarto: Por último, el recurso adhesivo del demandado no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada al analizar la existencia de medianería, que no se ha estimado existente en la parte de la pared que este recurso toma en consideración para alegar

signos contrarios a la medianería sin tener en cuenta, además, dicho recurso, que no ha puesto siquiera de manifiesto la existencia de relex o retallos y que las ventanas abiertas por encima de la porción medianera son de reciente apertura, aparte de que en Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas en Aragón conforme al artículo 144 de la Compilación.

19

NÚM. 19

S. APH de 16 de junio de 2008

74: FIDUCIA SUCESORIA: PLAZO: Derecho transitorio; 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Fiducia sucesoria: ***Como dijimos en la Sentencia de 25 abril 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye la aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera. El plazo de caducidad de tres años del art. 129 debe contarse desde la entrada en vigor de la Lsuc., por lo que finaliza el 23 de abril de 2002, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley.***

74: FIDUCIA SUCESORIA: EXTINCIÓN: Pérdida de la condición de fiduciario: ***Como dijimos en las Ss. 24 mayo 2005 y 25 abril 2006, los arts. 147 b) y 148-2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144-2, al que se remite el 148-2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 129, 144, 147, 148 y 177, DT 3.ª y DT 9.ª Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma***

Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 256/2006); la sentencia de 9 de noviembre de 2007 estima la demanda y declara extinguida y perdida por caducidad la condición de fiduciarios de los intervinientes en la escritura pública de asignación fiduciaria de 25 de agosto de 2005, debiendo deferirse la herencia de los causantes como una sucesión intestada. Los demandados interponen recurso de apelación (núm. 53/2008) y la APH lo desestima y condena a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 9 de noviembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. …… en nombre y representación de doña …… frente a ……, ……, …… y ……, debo declarar y declaro extinguida y perdida por caducidad la condición de fiduciarios de los intervinientes en la escritura pública de asignación fiduciaria de fecha 25 de agosto de 2005, debiendo deferirse la herencia de los causantes don ……y doña …… como una sucesión intes-

tada. No se hace expresa imposición de costas de este procedimiento».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandados, ……, dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por veinte días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando los correspondientes escritos en los que solicitaron la íntegra desestimación de la demanda con las costas a cargo de la parte demandante. A continuación, el juzgado dio traslado a la demandante, ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 53/2008. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que tuvo lugar en el pasado día tres. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada con la salvedad de que el controvertido pacto de renuncia de la escritura de 1955 más parece una promesa de renuncia a la legítima que a la herencia, tal y como sostiene la parte apelada, la demandante inicial.

Segundo: Todos los demandados discrepan del pronunciamiento emitido en la primera instancia para solicitar, en su lugar, la íntegra desestimación de la demanda, pretensión que no puede prosperar por los propios fundamentos que ya vienen expuestos en la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, con la precisión que ya ha quedado vista, careciendo de todo sentido volver a reproducir cuanto ya tiene expuesto el Juzgado en la sentencia apelada con todo acierto, incluso siguiendo precedentes de esta misma Audiencia Provincial que, por más que nuestras sentencias no creen desde luego jurisprudencia, sí que acostumbra a respetar y seguir sus propios precedentes como, por otra parte, lo requiere el principio de igualdad en los términos repetidamente declarados por el Tribunal Constitucional.

El pacto de la escritura de 1955 que contiene la controvertida renuncia, introducida en el debate, precisamente, por los demandados, lo que dice es que la contrayente, la demandante, «aporta a su futuro matrimonio todos sus bienes en general, y en especial como dote estimada la cantidad de cincuenta mil pesetas, de las que, cuarenta mil pesetas son de su propio peculio y dice entregará el día de la boda, y las diez mil pesetas restantes se las promete entregar dentro del año siguiente a partir de esta fecha, su padre compareciente en complemento pago de sus derechos legitimarios paterno y materno; prometiendo para cuando las reciba no pedir ni reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa». Aparte de que tal pacto más parece relacionado con una renuncia a la legítima, con la muy relativa transcendencia que le da el hecho de que en Aragón exista la legítima colectiva, sin alcanzar a los derechos que pudieran provenir de la sucesión voluntaria del causante, como dice actualmente el artículo 177 de la Ley de sucesiones, de modo similar a la previsión que contenía el artículo 106 de la Compilación en relación con los derechos que provinieran de disposiciones testamentarias del causante, el caso es que aunque se entendiera en relación con cualquier atribución por causa de muerte lo cierto es que tal renuncia no llegó a tener lugar. En la indicada escritura no se renunció a nada. Sólo se prometió no pedir ni reclamar nada por legítimas o

suplementos para cuando recibiera el pago de las diez mil pesetas que se le prometieron, pero que no consta que las recibiera, hecho que no viene a integrarse en los hechos constitutivos de la demanda, sino que es un hecho impeditivo en el se sustenta la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados. Si consideramos que dicho hecho no fue introducido en el debate, los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción y si entendemos que los demandados sí que introdujeron en el debate esta cuestión lo cierto es que los mismos no han acreditado que la actora recibiera efectivamente las diez mil pesetas que iban inseparablemente unidas a su promesa, para cuando las recibiera, de no reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa. En definitiva, la demandante no ha introducido hecho nuevo alguno en el debate. Todos los hechos constitutivos de su pretensión quedaron recogidos en su demanda. No hay pues vulneración alguna del artículo 428 de la Ley procesal, ni del principio de preclusión, ni del de defensa, ni del de carga de la prueba, ni hay incongruencia alguna en la sentencia, al menos en perjuicio de los demandados, ni está actuando la actora en contra de sus propios actos, ni se puede negar a la misma legitimación activa. Los hechos donde se introducen son en la demanda y en la contestación e insistimos en que son los demandados quienes excepcionaron falta de legitimación activa amparándose en la escritura de 1955 y si con tal alegación no entendemos introducido en el debate la cuestión del pago prometido en dicha escritura condicionando la promesa de nada reclamar por legítimas ni suplementos de su casa nativa, lo que sucede es que los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción, pues no estamos ante un hecho constitutivo de la pretensión ejercitada en la demanda sino ante un hecho impeditivo invocado, siquiera sea implícitamente, por los demandados de modo que, como ya ha quedado dicho, si entendemos que tal cuestión quedó fuera del debate, los demandados se quedan sin el soporte fáctico de su excepción pues en la escritura de 1955 no se renunció a nada, del modo antes explicado, dados los concretos términos del pacto que, en el caso (y tenemos que estar a lo pactado), condiciona la promesa de no reclamar cosa alguna por legítimas ni suplementos de su casa nativa a la recepción de la dote prometida para el pago completo de, precisamente, sus derechos legitimarios paterno y materno, pacto que ha sido correctamente interpretado por el Juzgado, con la salvedad que ya tenemos dicha de que más nos parece relacionado con una renuncia a la legítima que con una renuncia a cualquier atribución hereditaria con la que, finalmente, sin obligación alguna del causante por razón de legítima, pudiera ser favorecida.

Tercero: Por otro lado, en cuanto al juego de las transitorias de la Ley de Sucesiones no podemos sino reiterar cuanto ya dijimos en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006, por más que la fiducia ya esté ejecutada pues, en este concreto caso ahora examinado, se ejecutó cuando los fiduciarios ya habían perdido esa condición por el transcurso del plazo, por lo que no se está en modo alguno revocando los actos realizados por los fiduciarios pues quienes ejecutaron esta fiducia, al tiempo de su ejecución, ya no eran fiduciarios por disposición expresa del legislador aragonés, que en todo momento fue consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, pese a lo cual prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la Ley de sucesiones. Ya dijimos en aquella sentencia de 25 de abril de 2006 que la tesis de los ahora apelantes, a juicio de este tribunal, no puede prosperar. En aquel caso los entonces recurrentes también defendían que la disposición transitoria tercera de la Ley aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte (y el plazo que de ella resultaría en relación con el artículo 129 de dicha Ley), no es aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estarse únicamente a lo reglado en la disposición transitoria novena, específica-

mente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón. Pues bien, ya dejamos dicho entonces que ambas disposiciones transitorias no se excluyen sino que se complementan. Mientras que la tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que "también" son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la disposición transitoria tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la transitoria novena la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. En definitiva, parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del artículo 129 de la Ley de sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera, tal y como lo parece considerar también la opinión doctrinal citada por los demandantes de aquel caso al oponerse al recurso (folio 189, de los autos resueltos por la sentencia de 25 de abril de 2006) opinión doctrinal a la que alude la hoy apelada al folio 244 de estos autos, en la que precisamente el artículo 129 sirve allí de ejemplo para explicar el juego de la transitoria tercera. Ahora bien, debemos resaltar que, como ya lo dijimos en nuestras sentencias de 24 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, los artículos 147 b) y 148.2 de la Ley de sucesiones (aplicables por la transitoria novena), cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del artículo 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno. Pero esto en el caso carece de relevancia pues todos los parientes posibles habían perdido la condición de fiduciarios ya con anterioridad a esta fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el artículo 147 b), en relación con la transitoria novena, por la previa entrada en acción del plazo del artículo 129 por la transitoria tercera. Es decir, en este caso, todos los parientes dejaron extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, también quienes, una vez producida la caducidad, intentaron la fallida ejecución de 25 de agosto de 2005, por lo que mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los artículos 147.b y 148.2 de la Ley de sucesiones. Por último, debemos indicar que el cumplimiento de la Ley no genera inseguridad jurídica, pareciendo claro que, conforme a la disposición transitoria tercera, el plazo debe contarse desde la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley y se da la circunstancia de que ha sido, precisamente, la nueva Ley la que, para limitar la situación de pendencia, ha puesto límites temporales a esta situación, señalando plazo de caducidad al fiduciario para el cumplimiento de su encargo si bien, como se indica en su exposición de motivos, se ha respetado el nombramiento vitalicio del cónyuge como fiduciario.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto y, habida cuenta de lo ya razonado por este tribunal en la sentencia de 25 de abril de 2006, 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, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

20

NÚM. 20

A. APH de 16 de junio de 2008

76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Sucesión a favor del cónyuge viudo: ***El causante fallece en 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado pacto o testamento, en estado de casado; a su vez, su mujer fallece en 1997, sin descendencia y sin haber otorgado pacto o testamento, siendo declarada judicialmente su heredera legal la Comunidad Autónoma de Aragón. La sucesión del causante se rige por la Comp. y, conforme al art. 135 Comp. y 944 Cc., a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió. La declaración de que la esposa es la heredera del causante ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial (art. 979 Lec. 1881) y no judicialmente; tampoco puede pretender la Comunidad Autónoma ser declarada heredera del causante.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 979 Lec. 1881, 135 Comp., 944 Cc., 220 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguen autos de declaración de herederos (núm. 256/2005) promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón; el Auto de 4 de abril de 2007 indica que no procede declarar en vía judicial heredera abintestato del causante a su esposa, pudiéndose ejercitar su acción mediante la correspondiente acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. No procede tampoco declarar heredera del causante a la Comunidad Autónoma de Aragón. El Gobierno de Aragón interpone recurso de apelación y solicita que se le declare heredero; subsidiariamente solicita que se entienda que la esposa aceptó tácitamente la herencia de su esposo (autos núm. 261/2007). La APH desestima el recurso y condena a la apelante al pago de las costas de la alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante esta Audiencia provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de Declaración de Herederos 256/05 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca, promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón, siendo causante don … y parte el Ministerio Fiscal. Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 261 del año 2007, e interpuesto por el *Gobierno de Aragón*. Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día 4 de abril de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «No procede declarar en vía judicial heredera abintestato de todos los bienes, derechos y acciones de carácter troncal y no troncal que pudieran corresponder al causante don …… a su esposa doña ……, pudiéndose ejercitar su acción mediante la correspondiente acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. No procede declarar heredero abintestato de todos los bienes, derecho y acciones de carácter troncal y no troncal que pudieran corresponder al causante don …… a la Comunidad Autónoma de Aragón».

Tercero: Contra la anterior resolución, el *Gobierno de Aragón* dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó que «se deje el mismo sin efecto y se dicte sentencia por la que se declare al Gobierno de Aragón heredero abintestato del Sr. ……. Subsidiariamente se solicita que se entienda que la Sra. …… aceptó tácitamente la herencia de su esposo, y que por tanto dicha mitad del piso que le correspondió en vida al Sr. …… formaba parte del caudal hereditario de la Sra. ……».

Seguidamente, el juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso al Ministerio Fiscal quien formuló escrito de oposición y emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 261/07. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintinueve de mayo para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: 1. En este expediente de jurisdicción voluntaria pretende la Comunidad Autónoma de Aragón la declaración de ser heredera abintestato de don ……, fallecido el 5 de noviembre de 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado testamento, en estado de casado con doña…. Ésta, a su vez, falleció el 24 de enero de 1997 sin descendencia y sin haber otorgado testamento, y de la que la Comunidad Autónoma de Aragón ha obtenido la declaración de heredera en auto de 15 de junio de 2001. El auto recurrido desestima la petición de declarar en vía judicial heredera *ab intestato* de don …… a su esposa, ya que ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial, artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según la disposición derogatoria única 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Y no procede hacerlo a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón porque carece de capacidad sucesoria directa respecto del causante.

2. Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, disposición transitoria primera de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Como don …… falleció antes de su entrada en vigor, su sucesión se regirá por la Compilación del Derecho civil de Aragón, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1995, de 29 de marzo. Conforme al artículo 135, la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en la de estos cuando no hubiere herederos troncales, se deferirá conforme a lo dispuesto en los artículos 935 a 955 del Código civil, en concreto, de acuerdo con el artículo 944 y a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió.

Segundo: El recurso sostiene que el auto recurrido está dando por supuesto que doña …… –esposa del causante– no aceptó la herencia de su esposo, en cuyo caso cabría la aplicación del artículo 205.1.3.º de la Ley de sucesiones por causa de muerte, en relación con el artículo 202.2.2.º, ya que, si no llegó a aceptar la herencia, no sucedió. Por tanto, los bienes que le hubiesen correspondido pasarían directamente al siguiente llamado a la sucesión legal, esto es al Gobierno de Aragón. La interpretación que hace el Gobierno de Aragón, si bien tiene una finalidad practica indudable, no es admisible, dado que está basada en principios y reglas sucesorias de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que no es la norma por la que se rige la sucesión de don ……. La petición subsidiaria tampoco puede acogerse, pues la aceptación de la herencia, sea expresa o tácita, supone una previa designación de heredero, bien sea testamentario o *ab intestato*. Doña …… todavía no ha sido declarada heredera de su esposo, por consiguiente, no pudo aceptar expresa o tácitamente la herencia. Además, según el último párrafo del artículo 999 del Código Civil, no todos los actos presuponen la aceptación de la herencia, sino sólo aquellos que impliquen el título o la cualidad de heredero. Se supone, pues nada se ha demostrado en ese sentido, que doña …… vivió en el piso, pero se desconoce qué clase de actos hizo doña …… y en calidad de qué, si como copropietaria, usufructuaria, mera usuaria o, por el contrario, los hizo considerándose heredera de su difunto esposo. Alega en

último lugar que, según el artículo 220.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, la Comunidad Autónoma de Aragón sólo puede obtener la declaración de herederos por vía judicial. Efectivamente, el artículo 220.2, en relación con los artículos 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, previene que, salvo los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, los demás herederos *ab intestato* deberán obtener la declaración en vía judicial, pero no es este el caso, en el que, como indica la resolución recurrida, corresponde tal designación a la esposa, lo que ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. El recurso, por lo expuesto, no puede prosperar.

Tercero: Al desestimarse el recurso, debemos imponer a la parte apelante las costas de esta segunda instancia (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su art. 398.1).

21

NÚM. 21

S. APH de 31 de julio de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva: ***Reitera lo dicho en S. 14 enero 2008 sobre el proceso de tutela sumaria de la posesión (anterior interdicto de obra nueva) para proteger una aparente servidumbre de luces y vistas, si bien la mera existencia de ventanas sin voladizos sobre fundo ajeno, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, salvo que se hubiese realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir.***

No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.

SERVIDUMBRE: Signos aparentes: ***No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.***

83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTÓRICO: ***Según nuestras sentencias de 14 octubre 1998 y 26 enero 2006, las luces y vistas en las Observancias estaba reguladas también como relación de vecindad. Carácter negativo de este tipo de servidumbres, salvo si hay presencia de un acto obstativo. Criterio recogido expresamente en el párrafo tercero del art. 14 del Apéndice. En la posesión inmemorial también es necesario el acto obstativo.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Art. 144 Comp., 14 Apéndice.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio verbal (núm. 141/2007). La sentencia de 22 junio 2007 desestima la demanda alzando la suspensión acordada. El demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 336/2007) que la APH desestima con condena en costas para el apelante.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimar la demanda interpuesta por don …… contra …… S. L., alzando la suspensión acordada. Todo ello con imposición de costas procesales a la parte actora».

Tercero: Contra la anterior sentencia, el demandante, don ……, dedujo recurso

de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó al apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda. A continuación, el juzgado dio traslado a la demandada, ……S. L., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 336/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintiocho de julio para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Como decíamos en nuestras Sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, y reiterábamos en la de 14 de enero de 2008, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión, que antiguamente era conocido como 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 las expresadas resoluciones, 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.

Segundo: Para dar respuesta a los motivos de recurso, debemos dejar constancia de que si bien las dos casas están construidas en el siglo XIX, no podemos decir lo mismo de las ventanas o huecos, según puede comprobarse en el reportaje fotográfico aportado con la demanda. Todas han sufrido alteraciones o modificaciones más o menos intensas, y las de la parte central de la segunda y tercera planta, de mayores dimensiones que las demás, parecen mucho más recientes. No se abren directamente sobre la propiedad vecina, sino sobre un callizo de unos 50 cm de ancho, según puede apreciarse en las fotografías y en el informe pericial. De modo que los supuestos voladizos –alféizar y tendedor–, no caen directamente sobre fundo ajeno. No suponen, por tanto, una intromisión en la propiedad vecina, sino que volarían sobre el callizo. Además, no tienen consideración de signo aparente de servidumbre, conforme hemos mantenido entre otras en nuestra sentencia de 24 de octubre de 2007, un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001–, un vierteaguas –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985–, o un tendedero –sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006–.

Tercero: Respecto al Derecho aplicable, y a la adquisición de la servidumbre bajo el régimen anterior al Apéndice de 1925 y la Compilación, hemos de recordar (*vid* nuestras sentencias de 14 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006 que «bajo el régimen de las Observancias del Reino de Aragón, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía –al igual que ahora– el llamado acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983 (y las que en ellas se citan), momento a partir del cual comienza el plazo de usucapión, y no antes, es decir, mientras se mantiene en sentido estricto la relación de vecindad o régimen de tolerancia sobre la apertura de los huecos. El Apéndice Foral de Aragón de 1925 recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su artículo 14». Siguiendo esta sentencia, de plena aplicación al presente supuesto, no podemos aceptar que el actor haya adquirido por usucapión un derecho real de servidumbre de luces y vistas, pues, como venimos diciendo, en Aragón es posible abrir huecos tanto en pared propia como medianera. Tampoco sobre la base de la posesión inmemorial alegada, pues en ella también es necesario el acto obstativo y, si se entiende por posesión inmemorial aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria de su comienzo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas, como hemos dicho en otras ocasiones, es obvio que, en esa situación, también se habría perdido memoria del supuesto acto obstativo, con la consiguiente imposibilidad de que pueda comenzar el plazo para usucapir.

Cuarto: Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena del recurrente al pago de las costas de esta alzada conforme a los arts. 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

22

NÚM. 22

S. APH de 31 de julio de 2008

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL: PROPIEDAD: Presunción de libertad: ***Quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparado en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia.***

84: SERVIDUMBRES: DE CONEXIÓN A RED GENERAL: ***La constitución forzosa de la servidumbre sólo podría exigirse cuando la conexión a la red general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.*** **DE PASO DE ENERGÍA ELÉCTRICA:** ***Es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, quedando el derecho real incorporado al acervo de la empresa. Las decisiones sobre la servidumbre y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 348 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 290/2006), promovidos por la Comunidad de propietarios; la sentencia de 29 de junio de 2006 estima íntegramente la demanda y declara la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre la propiedad de la actora; los demandados interponen recurso de apelación (núm. 324/2007) y la APH lo desestima con condena en costas a la parte apelante.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 29 de junio de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimar íntegramente la demanda interpuesta por la Comunidad …… contra …… S. L. ACORDANDO: 1. declarar la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre la propiedad de la Comunidad …… 2. Condenar a …… S. L. a restituir el muro perforado por ellos a su estado de original, tapando los agujeros efectuados realizando las obras necesarias para ello, desconectando y retirando los ramales o tomas efectuadas hacia su propiedad, de agua y electricidad, trabajos todos ellos que se efectuarán a su costa. 3. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandados, ……y …… S. L. dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por 20 días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra estimación (sic) de la demanda. A continuación, el juzgado dio traslado al demandante, Comunidad de Propietarios ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición.

Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 324/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el treinta y uno para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que estima la demanda y declara la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre el garaje propiedad de la Comunidad de Propietarios de «……», por lo que condena a los demandados a restituir el muro perforado, tapando los agujeros efectuados, y a retirar los ramales o tomas de agua y electricidad hacia su propiedad, se alza la parte demandada en solicitud de que se desestime la demanda con la condena en costas de la actora. Insiste en la tesis que ha venido manteniendo, que son servidumbres legales impuestas por el Ayuntamiento en uso de sus competencias, que está obligado a prestar el servicio de suministro de agua potable, al igual que el suministro de energía eléctrica que asume y gestiona por medio de una empresa municipal, y que fue autorizado verbalmente a efectuar el enganche, lo hicieron por el lugar más idóneo o conveniente indicado por el Ayuntamiento.

Segundo: El recurso no puede prosperar porque, partiendo de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, «sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes», artículo 348 del Código Civil, quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado a probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparado en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia. En este caso el objeto de la demanda son las conexiones o «enganches» de la casa de los demandados a la red pública de agua, que discurre por el techo de la planta sótano destinado a aparcamiento de vehículos, propiedad de los integrantes de la Comunidad de Propietarios ……, o la acometida de suministro eléctrico desde el Centro de Transformación, situado cerca de la rampa de acceso al garaje, de donde salen redes de baja tensión públicas por el techo. No se dirige, por tanto, la demanda contra la red pública de agua o la red pública de baja tensión que discurren por el techo del garaje, sino contra las derivaciones que conducen al edificio de los demandados desde la red general y a través del muro perimetral del garaje. Los demandados reconocen que no tienen ningún título para constituir la servidumbre, únicamente cuentan con la autorización verbal del Ayuntamiento que les indicó por donde debían discurrir las acometidas de agua y electricidad a la nueva casa. Que el municipio deba facilitar el abastecimiento domiciliario de agua potable, en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.1 y 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local o de los artículos 22.f) y 44.a) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, no autoriza para que sin más consideraciones lo haga a través o desde una propiedad privada, gravándola con una servidumbre. Porque la constitución forzosa de la servidumbre solo podría exigirse cuando la conexión a la red general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

Tercero: En materia de suministro de energía eléctrica son de aplicación los preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del sector eléctrico, y

del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, donde, conforme a la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales (sentencias de las Audiencias Provinciales de Segovia, de 27 de marzo de 1989; de Cáceres, de 29 de septiembre de 1997 y 25 de abril de 2001; de Orense, de 19 de abril de 2000, y de Teruel de 27 de abril de 2004), han entendido que las servidumbres que, al amparo de la legislación citada y la que le sirve de antecedente (Ley 10/1966, de 18 de marzo), se constituyan con el objeto de distribuir dicha energía eléctrica para suministrarla posteriormente, es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, constituyendo la parte pasiva el dueño del predio sirviente, quedando el derecho real de servidumbre incorporado al acervo de la empresa, pues si bien es cierto que en un segundo plano la energía llega a los particulares, esto sólo es posible a través de la empresa suministradora, por lo que al no existir una norma en nuestro Código Civil en la que pueda apoyarse el derecho de los particulares a imponer la servidumbre de paso de energía eléctrica, las decisiones sobre la misma y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre. En el presente pleito, tal y como señala la sentencia recurrida, fue la empresa ……, S. L. la que realizó la acometida sin solicitar permiso a la Comunidad de Propietarios, dado que entiende que se trata de redes públicas y, por tanto, que tienen un derecho de servidumbre. Pero la existencia de un transformador en la propiedad de los actores y el derecho de paso de la compañía eléctrica de distribución para el mantenimiento no supone ningún título que justifique la instalación, en dicha propiedad privada, de una nueva infraestructura eléctrica entre la red de distribución existente y el primer elemento propiedad del solicitante, instalación que llevó a cabo la compañía suministradora.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

23

NÚM. 23

S. APH de 26 de septiembre de 2008

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: «Perpetuatio iurisdictionis»: ***Desde la presentación de la demanda de retracto de abolorio luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. Poco después de la formalización de la demanda la vendedora otorga contrato de compraventa a favor de los demandantes en el procedimiento de abolorio y en un tercer contrato se dice que con esta compraventa los compradores han ejercitado el derecho de abolorio. En la audiencia previa se quieren introducir en el proceso estos nuevos hechos: las alegaciones complementarias no pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio, tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado, etc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 410, 411, 412, 413 y 426 Lec.; 150 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 60/2006); la senten-

cia de 17 de diciembre de 2007 desestima íntegramente la demanda de retracto de abolorio por no haberse acreditado el carácter troncal de los bienes; los demandantes interponen recurso de apelación (autos 63/2008) y la APH lo desestima con condena en costas a los apelantes.

Antecedentes de hecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 17 de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por …… y …… contra don ……, condenando a los primeros al pago de las costas del proceso».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandantes, ……y ……, dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por 20 días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra estimación (sic) de la demanda. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 63/08. Personados los apelantes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintitrés de septiembre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Se ejerce el retracto de abolorio frente al contrato de febrero de 2005 suscrito por …… con ……, pues cuando se formalizó la demanda el 22 de febrero de 2006 todavía no se había otorgado el contrato de 26 de febrero de 2006 con ……, S. L., representada por el citado Sr. ……. En función de esta demanda pedían que se declarase su derecho a retraer las parcelas litigiosas, se condenase al demandado, una vez acreditado el precio, a recibir la misma suma y para que otorgase escritura pública de compraventa. Desde la presentación de la demanda luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. A partir de ese momento comienzan los efectos de la *litispendencia* en sentido general –de acuerdo con los principios de prohibición de *mutatio libelli* y *ut lite pendente nihil innovetur*–, con la consiguiente perpetuación de los hechos tal como son allí planteados y sus oportunos efectos procesales (*perpetuatio iurisdictionis*, *legitimationis* y *actionis*), sin atender a sus posteriores modificaciones, salvo las subjetivas y objetivas que excepcionalmente sean procedentes, así resulta de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con sus artículos 411, 412 y 413 (este último se remite también al art. 22). En la audiencia previa se permite a las partes alegaciones complementarias, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas, artículo 426.1, aclaraciones o rectificaciones de extremos secundarios de sus pretensiones, *siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos*, artículo 426.2, añadir alguna petición accesoria o complementaria, si la parte contraria se muestra conforme, artículo 426.3, o podrán alegar algún hecho o noticia de relevancia que hubiera ocurrido o hubiera llegado a su conocimiento después de la demanda o reconvención, artículo 426.4.

Segundo: Que se hagan alegaciones complementarias en la audiencia previa no quiere decir que sean admisibles, ni pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio (condenar al demandado a retirar cuantos bienes pudiera haber depositado en los inmuebles, para que los

actores puedan acceder a la libre toma de posesión sin limitación alguna, pudiendo ser lanzados de no avenirse), tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado y por satisfechas por los actores las cantidades que hubieran podido recibir los iniciales vendedores, tener al demandado por conforme con dicha manifestación contractual y resarcido de las cantidades que hubiera podido adelantar para la adquisición de los bienes litigiosos. Hay un tercer contrato de compraventa, otorgado el 19 de mayo de 2006 por los apoderados de …… en el que los compradores –demandantes en este procedimiento– dicen ejercer el derecho de abolorio en relación con las fincas urbanas y rústicas objeto del contrato celebrado con ……, S. L. el 26 de febrero de 2006.

Tercero: Debe mantenerse el rechazo de la demanda inicial, sin las modificaciones que se pretendían introducir en la audiencia previa, pues, como muy bien dice la sentencia, no se ha acreditado el carácter troncal de los bienes. A tal efecto no son suficientes las manifestaciones de los representantes legales del vendedor en ese tercer contrato de 19 de mayo de 2006, por más que fuera ratificado en el juicio, dado que el demandado …… no fue parte en el referido contrato. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, artículo 1257 del Código Civil, sin que puedan obligar a terceros que no han sido parte en el mismo. Por este motivo tampoco afecta al demandado en este procedimiento …… las manifestaciones del confuso pacto cuarto del indicado contrato de 19 de mayo de 2006, en el que consignan que «la firma de este contrato deja a la misma sin causa (se refieren a la demanda en ejercicio del derecho de abolorio contra …… y/o ……, S. L., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca, Procedimiento Ordinario núm. 60/06), por lo que la parte compradora se compromete a desistir del referido procedimiento (es decir, los apelantes), al haberse avenido la otra parte, según afirma la vendedora (es decir, los apoderados mancomunados de ……), a las pretensiones de dicha demanda, por lo que la vendedora se compromete a instar al Sr. …… o a quien este represente (sea persona física o jurídica), incluso, de ser preciso, comparezca en el citado procedimiento a los efectos que resultaren procedentes y sin más efectos ni consecuencias». Todas estas consideraciones se hacen al margen del examen del cumplimiento de los requisitos procesales para el ejercicio de la acción de retracto, como por ejemplo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 150 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón o la presentación con la demanda del documento justificativo de la consignación del precio, si fuera conocido, o de la caución que garantice la constitución en cuanto se conociere, artículo 266.3, sin el cual no puede admitirse la demanda, artículo 269.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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.

24

NÚM. 24

S. APH de 30 de septiembre de 2008

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Fijación de la postura de las partes: ***Es en el acto de formación de inventario, en el trámite del art. 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban de integrar el inventario. La parte que insta el inventario debe fijar su postura en su propia solicitud y la otra parte en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos***

de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera partidas. Los principios de preclusión y defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario, o introducir en ella modificaciones sustanciales, en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, ni mucho menos en apelación: serían cuestiones nuevas (Ss. APH 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2007, 8 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007). **De dinero o partidas dinerarias:** ***De nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Reiteración de lo dicho en la SAPH de 29 febrero 2008, criterio mantenido también en las Ss. APH de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007. Carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación, la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 33 Lrem., 456, 808 y 809 Lec.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio verbal (núm. 106/2008); la sentencia de 28 de diciembre de 2007 estima parcialmente la oposición a la propuesta de inventario de la sociedad consorcial presentada por la actora y declara que el inventario de su sociedad comprende determinados bienes El demandado presenta recurso de apelación (autos 106/2008) solicitando algunas inclusiones y exclusiones en el inventario. La APH estima parcialmente el recurso de apelación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 28 de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimándose parcialmente la oposición vertida por la procuradora Sra. en representación de don …… a la propuesta de inventario de bienes de la sociedad ganancial presentada por la actora doña ……el 9 de enero de 2007 junto con su escrito de subsanación, debo de declarar y declaro que el inventario de su sociedad comprende los bienes en ella descritos, debiéndose de incluir en su activo el saldo de las cuentas abiertas en Ibercaja núm. …… y núm. ……, declarando como fecha de disolución de la sociedad de gananciales (sic) el 19/12/06, y todo ello sin condena en costas.»

Tercero: Contra la anterior sentencia, el demandado, don ……, dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó: a) la exclusión del activo del inventario del bien inmueble consistente en dos viviendas y garaje en el edificio de Benasque y en defecto de ello, se reembolse al esposo por el valor del edificio existente antes de la rehabilitación realizada constante matrimonio y cantidades del préstamo abonadas por el esposo cuyo valor se determinará en la fase de propuesta de adjudicación; b)la inclusión en el activo de los saldos de cuentas bancarias contenidos en la relación presentada por la contraparte en el escrito de subsanación, pero con las precisiones siguientes: – quedar fuera del inventario el plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número ……, y el depósito de la CAI.– figurar además de las cuentas de Ibercaja recogidas en la sentencia las siguientes: …… (4000 _); …… (23000 _); …… (4031,34 _ y 3987,64 _), y en defecto de ello el reintegro de las cantidades. En relación al depósito de valores vinculado a una de las cuentas de Ibercaja, el número de títulos de Endesa es y ha sido un núme-

ro de 73; c) la inclusión en el pasivo del crédito a cargo de la sociedad consorcial y a favor de mi mandante de las cantidades de 2.017.250 pesetas (15 de octubre de 1992), 74.960 pesetas (6 de mayo de 1993) y 1.500.000 pesetas (año 1996), 2.250.000 pesetas (2 de junio de 2000) correspondientes a la herencia del hermano y madre de mi mandante más las actualizaciones correspondientes. d) Debe incluirse en el pasivo: la totalidad de sumas abonadas con posterioridad a la disolución de la sociedad por el esposo para satisfacer pagos de la comunidad consorcial y de los bienes que la integran, así como los créditos por pagos hechos después de la disolución de la sociedad a determinar en ejecución de sentencia o en la fase de propuesta de adjudicación, con imposición de costas a la parte apelada. A continuación, el Juzgado dio traslado a la demandante, doña ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada no formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 106/2008. Personadas la parte apelante ante esta Audiencia y habiéndose propuesto prueba se pasó a la Sala para resolver. Por auto de veintitrés de junio se denegó la práctica de la prueba propuesta en segunda instancia y por auto de dos de septiembre se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Sostiene el recurrente, en primer lugar, que debe excluirse del inventario el bien inmueble consistente en dos viviendas y garaje en el edificio de Benasque. Tal pretensión no puede prosperar pues el hoy recurrente no puede ir contra sus propios actos cuando declaró la obra nueva para inscribir tales inmuebles a nombre de ambos esposos, para su sociedad matrimonial, tal y como consta el registro de la propiedad, si bien ninguna de las partes ha tenido a bien aportar la escritura de declaración de obra nueva, siendo ahora irrelevante si tal acto fue realizado en virtud de un pacto similar al hoy regulado en el artículo 33 de la Ley aragonesa 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, o si por el contrario lo que sucedió es que entonces consideraron los hoy litigantes que era superior el valor de la obra realizada constante matrimonio que el del terreno y cine preexistente, conforme al principio de accesión invertida. Además, es de resaltar que en el pasivo ya se ha contemplado, del modo que las partes consideraron oportuno y que ahora no se discute, el terreno preexistente con carácter privativo del esposo hoy apelante, sobre el que luego se construyó el edificio en el lugar en que antes estaba el cine con su entrada, servicios y altillo.

Por otra parte, la pretensión de que se reembolse al esposo por el valor del edificio existente antes de la obra realizada constante matrimonio (cine que no sabemos si tenía algún valor útil para la nueva obra una vez compensado el coste de demolición de lo desechable con lo que, en su caso, se pudo aprovechar al transformar el cine en apartamentos) y por las cantidades del préstamo que dice abonadas por el esposo (probablemente confundiendo el hecho de pedir un préstamo con la acción de pagarlo o devolver el importe recibido en dicha operación crediticia) es una cuestión nueva que no se incluyó en el trámite de formalización del inventario, aparte de que de nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Como dijimos en nuestras sentencias de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005 y 6 de julio y 8 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007, es precisamente en el acto de formación del inventario, en el trámite del

artículo 809, donde las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario pues, partiendo de los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas. De este modo, tal y como dijimos en las expresadas sentencias, los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducir en ese momento del juicio verbal, ni mucho menos en apelación, modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada, de forma que, con claridad y precisión, deben fijar sus respectivas pretensiones en el acto de formación del inventario con la misma precisión y claridad que luego van a esperar de la sentencia, haciendo en su caso uso del principio de acumulación eventual, que actúa paralelamente al de preclusión procesal. La parte actora hizo su propuesta de inventario y el hoy apelante tuvo en el trámite del artículo 809 el momento procesal oportuno para señalar cuáles eran las concretas partidas que, a su juicio, debían excluirse y cuales debían adicionarse, de modo principal o, en su caso, subsidiariamente, conforme al principio de acumulación eventual, que actúa siempre que entra en acción la preclusión procesal. Por todo ello, no puede pretender el recurrente que se añadan en el inventario partidas cuya inclusión no solicitó en el acto de su formación inicial, como los reembolsos que ahora reclama por el edificio preexistente y por lo que dice haber pagado con dinero privativo que ni siquiera la parte cuantifica, siendo a tal fin de resaltar que en este procedimiento, como en todos los juicios, las pruebas no se practican para que las partes decidan lo que les conviene pedir, sino para que demuestren el sustento fáctico de las pretensiones oportunamente deducidas en el período alegatorio, no pudiendo las partes en apelación introducir cuestiones nuevas sino que, conforme al artículo 456 de la Ley procesal, con el recurso de apelación únicamente cabe reproducir las pretensiones oportunamente deducidas ante el tribunal de primera instancia, aparte de que, como ya ha quedado dicho, de nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa cual es su importe. En este sentido tenemos repetidamente declarado, últimamente en la sentencia de 29 de febrero de 2008, que el inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; y que la peculiaridad consiste en que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando encauza en el trámite del artículo 809 la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada, pues el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Este es el criterio que mantuvimos en nuestras sentencias de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007. Sobre la base de todo ello, carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es

imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.

Segundo: Las modificaciones solicitadas en la letra B) del suplico son igualmente, en lo que concierne a las cuentas de Ibercaja y sus reembolsos, cuestiones nuevas, pues nada se dijo en relación con dichas cuentas y depósitos en el acto de formación del inventario. Es de resaltar que los 9.015,18 euros de la cuenta de Ibercaja controvertida en dicho acto de formación de inventario ya han sido incluidos en la sentencia apelada. Por el contrario, en el acto del inventario, sí que adujo la parte hoy recurrente la supresión del plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número …… y la supresión del depósito de deuda suboordinada CAI. Y debe darse lugar a la supresión solicitada del primero de ellos pues, al tiempo de la disolución del consorcio, el plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número …… ya no existía, pues fue reembolsado el 19 de septiembre de 2006, ingresándose en dicha cuenta, de la que son cotitulares los litigantes, la suma de 15.278,40 (folio 200 y siguientes). Con relación a la deuda subordinada de la CAI, dice la parte recurrente que venció el 20 de septiembre de 2006, siendo ingresado el mismo día en la cuenta conjunta del matrimonio en la entidad BSCH. El examen de la prueba permite afirmar que el recurrente dispuso en efectivo dicho día de los 36.000 euros del depósito de obligaciones subordinadas de la CAI pero, por el contrario, no vemos que seguidamente hiciera el ingreso que alega en la cuenta conjunta del matrimonio en el BSCH, cuyos movimientos constan a los folios 200 y siguientes, evidenciando que en el indicado día 20 de septiembre de 2006 el único movimiento que hubo es que alguien, no sabemos quién, dispuso en efectivo en la oficina de 15.000 euros, pero no consta, en ese día ni en ningún otro posterior, un ingreso de los citados 36.000 euros procedentes del depósito de obligaciones subordinadas, por lo que no entendemos procedente suprimir dicha partida pues sería tanto como permitir que dicho dinero se volatilice en las manos del propio apelante. También defendió dicha parte en el inventario que el depósito de valores de Ibercaja …… era de 73 acciones de Endesa y lleva razón la parte pues así consta al folio 187 y 188, por lo que procede estimar el recurso en este particular.

Igualmente es cuestión nueva la planteada bajo la letra d) del suplico del recurso que, nuevamente, vuelve a hablar de créditos que la parte no cuantifica ni identifica de ningún modo concreto, aparte de que más parece hacer alusión a un problema de liquidación de la comunidad que continúa tras la disolución que a la liquidación y división del consorcio propiamente dicho. Del mismo modo, es cuestión nueva cuanto se razona en la alegación quinta del recurso por la que, por otra parte, ninguna petición se llegó a articular en la súplica del recurso.

Tercero: Por otro lado, tal y como lo tiene expuesto el Juzgado, las pruebas practicadas no permiten afirmar que el capital procedente de la donación de la madre del recurrente se invirtiera en la adquisición de bienes consorciales o se confundiera con fondos comunes. Es más, la esposa dijo que no sabía cuál era la cantidad recibida por el esposo de su madre y ni siquiera el recurrente parece saber cuál fue la suma recibida pues en el acto del inventario cuantificó lo procedente de su madre en 500.000 pesetas en vida y en 2.500.000 pesetas tras su muerte, mientras que ahora dice que fueron 1.500.000 pesetas y 2.250.000 pesetas, respectivamente. En cualquier caso, cualquiera que fuera la cifra recibida en vida de su madre, lo que sí parece cierto es que dicha primera suma que recibió el apelante la donó, a su vez, a una hija, sin que podamos afirmar que en tal donación interviniera para nada la esposa hoy apelada, ni que se produjera confusión alguna de ese dinero con los fondos comunes, mientras que con la segunda suma, la recibida por el apelante

tras la muerte de su madre, no se corresponde con la realidad que la esposa manifestara en el juicio que ese dinero se destinó a la compra de un coche para el uso de la familia. Tal destino sobre el coche lo afirmó la esposa en relación con los 2.017.000 pesetas recibidos de la herencia del tío del recurrente, perfectamente documentados con la transferencia realizada, pero no en relación con la herencia de la madre del apelante respecto a la que, a la vista de la grabación de dicho acto, únicamente dijo la esposa que algo recibió el esposo por herencia de su madre, al repartirse los hermanos algo de dinero pero ignorando la cantidad y sin hacer indicación alguna de su destino que, con las pruebas practicadas, no podemos afirmar que terminara confundido de algún modo con los fondos comunes. Es más, la misma hermana del recurrente, poco antes de hacer alusión a la caja fuerte existente en la casa, declaró que no sabía si con la herencia del tío se había comprado el apelante un coche pero que creía que se lo había comprado antes de que muriera el tío. Es decir, las referencias a la adquisición del coche para uso familiar, pese a lo afirmado en la sentencia apelada, nada parecen tener que ver con la herencia de la madre del recurrente de la que no sólo ignoramos su destino final sino que incluso es también muy débil la prueba practicada para evidenciar su importe, limitado al testimonio de la hermana del apelante, sin ningún soporte documental.

Por el contrario, el mismo Juzgado ha considerado acreditado, con todo acierto, que las sumas procedentes de ……, suficientemente documentadas en autos, se confundieron con el caudal común, por lo que procede reconocer el crédito solicitado en el recurso, que es procedente al amparo del artículo 44 de la Ley 2/2003.

Cuarto: Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

25

NÚM. 25

S. APH de 19 de octubre de 2008

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: ***Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 28-12-2006 y 11-7-2007, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el art. 147 Comp. El art. 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 1.2 y 147 Comp.; 532 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio ordinario (núm. 188/2005) en los que la sentencia de uno de marzo de 2006 estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a restablecer el derecho de paso por la finca, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones de la parte actora. Tanto el demandante como la demandada interponen sendos recursos de apelación (autos 174/2006) interesando respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. La APH estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estima parcialmente el del actor. Se revoca la sentencia de instancia y en su lugar, al estimar parcialmente la demanda, se condena a la demandada a restituir la aguadera, absolviéndole del resto de pretensiones del actor.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

Segundo: El magistrado juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 20

de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. , en nombre y representación de don …… y don ……, frente a don …… y don ……, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones frente a ellos ejercitadas en aquélla. Todo ello con condena en costas de las causadas a los actores, quienes deberán abonar las causadas en esta instancia».

Tercero: Contra la anterior sentencia, los demandantes, don …… y don ……, anunciaron recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó lo siguiente: que se revoque la sentencia de instancia, dictada en día 20 de diciembre de 2007, dictando otra en su lugar en la que se estime la demanda interpuesta íntegramente, con expresa condena en costas la que se opusiere. A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, don …… y don ……, se opusieron al recurso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 79/2008.

Cuarto: Por auto de fecha 9 de septiembre de 2008, acordamos lo siguiente: «PARTE DISPOSITIVA/LA SALA HA RESUELTO: DENEGAR la práctica de las pruebas solicitadas por los apelantes, don …… y don ……. Devuélvanse a dicha parte, a través de su representación procesal, la ampliación de la prueba pericial acompañada al recurso (folios 134 a 146) y los documento unidos a los folios 147 a 151 también aportados con el recurso y, en su lugar, déjese un testimonio de esta resolución. Quede el asunto pendiente de deliberación, votación y fallo por el turno que lo corresponda». A tal efecto, señalamos el pasado día 30 de septiembre. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Los demandantes mantienen en su recurso las pretensiones deducidas en primera instancia. En cuanto a la acción reivindicatoria del trozo de terreno discutido, los apelantes sólo cuentan, para justificar su dominio, con los límites parcelarios plasmados en el catastro y en el SIGPAC. Sin embargo, como venimos diciendo continuamente (la última de las veces, en nuestra sentencia de 28 de marzo de 2008), el catastro aunque pueda ser valorado como una dato o indicio más, no es registro que resuelva por sí mismo cuestiones de dominio; y lo mismo hemos de decir del SIGPAC. Por otro lado, el distinto nivel entre la parcela 84 (propiedad de los demandantes) y la porción de tierra discutida, la separación de ambas por una línea de carrascas y el cultivo de la zona conflictiva desde hace no menos de nueve años por el arrendatario –el demandado don ……– de la parcela 75 perteneciente al también demandado don …… son indicios que perjudican a los actores, más aún si tenemos en cuenta que las oliveras plantadas en la parcela 75 fueron arrancadas a principios de los años setenta a fin de dedicar la tierra al cultivo de cereales, como ahora el terreno controvertido sin solución de continuidad, a diferencia de la 84, que sigue manteniendo los olivos. En suma, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio no apreciamos error alguno en las conclusiones a las que llega el Juez de instancia, de donde resulta la falta de prueba del título de propiedad sobre la franja en cuestión.

Segundo: 1. Respecto al otro extremo discutido, el único título de adquisición de la servidumbre de paso que ampararía a los demandantes sería la usucapión. Como hemos dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 2007 y las que allí son citadas), para el reconoci-

miento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión (o prescripción adquisitiva), debe tenerse en cuenta que la *Compilación* establece en su artículo 147 que sólo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del Código Civil a tenor del artículo 1.2 de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre.

2. En el presente caso, obviamente ningún camino es ahora visible en el tramo señalado por los apelantes; pero, además, sobre la base de las pruebas practicadas, tampoco podemos entender acreditado que el paso hubiera sido aparente en alguna ocasión, ni mucho menos a lo largo del plazo de diez años necesario para usucapir, aunque el propio colono demandado admite que no le importa que los actores pasen cuando lo necesitan, lo cual no es suficiente para ellos, pues a veces las condiciones del terreno impiden el uso de vehículos, según explicaron en el juicio. A tal efecto, no son suficientes las pruebas o indicios aportados por los apelantes. Así, los vestigios de camino apreciados por el perito de parte no están objetivados de forma adecuada (la piedra fotografiada podría tener como finalidad determinar la propia linde de la parcela); y tampoco son convincentes las explicaciones dadas por el perito en el juicio sobre este extremo y sobre una zona de terreno aplanada que podría corresponder al supuesto desaparecido camino, cuya anchura, por cierto, tampoco estaría aclarada. Por último, la colindancia de otra parcela de los demandantes –situado más al norte de la 84– con un camino por el oeste, y que sólo podría ser el ahora discutido, consiste en una manifestación unilateral hecha por los hoy actores en el expediente de dominio tramitado en 1981 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción entonces único de esta capital.

Tercero: Sobre la base de todo ello, procede desestimar el recurso e imponer a la parte apelante las costas de esta alzada, conforme al citado artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398.1.

26

NÚM. 26

S. APH de 20 de octubre de 2008

74: FIDUCIA SUCESORIA: PLAZO: Derecho transitorio. 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: ***Reiteración de lo dicho en las Ss. APH de 25 de abril de 2006 y 16 de junio de 2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3.ª y 9.ª Lec. en relación con el plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del art. 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, pre-***

firió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133.1 Lsuc.).

74: FIDUCIA SUCESORIA: EXTINCIÓN: Pérdida de la condición de fiduciario: ***Como dijimos en nuestras Ss. de 25 abril 2006 y 16 junio 2008, los arts. 147 b) y 148.2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 129, 144, 147, 148 y 177, DT 3ª y DT 9ª Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.***

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 303/2006); la sentencia de 25 de julio de 2007 estima la demanda y declara caducada y extinguida la ficucia prevista en la escritura de 5 junio 1909, declarando en consecuencia que la escritura de asignación fiduciaria de 14 de junio de 2004 no es válida ni eficaz para derivar la herencia de los causantes, declarando asimismo que la sucesión de ambos cónyuges debe deferirse como una sucesión intestada deferida el 23 de abril de 2002. Los demandantes interponen recuso de apelación (autos 382/2007) que la APH desestima confirmando íntegramente la resolución de instancia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la Sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha veinticinco de julio de dos mil siete la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de ……y de ……y ……contra ……y ……, debo declarar y declaro caducada y extinguida la fiducia prevista en la escritura de 5 de junio de 1909 por ……y ……declarando en consecuencia que la escritura de asignación fiduciaria autorizada por doña ……el 14 de junio de 2004 al núm. 826 de su protocolo no es válida ni eficaz para derivar la herencia de los citados causantes, declarando asimismo que la sucesión de ambos cónyuges (don ……y doña ……) debe deferirse como una sucesión intestata relacionada el 23 de abril de 2002. No se hace expresa imposición de costas».

Tercero: Contra la anterior Sentencia, los demandados ……y ……anunciaron recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a dichos apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra desestimación de la demanda. A continuación, el Juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable, en cuyo trámite los demandantes ……y …… formularon en tiempo y forma escrito de oposición a fin de interesar la desestimación del recurso.

Cuarto: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 382/2007. Personadas las partes ante esta Audiencia, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de ellas, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para lo que se señaló el pasado día siete de octubre. En la tramitación de esta segunda instancia no

ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: La propia parte apelante señala que la cuestión controvertida es esencialmente de índole jurídica, en concreto de interpretación de la norma legal y de derecho transitorio, pues se trata de dilucidar si el plazo de caducidad de tres años contemplado para la fiducia en la vigente Ley aragonesa de Sucesiones del año 1999 es o no aplicable –y, en su caso, de qué modo– a un caso como el presente, en que la fiducia quedó establecida en capitulaciones otorgadas a principios del pasado siglo, y por tanto con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Ley, pero no fue ejecutada hasta el año 2004.

Hemos de observar al respecto que, pese a las consideraciones tanto jurídicas como sociológicas llevadas a cabo en el escrito de interposición del recurso, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en la Sentencia de 16 de junio de 2008, en la que reiterábamos cuanto ya habíamos dicho en la de 25 de abril de 2006, ya citada por la parte actora en la demanda rectora del presente pleito. En dichas resoluciones señalábamos que el legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de Sucesiones. Añadíamos que, pese a que los entonces recurrentes también defendían, como ahora sucede, que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Aragonesa 1/1999, y el plazo de tres años que de ella resultaría en relación con el art. 129 de dicha Ley, no sería aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estarse únicamente a lo reglado en la Disposición Transitoria Novena, específicamente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón y que no contempla el art. 129, considerábamos por nuestra parte que ambas Disposiciones Transitorias no se excluyen sino que se complementan, ya que, mientras que la Tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva Ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la Novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que «también» son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la Disposición Transitoria Tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la Transitoria Novena la entrada en juego de la Transitoria Segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior, por lo que nos parece que si la Transitoria Novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 de la Ley de Sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la Transitoria Tercera. Ahora bien, debemos resaltar, como también hicimos en nuestras precitadas Sentencias, que los arts. 147. b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones, aplicables por la Transitoria Novena, cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso pues todos los parientes posibles ya habían perdido la condición de fiduciarios con anterioridad a la fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el art. 147 b) en relación con la Transitoria Novena, por la previa entrada en acción del plazo trienal del art. 129 en virtud de la Transitoria Tercera, ya que, conforme a esta última, dicho plazo ha de aplicarse desde la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones, esto es, desde el 23 de

abril de 1999, por todo lo cual, al haber dejado todos los parientes extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, pues recordamos que la escritura de ejecución de la fiducia se otorgó en el año 2004, y por tanto con posterioridad al 23 de abril de 2002, mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los referidos arts. 147.b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones. No cabe afirmar, por todo lo expuesto, que la Sentencia yerre al declarar extinguida la fiducia y abierta la sucesión legal de los capitulantes.

Segundo: Consideran asimismo los apelantes que, aún de entenderse caducada la fiducia en virtud del art. 129, serían aplicables las normas generales de la sucesión intestada, conforme a las cuales la delación de la herencia habría tenido lugar en el año 1958, año en el que fallecieron los dos capitulantes que instituyeron la fiducia, y no, como se dice en la Sentencia, el día 23 de abril de 2002, esto es, tres años después de la entrada en vigor de la Ley aragonesa de Sucesiones. Sin embargo, la solución adoptada por la Sra. Juez *a quo* debe ser mantenida por los mismos argumentos que hasta ahora han quedado expuestos, pues el art. 133.1 de la precitada Ley establece, caso de existir fiducia, que la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de dicha fiducia o de su extinción, siendo dicha norma de aplicación a un caso como el presente conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley y sin que la Disposición Transitoria Novena suponga un obstáculo para dicha aplicación, del mismo modo que, según hemos expresado, sucede con el art. 129.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada en cumplimiento del art. 394.1 de la Ley 1/2000, al que se remite el art. 398.1 de la misma Ley, y ello porque, pese a que la juzgadora *a quo* omitió un pronunciamiento especial sobre las costas de primera instancia, en nuestra ya mencionada Sentencia de 18 de junio de 2008, en que también se discutía la aplicabilidad del art. 129 por la vía de la Transitoria Tercera de la Ley de Sucesiones, ya entendíamos que el caso no presentaba dudas de hecho o de derecho, sin olvidar que el primer pronunciamiento dictado por esta Sala sobre el particular con fecha 25 de abril de 2006 ya era conocido al momento de iniciarse el presente pleito, y de hecho fue expresamente citado en su demanda por la parte actora.

27

NÚM. 27

S. APH de 24 de octubre de 2008

83: LUCES Y VISTAS: VOLADIZO: Signo aparente: ***Voladizo en pared propia o medianera, que caiga sobre fundo ajeno (145 Comp.). Se entiende por voladizo «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» (SAT Zaragoza 11 de diciembre de 1985 ratificada por STS 20 de octubre de 1987), con las dimensiones suficientes para permitir asomarse cómodamente sacando el cuerpo por los huecos abiertos, de manera que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos (Ss. APH 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995; APZ 19 de junio de 2000), por lo que no es «voladizo» la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno (Ss. APZ 24 de septiembre de 1998 y 19 de junio de 2000), un voladizo de unos 15 cm de fondo (SAPH 31 de marzo de 2001), un vierteaguas (ATZ 11 de diciembre de 1985), una puerta (Ss. APH 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y APZ 19 de junio de 2000), una contraventana (SAPH 31 de mayo de 2005) o un tendedero (Ss. APZ 9 de octubre de 2001 y APH 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006).***

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 144 y 145 Comp.

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 50/2005); la sentencia

de 14 de junio de 2006 estima la demanda y condena al demandado a colocar en todos los huecos existentes reja y red, o protección semejante o equivalente; asimismo desestima la demanda reconvencional. El demandado interpone recurso de apelación (autos núm. 34/2007) alegando falta de legitimación activa, inadecuación del procedimiento y existencia de una servidumbre de luces y vistas. La APH desestima el recurso.

Antecedentes de hecho

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 14 de junio de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Recreo en representación de don ……, frente a don …… condeno al demandado a colocar en todos los huecos existentes que se aprecian en la fotografía núm. 5 unida a la demanda, reja de hierro remitida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. Asimismo desestimo la demanda reconvencional formulada por la procuradora señora Bernues en nombre de don …… absolviendo a don …… de los pedimentos formulados en su contra. Asimismo condeno a don …… a satisfacer las costas causadas en el presente procedimiento».

Tercero: Contra la anterior sentencia, el demandado don ……, dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la revocación de la «sentencia en los extremos interesados, y dice (sic) otra por la que estime íntegramente el *petitum* de nuestra contestación a la demanda con el oportuno pronunciamiento en costas». A continuación, el Juzgado dio traslado al demandante don ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 34/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el dieciséis de octubre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Para dar cumplida respuesta al recurso de apelación planteado, seguiremos el orden en que vienen formulados los diversos motivos. En el primero alega la falta de legitimación activa por no acreditar la propiedad de la finca colindante con la del demandado. Los datos del Registro de la Propiedad no se hallan protegidos por la presunción de exactitud registral cuando se refieren a circunstancias de hecho como es la cabida o extensión de la finca inscrita –sentencias, entre otras muchas, de 6 de febrero y 24 de julio de 1987, 11 julio de 1989 y 26 noviembre de 1992–. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 señala, «el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente, pues como se desprende de los artículos 2, 7 y 9 de la Ley Hipotecaria, el mismo se apoya en las declaraciones de los propios solicitantes de las inscripciones, por lo que quedan fuera de las garantías que pueden otorgar los datos registrales lo relativo a hechos materiales y, por consecuencia de ello, la institución registral no responde de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni por tanto de las descripciones que de las fincas se hagan e incluso de su existencia, al ostentar las ins-

cripciones registrales por principio carácter declarativo y voluntario (Sentencias de 1 de octubre de 1991, 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1992, 14 de noviembre de 1994 y 22 de febrero de 1996)». De la misma forma, en relación con la fuerza probatoria de las certificaciones catastrales, hemos dicho en no pocas ocasiones que la doctrina contenida en la sentencia de 4 de noviembre de 1961, recogida en la de 25 de abril de 1977 y 30 de septiembre de 1994, y reproducida en otras muchas, por ejemplo, las de 2 de diciembre de 1998, 26 de mayo de 2000 y 10 de mayo de 2001, indica que la inclusión de un inmueble en el Catastro no es más que un indicio de que el objeto descrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, pero no puede por sí solo constituir un justificante del dominio, ni una certificación catastral tiene fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio y resulta ineficaz para acreditar la certeza de los datos físicos de la finca –sentencia de 2 marzo de 1996–. No obstante lo cual, y junto a la nota simple del Registro de la Propiedad y de la Certificación del Catastro, el resto de la prueba documental, en particular el documento de compraventa de una porción de la finca del actor al Ayuntamiento de Benasque el 22 de octubre de 1984 y el de cesión gratuita de 20 de mayo de 1990, acreditan suficientemente la propiedad del actor sobre la finca respecto de la que solicita la puesta de reja y red.

Segundo: A continuación, el recurrente alega la inadecuación del procedimiento, porque dada la materia objeto de este procedimiento el cauce adecuado debió ser el juicio verbal y no el ordinario. El actor no pretende hacer efectivos los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito, artículo 250.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino obtener la condena del dueño de la casa vecina «a colocar sobre los huecos que se aprecian en la fotografía núm. 5 unida a la demanda reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente», entre otros pronunciamientos. Pretensión que estima a efectos arancelarios en 6.000 euros, con arreglo a lo ordenado en el artículo 253.2, sin que dicha valoración fuera impugnada por el demandado. La oposición a seguir el procedimiento ordinario nace de una apreciación errónea auspiciada en el título inscrito en el Registro de la Propiedad, con el que el demandante intenta justificar su derecho de propiedad de la finca sobre la que recaen los huecos cuya protección pretende en la forma y por aplicación del régimen normal de luces y vistas previsto en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Tercero: El tercer motivo de queja consiste en la alegación de que existe una servidumbre de luces y vistas, adquirida por posesión inmemorial, debido a la existencia de un alféizar en la ventana inferior. El artículo 145 de la Compilación considera signo aparente de servidumbre el voladizo en pared propia o medianera que caiga sobre fundo ajeno, *vid* sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de octubre de 1998. No lo son, por el contrario, la falta de las protecciones antes dichas ni, tampoco, los voladizos sobre fundo propio. El problema es interpretar el término «voladizo». Y a tal efecto la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985 (citada en ocasiones como del Tribunal Supremo) dice: como la Compilación del Derecho Civil de Aragón y el Código Civil no definen qué se entiende por voladizo (ocurriendo lo mismo con el Apéndice al Código Civil de Derecho foral de 1925) ha de estarse al sentido gramatical del término y así se entiende por tal «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio». Dicha sentencia considera voladizo «el alféizar de la ventana (que) estaba formado por una "piedra de sillería" que volaba de 25 a 30 cm por fuera del paramento exterior de la pared sobre el predio contiguo; desprendiéndose asimismo, de esa prueba pericial, que la ventana, hoy cerrada, por su configuración, estructura y construcción –tanto interior como exterior– estaba así para asomarse cómodamente sacando el cuerpo y

no como hueco para obtener luz viciosa sino en toda regla con posibilidad de luces y vistas». Estas expresiones pasaron a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, que desestimó el recurso de casación ratificando la de la Audiencia Territorial, y declaró, a mayor abundamiento, «ha de admitirse que el supuesto contemplado en autos no es el del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, sino el del artículo 145, inciso 1.° de dicho Cuerpo legal; habiendo sido adquirida la servidumbre, como con acierto acepta la sentencia impugnada, por la usucapión vigente en el Derecho aragonés para las servidumbres, según prevé el artículo 147 de la mentada Compilación». Otra precisión que cabe hacer es que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos –sentencias de esta Audiencia de 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995–. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de junio de 2000, «en relación al concepto de voladizo al que se refiere el artículo 145 de la Compilación, se ha sentado la doctrina de que no lo constituyen aquellos elementos estructurales del edificio construido en fundo propio que, aunque sobrevuelen la finca ajena, no guarden relación alguna con la recepción de luces o posibiliten las vistas». De este modo se ha negado la consideración de voladizo a la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno –sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de septiembre de 1998 y de la Sección 5.ª de 19 de junio de 2000–, a un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001–, a un vierteaguas –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985–, a una puerta –sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de junio de 2000–, a una contraventana –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005– y, finalmente, sin ánimo de exhaustividad, también se ha negado al tendedero –sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006–. En consecuencia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

Cuarto: 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.

28

NÚM. 28

S. APH de 17 de noviembre de 2008

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: PROCEDIMIENTO: Fases de la liquidación: ***En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos fases: la de formación del inventario (art. 809) y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810).*** **INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias:** ***El inventario 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 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 (Ss. APH 29 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2005 y 29 de febrero de 2008).*** **Fijación de las posturas de las partes:** ***Las partes deben fijar los términos***

de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Se reitera lo dicho en las Ss. APH 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2006, 8 de noviembre de 2006, 23 de enero de 2007 y 29 de febrero de 2008.

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Rendimientos de los bienes privativos: ***En la liquidación el cónyuge titular de la vivienda privativa pide al consorcio una compensación por el uso que la familia ha hecho de ella durante el matrimonio. La petición no puede prosperar porque los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes (art. 355 Cc. y 28.2.f Lrem.).*** **PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Prueba en contrario:** ***El que niega el carácter consorcial del bien tiene la carga de la prueba que destruya la presunción de comunidad proclamada con carácter general en el art. 35 Lrem., prueba en contrario que ha de ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (Ss. TSJA 25 de noviembre de 1998 y 11 de mayo de 2005 con cita de las del TS de 23 de marzo de 1993 y 18 de julio de 1994).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 11, 28, 29, 35, 62, 65 Lrem; 806, 809, 810 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio verbal (núm. 352/2007); la sentencia de 22 de octubre de 2007 estima parcialmente la solicitud de formación de inventario y declara las partidas del activo y pasivo que lo integran; la demandada interpone recurso de apelación (autos núm. 54/2008) al que se adhiere el demandante; la APH estima en parte tanto el recurso de apelación interpuesto por el marido como por la mujer.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de octubre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimando parcialmente la solicitud de formación de inventario presentada por don ……, representado por la Procuradora doña frente a doña …… representada por la Procuradora doña ……, declaro que aquel se compone de las siguientes partidas:

ACTIVO:

– El 27,24 por 100 del inmueble privativo de la Sra. ……sito en la calle …… núm. 13 piso 3.º D de la localidad de Barbastro y del garaje anejo, que suponen 59.785 euros.

– Un vehículo marca SEAT modelo Ibiza matrícula …… con un valor de 8.270 euros.

– Vehículo marca Citroën modelo Xantia valorado en 480,99 euros.

– Saldo favorable de la cuenta corriente de Ibercaja núm. …… al momento de la disolución, 2.672 euros.

– Saldo favorable de la cuenta corriente de BBVA núm. …… al momento de la disolución 57,83 euros.

– Inversión en Fórum Filatélico, S. A. por importe de 12.000 euros.

– Inversión en Fórum Filatélico, S.A. por importe de 12.000 euros.

– Crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. …… de 2.500 euros.

– Muebles y enseres del domicilio familiar valorados en 2.400 euros.

PASIVO:

Inexistente».

Tercero: Contra la anterior sentencia, la demandada, doña ……, dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito efectuando las peticiones que más adelante se examinarán. A continuación, el Juzgado dio traslado al demandante, don ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición y adhesión para que se modifique la sentencia en la cantidad en que se valoran los enseres y se fije el saldo de las cuentas comunes a la fecha de la disolución. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 54/08. Personada la parte apelante ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el día veintiocho de octubre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Antes de examinar los motivos del recurso formulado por la representación de don …… –y de la adhesión de doña……– hemos de hacer las siguientes precisiones. Los litigantes contrajeron matrimonio en el día 1 de julio de 2000 y se decretó el divorcio por sentencia de 13 de marzo de 2007. Estaban sujetos, por tanto, a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial de viudedad (en adelante, *Lrem*), cuyo artículo 11 dispone que, en defecto de pacto sobre el régimen económico del matrimonio, regirán las normas del consorcio, artículo 28 y siguientes. La disolución de pleno derecho del consorcio tiene lugar cuando se disuelve el matrimonio, artículo 62 b), y produce efectos desde la fecha de la resolución en que se decrete, artículo 65.1, salvo que el juez acuerde retrotraer los efectos de la disolución al momento de admisión de la demanda, artículo 65.2, lo que no ocurrió en este caso, *vid* sentencia de esta Audiencia de 29 de octubre de 2007.

Segundo: En cuanto al procedimiento a seguir, es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sobre el objeto y alcance del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 809 y 810, hay que distinguir dos fases, la de formación del inventario –art. 809– y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha –art. 810–. Conforme al primero de dichos preceptos, por el que se tramitó la primera instancia, la sentencia recurrida, 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 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», tal y como hemos dicho en nuestras sentencias de 29 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2005 y 29 de febrero de 2008. «Otra cosa distinta –decíamos– es la valoración de bienes, cual es el caso de los inmuebles (o muebles), 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 (o muebles) debe quedar por el

momento imprejuzgada, debiendo modificarse la sentencia de instancia en estos términos». Finalmente, y para terminar estas precisiones generales, las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Así, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial, a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias. De este modo, los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducir en ese momento modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada, de forma que, con claridad y precisión, deben fijar sus respectivas pretensiones en el acto de formación del inventario con la misma precisión y claridad que luego van a esperar de la sentencia, haciendo en su caso uso del principio de acumulación eventual, que actúa paralelamente al de preclusión procesal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en nuestras sentencias de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio y 8 de noviembre de 2006, 23 de enero de 2007 y 29 de febrero de 2008.

Tercero: Sentadas las bases por las que ha de discurrir este proceso, examinamos a continuación los motivos del recurso planteado por doña …….

A) Respecto del bien recogido en el fallo de la sentencia relativo al 27,24 por 100 del inmueble privativo de la Sra. sito en la calle núm. 13, piso 3.º d), y del garaje anejo, que suponen 59.785 euros. El piso y garaje fueron adquiridos por la recurrente en documento privado de fecha 5 de enero de 1999, luego elevado a escritura pública el 21 de marzo de 2000, antes, por tanto, de contraer matrimonio, y por los que ya había pagado una cantidad. Ambas partes están de acuerdo en que, constante matrimonio y con cargo al consorcio, se pagaron 22.262 euros. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29.b) *Lrem* estos inmuebles son privativos de la recurrente, si bien el consorcio tiene derecho a ser reembolsado del importe actualizado de la cantidad invertida en su adquisición, artículo 44.3 a). El motivo, ha de ser estimado para incluir en el activo del consorcio un crédito frente a doña …… por el importe actualizado de 22.262 euros.

B) Respecto de la actualización realizada en la sentencia del derecho de crédito reclamado por el actor frente a mi mandante. El segundo motivo, sobre la actualización realizada en la sentencia del derecho de crédito reclamado por el actor, ha quedado resuelto en el punto anterior.

C) Respecto del saldo favorable de la cuenta corriente de Ibercaja núm. … al momento de la disolución, 2.672 euros. Hay, efectivamente, una confusión de cuentas, pues en la libreta indicada, según el último asiento del 2 de enero de 2007, había un saldo de 37,46 euros, de conformidad, también, con lo solicitado por la otra parte en la alegación primera de su impugnación adhesiva. Debe estimarse el recurso para incluir en el activo consorcial un saldo de 37,46 euros, en lugar de los 2.672 euros.

D) Respecto del saldo favorable en la cuenta corriente del BBVA núm. … al momento de la disolución 57,83 euros. La recurrente sostiene que aceptaron en el acto del juicio que el momento de la disolución de la sociedad conyugal se produjo el 1 de septiembre de 2006, en la que había un saldo de 6.573,16 euros, y otro argumento para retrotraer los efectos a esa

fecha es la realización de disposiciones fraudulentas en perjuicio de la sociedad, sobrepasando lo que se considera la administración usual. Pero no hubo tal acuerdo sobre la conclusión del consorcio el 1 de septiembre de 2006, sino que la separación de hecho tuvo lugar en esa fecha. La parte demandante se había manifestado de pasada sobre este punto manifestando que, aun cuando ya vivían separados, hasta finalizado el año 2006 los saldos fueron para el mantenimiento de la familia, pero no admite de una forma concreta que los efectos se refieran a septiembre de 2006. Ahora, don ……, en la impugnación y adhesión al recurso señala que habrá que estar al saldo existente el 13 de febrero de 2007, que es de 37,46 euros, cantidad que es la que efectivamente aparece en el último apunte (folio 224). La sentencia de divorcio no retrotrae los efectos a un momento anterior, por lo que habrá que partir del 13 de marzo de 2007. La recurrente no pide que se incluya un crédito de la sociedad contra don …… por esa u otra cantidad, por haber dispuesto fraudulentamente en perjuicio del consorcio. Ambos litigantes reconocen haber hecho disposiciones con cargo a esa cuenta para aplicarlos a las atenciones de la familia, entre las que hay que incluir el sostenimiento del que se fue del domicilio, y en que aparecen domiciliados algunos recibos a cargo de la sociedad conyugal. Por todo ello desestimamos el recurso, pues no se considera acreditado que deba incluirse una cantidad distinta de la señalada en la sentencia.

E) Respecto del crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. … de 2.500 euros. Se refiere a la factura de 4.060 euros de los detectives privados que contrató el esposo para seguir a la recurrente, de los que sólo se ha reconocido un crédito por 2.500 euros. Luego mezcla este concepto con dos extracciones de la cuenta del BBVA, 2.300 euros el 31 de julio de 2006, y 3.000 euros el 25 de agosto. La primera de estas cantidades se dice empleada en pagar los servicios de la agencia de detectives, sin que se haya explicado convincentemente el destino de los otros 3.000 euros. Por tanto, procede la estimación del recurso para incluir en el activo de la sociedad un crédito frente a …… por 5.500 euros (los 2.500 que ya están reconocidos como pago a los detectives más los 3.000 euros, que se solicitan en el recurso).

F) Respecto a la compensación que la sociedad conyugal debe dar a mi mandante por el uso durante el matrimonio de la vivienda de carácter privativo de mi mandante. Por este concepto interesa se incluya en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor por importe de 29.600 euros, calculado con arreglo al coste medio mensual del alquiler de una vivienda de similares características, pues si la sociedad recupera el dinero puesto en un bien privativo, debe compensar por la ocupación durante varios años del referido bien privativo, por razones de justicia material y de equidad, artículo 3 del Código Civil, y artículo 29 e) Lrem. El recurso no puede prosperar por varios motivos. Es inasumible el argumento de que han de compensarse las cantidades invertidas en la adquisición del bien privativo con una renta por el uso de ese bien privativo, porque en ese caso no habría que reconocer un crédito del consorcio frente al propietario del bien privativo. En realidad, el crédito a favor de la sociedad por el importe de lo invertido en la adquisición del bien privativo no es más que la devolución de esa cantidad adelantada por un bien que es propiedad exclusiva de uno de los consortes. Además, los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes, artículo 355 del Código Civil y 28.2.f) *Lrem.*

Cuatro: Recurso de don ……. En el escrito de oposición al formulado por la otra parte se adhirió para impugnar los siguientes puntos:

A) Respecto a los saldos existentes en las cuentas bancarias de carácter ganancial, ha de estarse a la fecha del divorcio, es

decir, el 13 de febrero de 2007. Esta cuestión ya ha sido resuelta en el fundamento anterior al examinar el recurso de la otra parte.

B) En cuanto a la valoración de los muebles y enseres de la vivienda que fue conyugal. En este motivo si bien dice que impugna la valoración de 2.400 euros, pretende que se incluyan otros bienes que no aparecen en la relación presentada del perito a instancias de la esposa. Insiste en que según las facturas presentadas, que no son todas, hay más mobiliario y es poco verosímil que queden valorados en 2.400 euros. Menciona, en concreto, las cortinas, la reforma de la cocina consistente en la ampliación del mobiliario, la instalación eléctrica, el cerramiento de la galería, la mampara del baño, el ordenador, la cristalería, y termina solicitando que se atribuya al mobiliario y enseres el importe de 24.000 euros. Sobre cuál sea el valor de los bienes, hemos de repetir lo indicado en el segundo de los fundamentos, que la finalidad de este procedimiento es la de fijar el inventario de los bienes, no su valoración. Por tanto, no nos pronunciaremos sobre ese aspecto. En cuanto a los bienes que dice pertenecen al consorcio, nada dijo sobre esta cuestión en el escrito inicial, en el que se limitó a una mención genérica –muebles y enseres que se hallen en el domicilio conyugal– y la valoración, pero sin precisar los bienes concretos. Dejando a un lado la imprecisión de este alegato, lo cual sería motivo para desestimarlo, si tenemos en cuenta que la esposa, al presentar una lista valorada, excluye algunos bienes, podemos considerar que por esta vía indirecta está determinando los bienes sobre los que existe controversia. Ahora bien, no todos los bienes que menciona en el recurso deben incorporarse a la lista de los que son consorciales. Así podemos comprobar que, por ejemplo, la factura por los muebles del baño es de 27 de junio de 2000, fecha anterior al matrimonio, y va girada a nombre de doña …… –folio 179–, tampoco indica cuándo se hicieron el cerramiento de la galería y la instalación eléctrica, lo cual sería motivo más que suficiente para su rechazo. No obstante, estas obras serían deudas comunes, pues tendrían la consideración de atenciones de los bienes privativos propios de un diligente usufructuario, art. 36.1.c) *Lrem* y sentencia de esta Audiencia de 28 de octubre de 2003. Respecto del ordenador y la cristalería doña …… contestó en el juicio que fueron adquiridos con dinero que le regalaron a ella sus compañeros del trabajo y su familia, es decir, que serían bienes privativos. Sin embargo, el punto de partida en esta materia es la presunción de consorcialidad proclamada con carácter general en el art. 28.1 y 35 *Lrem*. En este caso, la que ha negado ese carácter tiene la carga de la prueba que destruya esa presunción de comunidad, prueba en contrario que ha de ser, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de noviembre de 1998, seguida por la de 11 de mayo de 2005, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, «suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privacidad (Sentencias de 23 de marzo de 1993 y de 18 de julio de 1994)». Sobre esta cuestión sólo consta la declaración de la litigante, por lo que el recurso ha de prosperar para incluir entre los bienes consorciales, el ordenador, la cristalería y las cortinas.

Quinto: Habida cuenta de la estimación parcial de los recursos, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

29

NÚM. 29

S. APH de 19 de diciembre de 2008

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: CONTRACTUAL: Efecto de cosa juzgada: ***En el caso concurre la excepción de cosa juzgada porque los ahora litigantes en procedimiento de***

liquidación de su sociedad conyugal, en el convenio regulador judicialmente ratificado, ya la habían liquidado, y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir dicho crédito cuando en el convenio acordaron que con la liquidación allí contenida ya no tenían nada más que reclamarse. El art. 1079 Cc., al que habría que llegar desde el 88 Lrem., no es aplicable porque no hay ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Y nada se ha aducido al amparo del art. 86 Lrem.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 86 y 88 Lrem., 1079 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.***

Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de liquidación de sociedad de consorciales núm. 197/2008; la sentencia de 9 de junio de 2008 desestima la demanda presentada por la mujer. La demandante presenta recurso de apelación (autos num. 242/2008) y la APH desestima el recurso con condena en costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día nueve de junio de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda presentada por doña ……, representada por la Procuradora doña …… y defendida por el Letrado don ……, frente a don …… representado por la Procuradora doña …… y defendido por el Letrado don ……., le absuelvo de todos los pedimentos efectuado en su contra, con imposición de costas a la parte demandante.»

Tercero: Contra la anterior sentencia, la demandante, doña ……, dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda en los términos expuestos en la alegación quinta de su recurso. A continuación, el juzgado dio traslado al demandado, don ……, para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 241/2008. Personada la parte apelante ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día de hoy. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada.

Segundo: El Juzgado ha desestimado la demanda por entender concurrente la cosa juzgada, si bien fue ya en la sentencia cuando el Juzgado apreció la indicada excepción antes alegada por el demandado, institución que realmente concurre en el caso, por las mismas razones que ya tiene expuestas el Juzgado, anteriormente aceptadas y dadas por reproducidas en esta ocasión procesal, en la que, aunque se prescindiera del efecto negativo de la cosa juzgada (de hecho este procedimiento ya se ha sustanciado hasta sentencia) y se estuviera sin más a su efecto positivo, ten-

dríamos igualmente que la sociedad consorcial ya está liquidada, por lo que difícilmente puede procederse a su liquidación por segunda vez, como si nada se hubiera hecho en la liquidación anterior.

No podemos sino resaltar que en el convenio regulador judicialmente ratificado ya liquidaron los litigantes su sociedad conyugal, por lo que no puede liquidarse lo que ya está liquidado, sin perjuicio de que se cumplan en sus propios términos las estipulaciones del indicado convenio en el que las partes incluyeron todo lo que consideraron oportuno incluir y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir ahora dicho crédito cuando en el repetido convenio regulador, entre otros muchas cosas (incluida la custodia y visitas de un perro conocido como "") convinieron que con la liquidación que allí se disponía ya no tenían nada más que reclamarse, lo que fue ratificado a presencia judicial, dando lugar a la aprobación judicial del convenio efectuada en la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil siete, no existiendo así desfase alguno entre la disolución de la sociedad y su liquidación, sin perjuicio de las operaciones que puedan quedar pendientes de realizar conforme a las propias previsiones del convenio, que ahora no se está pretendiendo su completa ejecución sino su modificación en los términos que convienen a la demandante.

Además, a los efectos del invocado artículo 1079 del Código Civil (precepto al que habría que llegar partiendo desde el artículo 88 de la Ley Aragonesa 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, y no desde el artículo 1410 del Código Civil que cita la recurrente), es de resaltar que no ha aparecido ningún bien o valor de la sociedad pendiente de liquidar sino que la recurrente pretende ya no adicionar sino realizar de nuevo toda la liquidación de la sociedad consorcial para incluir en ella un crédito a su favor y en contra de la sociedad. Es decir, el pretendido bien o valor nuevo se trata de un bien o valor de la recurrente, no de la sociedad consorcial. En el mejor de los casos para la recurrente, la sociedad consorcial no es la acreedora del crédito en cuestión, sino la deudora. No hay, pues, ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Y en estos autos nada se ha aducido tampoco al amparo del artículo 86 de la citada Ley 2/2003, si es que en él pudieran entenderse comprendidas las deudas cuyos acreedores fueran los propios cónyuges integrantes de la sociedad consorcial dividida quienes, a diferencia de los terceros, ya han intervenido necesariamente en la previa liquidación para realizar la división y adjudicación. Además, como ya lo tiene dicho el Juzgado, los hechos constitutivos de dicho pretendido crédito de la actora contra su propia sociedad consorcial son anteriores a la liquidación practicada en su día y no podían ser desconocidos por la interesada cuando convino aquella liquidación, en la que ambos litigantes aceptaron que nada más tenían que reclamarse, aparte de que la recurrente, en realidad, pese a la actual invocación del indicado precepto del Código Civil, desde su escrito inicial, está pretendiendo realizar la liquidación de la sociedad consorcial como si ésta no se hubiera hecho nunca con anterioridad. Por último, debemos añadir que si la recurrente entendía que el convenio no regulaba a su satisfacción la liquidación lo que debió hacer es no aprobarlo con su consentimiento.

Por otra parte, en lo que concierne a las costas, el Juzgado ha aplicado correctamente el principio del vencimiento consagrado en el artículo 394 de la Ley procesal, aparte de que nada se dice sobre ellas en la súplica del escrito interponiendo el recurso.

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.

30

NÚM. 30

A. APH de 29 de diciembre de 2008

711: DISPOSICIONES GENERALES: LEY APLICABLE: ***El causante falleció en Francia en 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y siendo su vecindad civil la aragonesa, por lo que, conforme a lo dispuesto en los arts. 9.8 (prevalencia del Derecho español sobre el francés) y 16.1 Cc. (prevalencia del Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil española), es de aplicación al caso la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.***

76: SUCESIÓN LEGAL: PROCEDENCIA: Institución de legatario universal: ***En el testamento otorgado en 1986, en Francia y ante Notario de dicha nacionalidad, la causante instituye legataria universal en la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles que posea tanto en Francia como en España a una sobrina. El Juzgado interpreta que la testadora estaba instituyendo en realidad heredera universal, por lo que no procede abrir la sucesión legal. Añade la Audiencia que aunque se interprete que sólo existe un legado, como es claro que comprende todos los bienes de la testadora a los efectos del art. 912.2 Cc., aplicable en Aragón en 1991 cuando fallece la causante, tampoco procede la apertura de la sucesión abintestato.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 9.8, 11.1, 16.1, 912 Cc.; 127 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.***

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos sobre expediente de declaración de herederos (núm. 447/2006); el auto de 14 de marzo de 2008 declara que no ha lugar a lo solicitado por la promotora del expediente al haber quedado acreditado que la causante otorgó testamento, en 1986, ante el notario Eric Wagner, en Francia, en el que instituía heredera universal a su sobrina. La promotora del expediente presenta recurso de apelación (autos núm. 194/2008) y la APH lo desestima con condena en costas.

HECHOS

Primero: Ante esta Audiencia Provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos sobre Expediente de Declaración de Herederos seguidos bajo el núm. 447/06 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Jaca, que fueron promovidos por doña ……, quien actuó dirigida por el Letrado don …… y representada por la Procuradora doña ……, habiendo formulado oposición don …… quien interviene dirigido por el Letrado don …… y representado por el Procurador don ……, con intervención del Ministerio Fiscal en la representación que la Ley le otorga. Se hallan dichos autos pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 194 del año 2008 e interpuesto por doña …… . Es Ponente de esta resolución el Magistrado don José Tomás García Castillo, quien expresa el parecer de la Sala.

Segundo: El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día catorce de marzo de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «No ha lugar a lo solicitado por la promotora del presente expediente relativo a la declaración por parte de este Juzgado de herederos abintestato de doña ……, al haber quedado acreditado que dicha causante otorgó testamento, en fecha 15 de octubre de 1986, ante el notario Eric Wagner, en Francia, en el que instituía heredera universal a su sobrina doña ……. Firme que sea este auto, expídase testimonio del mismo y entréguese al solicitante, devolviéndole los documentos presentados con la solicitud, dejando testimonio suficiente en autos».

Tercero: Contra la anterior resolución, la promotora del expediente doña …… anunció recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante para que lo interpusiera, lo cual efectuó dicha parte en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la estimación de su solicitud. Segui-

damente, el Juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso a las demás partes, en cuyo trámite tanto el apelado don …… como el Ministerio Fiscal formularon sendos escritos de oposición para solicitar la desestimación del recurso.

Cuarto: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 194/2008. Transcurrido el término del emplazamiento, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de las partes, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para lo que se señaló el pasado día veintitrés de diciembre. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

Razonamientos Jurídicos

Primero: Son datos relevantes para resolver el presente recurso los siguientes: doña …… , respecto de la cual pretende la apelante que se le declare heredera *ab intestato*, falleció en Francia en el año 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y siendo su vecindad civil la aragonesa. Al disponer el art. 9.8 del Código Civil (en su redacción vigente a la fecha del fallecimiento de la causante, que coincide con la actual a los efectos que ahora interesan) que la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante al momento de fallecer, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, todo lo cual nos conduce a dar prevalencia al Derecho español sobre el francés y, en aplicación del art. 16.1 del propio Código Civil, al Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil de las existentes en la nación española, y al no haberse publicado aún la hoy vigente Ley Aragonesa de Sucesiones al tiempo de morir la causante, es de aplicación al caso la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

El art. 127 de la Compilación establece que «en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en esta Compilación». Aún teniendo en cuenta que la reforma de 21 de mayo de 1985 suprimió en dicho precepto la referencia final al Código Civil junto a la propia Compilación, una corriente doctrinal se muestra partidaria de integrar el art. 127, incluso después de la precitada reforma, con el Código Civil, aplicable en cualquier caso en Aragón como Derecho supletorio conforme a la propia Compilación, y concretamente con su art. 912, cuyo apartado segundo dispone que procede la apertura de la sucesión intestada «cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que correspondan al testador», en cuyo caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes no dispuestos.

Consta asimismo que en el año 1986 la causante otorgó testamento en Francia y ante un Notario de dicha nacionalidad, siendo indudable la validez de dicho testamento conforme al art. 11.1 del Código Civil, pues entre las varias leyes conforme a las cuales son válidos los testamentos se halla la ley nacional del disponente. En dicho testamento dispone la causante que *j'institue pour ma légataire universelle en toute proprieté* a una hermana de la hoy apelante, añadiendo que el legado comprende *la totalité de mes bienes mobiliers et inmobiliers que je poseède tant en France qu'en Espagne.*

Así las cosas, y tanto si se entiende que la testadora estaba instituyendo en realidad como heredera universal de todos sus bienes a quien designaba como *légataire universelle*, en cuyo caso existiría una auténtica institución de heredero, como si se interpreta que tan sólo existe un legado, en cuyo caso es indudable que comprende todos los bienes de la testadora –*la totalité de mes bienes mobiliers et inmobiliers*– a los efectos previstos en el art. 912.2 del Código Civil, según el cual, como ya hemos dicho, se abre la sucesión intestada o bien si no

hay institución de heredero o bien si el testador no ha dispuesto de todos los bienes, es claro que no ha lugar a lo solicitado por la hoy apelante pese a que ésta insista en que sólo hay un legado, pues repetimos que comprende la totalidad del patrimonio de la testadora.

Finalmente, y saliendo al paso del resto de las alegaciones vertidas en el escrito de formalización del recurso, el propio art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado por la apelante dispone en su apartado tercero que la eficacia de las declaraciones de voluntad contenidas en documentos extranjeros será la que determinen las normas aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, entre las que hay que incluir el precitado art. 11.1 del Código Civil, según el cual el testamento de la causante es válido, aún otorgado en Francia, al ser conforme al Derecho aragonés como ley nacional de la disponente. Por último, el argumento autodenominado como de autoridad que se invoca en el recurso debe forzosamente perecer, ya que, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal apoyó durante la primera instancia la tesis de la apelante, ahora ha impugnado el recurso solicitando la confirmación del Auto apelado, la cual procede por todo lo hasta ahora expuesto.

Segundo: Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena de la recurrente al pago de las costas de esta alzada conforme a los arts. 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERUEL, 2008

31

NÚM. 31

S. APT de 29 de enero de 2008

76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Bienes troncales y no troncales: ***El Auto del JPI de 1997 declara herederas de la causante, que no tiene descendientes ni ascendientes pero sí marido, a su dos hermanas, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes. La falta de especificación no impide la delación legal de los bienes no troncales a favor del marido conforme a los arts. 135 Comp. y 1944 Cc. En acta notarial de 2004 se declara al marido heredero legal de los bienes no troncales de su esposa. No obstante, las hermanas reclaman en juicio ordinario la totalidad de los bienes de la herencia: sin éxito alguno.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 135 Comp.; 944 Cc., 34, 35 y 39 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Fermín Francisco Hernández Gironella.***

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 373/2005); la sentencia de 10 de octubre de 2007 desestima íntegramente la demanda presentada por las hermanas de la causante y absuelve al marido de las pretensiones formuladas contra él. Las demandantes presentan recurso de apelación (autos 9/2008) y la APT lo desestima con imposición de las costas de la alzada a las apelantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se dan por reproducidos en la presente resolución los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Desestimando íntegramente la demanda presentada por don …… Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña …… y doña ……, defendidos por el letrado señor ……, contra don ……, representado por el señor ……, Procurador de los Tribunales y defendido por la letrado señora ……, debo absolver y absuelvo a don …… de las pretensiones formuladas contra él. Las costas se imponen a la parte demandante».

Segundo: Contra la referida sentencia y auto se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Procurador don ……, en nombre y representación de doña …… y doña ……, que interesaron la revocación de la sentencia apelada, para que se dictase otra por la que se estimasen en su integridad los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia tuvo por formalizado el recurso de apelación en providencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil siete, en la que se acordaba dar traslado del escrito de interposición a la parte contraria por diez días; presentando dentro de dicho plazo la representación del demandado don …… escrito en el que se oponía al recurso solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

Cuarto: Elevadas las actuaciones a este Tribunal, que las recibió en fecha diecisiete de enero de dos mil ocho, se acordó la formación del oportuno rollo, procediéndose en el mismo a la designación de Magistrado Ponente, y no habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimándose necesaria la celebración de vista, se acordó señalar para la deliberación y votación el día de la fecha, tras lo cual quedaron los autos en poder del ponente para dictar la resolución acordada por la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que desestima las pretensiones de la demanda, encaminadas a que se declare la condición de herederas legítimas de doña ……, a sus hermanas de doble vínculo

doña …… y doña ……, y consecuentemente con ello se declare la nulidad de la adjudicación de bienes hereditarios procedentes de aquélla efectuada a favor del demandado don ……, se alza la parte actora denunciando error de la Juzgadora de instancia en la apreciación de las pruebas y solicitando una sentencia totalmente estimatoria de la demanda. Fundamenta la parte recurrente dicha pretensión en dos alegaciones esenciales: de una parte, que fueron las demandantes quienes fueron declaradas herederas de su hermana doña ……, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete, por lo que la posterior declaración como heredero en los bienes no troncales de doña ……, efectuada por acta notarial de fecha tres de junio de dos mil cuatro deviene nula; y en segundo lugar, que don ……, esposo fallecido de doña …… no llegó a aceptar la herencia de la misma, por lo que difícilmente pudo transmitir los bienes de aquélla a sus herederos respectivos; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala. Así, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, es cierto que el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete declara herederas de doña …… a sus hermanas de doble vínculo doña …… y doña ……, hoy demandantes, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes; ahora bien esa falta de especificación no supone, como pretende la parte recurrente, que deba de entenderse que lo fueron en la totalidad de los bienes relictos, no sólo porque dicha declaración vulneraría abiertamente lo dispuesto en el artículo 135 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento del fallecimiento de la causante, en relación con el artículo 944 del C. Civil, que, a falta de ascendientes o descendientes, atribuyen al cónyuge viudo el carácter de heredero *ab intestato* del causante en los bienes no troncales, con preferencia a los colaterales, sino porque además la parte dispositiva de aquella resolución ha de ser puesta en relación con la propia solicitud efectuada en dicho procedimiento por las hoy demandantes, quienes solicitaron expresamente que se les declarase herederas «respecto de los bienes del causante» (folio 125); y porque, además, los actos posteriores tanto de las demandantes como del esposo de doña ……, así lo corroboran, ya que en fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho suscribieron un convenio en el que éste vendía a aquéllas su derecho de usufructo, exclusivamente limitado a los bienes troncales, por lo que no cabe duda de que el llamado a la herencia en los bienes no troncales de doña …… era su esposo don ……, tal y como acertadamente se recoge en el acta notarial de fecha tres de junio de dos mil cuatro.

Segundo: En cuanto a la segunda de las alegaciones del recurso, relativa a la falta de aceptación de la herencia de su esposa por parte de don ……, lo que a juicio de la parte recurrente determinaría la apertura de la sucesión *ab intestato* en favor de las demandantes, hermanas de aquélla, parece olvidar la parte recurrente, en primer lugar, que el hecho de disponer a título oneroso del usufructo sobre los bienes troncales de la herencia, que llevó a efecto don ……, mediante contrato concertado con las demandantes en fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, supone un acto inequívoco de aceptación tácita de la herencia de su esposa, conforme al artículo 34. 3 y 35. 1 de la Ley de Cortes de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte; pero aún cuando así no se entendiese, habría que tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la misma Ley, salvo expresa previsión en contrario del disponente, que en el presente caso no aparece justificada, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia, se transmite por ministerio de la Ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que él tenía a aceptarla o repudiarla, por lo que, al fallecimiento de don ……, el derecho a aceptar la herencia de su

esposa doña ……, se entendería transmitido a sus herederos testamentarios; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

Tercero: La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

32

NÚM. 32

S. APT de 22 de febrero de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Actos meramente tolerados: ***La apertura de huecos para luces y vistas es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación (art. 144.3 Comp.), pero es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas abiertos (Ss. TS 2 de octubre de 1964, ATZ 1 de junio de 1979, APZ 11 de julio de 1992).*** **Abuso de derecho:** ***Los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en los que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante (STS 20 de febrero de 1992). Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría del patio de luces de su propiedad, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja para salvar el hueco de que disponía el actor porque no tiene ninguna obligación de respetar el hueco (SAPZ 5 de abril de 2004).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Arts. 144 Comp., 7 Cc.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivero Blasco.***

Ante el JPI núm. 2 de Alcañiz se siguen autos de juicio verbal (núm. 181/2006); la sentencia de 31 de julio de 2007 desestima íntegramente la demanda; el demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 187/2007) solicitando se condene al demandado a la reapertura de la ventana mediante la eliminación del muro o pared que ha ocasionado el cierre de la misma. La APT desestima el recurso de apelación con imposición al apelante de las costas causadas en la alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora doña …… en nombre y representación de don …… contra don ……, debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos contra él formulados, con imposición de las costas procesales a la parte demandante».

Segundo: Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora Doña …… en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de primera instancia, estime los pedimentos contenidos en la demanda, y en consecuencia se condene al demandado a la reapertura de la ventana existente en la segunda planta de la vivienda del actor, sita en el núm. … de la calle …… de la localidad de La Codoñera, mediante la eliminación del muro o pared que ha ocasionado el cierre de la misma.

Tercero: La Procuradora doña ……, en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la resolución impugnada.

Cuarto: Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente, quedando en su poder para dictar la correspondiente sentencia tras la deliberación del Tribunal que tuvo lugar el día 19 del presente mes de febrero.

Quinto: En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El actor don …… alegó en su demanda que el demandado don ……, propietario del edificio sito en el núm. 9 de la calle …… de la localidad turolense de ……, colindante con el inmueble propiedad del actor, procedió a levantar una pared en el solar destinado a patio de luces que le ha supuesto el cerramiento de una ventana de su casa que daba a la finca del demandado y que cumplía el servicio de dar luz y ventilación a una de sus habitaciones. Solicitó el actor la condena del demandado a la reapertura de la ventana existente en la segunda planta de la vivienda propiedad de aquél, eliminando la pared o muro que ha ocasionado el cierre de la misma. El Sr. …… se opuso a dicha pretensión, dictándose sentencia por el Juzgado de instancia desestimándola por entender que, no teniendo la finca del actor a su favor una servidumbre de luces y vistas, la ventana existente en la vivienda del actor respondía al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a una de las estancias de la casa, debiéndose el cerramiento de la ventana a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria y no a perjudicar al actor sin beneficio o utilidad propia.

Frente a dicha resolución se alza ahora el actor alegando la doctrina del abuso del derecho sobre la base de que el cerramiento de la ventana no ha obedecido a utilidad alguna para el inmueble del demandado, oponiéndose éste al recurso formulado de contrario.

Segundo: No ofrece duda, y así lo han admitido ambas partes, que las relaciones entre los contendientes se encuadran dentro de las relaciones de vecindad. Según autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (S. Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª de 11 julio 1992 y S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979, citada por la anterior) los huecos a los que se refiere la Compilación y todo el Derecho histórico aragonés tienen por objeto recibir luces y permitir vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, se trate de ventanas o miradores; y se trata (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.º de la Compilación Foral. Sobre la base de estas relaciones de vecindad, para que sea factible el cerramiento de estas ventanas, no habiendo servidumbre de luces y vistas, es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas que se abran, bien en pared propia del que disfruta de ellos, bien en pared medianera.

El problema que se dilucida en el presente proceso es si el cierre de la ventana abierta en el inmueble del actor por el levantamiento de un muro en la casa del Sr. …… se ha realizado con abuso de derecho por parte de éste contraviniendo lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil que impone a cualquier titular de un derecho, de la naturaleza que sea, ejercitarlo conforme a las exigencias de la buena fe; 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 administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Ahora bien, debe partirse de que los supuestos en los 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, recordando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 que «.. el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio

extraordinario sólo puede acudirse a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico».

Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría de la superficie del patio de luces de su propiedad, por lo que esta Sala comparte con la juzgadora de instancia que el levantamiento del muro no se realizó con la única finalidad de perjudicar al demandante, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja –aun cuando a la vez sea sencilla (en palabras del perito)– para salvar el hueco de que disponía el actor por cuanto, como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4), de 5 abril de 2004 en un caso semejante al que nos ocupa y de perfecta aplicación a éste «…dicha posibilidad no constituye en modo alguno una obligación. La existencia del hueco de tolerancia previsto en la normativa no origina una servidumbre a favor de la actora. El hecho de que el hueco se haya visto tapado puede perjudicar a la demandante, pero ello no puede suponer que sus vecinos estén obligados a respetar el hueco, los codemandados procedieron a levantar una pared ejercitando un derecho legítimo y con una finalidad adecuada, por lo que la actora, en función de una conveniencia que no está amparada legalmente, no puede exigir que tal obra se vea modificada.»

Por todo ello, del contenido y finalidad de la técnica constructiva utilizada debe deducirse que nos hallamos ante una construcción amparada en el art. 144.3 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés que no supone abuso de derecho proscrito por el artículo 7 del Código Civil, debiendo ser confirmada la sentencia apelada.

Tercero: Al ser desestimado el recurso formulado procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

33

NÚM. 33

S. APT de 7 de abril de 2008

83: LUCES Y VISTAS: FACULTAD DE ABRIR HUECOS: No en pared propia del vecino: ***El régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el art. 144 Comp. sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia (a cualquier distancia de predio ajeno) o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 1261, 1280 cc.; 144 Comp.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivero Blasco.***

Ante el JPI de Calamocha se siguen autos civiles de juicio ordinario sobre acción reivindicatoria (núm. 45/2007); la sentencia de 3 de septiembre de 2007 desestima la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (autos 27/2008) y la APT lo estima y declara que el muro en el que el demandado ha procedido a la apertura de un hueco y de unos taladros es privativo de la actora, declarándose no conformes a derecho la apertura de dicho hueco y la realización de los taladros, debiendo proceder el demandado a su cerramiento y a la realización de las obras necesarias para la reposición del muro a su estado primitivo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Debo desestimar la demanda interpuesta por doña …… contra don ……, imponiendo las costas a la demandante, y en su consecuencia, absuelvo al demandante de las pretensiones que se dirigían contra él».

Segundo: Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora doña …… en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de instancia, estime totalmente la reclamación formulada en la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

Tercero: El Procurador don ……, en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

Cuarto: Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente quedando en su poder los autos para, tras la deliberación del Tribunal, que fue señalada para el día veintisiete del pasado mes de marzo, dictar la correspondiente sentencia.

Quinto: En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Primero: Formulada por la actora doña …… demanda de juicio ordinario ejercitando una acción reivindicatoria de dominio y subsidiariamente acción negatoria de servidumbre contra don …… respecto al muro que dice de su propiedad donde el demandado ha abierto una ventana, es desestimada por la juzgadora de instancia sobre la base de no haber quedado debidamente acreditado que la superficie del patio donde se construyó el muro litigioso sea titularidad de la actora. Esta razón, dice la juzgadora de instancia, es suficiente para desestimar así mismo la acción negatoria de servidumbre ejercitada por la actora de forma subsidiaria.

Frente a dicha resolución se alza ahora la demandante solicitando la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que estime totalmente las pretensiones de la demanda. El demandado interesa su confirmación.

Segundo: No ha sido una cuestión discutida en el presente procedimiento que el muro objeto del mismo fue realizado exclusivamente por el padre de la actora doña ……, y en este sentido han declarado los testigos don ……, albañil de profesión, que lo construyó en el año 1998 por encargo de don ……; doña ……, quien manifiesta constarle dicha circunstancia; y don ……, actual propietario del núm. 7 de la calle antes perteneciente a la familia; el propio demandado admite que no construyó la tapia ni participó en su coste. Lo que puso en entredicho la parte demandada en su contestación a la demanda fue la falta de acreditación por parte de la actora de que el patio donde su padre construyó el muro litigioso sea de su propiedad por cuanto entiende que no hay ni ha habido signos que pongan de manifiesto que el terreno ocupado por el actual patio fuera en ningún momento propiedad de quien se dice transmitente, de modo que no ha podido vendérsela al Sr. ……, propietario del núm. 2 de la Calle ……, considerándolo el demandado como «una porción de suelo ajena a estas propiedades, como ellas mismas han expuesto en las actuaciones anteriormente mencionadas (refiriéndose a los autos de Interdicto de Recobrar núm. 87/97 del Juzgado de Primera Instancia de Calamocha), sin que ninguna pudiera acceder a él directamente y sin que nadie haya actuado como dueño del mismo en modo alguno». Añade que la apertura del hueco cuyo cierre se pretende en este juicio y que da al patio interior «no es ni más ni menos que el ejercicio de un derecho que hace tiempo se reconoció a mi mandante, y es que, con fecha 10 de diciembre de 1997 se dictó sentencia núm. 81 por el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha, en ese sentido».

Las continuas referencias hechas por el demandado al interdicto que en fecha 22 de julio de 1997 presentaron frente a él –como titular del núm. 3 de la calle ……– los entonces propietarios de los núms. 7 de la calle …… y 2 de la calle ……, y su pretensión de fundar la apertura de la ventana ahora litigiosa en el contenido de la sentencia recaída en aquel procedimiento en fecha 10 de diciembre de 1997, exigen hacer la siguiente precisión: la superficie a la que se refieren ambos pleitos no es coincidente. En aquel interdicto el Sr. ……, como propietario del núm. 2 de la calle, y el Sr. ……, como titular del núm. 7 de la calle ……, pretendían recuperar la posesión de las ventanas que ambos inmuebles tenían

abiertas hacia la propiedad del Sr. …… y que éste cerró al construir dentro de su dominio, en lo que antes era como una prolongación del patio ahora propiedad de la señora ……. En dicha resolución el Juzgado de Calamocha no reconoció al Sr. ……, a diferencia de lo que éste pretende hacer ver, derecho alguno sobre el patio donde el Sr. …… construyó el muro pues se limitó a declarar que los huecos de los que disfrutaban las viviendas de los entonces demandantes (Sres. ……) sobre la propiedad del Sr. …… eran de mera tolerancia y su permisión se enmarcaba dentro de las relaciones normales de vecindad aragonesa. También debe aclararse, ante la insistencia sobre este tema por parte del demandado-apelado, que en aquel interdicto interpuesto en el año 1997 los entonces actores no calificaron la superficie que en el pleito actual nos ocupa como un patio interior de luces sin dueño, ni admitieron que tuvieran derecho a disfrutar de él todos los colindantes. Pero es que, además, como se ha dicho, el «patio interior» al que se refirieron los Sres. …… en el interdicto no se corresponde con el «patio» o «corral» que adquirió el Sr. …… de la Sra. …… en el año 1998 (aquel patio, al que daban las ventanas de don …… y del Sr. …… era propiedad de don …… y éste lo cerró hasta el límite de su dominio. El patio ahora en litigio era un corral de la casa núm. 7 de la calle ……).

Tercero: Analizados por la juzgadora de instancia los elementos probatorios obrantes en autos, entre ellos la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 suscrita por don …… –como comprador– y doña …… –como vendedora– llega a la conclusión de que el padre de la actora Sr. …… adquirió un solar sito en la calle …… de la localidad, por cuanto dicho contrato cumple con los requisitos marcados en el artículo 1.261 del Código Civil y no puede desvirtuarse un contrato privado por el hecho de que se refiera a bienes inmuebles dado que el requisito marcado en el artículo 1.280 de dicho cuerpo legal no puede ser considerado como constitutivo. Sin embargo no admite la juzgadora *a quo* equivalencia entre el terreno adquirido y aquél donde se ha construido el muro que ahora se reivindica. Niega así mismo la resolución impugnada que en la actualidad la porción adquirida por el Sr. …… sea propiedad de la demandante por entender que no aparece la misma en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante el Notario de Zaragoza don …… por los herederos de don ……. Concluye que no se ha acreditado que la pared litigiosa fuera edificada realmente en la propiedad adquirida por el padre de la actora.

No puede compartir la Sala los fundamentos esgrimidos en la sentencia apelada por cuanto de las alegaciones de las partes, documentos aportados por éstas y declaraciones testificales practicadas resulta que lo (sic) con unos linderos perfectamente definidos que según la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 son los siguientes: al Oeste o frente con la calle de la ……, al Sur con la propiedad de don ……, al Norte con herederos de …… y al Este o fondo con el inmueble núm. 3 de la calle ……, propiedad de don …… Es el único solar que existe en la calle, está claramente definido en el Catastro y delimitado por los linderos que aparecen en dicho registro público coincidentes con los precisados en la escritura de compraventa y se corresponde con el corral que antiguamente pertenecía a la casa sita en el núm. 7 de la calle …… (según manifestación de los testigos referenciados anteriormente), por lo que no existe posibilidad alguna de que sea confundida su identidad, y ello con independencia de la diferente medición de su superficie en la escritura privada de compraventa (donde constan 8 m^2) y en el informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico don …… (donde constan 12,90 m^2) que en nada afecta a la identidad del inmueble. El mismo demandado habla en todo momento de esa porción de terreno como un espacio determinado, como un «patio» único. Tampoco ofrece duda la transmisión de dicho patio a los herederos del Sr. …… pues cuando en la escritura pública de aceptación de herencia se hace referencia a la casa sita en …… (Teruel),

calle núm. 2, se considera como lindero fondo «……», no «patio interior», por lo que debe entenderse ya incluida en dicho inmueble la superficie adquirida por don …… de la Sra. ……. El propio colindante Sr. …… ha declarado que cuando compró la casa que antes pertenecía a la familia quiso adquirir también el corral ahora cuestionado pero le dijeron que ese trozo estaba vendido, por lo que antes de abrir una ventana a dicho patio pidió permiso al propietario del mismo, al Sr. ……

Ha quedado así mismo acreditado que el muro fue construido por el Sr. …… dentro de la porción de terreno adquirida al Sr. ……, por lo que debe considerarse así mismo privativo, y que el demandado ha abierto sobre dicha pared privativa una ventana sin consentimiento de su propietario, por lo que concurren todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, es decir, el título legítimo de dominio en el reclamante, la identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la detentación injusta de quien posee la cosa, sin que pueda ser aplicado en este caso el régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón por cuanto sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia (a cualquier distancia de predio ajeno) o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.

Cuarto: Todo lo dicho lleva a la estimación del recurso formulado porque la demanda debe ser estimada, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandada.

Con arreglo al artículo 398 de la ley procesal civil no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costar procesales causadas en esta alzada.

34

NÚM. 34

S. APT de 24 de junio de 2008

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Apéndice: ***La disolución del matrimonio, por fallecimiento del esposo, tuvo lugar el 9 de julio de 1937, por lo que en la determinación del carácter común o privativo de los bienes son de aplicación las normas del Apéndice de 1925 vigente en aquella fecha y en particular su art. 48.3º, según el cual por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada. Esta presunción legal desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquél que lo afirme.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 48.3º Apéndice, 35 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Fermín Francisco Hernández Gironella.***

Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos de procedimiento para la división judicial de patrimonios (núm. 454/2007); la sentencia de 12-11-2007 desestima íntegramente la oposición a la relación de bienes señalados en la demanda y declara no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobándose el inventario de la comunidad conyugal. Los demandados interponen recurso de apelación (autos 111/2008) solicitando se estimase la oposición formulada al inventario de bienes; la APT estima en parte el recurso y acuerda la inclusión en el activo de las tres cuartas partes de los bienes inmuebles reclamados.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se dan por reproducidos en la presente resolución los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del

tenor literal siguiente: «Que desestimando íntegramente la oposición suscitada por don ……, doña …… y don ……, a la relación de bienes señalados en la demanda presentada por don ……, representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales señor …… y señora ……, debo declarar y declaro no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobándose el inventario de la comunidad conyugal de don …… y doña ……, declarándose disuelto el régimen económico matrimonial. Se imponen las costas a la parte demandada». Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha veintiocho de noviembre de dos mil siete, en el sentido de declarar disuelto y liquidado el régimen económico matrimonial.

Segundo: Contra la referida sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Procurador don …… en nombre y representación de don ……, don …… y doña ……, que interesaron la revocación de la sentencia apelada, para que se dictase otra por la que se estimase la oposición formulada al inventario de bienes.

Tercero: El Juzgado de Primera Instancia tuvo por formalizado el recurso de apelación en providencia de fecha veintisiete de marzo de dos mil ocho, en la que se acordaba dar traslado del escrito de interposición a la parte contraria por diez días; presentando dentro de dicho plazo la representación del actor don …… escrito oponiéndose al recurso y solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

Cuarto: Elevadas las actuaciones a este Tribunal, que las recibió en fecha veintiséis de mayo de dos mil ocho, se acordó la formación del oportuno rollo, procediéndose en el mismo a la designación de Magistrado Ponente, y no habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta instancia ni estimándose necesaria la celebración de vista, se acordó señalar para la deliberación y votación el día de la fecha, tras lo cual quedaron los autos en poder del ponente para dictar la resolución acordada por la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Frente a la sentencia de instancia, que desestima la oposición formulada por la parte demandada al inventario de bienes previo a la liquidación del régimen económico matrimonial, se alza la parte demandante alegando al efecto infracción de los artículos 1361 del C. Civil, 35 de la Ley Aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad y 217 de la Ley de E. Civil, estimando, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, que debe de partirse de la presunción de ganancialidad o comunidad de los bienes, que en el presente caso no ha quedado destruida por las pruebas practicadas en el procedimiento.

Segundo: Con carácter previo es preciso salir al paso de las alegaciones efectuadas por la parte apelada en orden a la inadmisibilidad del recurso, con fundamento en la falta de concreción de las pretensiones formuladas en el mismo; alegaciones que deben de ser rechazadas, pues si bien es cierto que la parte recurrente, en su escrito de preparación del recurso señaló como pronunciamientos impugnados, los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la desestimación de la oposición y la condena en costas, y en el escrito de formalización del recurso se limitó a solicitar «que se dicte resolución de conformidad con lo expuesto en el presente escrito», no cabe duda que, tras la lectura del mismo, el Tribunal no alberga duda alguna de cuál es el objeto de la impugnación, que no es otro que la exclusión del inventario de bienes de los inmuebles sitos en la calle ……, números 24 y 31 de la localidad de Gea de Albarracín, un bancal en el paraje denominado …… así como de las cuentas corrientes de doña …… al tiempo de su fallecimiento.

Tercero: Para la correcta resolución de la cuestión que se plantea en el presente procedimiento, hay que establecer las premisas siguientes:

1.ª Que los cónyuges don …… y doña ……, respecto de los cuales se pretende formar el inventario de la sociedad conyu-

gal, tenían vecindad civil aragonesa, por lo que, en la determinación del carácter común o privativo de los bienes, serán aplicables las normas del Derecho Civil de Aragón.

2.ª Que el momento al que debe de atenderse para la determinación del carácter privativo o consorcial de los bienes es el momento en que se produjo la disolución del matrimonio, por el fallecimiento del esposo, que tuvo lugar en fecha nueve de julio de mil novecientos treinta y siete.

3.ª Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3.º del Apéndice Foral de Aragón, vigente en aquella fecha, por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada.

Cuarto: Así las cosas, la sentencia recurrida entiende que los bienes inmuebles situados en la calle …… y en la "……", tienen el carácter de bienes privativos de doña ……, y por tanto deben de ser excluidos del inventario de bienes de la sociedad conyugal, basándose para ello, esencialmente, en el hecho de que tales bienes aparecían catastralmente inscritos a nombre de doña ……, en que así se hizo constar en la liquidación del impuesto sobre sucesiones, y en que no se ha aportado prueba alguna de que tales bienes fueran adquiridos constante matrimonio; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala, ya que supone una vulneración del reparto de la carga probatoria establecido en el artículo 217 de la Ley de E. Civil. Efectivamente la presunción legal del carácter común o consorcial de aquellos bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada, desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquel que lo afirme, y esta prueba no puede estimarse consumada por el hecho de que catastralmente aparecieran inscritos a nombre de doña …… o de sus herederos, máxime cuando su esposo había fallecido en el año mil novecientos treinta y siete, o porque uno de ellos, el demandante, hubiera incluido en la liquidación del impuesto de sucesiones aquellos bienes como privativos de aquélla; por el contrario, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de fecha tres de marzo de dos mil cinco, unida a la demanda como documento número cinco, en su fundamento jurídico segundo, que aquí se da por reproducido, existen elementos para estimar que dichos bienes tenían carácter común o consorcial, al menos en tres de su cuatro partes, habida cuenta que : 1. Entre mil novecientos treinta y uno y mil novecientos cincuenta y dos la contribución sobre los mismos se giró a nombre de don ……; 2. Los recibos de contribución por el solar de la calle …… se giraron y pagaron a nombre de don ……, que no era heredero de doña ……; 3. Don …… vivió hasta el año 2000 en la casa de …… sin ser perturbado en la posesión. Por lo tanto, en tales circunstancias debe de prevalecer la presunción de comunidad y en consecuencia incluirse tales bienes en el inventario de la sociedad conyugal, en la forma pretendida por la parte demandada.

Quinto: En lo que se refiere a las cuentas corrientes que tuviera a su fallecimiento doña ……, es preciso señalar que las mismas no pueden tener carácter consorcial, pues, como se ha dicho anteriormente el momento al que debe de atenderse para la determinación del carácter privativo o consorcial de los bienes es el momento en que se produjo la disolución del matrimonio por el fallecimiento del esposo, y por lo tanto, no existiendo elemento probatorio alguno de que en dicho instante hubiera cuentas corrientes de carácter consorcial, no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto.

Sexto: Al estimarse el recurso, lo que determina la estimación parcial de las pretensiones de los demandados, no procede hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

35

NÚM: 35

S. APT de 16 de octubre de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Abuso de derecho: ***Con cita y transcripción parcial de las Ss. TSJA 31 de marzo de 2004, TS 2 de octubre de 1964 y TSJA de 23 de enero de 2008, sobre el régimen de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas regulado en el art. 144 Comp., así como de los requisitos necesarios para que el ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir en su terreno tapando los huecos abiertos sobre él pueda considerarse abusivo, llega a la conclusión de que la actuación de los demandados levantando los muros de cierre de su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 144 Comp.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña María Teresa Rivera Blasco.***

Ante el JPI núm. 2 de Alcañiz se siguen autos de juicio verbal (núm. 432/2007); la sentencia de 21 de abril de 2008 desestima íntegramente la demanda; la parte demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 142/2008) solicitando la condena a la demandada a ejecutar a su costa las obras necesarias para reabrir las ventanas que tenían abiertas. La APT desestima el recurso con imposición de las costas de la alzada a la apelante.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora doña …… en nombre y representación de la Peña, contra doña …… y la herencia yacente y herederos de don ……, ABSUELVO a los demandados de todos los pedimentos contra ellos formulados, con imposición a la parte actora de las costas procesales».

Segundo: Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora doña …… en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de primera instancia, condene a la parte demandada «a ejecutar a su costa las obras necesarias para reabrir en el tabique adosado a la pared de la edificación propiedad de la Peña (c/ núm. de Alcorisa) como delimitadora del patio de luces, los huecos para luces y vistas, y en definitiva las ventanas que tenían abiertas en la primera y segunda planta de su inmueble, para permitir vistas, la entrada de luz y ventilación por las dos ventanas tapiadas. La parte actora dotará a dichos huecos de los elementos de protección a los que hace referencia el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

Tercero: La Procuradora doña ……, en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la resolución impugnada.

Cuarto: Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente, quedando el rollo en poder del Ponente para dictar la correspondiente sentencia tras la deliberación del Tribunal que tuvo lugar el día dos del presente mes de octubre.

Quinto: En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Partiendo del hecho admitido por las partes litigantes de que la finca propiedad de la actora no tiene a su favor una servidumbre de luces y vistas y que las ventanas existentes en su pared que dan al patio de luces propiedad de la parte demandada respondían al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a dos de las estancias de la

casa, la cuestión sometida a la consideración del tribunal, tras haber sido cegadas dichas ventanas por un muro construido por los demandados, es la determinación de si dicho cerramiento responde a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria o bien, por el contrario, a perjudicar a la actora sin beneficio o utilidad propia. Invoca la demandante en su recurso, reiterando lo manifestado en la instancia, la doctrina del abuso del derecho, alegando que no ha quedado acreditada la utilidad que pudiera justificar la realización del tabique y cita como infringido el artículo 144.3.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Dicho precepto regula las relaciones de vecindad en Aragón de la siguiente manera: «1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio, 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». En interpretación de dicho precepto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de marzo de 2004, en su fundamento de derecho octavo, afirma que «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.» Expone a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.º de la Compilación Foral. También la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989, citada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 1/2008 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), de 23 enero, dice que «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, 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». En este caso, continúa diciendo la citada sentencia, se «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)».

Segundo: En aplicación de dicha doctrina la juzgadora de instancia desestimó la demanda interpuesta por la Peña …… al considerar no acreditado el abuso de derecho por parte de los demandados en la realización de las obras en cuestión y sí una finalidad legítima de reparar y elevar todas las paredes de su patio de luces, no sólo la que linda con la pared de la casa de la actora, para cerrar su patio, para evitar las inmisiones de ruidos procedentes de la finca vecina superiores a las que procederían de una vivienda de uso normal dado el uso recreativo al que destina el inmueble la actora, y para preservar la intimidad de sus propietarios. Pues bien, la tesis sustentada en la sentencia que se recurre es ajustada a derecho, ya que el tapiado de las ventanas responde no solamente al propósito de reparar el patio de luces y cerrarlo cubriéndolo con una claraboya (aunque finalmente no pudo ponerse ésta por restricciones de seguridad de la compañía suministradora de gas al estar instalada allí la calefacción) sino que tiene también su fundamento en la protección del derecho a la intimidad. Frente a este último argumento esgrime la parte apelante que ya cuando se realizó la compra del inmueble por parte de la Peña demandante a los ahora demandados, anteriores propietarios del mismo, conocían perfectamente cuál era la actividad de la actora y no pusieron ninguna objeción ni limitación a la misma, ni se ha producido queja alguna en los años siguientes a la fecha de la compraventa en el año 1998. No rebate, sin embargo, que desde las ventanas existentes en su inmueble puede observarse no sólo la actividad que puedan realizar los demandados en el patio de su propiedad con el que limita la pared de la actora, sino incluso también dentro de la casa dada la proximidad de unas ventanas a otras (en el juicio se habló por las partes y por los testigos de unos cuatro metros más o menos), ni tampoco objeta que las actividades realizadas en el inmueble por los miembros de la Peña pueden perjudicar la intimidad y el sosiego de los moradores de la vivienda de enfrente.

Tiene declarado en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 23 de enero de 2008 que no puede considerarse abusivo el cierre cuando «tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente, y que en este caso se vería seriamente afectado por las vistas de los ocupantes de la casa de la actora, pues podrían desde su ventana observar, a muy escasa distancia, toda actividad que se realizara en el espacio de terraza de los demandados sita en la planta primera, siendo relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de éstos, que es el espacio privilegiado de intimidad. Como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 (Sala Primera), en su fundamento jurídico segundo, «Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»; de modo que «confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada». Continúa diciendo nuestro Tribunal Superior de Justicia de Aragón que «los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, tienen relevancia no sólo respecto a la actuación de las administraciones públicas y al poder legislativo, a quienes obliga a actuar y legislar en protección adecuada de ellos, sino también a

los particulares en sus relaciones de Derecho privado, por cuanto el ejercicio de los derechos que las normas civiles les reconocen ha de llevarse a cabo teniendo en consideración especial el horizonte de los derechos fundamentales, que no podrán ser vulnerados en la relación jurídica, salvo que exista norma expresamente habilitadora; y, en el mismo sentido, la posible estimación de un abuso de derecho habrá de hacerse ponderando la necesaria protección de esos derechos.»

Por todo ello, y dando aquí por reproducidos los fundamentos de la sentencia apelada que no han sido debidamente rebatidos en esta alzada, debe concluirse que la actuación de los demandados levantando los muros que cierran su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo, debiendo ser rechazado el recurso formulado.

Tercero: Con arreglo al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

ZARAGOZA, 2008

36

NÚM. 36

S. APZ Secc. 5.ª de 10 de enero de 2008

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: ***Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios resulta aplicable al caso el artículo 142 Cc. y no el 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón. El precepto del Cc. marca una pauta más flexible que la norma autonómica. Deberá prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 142 Cc., 66 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Antonio Luis Pastor Oliver.***

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de alimentos provisionales núm. 1421/2006 en los que el padre pide que se declare extinguida su obligación de pasar a su hija de 26 años la pensión de alimentos fijada judicialmente; la sentencia de 29 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y declara limitada la obligación de alimentos al presente curso y el próximo curso lectivo 2007-2008, quedando extinguida a partir de entonces. Ambas partes interponen recurso de apelación (autos 551/2007) y la sentencia núm. 4/2008 de la APZ (Sección 5ª) desestima el recurso del padre y estimando parcialmente el de la hija declara que la obligación del alimentante de cobertura económica académica de la alimentista abarcará los cursos 2007-2008 y 2008-2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 29 de junio de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don …… contra doña …… debo declarar y declaro limitada la obligación del Sr. …… respecto de los gastos de matrícula, desplazamientos al Centro de Estudios, libros y material didáctico al presente curso y el próximo curso lectivo 2007-2008, quedando extinta a partir de entonces. En el resto de pretensiones absuelvo a la parte demandada de los pedimentos deducidos de contrario. No se hace expresa imposición de costas».

Segundo: Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de ambas se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opusieron al del contrario, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 8 de enero de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

Primero: El demandante, progenitor de la demandada, instó en su demanda que se declarara extinguida la pensión de alimentos que estaba obligado a pasarle en cumplimiento de resolución judicial y ello en atención a varias razones. En primer lugar, porque lleva desde 1998 matriculada en la Escuela de Ingeniería Técnica Agrícola, es decir, ocho años y aún no ha

acabado la carrera, lo que implica que es su dejadez la única que le impide obtener la titulación precisa y acceder al mercado laboral, como correspondería a sus 26 años de edad. Y, en segundo lugar, que la actual situación de jubilado del padre, ha supuesto una merma en sus ingresos que es preciso tener en cuenta para reducir sus obligaciones como alimentante.

Se opone a ello la hija, alimentista, pues –en esencia– considera que su situación académica se ha visto ralentizada por las constantes disputas y contiendas jurídicas con su padre, que le han llevado incluso a solicitar asistencia psicológica. Además, se opone radicalmente al argumento económico, ya que los ingresos y el patrimonio de su padre rebasan con mucho los mínimos que le serían exigibles para seguir prestando su obligación alimenticia.

Segundo: La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, limitando la obligación del padre al pago de gastos de formación académica al curso lectivo 2007-2008. Manteniendo el débito alimenticio.

Recurre el padre e insiste en sus argumentos solicitando la estimación íntegra de la demanda. A su vez recurre la hija, pidiendo se mantenga la obligación de asistencia a su formación hasta que acabe sus estudios y que se condene en costas al actor y apelante por su temeridad y mala fe.

Tercero: Por lo que respecta al argumento de naturaleza económica la prueba ha demostrado que el Sr. …… posee una solvencia financiera bastante para mantener el gasto que su deber alimenticio actual le impone. Baste a tal efecto observar su declaración de renta y patrimonio correspondientes a 2005 y los movimientos de sus cuentas bancarias.

Por el contrario la Sra. …… (hija) posee unos ingresos mínimos irregulares en una empresa para la que trabaja como vendedora y –sin embargo– precisa de lo necesario para vivir, pagando un alquiler de 365,83 euros mensuales, además de lo pertinente de luz, agua, vestir, comida, etc.

Cuarto: Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios, es preciso recalcar que el precepto aplicable es el artículo 142 del Código Civil. Y no el artículo 66 de la ley 13/06, de 27 de diciembre de Derecho de la persona, de la C.A. de Aragón. Así lo reconoce la sentencia apelada. El precepto de nuestro Código sustantivo marca una pauta más flexible que la de la norma autonómica. Deberá de prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado, «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.

Con independencia de la mayor o menor dificultad de una carrera técnica de tres años, 8 años no se antoja un período normal de conclusión de la misma. Pero, bien es cierto que en las circunstancias que rodean el desarrollo académico de doña …… ha influido su situación personal y familiar, como se deduce de la necesidad de asistencia psicológica. No puede, por tanto, concluirse que el retardo en concluir la carrera se debe a causa exclusivamente imputable a la alimentista.

Otra cosa es que ello le conceda una absoluta «patente de corso» para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones estudiantiles, pues todo derecho lleva ínsito en las personas dotadas de capacidad jurídica y de plena capacidad de obrar un deber de comportamiento correlativo o equivalente, que hace referencia a la máxima del «equilibrio» que sostiene el principio de «justicia material». Así se desprende de las «ratio decidendi» de las Ss.T.S. 23 de febrero y 30 de diciembre de 2000 y de 28 de noviembre de 2003.

Quinto: En base a ello, restándole a la alimentista varias asignaturas y el proyecto fin de carrera para concluir definitivamente la misma, considera esta Sala más procedente conceder la cobertura académica (matrícula, libros, desplazamientos, mate-

rial didáctico…), durante los cursos 2007-2008 y 2008-2009. Modificando en este sentido la sentencia apelada.

Sexto: La naturaleza de lo debatido y las consecuencias de ello, permiten no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias (arts. 394 y 398 de la LEC).

37

NÚM 37

S. APZ Secc. 5.ª de 21 de enero de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: VECINDAD CIVIL: Adquisición por residencia decenal: ***Adquisición de la vecindad civil aragonesa por residencia de diez años en Zaragoza sin manifestación en contrario (art. 14.5 Cc.), pese a que también se hallaban empadronados en Pamplona y creían tener la vecindad civil navarra. Los datos del empadronamiento tan sólo se pueden tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (vid., entre otras, STS 15-11-1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro. Por otra parte, la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, sino de las normas que la regulan.***

721: DISPOSICIONES GENERALES: INEXISTENCIA DE RESERVA DE BIENES: ***Aunque los testadores se creían de vecindad navarra, eran de vecindad aragonesa y su sucesión se rige por este Derecho en el que, a diferencia del navarro, no existe la reserva legal de bienes a favor de los hijos del primer matrimonio (art. 139 Comp., y actual 140.3 Lsuc.). Lo mismo cabe decir de la inoficiosidad que se pretende por las hijas bajo alegato de que la viuda ha recibido en la herencia de su padre más de lo percibido por ellas, pues dicha limitación no se halla prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de las normas sobre protección de la legítima colectiva.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 9.1, 14, 16, 673 y 687 Cc.; 256, 272 y 274 Comp. navarra; 139 Comp.; 109 y 149-3 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Javier Seoane Prado.***

Ante el JPI núm. 7 de Zaragoza se siguen autos de juicio ordinario (núm. 846/2006); la sentencia de 3-9-2007 estima parcialmente la demanda y declara que el testamento abierto otorgado en 2002 ante notario de Pamplona no ha respetado el derecho de reserva de las actoras como hijas del primer matrimonio, establecido en el artículo 274 Comp. navarra, por lo que declarado que los bienes inventariados tienen la condición de reservables en su mitad y sobre ellos, en dicha mitad, deben suceder a su padre las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes; las demandantes y una codemandada interponen recurso de apelación (autos 591/2007); la sentencia núm. 22/2008 de la APZ (Secc. 5.ª), aunque mantiene que las herencias de los dos cónyuges se hallan regidas por el Derecho civil aragonés, y no por el navarro, considera que tal solución implicaría una «reformatio in peius», en tanto que la apelante, a consecuencia de la estimación de su recurso, quedaría en peor condición que la resulta para ella de la sentencia apelada, por lo que acuerda mantener la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 3 de septiembre de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña …… contra doña …… debo declarar y declaro:

1. Que el testamento abierto otorgado por don ……, el 30 de julio de 2002 ante el Notario de Pamplona don …… de su protocolo, no ha respetado el derecho de reserva de las actoras como hijas del primer matrimonio, establecido en el artículo 274 de la CDCFN.

2. En consecuencia, declaro que los bienes inventariados en el acta de aceptación de herencia de 3 de mayo de 1991 por el Sr. …… ante el Notario don …… que son:

– piso en la C/, 44, pral. Izdo.
– piso en la C/, 37,
– piso 6º, Estudio 2.ª puerta, ático en c/, 27-29 y 31,
– nave industrial núm. 12 de la manzana A en el término R, partida de …… de Zaragoza.

Tienen la condición de reservables en su mitad indivisa y sobre ellos, en dicha medida, deben suceder al Sr. …… las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes.

En cuanto a los bienes reservables que han sido enajenados, la reserva se entenderá sobre la mitad del dinero obtenido por la venta, en igual proporción entre las herederas, actualizado conforme al IPC desde la fecha del fallecimiento del Sr. ……, 19 de abril de 2004.

3. Las costas, no se hará expresa condena.»

Segundo: Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de las demandantes y la codemandada doña …… se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación, y dándose traslado a las partes se opusieron al del contrario, oponiéndose a todos la codemandada Sra. ……, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 14 de enero de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

Primero: Doña …… y doña …… formulan demandada contra su común hermana, doña ……, y la segunda esposa del padre de todas ellas, doña ……, a fin de que se declare que el testamento abierto otorgado por dicho progenitor, don ……, el día 30 de julio de 2002 no ha respetado las prohibiciones de disponer recogidas en el Fuero Nuevo de Navarra; que, en consecuencia, los bienes, derechos y dinero que hubieren sido adquiridos por dicho testador por título lucrativo de su primera esposa, doña ……, madre de todas las hermanas, tienen la condición de reservables, y en ellos deben suceder las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes con exclusión de cualquiera otra persona, con subrogación sobre los bienes adquiridos por los que hubieren sido objeto de enajenación, con actualización en su caso en función del IPC desde la venta hasta la entrega a las reservatarias; y que, respecto de los demás bienes de la herencia de don …… no reservables, se declare que sus tres hijas no deben recibir de su padre menos que su segunda esposa, mandando que la herencia del mismo sea repartida por cuartas e iguales partes entre todas la litigantes; y condenando a las demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas procesales.

En fundamento de tal petición, las actoras relatan que sus finados padres contrajeron primeras nupcias en Bilbao el día 24 de julio de 1962; que, ostentando vecindad civil navarra, otorgaron testamento de hermandad regulado en la legislación civil propia de dicho territorio por el que se instituyeron mutua y recíprocamente herederos universales; que fallecida la esposa el día 9 de marzo de 1991, don …… procedió a la aceptación de herencia de aquélla por escritura pública de 3 de mayo de 1991, en la que se hacía manifestación e inventario de bienes del matrimonio y se adjudicó una mitad de los mismos por disolución y liquidación de la sociedad de conquistas y la otra mitad por herencia de su esposa; que de los bienes así adquiridos, enajenó tres de ellos, de tal forma que tan sólo quedan en la actualidad los dos que se descri-

ben en la demanda. Como datos igualmente relevantes, las actoras señalan, igualmente, que su padre contrajo matrimonio en segundas nupcias con doña …… el día 3 de junio de 2000, estado en que otorgó el testamento impugnado en el que, respetando tan sólo la legitima formal navarra, lega a su segunda esposa todas las participaciones propiedad del testador en SL, con prohibición de disponer para que al fallecimiento de la legataria pasen las mismas a sus hijas por partes iguales entre ellas; asimismo, lega a su segunda esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes, y nombra herederas universales por iguales partes en el remanente a sus tres hijas del primer matrimonio. Don …… fallece, vigente el testamento, el día 19 de abril de 2004.

A su juicio, dichas disposiciones conculcan las limitaciones a la libertad de disponer que el Derecho civil navarro impone a los bínubos, en concreto, la reserva a favor de los hijos del primer matrimonio de los bienes que el supérstite hubiere adquirido por título lucrativo del premuerto señalada en el artículo 274 Fuero Nuevo de Navarra, por lo que son nulas en cuanto la contravienen. Además dichas disposiciones son inoficiosas conforme al artículo 272 FNN, que dispone que los hijos del anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge del anterior matrimonio, ya que con las mandas efectuadas se da la circunstancia proscrita.

Doña …… sostiene la vecindad civil aragonesa de sus padres tanto durante el matrimonio como al momento del fallecimiento de ambos, de lo que extrae como consecuencia la nulidad del testamento de hermandad no recogido en la legislación aragonesa, así como la del testamento de su padre, por disponer en él de bienes que se adjudicó al partir la herencia de su esposa conforme a aquella disposición. Por ello, se opone a la demanda y formula reconvención en la que pide que así se declare, de forma que se deje expedita la sucesión *ab intestato* de su madre.

Por su parte, doña ……, se opuso a la demanda y solicita su absolución de la misma, a cuyo fin afirma que los bienes procedentes de la difunta esposa de su marido que han sido enajenados lo han sido a sus hijas, por lo que no se ha infringido la reserva navarra del bínubo, y que la demanda no indica la razón por la que sostiene que las actoras han recibido en la herencia de don …… menos que ella.

Finalmente, tanto esta última como las actoras se oponen a la demanda reconvencional, la primera por cuanto que nunca la reconviniente había cuestionado la vecindad navarra de sus progenitores, pese a que existió ya un procedimiento judicial sobre la herencia de éstos, y hacerlo ahora implica ir contra los propios actos; y las segundas, se oponen a la demanda reconvencional insistiendo en la vecindad civil navarra de don …… y doña ……, en tanto que el primero nació en Pamplona y con tal vecindad contrajo matrimonio con doña ……, que la adquirió por razón del mismo conforme a la legislación entonces vigente, y que estuvieron empadronados en Pamplona ininterrumpidamente desde el día 31 de diciembre de 1970 hasta su fallecimiento, y, además, sostienen que cualquiera que fuera su vecindad el mero otorgamiento del testamento de hermandad navarra no daría lugar a la nulidad de esta última voluntad en Aragón, en donde se acoge el testamento mancomunado.

La juzgadora de primer grado entiende acreditada la vecindad navarra por el lugar de nacimiento de don …… y el matrimonio de doña …… y porque dada la duplicidad de empadronamiento –en Zaragoza y Pamplona– durante el período 1975/1991 no cabe concluir la adquisición de la vecindad aragonesa y cualquier duda sobre el respecto ha de ser resuelta a favor de la de origen.

Partiendo de ello, la juez *a quo* concluye la infracción del artículo 274 FNV por no haberse dado cumplimiento al mandato que impone la reserva en caso de segundas nupcias, así como del artículo 256 FNN por no haberse excluido los bienes reser-

vables del usufructo universal legado a la segunda esposa, lo que determina la nulidad de las disposiciones testamentarias que incurren en dicha violación.

En lo que se refiere a la alegada inoficiosidad de las disposiciones testamentarias, por superar lo legado el límite impuesto en el artículo 272 FNN, razona que las actoras no han acreditado como les correspondía según las reglas de la carga de la prueba del artículo 217 LEC, que la esposa hubiere recibido por el testamento más de lo percibido por las hijas del finado.

En consecuencia con todo ello, la sentencia da lugar en parte a la demanda, y declara que el testamento otorgado por don …… no ha respetado la reserva a favor de las actoras como hijas de su primer matrimonio, y en consecuencia, que los bienes inventariados en el acta de manifestación y aceptación de la herencia de doña …… que expresa tienen la condición de reservables en su mitad indivisa y sobre ellos, en dicha medida, deben suceder al causante las hijas que hubo en su primera unión matrimonial por terceras e iguales partes, reserva que se proyectará sobre la mitad del precio percibido por los que fueron enajenados, actualizado conforme al IPC desde la fecha del óbito.

Contra dicha resolución se alzan las actoras, que impugnan la sentencia en cuanto no da lugar a la inoficiosidad que solicitaban en la demanda, y doña …… , en petición de que se desestime la demanda, y de que se estime su reconvención con declaración de la nulidad de los testamentos de sus padres y de que se abra la sucesión legal de doña ……

Doña …… asienta su recurso en la errónea valoración de la prueba en que habría incurrido la juez de primera instancia al valorar la residencia de los dos fallecidos cónyuges a los efectos de determinar su vecindad civil al tiempo de su muerte y alega ahora el fraude de ley en que habrían incurrido los testadores al otorgar sus ultimas voluntades conforme a las disposiciones navarras para burlar los derechos legitimarios de sus hijas al desheredarlas *de facto*.

Por su parte, las actoras fundan su recurso en que la mera concesión del usufructo universal determina por sí la inoficiosidad del testamento.

Segundo: Vecindad civil de los causantes.

Conforme al artículo 14 CC la sujeción al derecho civil común o foral se determina por la vecindad civil, la cual se adquiere de origen por la vecindad de los padres, así como por residencia por el tiempo señalado en dicho artículo, y, hasta el año 1990 por matrimonio.

En el presente caso, nada consta sobre la vecindad civil de los padres de ninguno de los causantes, pero sí que don …… nació en Pamplona en el año 1929 y doña …… en …… (Zamora) el 17 de septiembre de 1929, y que contrajeron matrimonio el año 1962 en Bilbao, en donde fijaron su inicial residencia. Al menos desde el día 31 de diciembre de 1975 y hasta el día 1 de marzo de 1991, día en que causaron baja por no renovación, ambos esposos se hallan empadronados en el municipio de Zaragoza, y también en el de Pamplona, lugar este último en donde doña …… permaneció empadronada hasta el día 1 de mayo de 1996 (sic) y don …… hasta el día de su fallecimiento (19 de abril de 2004), y de la prueba practicada –documental aportada por doña …… e interrogatorio de los litigantes– ha resultado acreditado que el matrimonio fijó su residencia en Zaragoza al menos desde el año 1967 hasta el fallecimiento de doña ……, que ocurrió en Zaragoza teniendo su domicilio en dicha localidad, según consta en su certificado de defunción –al igual que ocurre con igual certificado de don ……–, pues así resulta de los libros de escolaridad y documentos de vacunación aportados por dicha parte y del hecho de que en esta localidad fue donde se constituyó la empresa familiar, lo que por otra parte no es discutido por ninguna de las demás litigantes, quienes, para apoyar su aserto de

vecindad navarra tan sólo alegan la convicción que padres e hijas tenían sobre tal circunstancia, así como los datos de empadronamiento, los cuales tan sólo se puede tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (*vid* entre otras STS 15 de noviembre de 1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro.

Así las cosas, como quiera que no consta renuncia alguna de adquisición de la vecindad aragonesa por residencia, y que la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, si no de las normas que la regulan, no cabe sino concluir con doña ……, que doña …… se hallaba sujeta al régimen de vecindad aragonesa al tiempo de su fallecimiento, pues la había adquirido por residencia de más de 10 años sin manifestación en contrario (art. 14.5 CC).

Tercero: La anterior conclusión conduce derechamente a la desestimación de la demanda, en la que las actoras pretenden que se declare como reservables conforme a la legislación civil navarra unos bienes hereditarios procedentes del caudal de quien no ostentaba tal vecindad a su fallecimiento, sino la aragonesa, por lo que su herencia no se halla regulada por aquella legislación conforme a las reglas de Derecho interregional (art. 16.1 CC y art. 9.1 CC), sino por la vigente en esta última comunidad al tiempo de su defunción, que no es otra que la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, cuyo artículo 139, en parecidos términos que ahora el actual art. 149.3 Ley 1/1999, excluía la reserva de bienes salvo imposición testamentaria de un cónyuge al otro (art. 139 CA). Lo mismo cabe decir de la inoficiosidad que se pretende bajo alegato de haber recibido la viuda en herencia de don …… más de lo percibido por las hijas de su primer matrimonio en la herencia de su padre, pues dicha limitación no se halla prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de las normas sobre protección de la legítima colectiva, lo que no ha sido objeto de debate en el presente juicio.

Cuarto: Ahora bien, la sujeción al Derecho aragonés de la sucesión de doña …… en modo alguno implica la nulidad del testamento de hermandad otorgado por ambos esposos ni la del posterior del supérstite, pues ni el primero lo es conforme al CC de aplicación subsidiaria por razones de Derecho intertemporal (arts. 673 y 687), ni el segundo conforme a la nueva legislación aragonesa (art. 109), ya que ni han sido otorgados con violencia, dolo o fraude, ni se han dejado de observar en ellos los requisitos esenciales prescritos en la ley para los testadores, el contenido o la forma de su otorgamiento.

Y en relación a este punto cabe señalar que doña …… pretende introducir en su recurso un nuevo motivo de nulidad, que no es otro que el fraude que basa en que ambos padres al otorgar el testamento de hermandad, y don al otorgar el que rigió su sucesión, acudieron a la legislación navarra para burlar sus derechos legitimarios, lo que implica una alteración de los términos del debate de la primera instancia incompatible con el principio de apelación limitada que establece el artículo 456 LEC.

En cualquier caso, nada se ha probado sobre la intención fraudulenta que ahora se erige como causa de nulidad de los testamentos, la cual es incompatible con el hecho cierto de que todos los integrantes de la familia se hallaban en el entendimiento de que estaban sujetos a la vecindad navarra, como manifestaron las litigantes al ser interrogadas, y resulta con claridad de los alegatos vertidos por todas las partes en el juicio que se siguió entre ellas a instancia de doña …… en pretensión de la entrega de los bienes de la herencia de don ……

En consecuencia con todo ello procede el rechazo de la pretensión reconvencional de nulidad de los testamentos de mención y que se proceda a la apertura de la sucesión legal de la herencia de doña ……

Quinto: Lo dicho hasta ahora conduce a la estimación de la apelación formulada por doña ……, en cuanto esta mantiene, como nosotros, que las herencias de sus dos progenitores se hallan regidas por el Derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma, y no por el navarro, lo que daría al rechazo de la demanda en cuanto interesa la reserva del bínubo establecida en este último, y por ende a la revocación de la sentencia que concede dicha reserva.

Sin embargo, esta Sala estima que tal solución implica *reformatio in pejus,* en tanto que doña …… queda, a consecuencia de la estimación de su recurso, en peor condición que la que resulta para ella de la sentencia apelada, por lo que la misma ha de ser mantenida.

Sexto: La complejidad fáctica sobre la determinación de la vecindad civil de los causantes, así como la convicción que sobre ella tenían los litigantes, mueven a esta Sala a aplicar la previsión establecida en el artículo 394 LEC para la no imposición de las costas en ninguna de las instancias (art. 398 LEC).

38

NÚM. 38

S. APZ (Secc. 4.ª) de 25 de enero de 2008

717: CONSORCIO FORAL: DERECHO TRANSITORIO: ***El consorcio foral se originó en el momento de fallecimiento de la causante (1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia (1983) como se alega en el recurso. El artículo 142 Comp. es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante. Pero los efectos del consorcio se regulan por la Lsuc. después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su DT 6.ª.*** **EFECTOS: Acrecimiento:** ***Una de las características del consorcio foral es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente). En este sentido, el artículo 59.3 Lsuc. completa la regulación del artículo 142.3 Comp. estableciendo que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 142 Comp.; 11, 9, 58, 59 y DT 6.ª Lsuc.***

PONENTE: ***Ilma. Sr. doña M.ª Jesús de Gracia Muñoz.***

Ante el JPI núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de juicio ordinario núm. 454/2006; la sentencia de 27-3-2007 desestima la demanda; el demandante interpone recurso de apelación (autos 352/2007) y la sentencia 36/2008 de la APZ (Secc. 4) desestima el recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

Segundo: Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, por el mismo se dictó sentencia con fecha veintisiete de marzo de dos mil siete, cuya parte dispositiva dice: Que, desestimando la demanda interpuesta por don …… contra don ……, debo absolver y absuelvo a estos de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

Tercero: Notificada dicha resolución a las partes, por don …… se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida. Y señalándose para discusión y votación el día 15 de enero de 2008 en que tuvo lugar.

Cuarto: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La parte actora formuló demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia, con su subsanación y rectificación de fecha 15 de septiembre de 2005, otorgada por la parte demandada. Alegó que tiene legitimación para ello por haber sido instituido heredero universal por doña ……, sin haber sido llamado ese otorgamiento (sic), entendiendo que no se debió haber constituido en dicha escritura un consorcio foral en la herencia de Doña ni un acrecimiento de la parte de su hija, doña …… al ser otorgantes doña …… y doña ……, biznietas de doña ……, sin que doña …… (hija de doña P) ni su hija aceptaran la herencia de doña P, pese a estar facultadas para constituir el consorcio. Considera finalmente que procede la aplicación del régimen de propiedad ordinaria, todo ello según los arts. 208.1, art 58.1, art 59.1 Ley Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón y determinados preceptos del CC sobre nulidad de los contratos.

La parte demandada se opuso a la demanda por considerar que el consorcio quedó formado al fallecer doña P entre sus tres hijas y sus tres nietos (hijos de sus premuertos hijos), concurriendo los requisitos legales para la existencia del consorcio según la escritura pública mencionada.

La sentencia, tras una remisión a los antecedentes históricos del consorcio foral, la interpretación doctrinal y la determinación de la legislación aplicable, desestimó la demanda por considerar que el consorcio foral respecto a la herencia de la causante (doña P, fallecida el 23 de diciembre de 1976) se formó por nietos y biznietos, consortes estos dos últimos en virtud de sustitución de su madre (doña A), nieta de la causante, produciéndose acrecimiento de la parte de doña A en favor del resto de los consortes, todo ello según el art. 142 de la Compilación, aplicable según las disposiciones transitorias primera y sexta de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de Muerte en Aragón de fecha 24 de enero de 1999 y arts. 58 y 59 y 19 de esta última.

Interpone recurso de apelación la parte actora por considerar que se ha infringido el artículo 58 y el 19 de la Ley aragonesa de Sucesiones, entendiendo que los biznietos no pueden concurrir en el consorcio, y que de admitir lo contrario no tendría efecto la voluntad testamentaria de Doña A, que se vería anulada por la ampliación del consorcio foral. Considera también que las biznietas hubieran podido llegar a ser consortes si su madre (nieta de doña P), y en vida, hubiera formalizado escritura de aceptación de la herencia de su abuela, constituyéndose el consorcio, lo que entiende se ha de efectuar en escritura pública según al artículo 60.1 de la Ley de Sucesiones.

Segundo: Como se establece en la resolución recurrida, el art 142 de la CDCA, es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante, doña P, en 23 de diciembre de 1976. Dicho precepto se refiere a la institución del consorcio foral, reflejado ahora en el art 58 de la Ley aragonesa de Sucesiones 1/1999. Resulta de esa regulación que el consorcio foral es una institución de origen sucesorio, o comunidad hereditaria, formada por ministerio de la Ley entre los descendientes que suceden a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles en estado de indivisión. Como alega la parte apelada, el consorcio se originó en el momento del fallecimiento de la causante (23 de febrero de 1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia, como se alega en el recurso.

En el caso, al fallecer Doña P quedó constituido el consorcio entre sus tres hijas (doña P, doña S y doña As) y sus nietos, hijos de los hijos (don Je, don M y Don E) premuertos de la causante (doña P), las primera por derecho propio y los nietos por derecho de represtación. Hijas y nietos habían sido declarados herederos de doña P por auto de fecha 24 de enero de 1983

según resulta de la escritura pública aportada con la demanda. Constituido el consorcio, las hijas de la causante doña P fallecieron, doña P el 31 de enero de 1998, doña Sa el 18 de mayo de 1999 y doña A el 23 de noviembre de 2004. Los efectos del consorcio se regulan por la Ley de Sucesiones 1/1999 después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su Disposición Transitoria Sexta.

Una de las características de esta institución es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente) y no del consorte fallecido. En este sentido, el artículo 59.3 de la Ley 1/1999 completa la regulación anterior del artículo 142.3 de la Compilación, estableciendo el primer precepto que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.

Fallecida doña A el 23 de noviembre de 2004, su parte del consorcio acreció a los demás consortes, sin que ello suponga que se anule su voluntad testamentaria, como se alega en el recurso, por cuanto ésta se ejerció, si bien su objeto será la ordenación del destino de las relaciones jurídicas subsistentes a la fecha de su fallecimiento (art, 1 de la Ley 1/1999). En ese momento, el elemento subjetivo del consorcio, que ya existía, lo componían los nietos, (hijos de los hijos premuertos de la causante), la hija (y nieta de la causante) de doña P pues al fallecer ésta el 31 de octubre de 1998 su hija le sucedió en la cuota consorcial. Respecto a la hija (doña S) de la causante fallecida el 18 de mayo de 1999, el consorcio se extendió a sus nietas (doña R y doña S), hijas de su premuerta hija M al haber sido instituidas herederas por Doña Sa en testamento otorgado por esta última, sucediendo a su causante en la cuota consorcial, y adquiriendo la cualidad de consortes, sustituyendo al disponente conforme a los artículos 19 y ss. Ley Sucesiones, que no establecen limitación de grados. En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado.

Tercero: Al desestimarse el recurso de apelación las costas han de ser impuestas a la parte apelante (art. 398 LEC).

39

NÚM. 39

S. APZ (Sec. 4.ª) de 30 de enero de 2008

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Prescripción: ***La prescripción extintiva de las acciones reales reguladas en el artículo 1963 Cc. no es de aplicación a la facultad de exigir la colocación de reja y red que establece el artículo 144.2 Comp., acción que es imprescriptible porque, al desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal eludiendo la colocación de protecciones en los huecos abiertos no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de ninguna clase, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1942 Cc. (S. APZ Secc. 5.ª 2 de diciembre de 1992).*** **Derecho transitorio:** ***Aunque las ventanas existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice, estando sometidas inicialmente a la regulación de la Obs. 6.ª «De aqua pluviali arcenda», que no obligaba a la colocación de reja o red, por la aplicación de la DT 9.ª de la Compilación la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que la obligación de colocar reja y red existe desde la vigencia de dicha Compilación.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***Obs. 6.ª «Aqua pluviali arcenda»; arts. 15 Apéndice; 144 Comp.; 1942, 1963 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Eduardo Navarro Peña.***

Ante el JPI núm. 2 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio verbal núm. 168/2007, sobre obligación de hacer derivada de relaciones de vecindad; la sentencia de 4 de julio de 2007 desestima la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (rollo 438/07) y la sentencia núm. 42/2008 de la Secc. 4.ª de la APZ estima en parte el recurso y condena al demandado a instalar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, en todos y cada uno de los huecos existentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia recurrida; y

Primero: La anterior sentencia contiene la parte dispositiva siguiente: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña …… contra don ……, debo absolver y absuelvo a este último de todos los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

Segundo: Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la actora preparó contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma hábiles, y emplazada que fue para que lo interpusiera en legal forma, así lo efectuó mediante la formulación del correspondiente escrito, en el que expuso las alegaciones que tuvo por conveniente para fundamentarlo, solicitando se dictara sentencia por la Sala, que revocando la recurrida estimase íntegramente los pedimentos de su demanda, condenando a don …… a instalar reja de hierro y red metálica en todos y cada uno de los huecos que se han abierto sobre el patio propiedad de la recurrente.

Tercero: Dado traslado de dicho recurso de apelación a la representación procesal del demandado, emplazándola para que pudiera alegar lo que a su derecho conviniere en relación con el mismo o impugnase en su caso dicha sentencia en lo que le resultara perjudicial a sus intereses, dedujo escrito de oposición al mentado recurso, en el que vino a interesar su desestimación y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante, tras lo cual se remitieron los autos originales de dicho procedimiento a esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, previo emplazamiento de las partes.

Cuarto: Recibidos que fueron dichos autos en fecha 31 de octubre de 2007, se formó el correspondiente rollo de Sala, en el que se personaron ambas partes, apelante y apelada, y seguido aquel por los trámites legales se señaló, finalmente, para la discusión y votación del referido recurso de apelación el día 22 del corriente mes de enero, en que tuvo lugar tal acto.

Quinto: En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los de la presente; y

Primero: La Sra. ……, propietaria de las casas núm. 4 y 6 de la calle …… (Zaragoza), que lindan por su fondo, mediante patio de las mismas, con la casa núm. 3 de la calle ……, de dicha localidad, propiedad de don …… deduce demanda de juicio verbal contra este último, instando al amparo del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón la condena del mismo a instalar reja de hierro y red metálica en todos y cada una de los huecos de ventana existentes en las paredes de su casa lindantes con el referido patio interior del inmueble de la actora, así como a retirar el tendedero instalado en uno de dichos huecos, que se proyecta sobre dicho patio y el saliente de ladrillos existente en una de dichas paredes, que vuela sobre la propiedad de la actora.

El demandado se opuso a la pretensión de la actora alegando, en primer lugar, la inexigibilidad de tal obligación de hacer, al haberse abierto los citados huecos de ven-

tana de su casa al construirse la misma hace ya más de trescientos años bajo el régimen de relaciones de vecindad establecido en la Observancia 6.ª «De aqua pluviali arcenda», incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino de Aragón, que no obligaba a colocar reja o red en las ventanas abiertas por el propietario en pared común para obtener luces y vista sobre fundo ajeno, no siéndole de aplicar las prescripciones sobre instalación de reja y red en tales huecos establecidas posteriormente en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 1925 y en la Compilación de 1967, y, en todo caso, la prescripción de la acción ejercitada por la actora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil.

El juzgador de instancia resuelve en su sentencia desestimar dicha demanda al considerar prescrita la acción deducida por la demandante, resolución que impugna esta última en su recurso de apelación formulado contra la misma, alegando error por parte de dicho juzgador en la valoración de la prueba respecto a la antigüedad de los referidos huecos de la casa del demandado, así como error de derecho por indebida aplicación del artículo 1.963.1 del Código Civil e inaplicación, por el contrario, de la doctrina jurisprudencial sobre el régimen de las relaciones de vecindad del Derecho aragonés contenido tanto en el artículo 15 del Apéndice Foral como en el 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Segundo: Como ya han tenido ocasión de señalar las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Zaragoza en varias sentencias (núm. 5/2002, de 11 de enero, y 610/2002, de 28 de octubre, ambas de esta Sección Cuarta, así como la de 15 de julio de 1996 de la Sección Segunda, y la núm. 352/1992, de 3 de diciembre, de la Sección Quinta, entre otras) la prescripción extintiva de las acciones reales regulada en el artículo 1.963 del Código Civil no es de aplicación a la acción ejercitada por la actora en estos autos, ya que no puede ser considerada como acción real de las contempladas en dicho artículo, y sí, sólo, como expresión de la facultad de exigir en un momento dado el cumplimiento por parte del demandado de la obligación legal que al mismo alcanza, por mor del régimen que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera para obtener luces y vistas sobre fundo ajeno, dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, establece el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de instalar en dichos huecos red de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente, acción que resulta imprescriptible, dado que, como ya señaló la Sección 5.ª de esta Audiencia Provincial en su sentencia núm. 352/1992, de 3 de diciembre, dictada en Rollo de Apelación núm. 325/92, «por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas en los huecos abiertos en pared propia, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1.942 del Código Civil…».

Es de revocar, por tanto, con acogimiento en cuanto a dicho particular del recurso de apelación analizado, el pronunciamiento de la sentencia de primer grado que declara prescrita la acción ejercitada por la actora en su demanda instando la condena del demandado a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante en todos los huecos de ventana de las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora, que quedan reflejadas en las fotografías, que como prueba documental obran a los folios 49 a 54 de los autos.

Tercero: En nada obsta a lo anteriormente razonado el hecho acreditado por el conjunto de la prueba practicada de que tales huecos de ventana existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice del Derecho Foral de Aragón, quedando sometidos inicialmente a la regulación de la Observancia 6.ª, *De aqua pluviali arcenda*, incluida en el Libro VII de las Observancias

del Reino de Aragón, que no obligaba a la colocación de reja o red, toda vez que por aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que no cabe reconocer al demandado su exoneración del deber de colocar las referidas defensas en los huecos de ventanas y balcones existentes en las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora y ello desde la vigencia de dicha Compilación.

Asimismo resulta inoperante a los fines pretendidos por el demandado en orden a que se le releve de la obligación de colocar tales defensas en la ventana de la cocina de su casa, que da al referido patio (documentos núm. 20, 21, 22 y 23 de los aportados con la demanda, consistentes en otras tantas fotografías que obran a los folios 52 y 53 de los autos) para así poder acceder al patio de la actora para desatascar el sumidero de aguas existentes en el mismo, ya que ello es responsabilidad única de la actora como propietaria de tal instalación de evacuación de aguas pluviales.

Cuarto: No es acogible, sin embargo, la pretensión de la actora en orden a la condena del demandado a demoler los dos salientes de ladrillo que existen en la pared de su casa, pared identificada con la letra «a» en las fotografías obrantes al folio 51 de los autos, y que tienen por finalidad aparente actuar como meros aleros superiores de las dos ventanas o balcones existentes bajo dichos salientes para preservar tales huecos de la entrada de agua de lluvia, salientes que no sobrepasan, por cierto, el vuelo del alero del tejado de la casa del demandado recayente sobre el patio de la actora, por lo que en nada afectan al derecho de propiedad de la misma.

Pero es que además tal acción no encuentra apoyatura en el artículo 144 de la Compilación, al tratarse de cuestión ajena a la materia contemplada en dicho precepto, constituyendo en realidad una acción real sobre supresión de tal elemento constructivo, que ha de estimarse prescrita conforme al artículo 1.963 del Código Civil, tal como alegó el demandado, por cuanto que es evidente, vista la configuración de dichos salientes, que su construcción es del tiempo mismo que la casa del demandado y, por tanto, de una antigüedad superior a los treinta años al momento de formularse la demanda.

Por lo que respecta al tendedero instalado por el demandado en una de las ventanas de su casa que da al patio de la actora y que aparece en una de las fotografías del folio 53 de los autos, no se evidencia que vuele sobre dicho patio más allá del alero del tejado que remata la parte superior de la pared de la casa del demandado en la que se abre dicha ventana, por lo que en nada afecta a la propiedad de la actora, no procediendo, en consecuencia, la condena a su retirada.

Quinto: Ante el acogimiento parcial de la demanda rectora de este procedimiento no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de la primera instancia, según lo normado en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como tampoco en cuanto a las de esta alzada al acogerse parcialmente el recurso de apelación analizado, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de dicha Ley Procesal.

40

NÚM. 40

A. APZ Secc. 2.ª de 6 de febrero de 2008

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INTERNAMIENTO: ***La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 LDp. por persona que no está en condiciones de realizarla por su limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse***

que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC). Todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 33 LDp., 763 LEC.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescós.***

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de internamiento núm. 1201/2007; el Auto de 10 de octubre de 2007 indica que no se precisa autorización judicial para el internamiento de doña X según comunicación de la Residencia; el Ministerio Fiscal presente recurso de apelación (rollo 3/2008) que el Auto 58/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima, estableciendo la necesidad de autorización judicial para dicho internamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de Internamiento 1201/2007, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo 3/2008, en los que aparece como parte apelante el Ministerio Fiscal y como apelado. Residencia Psicogeriátrica. En fecha 10 de octubre de 2007, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «No es precisa autorización judicial para el internamiento de doña según comunicación de Residencia».

Segundo: Contra dicho Auto, el Ministerio Fiscal presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación elevándose las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial.

Tercero: Recibido los autos, se formó el correspondiente rollo de apelación con el número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 30 de enero de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente don Julián Carlos Arque Bescós.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El auto recurrido considera que la autorización judicial prevista en el artículo 763 LEC no es precisa en los casos en que la persona en cuestión no manifiesta una voluntad contraria a dicho internamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Aragón 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la persona.

Segundo: El Ministerio Fiscal en su recurso (art. 458 LEC) considera que no es correcta la interpretación que hace el auto recurrido de la expresión «contra su voluntad» que emplea la Ley Aragonesa, pues si la persona internada no está en condiciones cognitivas de manifestar oposición alguna al respecto, ello no equivale a consentimiento en el internamiento que deberá contar con la autorización judicial.

Tercero: El recurso debe ser necesariamente estimado.

– El internamiento en centro psiquiátrico o asistencial, supone una medida limitativa de derechos fundamentales como es la libertad, aun cuando la misma se haga en propio beneficio del interno.

– La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 de la Ley Aragonesa por persona que no está en condiciones de realizarla por su limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC).

– El derecho a la libertad que proclama el artículo 17 de la Constitución, obliga a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal a velar por el adecuado control de los internamientos psiquiátricos, sin que pueda interpretarse de manera restrictiva el precepto de la Ley Aragonesa, todo ello en virtud de la doctrina inspirada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995 de 1 de julio y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

– Como acertadamente entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

– Entender lo contrario supondría dejar indefensos, sin control judicial, a las personas que en una medida tan importante como es la limitación de su propia libertad, no estuvieran en condiciones de declarar su oposición a la misma. Se revoca el auto recurrido.

Cuarto: No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia.

41

NÚM. 41

A. APZ Secc. 2.ª de 12 de marzo de 2008

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INTERNAMIENTO: ***Se reitera lo dicho en el Auto de esta Sección de la APZ de 6-2-2008.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 33 LDp., 763 LEC.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Acín Garós.***

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de internamiento núm. 1231/2007; el Auto de 31 de octubre de 2007 indica que no se precisa autorización judicial para el internamiento de doña X según comunicación del Centro; el Ministerio Fiscal presenta recurso de apelación (rollo 8/2008) que el Auto 132/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima, estableciendo la necesidad de autorización judicial para dicho internamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en el auto apelado, y

Primero: En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de Internamiento 1231/2007, procedentes del Juzgado Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo de apelación numero 8/2008, en los que aparece como parte apelante Ministerio Fiscal, y como apelado I.A.S.S. y en fecha 31 de octubre de 2007, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «No es precisa autorización judicial para el internamiento de doña ……, según comunicación del Centro».

Segundo: Contra dicho Auto, el Ministerio Fiscal presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación, elevándose las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial.

Tercero: Remitidos los autos a esta Sala, no aportados nuevos documentos ni propuesta prueba, ni considerada necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 4 marzo 2008.

Cuarto: En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Acín Garós.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El auto recurrido considera que la autorización judicial prevista en el

artículo 763 LEC no es precisa en los casos en que la persona en cuestión no manifiesta una voluntad contraria a dicho internamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Aragón 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la persona.

Segundo: El Ministerio Fiscal en su recurso (art. 458 LEC) considera que no es correcta la interpretación que hace el auto recurrido de la expresión «contra su voluntad» que emplea la Ley Aragonesa, pues si la persona internada no está en condiciones cognitivas de manifestar oposición alguna al respecto, ello no equivale a consentimiento en el internamiento que deberá contar con la autorización judicial.

Tercero: El recurso debe ser necesariamente estimado, pues como esta misma Sección dijo en auto de 6 de febrero de 2008:

«– El internamiento en centro psiquiátrico o asistencial, supone una medida limitativa de derechos fundamentales como es la libertad, aún cuando la misma se haga en propio beneficio del interno.

– La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 de la Ley Aragonesa por persona que no está en condiciones de realizarla por sus limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC).

– El derecho a la libertad que proclama el artículo 17 de la Constitución, obliga a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal a velar por el adecuado control de los internamientos psiquiátricos, sin que pueda interpretarse de manera restrictiva el precepto de la Ley Aragonesa, todo ello en virtud de la doctrina inspirada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995 de 1 de julio y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

– Como acertadamente entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

– Entender lo contrario supondría dejar indefensos, sin control judicial, a las personas que en una medida tan importante como es la limitación de su propia libertad, no estuvieran en condiciones de declarar su oposición a la misma. Se revoca el auto recurrido».

Cuarto: No se hace especial pronunciamiento sobre costas.

42

NÚM. 42

S. APZ (Secc. 4.ª) de 13 de marzo de 2008

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Sustitución legal preventiva de residuo: ***No existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por lo que se desconoce el patrimonio que*** **ab initio** ***podía corresponder a la mujer al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado, como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo. Además el caudal hereditario del cónyuge sobreviviente está constituido íntegramente por dinero, el bien ultrafungible por excelencia. Al heredar el sobreviviente al premuerto, se produjo una confusión de patrimonios, y ahora la diferenciación de las respectivas masas patrimoniales es tarea prácticamente imposible. Tratándose de dinero la prueba se torna prácticamente imposible. Y la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad, que no opera tras la disolución del matrimonio. A falta de prueba, todo para los herederos del sobreviviente.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***artículo 108.3 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Juan Ignacio Medrano Sánchez.***

Ante el JPI núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de división de herencia núm. 937/2006; la sentencia de 2 de octubre de 2007 declara que en la formación del inventario de la herencia del cónyuge sobreviviente los bienes inventariados pertenecen a éste y a su esposa premuerta por mitad. Los demandados presentan recurso de apelación (rollo 566/2007) que la sentencia núm. 143 de la Secc. 4.ª de la APZ estima y declara que el 50 % de los bienes del inventario no procede de la herencia de la mujer del causante («sin que puedan considerarse patrimonio del causante heredado de quien fuera su mujer y del que no dispuso aquél»).

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

Segundo: Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, por el mismo se dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2007 cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Debo declarar y declaro que en la Formación de Inventario de la Herencia de don …… y (al 50 por 100) el ACTIVO HEREDITARIO es:

1. Cuenta corriente Ibercaja..... 7.860,26 euros

2. Plazo fijo Ibercaja.....50.000 euros

3. Plazo fijo Ibecaja.....50.000 euros

4. Intereses devengados por dichas cantidades desde el 30 de agosto de 2004.

5. Muebles existentes en el domicilio de don……

No existe PASIVO.

No procede condena en costas.»

Tercero: Notificada dicha resolución a las partes, por la representeción procesal de los demandados don ……, don …… y doña …… se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio el día 19 de diciembre de 2007 a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para discusión y votación el día 11 de marzo de 2008, en que tuvo lugar.

Cuarto: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Se denuncian por el recurrente una serie de infracciones procesales que fundarían, según el sentir del recurso, una nulidad procesal. Se denunciará así inicialmente la indefensión que ha soportado la parte recurrente como consecuencia de la falta de resolución por parte del Juzgado del recurso de reposición que se interpuso contra la providencia de 12 de junio de 2007, en la que se requería a dicha parte para aportar determinada justificación documental y, pese a admitirse a trámite, quedó sin resolución.

Se denunciará igualmente la que se considera, en el sentir del recurso, inadecuada inadmisión «de la pueba de declaración del actor, y de la testifical de don ……, propuestas por esta parte en el incidente», haciéndose «necesario que, de conformidad con el art. 1214 (sic) de la LEC (sic), cada parte acredite la carga de la prueba de los hechos relevantes, y de las manifestaciones realizadas en el proceso» (motivo tercero), para ya en fin denunciar la incongruencia en que ha incurrido el Juzgador (motivo cuarto).

Segundo: Para resolver estas objeciones procesales, particularmente las dos primeras, es conveniente hacer una breve reflexión sobre la arquitectura que el legislador ha diseñado de la segunda instancia en la que, ahora se verá, juega un papel esencialísimo el principio de economía procesal.

En efecto sobre la base de la doctrina constitucional de que en el proceso civil, a diferencia del proceso penal, la doble instancia no es exigencia constitucional, pudiendo el legislador configurar libremente procesos civiles de instancia única,

se ha estructurado una segunda instancia que no opera de una manera plena y en todo caso como tal, sino que puede operar de una manera complementaria de la primera instancia e incluso (para los supuestos de rebeldía involuntaria) como (primeras) instancias sucesivas. Todo ello presidido por el principio de economía procesal.

Y bajo el imperio de este principio el legislador impone el que, cuantas infracciones procesales se cometan en la primera instancia, de ser subsanables, se subsanen en la segunda instancia: ello incluso cuando la infracción procesal se cometa en la sentencia dictada en la primera instancia.

Lo imponen específicamente así los apartados 2 y 3 artículo 465 LEC que ordenan, con relación a la deficiencia procedimental, la subsanación en un plazo no superior a diez días y sólo si no son subsanables y fueren «de las que originen la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas», se ordenará la reposición de las actuaciones. Todavía más, la infracción cometida en sentencia no genera la devolución de los autos al de primera instancia, única manera con la que se alcanzaría el pleno respeto a la doble instancia, sino que impone la revocación de «la sentencia apelada» y que se resuelva sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso. Aunque no se esté utilizando en el uso forense el legislador impone aquí un modelo de dos sentencias en la apelación, una revocatoria y, otra, en la que se resuelvan las «cuestiones que fueron objeto del proceso». Es lo que gráficametne se ha denominado «robo de la primera instancia». El legislador, porque podía hacerlo, y por razones de economía procesal, sacrifica en determinados supuestos la doble instancia en el proceso civil.

Lo mismo acaece con relación a la prueba que indebidamente se denegó, o que admitida no se pudo practicar por circunstancias no imputables a la parte, pues las consecuencias que se derivan de esas situaciones procesales no son la nulidad de las actuaciones para que se repongan a la primera instancia y se practiquen en ella, sino que la Ley (art. 460.2.1.º y 2.º LEC) otorga a la parte la posibilidad de pedir que las mismas se pactiquen en la segunda instancia.

Tercero: Y dicho esto fácil es resolver las cuestiones procesales de orden procedimental que se plantean en el recurso: la parte apelada presentó el 8 de junio de 2007 un escrito de corte procesal en el que consideraba que dado que era la representación de don ……, don …… y doña ……, aquí apelantes, eran, se repite, quienes habían impugnado el inventario ostentaban la posición de parte demandante, y, por ende, «debería haber aportado los documentos en que prende su derecho», lo que debería ser previo al acto del juicio verbal, en el que le está vedada la presentación de documentos (art. 265.4 LEC), lo que fue admitido por proveído de 12 de junio de 2007, que fue recurrido por los ahora apelantes en fecha 22 de junio de 2007, alegando que «carece de fundamento o norma legal que justifique su admisión, y de admitirse quedaría vacío de contenido el señalamiento y supondría adelantar de forma injustificada la prueba de esta parte, vulnerando con ello los trámites previstos del juicio verbal». Admitido que lo fue el recurso por proveído de 26 de junio de 2007, dándose traslado a la parte contraria, que evacuó el trámite por escrito presentado el 6 de julio de 2007, sin que el citado recurso fuera resuelto.

Pero lo cierto es que, aun sin resolver el recurso, la parte recurrente no presentó la documentación hasta el momento de la vista, con lo que mal puede invocar indefensión alguna por no resolverse un recurso de reposición frente a un proveído que le exigía su presentación antes del juicio si definitivamente no la presentó antes.

No sólo eso sino que además no hizo protesta ni reparo alguno al tiempo de iniciarse la vista, con lo que el recurrente no dio satisfacción a la denuncia en la primera instancia que impone el artículo 459 LEC para luego hacerla valer en la segunda instancia.

Y lo mismo debe decirse de la denegación de prueba: la que indebidamnte se denegó no puede fundar una nulidad procesal sino que atribuye a la parte la posibilidad procesal de pedirla en segunda instancia, a salvo que su práctica en la misma pudiera causar indefensión a la contraria (art. 460.2.1º LEC). No habiéndolo hecho así la parte recurrente, el motivo del recurso debe decaer.

Cuarto: La cuestión que aquí se plantea atañe a la diferenciación de masas patrimoniales que hay que hacer en el caudal hereditario del causante don ……, fallecido el 30 de agosto de 2004, quien estuvo casado con doña ……, fallecida previamente el 13 de abil de 1994, ambos bajo testamento mancomunado otorgado el 16 de septiembre de 1964. Por auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza de fecha 14 de octubre de 2005 (f. 24) se dispuso que «se declaran únicos y universales herederos de don ……, a excepción de aquellos bienes adquiridos de su esposa y que no dispuso al tiempo de su fallecimiento a su hermano por derecho propio y por representación a sus sobrinos y y se declaran herederos de aquellos bienes adquiridos de su esposa que no dispuso al tiempo de su fallecimiento, al hermano de ésta.»

Por tanto hay que discernir qué patrimonio era de don … y cual lo fue de su esposa, doña ……, que se heredó por aquél y del que pudo no disponer (art. 108.3 de la Compilación). Problema fáctico agravado por dos circunstancias: una que no existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por tanto se desconoce el patrimonio que *ab initio* podía corresponder a doña …… al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo; la segunda circunstancia que complicará el problema es que el caudal hereditario de don …… está constituido íntegramente por el bien ultrafungible por excelencia, el dinero: cuenta corriente de Ibercaja núm. …, en el que apareció como cotitular con don …, con un saldo de 15.720,53 euros y dos plazos fijos también en Ibercaja, con un importe cada uno de ellos de 50.000 euros. Y todo ello presidido por una problemática común: que al haberse heredado aquel patrimonio por el sobreviviente, se produjo una confusión de patrimonios, la dilución del patrimonio del premuerto en el del sobreviviene, diferenciación de masas patrimoniales que sólo ahora ideal o virtualmente hay que recomponer, lo que en sede, como es el caso, de un bien ultrafungible como es el dinero, puede resultar tarea prácticamente imposible. Más en un proceso, de división de patrimonios que, rectificando consideraciones anteriores puede resultar inadecuado al fin ahora pretendido, dado que ese proceso divisorio tienen por finalidad dividir un patrimonio común, mientras que lo aquí pretendido es diferenciar masas patrimoniales. Pero siendo cuestión no planteada los términos del artículo 240.2 pto. segundo LOPJ, impiden cualquier consideración sobre la cuestión.

En el acta de formación de inventario, celebrada el día 30 de mayo de 2007, los ahora recurrentes se opusieron a la propuesta por la representación de don ……, que incluía, en lo sustancial aquellos depósitos y cuenta, «por entender que la relación presentada... debe excluirse de la herencia de doña …… por ser bienes adquiridos con posterioridad al fallecimiento de ésta por el fallecido don …… y provienen de la herencia troncal de los hermanos de este último», (sic).

Pero luego en el acto del juicio verbal se ampliaron los motivos, mezclándose ese origen hereditario con la circunstancia de que el causante dispusiera «de facto» de aquellas cuentas y depósitos bancarios, lo que resultaría por el hecho de que incluyera en sus declaraciones de renta como ingresos los intereses derivados de dichas cuentas y productos bancarios. Así mismo se hizo referencia a una indemnización percibida por pérdida de un ojo.

Los depósitos bancarios de 50.000 euros están aperturados exclusivamente al nombre del causante, ambos con fecha 20 de enero de 2003.

En la instancia la cuestión se ha resuelto atendiendo a la presunción de comunidad que recoge el artículo 35 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, al igual que hacía el artículo 40 de la Compilación.

La situación que se crea es extraordinariamente confusa. La invocación a aquel origen hereditario está carente de prueba y aun de sentido y no por el hecho de que el causante incluyera a sus hermanos en unos plazos fijos supone la disposición a favor de estos últimos. La jurisprudencia es constante en afirmar que la titularidad de los depósitos bancarios no es equiparable a la propiedad de esos fondos. No se puede afirmar, sin más, que no fueran del causante. Pero tampoco, ciertamente, que lo fueran.

De la documentación aportada resulta que el primer antecedente es un depósito a plazo fijo aperturado el 11-I-1995 por importe de doce millones de pesetas (la nº …; f. 161 vto), en el que aparece el causante como titular junto a sus hermanos, así como con una tercera persona. Tal plazo se canceló en enero de 1998. Ese mismo mes se apertura un plazo fijo de 11.500.000 ptas (nº … f. 163 vto), en el que aparecía como titular el causante, con su hermano y los sobrinos de ambos, cancelado el 18 de enero de 2000.

En esa misma fecha y con los mismos titulares son aperturados dos plazos fijos por siete y seis millones y medio de pesetas respectivamente, cancelado el 20 de enero de 2003. En esta misma fecha se aperturan los plazos fijos que ahora se incluyen en el caudal hereditario «a dividir» o, por mejor decir, objeto de diferenciación.

La cuenta número ……, una de las que son objeto de división, se aperturó el 4 de julio de 2000, y en ella el causante aparece como cotitular con su hermano.

En esos términos la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad. Primero porque tal presunción es operativa constante matrimonio, ya no lo es extinguido, aquí por fallecimiento de uno de los cónyuges, el mismo. Y menos transcurridos más de diez años de tal disolución. Pues aquí no se trata de distinguir entre los patrimonios privativos y el común sino qué parte del patrimonio del causante se integraba por derechos de su cónyuge premuerto que heredó aquél y del que no dispuso: tratándose del bien fungible que es el dinero la prueba se torna prácticamente imposible.

Aquella presunción de consorcialidad valdría, para el que fuera, y si se pudiera identificar, el patrimonio existente al tiempo del fallecimiento del cónyuge premuerto. Que no se sabe, porque no se liquidó el consorcio y la aceptación que pudo hacer el sobreviviente de la herencia del premuerto lo fue tácita.

No se conoce ese patrimonio. No se conocen los ingresos de que disponía el sobreviviente, ni la confusión que pudo producirse entre los mismos y los bienes que pudieran integrar el patrimonio consorcial. El primer rastro de esos depósitos aparece en enero de 1995, y el causante aparece como cotitular con otras tres personas. Sobre tal plazo, que parece ser el origen de los depósitos ahora discutidos, no se puede sentar presunción de consorcialidad alguna. Antes al contrario, hay que partir de la presunción contraria. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la estimación del recurso.

43

NÚM. 43

S. APZ (Secc. 2.ª) de 22 de abril de 2008

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: ***El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los***

mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad (tiene 28 años), ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 93 Cc. y 66 LDp.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert.***

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas núm. 1034/2007; la sentencia de 23 de noviembre de 2007 estima la demanda y decreta la extinción de la pensión de alimentos que el padre abona al hijo. La parte demandada presenta recurso de apelación (rollo núm. 64/2008) y la sentencia núm. 221/08 de la Secc. 2.ª de la APZ desestima el recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por don …… contra doña …… y decreto la modificación de medidas consistente en extinguir, con efectos de la fecha de esta Sentencia, la pensión de alimentos que el padre abona por el hijo común, y en limitar el uso del domicilio familiar fijado a favor de la demandada hasta el momento de la liquidación y efectivo reparto de los bienes que integran el haber consorcial. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

Segundo: Contra dicha Sentencia, la parte demandada presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte actora, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

Tercero: No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 15 de abril de 2008.

Cuarto: Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/s don/doña María Elia Mata Albert.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Recurre doña …… un único pronunciamiento de la Sentencia dictada en la instancia, el referente a la supresión de la pensión alimenticia del hijo del matrimonio, suplicando se mantenga la obligación del actor de abono de la misma, impuesta en Sentencia firme de divorcio de 10 de diciembre de 2003, alegando, en esencia, la falta de aplicación al caso de la Ley 13/2006, en concreto, de su artículo 66, y que la obligación de prestar alimentos sólo desaparece con la independencia económica del hijo mayor de edad, lo que no acontece en el caso enjuiciado.

Segundo: En el supuesto de autos, Miguel Ángel, el hijo, cuenta 28 años de edad, es licenciado en Derecho, titulación que obtuvo en 2005, habiendo realizado, con posterioridad, cursos formativos, un Máster de Práctica Jurídica y prácticas no retribuidas en un despacho de abogados, figurando, actualmente, inscrito como demandante de empleo en el INAEM.

Es evidente que su formación académica ha concluido, sin perjuicio de la posible realización futura de nuevos cursos que la completen, que ya no resultan imprescindibles para acceder a un trabajo relacionado con su titulación.

No es cuestión trascendente en este proceso la aplicación al caso del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que viene a regular en Aragón, entre otras cuestiones, la referente a los alimentos, por cuanto, en el supuesto de autos de lo que se trata es de

mantener o dejar sin efecto la pensión alimenticia establecida en Sentencia firme dictada en proceso de divorcio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil.

El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo, está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad, ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.

Consiguientemente, y pese al reconocimiento en el alimentista de su competencia, buena conducta y actividad en busca de trabajo, debe mantenerse la extinción acordada de la pensión alimenticia en el proceso matrimonial, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar el mismo en defensa de sus intereses, si lo entendiere procedente.

Tercero: No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

44

NÚM. 44

S. APZ (Secc. 5.ª) de 30 de mayo de 2008

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS: ***La «correspectividad» es una de las variedades del testamento mancomunado aragonés. Las disposiciones correspectivas responden a un recíproco condicionante lo que justifica su especial naturaleza. Hay correspectividad cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contraprestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente tal condición. Es principio general que la correspectividad no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (Ss. APZ 13 de diciembre de 2004 y 11 de mayo de 2005).*** **Inexistencia:** ***No se aprecia correspectividad entre la cláusula en la que ambos cónyuges se conceden y reconocen, mutua y recíprocamente, el usufructo universal de viudedad y aquella en la que instituyen herederos universales a sus tres hijos.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 97 Comp., 105 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Javier Seoane Prado.***

Ante el JPI núm. 15 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario núm. 893/2007; la sentencia de 28 de enero de 2008 desestima la demanda; la parte demandante interpone recurso de apelación (rollo 203/2008) en petición de que se declare la nulidad del testamento del padre de los litigantes, en el que establece un legado a favor de la demandada, con infracción de la cláusula correspectiva del testamento mancomunado de ambos padres en la que se instituyen herederos universales de los dos a sus tres hijos. La sentencia 314/2008 de la Secc. 5.ª de la APZ desestima el recurso con condena en costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 28 de enero de 2008, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por …… contra doña ……, con imposición a los actores de las costas procesales causadas.

Segundo: Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la parte demandante se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 26 de mayo de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

Primero: Don José, su esposa, doña M.ª Pilar, y los hijos de ambos, don Francisco y doña Eva deducen demanda contra la hermana del primero, doña M.ª del Carmen, en petición de que se declare la nulidad del testamento que el padre de ambos hermanos, don José, fallecido el día 15 de febrero de 2005, otorgó el día 11 de abril de 2000, con la consiguiente revocación de la toma de razón en el Registro de la Propiedad del legado en él otorgado a la demandada. Asimismo, suplican que sea determinada la cuantía que debe ser reintegrada al haber hereditario del finado padre a consecuencia de determinadas extracciones en metálico y transferencias ordenadas sobre la cuenta corriente que éste tenía abierta conjuntamente con la demandada.

Sostienen la nulidad de la última voluntad de su padre porque contraviene la cláusula correspectiva que contiene el testamento mancomunado que don José otorgó en unión de su esposa y madre de los hermanos don José y doña M.ª del Carmen, el día 7 de marzo de 1977 (sic).

En apoyo de la pretensión de nulidad testamentaria invocan los arts. 95, 96, 97, 101 y 108 CDCA (vigentes al tiempo del otorgamiento del primer testamento) y 108 Ley 1/1999 de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como los arts. 675 Cc. y 1281 Cc. y ss.

Por lo que se refiere a la segunda de las peticiones, la de reintegro del caudal relicto, se afirma que las disposiciones de efectivo sobre la cuenta corriente no fueron ordenadas por su padre, sino por su hermana y en su beneficio, y que no pueden ser calificadas de donaciones.

La demandada niega el carácter correspectivo de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado de 1997 (sic), y sostiene que todos y cada y uno de los actos de disposición de la cuenta de su padre fueron hechos por éste o por su orden, por lo que solicita la desestimación de la demanda.

El juzgador de primer grado participa de la opinión de la demandada, y entiende que no nos hallamos ante disposición correspectiva alguna, por lo que el padre disponía de total libertad para otorgar nuevo testamento revocando las disposiciones testamentarias que ordenó en el primero, por lo que no incurre en nulidad de género alguno. Y, en cuanto a la acción de reintegro del caudal relicto, sostiene que el actor no ha probado que todos y cada uno de los actos de disposición no hayan obedecido a la voluntad del finado don José, por todo lo cual desestima la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

Contra dicha decisión se alza la parte actora mediante el recurso de apelación del que conocemos.

Segundo: Conforme al artículo 97 CDCA en su redacción vigente al tiempo del primero de los testamentos, se entendían como correspectivas aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público estén recíprocamente condicionadas, y conforme al artículo 105 Ley 1/1999 de la Comunidad Autónoma de Aragón vigente al tiempo del segundo otorgamiento:

«1 Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada,

sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume».

La institución de la "correspectividad" tiene su arraigo formal y material en el testamento mancomunado propio del Derecho aragonés. Es una de las variedades de esa manera de testar. Cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición.

Las disposiciones correspectivas son instituciones que responden a un recíproco condicionante que justifica la especial naturaleza de las disposiciones así denominadas. Es una cualidad que se predica de aquellas disposiciones en las que un testador no dispondría de lo suyo si el otro no realizase, a su vez, otra disposición y viceversa. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contraprestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente tal condición.

Dada la especial configuración de esta clase de disposiciones testamentarias, es principio general admitido doctrinal y jurisprudencialmente y hoy legalmente sancionado que la «correspectividad» no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (SAP Zaragoza 13 de diciembre de 2004 y 11 de mayo de 2005).

Tercero: En el primero de los testamentos, el otorgado mancomunadamente por los padres de los hermanos en conflicto, los testadores dipusieron en la segunda cláusula testamentaria:

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

Y en la tercera de las cláusulas que:

«Instituyen herederos universales a sus tres nombrados hijos …, con derecho de representación en favor de los descendientes de cada uno de ellos, o el de acrecer en su caso».

Y lo que los actores sostienen es que ambas cláusulas son correspectivas porque la primera integra una institución recíproca cuyos efectos son los propios del pacto al más viviente (art. 95 CDCA de 1967 y 104 Ley 1/1999), por lo que, fallecida la madre al tiempo en que el padre otorgó segundo testamento, éste es nulo por contravenir la institución de los hijos como herederos por partes iguales, en cuanto instituye un legado a favor de la demandada (art. 97 CDCA de 1967 y 106 Ley 1/1999)

Tal argumentación no puede ser acogida por esta Sala. La primera de las cláusulas no contiene una institución recíproca de herederos, sino tan sólo el reconocimiento del derecho universal de viudedad establecido en la legislación, y en modo alguno el reconocimiento de aquel derecho aparece recíprocamente condicionado con la institución de herederos que contiene en las personas de sus hijos, por todo lo cual D. José disponía de total libertad para otorgar nuevo testamento disponiendo de sus bienes para el momento de su muerte (art. 96 CDCA de 1967 y 106 Ley 1/1999)

Cuarto: Por lo que se refiere al reintegro del caudal hereditario, lo primero que ha de ser señalado es que los actores no expresan la razón jurídica del por qué han de ser incluidas en el haber relicto determinadas sumas extraídas de sus cuentas, pues en ningún momento llega a ser afirmado en la demanda que la demandada extrajo dichas sumas en contra de la voluntad o sin el consentimiento de su padre.

El juzgador de primer grado funda la desestimación de tal pedimento en que el padre, cuya plena capacidad y control sobre su patrimonio no ha sido contradicha eficazmente, dispuso de las cantidades que ahora se reclaman como integrantes del haber relicto por propia decisión, y no existe prueba capaz de contradecir la valoración llevada a cabo por el juzgador de primer grado, por lo que ha de ser mantenida.

Quinto: Finalmente los recurrentes discuten la imposición de costas por ser de aplicación la excepción que establece el artículo 394 LEC, pero esta Sala no comparte las dudas que afirman pues la complejidad del caso no es mayor que las que de ordinario suelen plantear las disputas hereditarias.

Sexto: Las costas de esta alzada se rigen por el artículo 398 LEC.

45

NÚM. 45

S. APZ (Secc. 2.ª) de 17 de junio de 2008

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: *El artículo 66 LDp. no es de aplicación automática a la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior sobre pensión de alimentos a los hijos.*

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 66 LDp.***

PONENTE: ***Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert.***

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas 1374/2007; la sentencia de 18 de enero de 2008 estima la demanda y decreta la extinción de la pensión de alimentos que el padre abona a la hija que ya tiene trabajo. La demandada interpone recurso de apelación (rollo 232/2008) y la sentencia 357/2008 de la Secc. 2.ª de la APZ lo estima en parte manteniendo la extinción de la pensión alimenticia a la hija, pero fijando la pensión alimenticia del otro hijo en 800 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma indicada la demanda interpuesta por don …… contra doña …… y decreto la modificación de medidas definitivas solicitada en el sentido de extinguir la pensión de alimentos que el padre abona para la hija con efectos de la fecha de la presente sentencia. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales».

Segundo: Contra dicha Sentencia, la parte demandada presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte actora, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

Tercero: No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 10 de junio de 2008.

Cuarto: Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/s don/doña María Elia Mata Albert.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Recurre la parte demandada la Sentencia dictada en la instancia, suplicando su revocación y se desestime la demanda de modificación de medidas formulada por don ……, o, subsidiariamente, se acuerde, de suprimirse o rebajarse la pensión alimenticia de ……, se acuerde que su importe acrezca al resto de las cargas familiares impuestas al actor.

Segundo: El actor suplicó en su demanda, presentada el 14 de noviembre de 2007, se declarase la extinción de la pensión alimenticia de la hija, en atención a que ha venido trabajando desde 2004, solicitando se fijase una nueva pensión de alimentos únicamente para el hijo, sin más especificación.

La hija, nacida en octubre de 1980 (27 años de edad), ha desarrollado trabajos de

Auxiliar de enfermería hospitalaria para ……, S.L. desde abril de 2007 hasta julio de 2008, en contrato de trabajo de duración determinada, el que fue prorrogado hasta abril de 2008, cobrando unos 900 euros mensuales. Al parecer sigue completando su formación (documentos nº 2 y siguientes de la contestación a la demanda).

Puede entenderse, tras su anterior trayectoria, examinada en los pleitos precedentes, que su actividad laboral está encauzada, aunque no conste el concierto de un contrato laboral indefinido, vistos sus ingresos, lo que obliga a ratificar la extinción de la pensión alimenticia interesada entendiendo que le corresponde hacer frente a sus necesidades, desligándose de su progenitor, sin que tal pronunciamiento provenga de la aplicación automática que se pretende del artículo 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón, dado que lo que aquí se ventila es la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior.

Tercero: Sentado lo expuesto debe también partirse de la necesaria fijación de una pensión alimenticia acorde a las necesidades del hijo, de 30 años de edad, aquejado de parálisis cerebral infantil, con tetraparesia, que precisa silla de ruedas para todas sus actividades, con incapacidad funcional para su propulsión manual, y necesitado del cuidado diario de una tercera persona, dado que sus requerimientos nunca han podido ser los mismos que los de su hermana, tales dolencias resultan irreversibles, y no se ha especificado qué suma dineraria de la global de 900 euros estipulados en Sentencia, deberá destinarse a uno y otro hijo, vista pues la disparidad entonces ya existente de sus necesidades presentes y futuras.

Al parecer la madre y hermana se ocupan de su cuidado, asistencia y traslados.

La capacidad económica del actor está fuera de duda, y ya se expresó en los anteriores pleitos matrimoniales (socio de una empresa familiar de transporte, con gastos de alojamiento y manutención cubiertos por la misma). La demandada no ha trabajado nunca y, por tanto, nunca ha cotizado a la Seguridad Social, dedicada como ha estado al cuidado del hijo impedido.

La Sentencia de separación de 24 de enero de 2005 estableció una pensión alimenticia para los dos hijos de 900 euros mensuales, y una compensatoria indefinida de 300 euros al mes.

Se desconocen las actualizaciones que hayan podido aplicarse desde entonces.

En tales condiciones, y aunque cobre alguna ayuda por su minusvalía, nunca sería aceptable asignarle la mitad de lo fijado judicialmente como alimentos, al precisar el mismo la asistencia diaria de una tercera persona en todos los órdenes de su vida.

Consecuentemente, procede fijar en 800 euros mensuales la pensión alimenticia del hijo, a cargo del actor, debiendo entenderse que el resto resultante hasta la cantidad global actualizada que se venía pagando hasta ahora como alimentos es la que se suprime como pensión alimenticia de ……

Cuarto: No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 46

S. APZ (Secc. 2.ª) de 24 de junio de 2008

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: Separación de bienes del Cc.: ***Antes de casarse, la novia (nicaragüense) y el novio (castellano), residentes ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital capítulos matrimoniales de separación de bienes el 14 de septiembre de 1994, estableciendo la cláusula cuarta que dicho régimen de separación se regía por el Código civil. Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar sin haber ejer-***

citado las partes opción alguna de las permitidas por el artículo 9.2 Cc., por lo que la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, en concreto la Compilación. El pacto capitular es válido, por lo que el artículo 1438 Cc. es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: RÉGIMEN DE SEPARACIÓN: Regido por el Cc.: ***Aunque la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, los novios (ella nicaragüense y él castellano) antes de casarse otorgaron en Valladolid capítulos matrimoniales de separación de bienes en los que establecieron que el régimen de separación se regía por el Código civil, por lo que el artículo 1438 Cc. es aplicable al caso. La indemnización compensatoria del artículo 1438 Cc. se diferencia de la pensión compensatoria del artículo 97 Cc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 9.2, 1438 Cc.; 3 y 25 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescos.***

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de divorcio contencioso núm. 1183/2007; la sentencia de 9 de enero de 2008 estima la demanda, decreta el divorcio y fija las medidas complementarias, entre ellas la pensión alimenticia a los hijos y la pensión compensatoria a la esposa, pero no fija pensión ex artículo 1438 Cc. La mujer presenta recurso de apelación (rollo 234/2008) porque, entre otras cosas, entiende que procede una indemnización de 180.000 euros a su favor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1438 Cc. La sentencia 369/2008 de la Secc. 2.ª de la APZ, aunque considera aplicable al caso el artículo 1438 Cc., desestima el recurso al considerar que no se dan los requisitos para acceder a la indemnización solicitada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por doña …… contra don …… y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1. Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2. La guarda y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio se atribuye a doña …… compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. 3. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que los hijos menores puedan estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde las 20 horas del viernes a las 17 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano. En caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. La entrega y recogida de los hijos menores de edad, se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. 4. Se atribuye a doña …… en cuya compañía quedan los hijos menores de edad, el uso de la vivienda y ajuar familiar sita en calle …… 30, 4.º A de Zaragoza con sus anexos de garaje y trastero. El progenitor no custodio podrá, caso de no haberlo ya realizado, retirar del domicilio familiar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo. El esposo, como titular dominical de la vivienda, hará frente al pago del IBI, hipoteca que la pueda gravar y seguro de la casa y derramas extraordinarias. 5. Con carácter general cada uno de los progenitores contribuirá a sufragar el 50 por 100 del importe de los gastos extraordinarios que se produzcan, de tal forma que por tales deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de

los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en su caso en el importe de la Pensión que en su día se fije en su caso y que se regula en los artículos 90 y 91 del Código Civil. 6. Se fija en 800 euros mensuales, actualizable anualmente con efectos de uno de enero de cada año y conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística, la cantidad que el progenitor no custodio deberá abonar en concepto de pensión por alimentos para los dos hijos menores de edad a razón de 400 euros por hijo, suma que deberá hacerse efectiva en los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta que designe el progenitor custodio y en doce mensualidades al año. 7. El uso del garaje número … de la calle …… se concede al esposo por haberlo así acordado las partes. 8. Se concede también a la esposa como pensión compensatoria la cantidad de 400 euros mensuales a cargo del esposo y que comenzará a devengarse desde la fecha de esta Sentencia y durante el plazo de 5 años como límite máximo. El pago de la pensión se efectuará dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente o de ahorros que señale la esposa y la pensión se actualizará cada uno de enero de cada año con arreglo al incremento o variación anual que experimente el índice de precios al consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

Segundo: Contra dicha Sentencia, la parte actora presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte demandada, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

Tercero: No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 17 de junio de 2008.

Cuarto: Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente don Julián Carlos Arque Bescós.

Fundamentos de derecho

Primero: La Sentencia recaída en el presente procedimiento de divorcio (art. 770 de la LEC) es objeto de recurso por la representación de la actora (Sra. ……) que en su escrito de interposición (art. 458 de la LEC) considera que procede una indemnización de 180.000 euros a su favor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil, elevar los alimentos en 1200 euros mensuales para los dos hijos comunes y la compensatoria por 500 euros al mes durante siete años.

Segundo: Respecto a la primera cuestión sometida a debate (aplicación o no del art. 1438 del Código Civil) debe indicarse lo siguiente:

Ambos progenitores antes de casarse, siendo la actora de nacionalidad nicaragüense, el demandado español de vecindad común, residiendo ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital, Capítulos Matrimoniales de Separación el 14 de septiembre de 1994.

Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar.

La ley pues aplicable al matrimonio es la Aragonesa, conforme dispone el artículo 9.2 del Código Civil, no habiendo ejercitado las partes opción alguna al respecto antes de la celebración del matrimonio.

Conforme a la Disposición Transitoria de la Lcrem. del 2003 de Aragón, sería aplicable la C.D.C. Aragón dada la fecha de suscripción de los capítulos matrimoniales.

Estos expresamente indicaban por lo que aquí interesa en el expositivo segundo: «Que al amparo del artículo 1315 del Código Civil y por así convenir al futuro desarrollo del matrimonio los aquí comparecientes, han convenido otorgar esta escritura y lo formalizan con arreglo a las siguientes:

Cláusula primera: El matrimonio de los otorgantes se regirá por el sistema de separación de bienes y en consecuencia, cada uno de los esposos tendrá la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes que adquieran en lo sucesivo.

Cláusula cuarta: El régimen de separación de bienes, afecta únicamente al régimen económico matrimonial, rigiéndose por el Código Civil.»

Las partes habían fijado pues el régimen de separación con remisión expresa a las normas del Derecho Civil. Así dicho pacto, al no haber regulación expresa en su momento en el Derecho Aragonés es válido (arts. 3 y 25 de C.D.C. Aragón), criterio ya sustentado por esta Sala en Sentencia de 16 de mayo de 2006, por lo que el artículo 1438 del Código Civil es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.

Tercero: En cuanto a la indemnización compensatoria (art. 1438 del Código Civil) se viene diferenciando dicha indemnización de la pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil) pues la primera es un elemento corrector que sirve para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges que puede producirse al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes dada la falta de comunicación alguna entre las medidas patrimoniales de uno y otro cónyuge; mientras que la pensión compensatoria se dirige a corregir la desigualdad que tuviera un cónyuge respecto a la que tenía en el matrimonio.

En el artículo 1438 del Código Civil se exige la extinción del régimen de separación y la dedicación de la esposa al trabajo de la casa, concurriendo el primero de los requisitos, en cuanto al segundo la prueba practicada en autos revela que efectivamente la esposa desde el período de convivencia se dedicó al cuidado del esposo, posteriormente a los hijos, los únicos ingresos de la familia eran los obtenidos por el esposo, contribuyendo a las cargas del matrimonio con ellos y la esposa con el trabajo para la casa; no obstante debe tenerse en cuenta que la actora no ha contribuido al desarrollo profesional del demandado (militar de profesión), éste ha adquirido dos inmuebles constante matrimonio, igualmente la actora no consta haya aportado bienes al matrimonio ni cuáles eran sus recursos económicos en su país de origen, ha acogido con el consentimiento de su esposo a familiares propios, igualmente constan transferencias de dinero a su país cuyo origen *a priori* provenían de cuentas comunes, también es titular de un plan de pensiones y copropietaria por mitad de una plaza de garaje, por tales consideraciones no procede acceder a la indemnización solicitada.

Cuarto: En cuanto a la pensión por alimentos a favor de los hijos comunes, M.ª de 5 años de edad, la Sentencia recurrida la fija en 800 euros mensuales, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil y 62 de la Ley 13/2006, y teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente expuesta junto con los ingresos del alimentista como militar y procedentes de capital mobiliario y que obran en autos, parece adecuada la cantidad que fija la Sentencia recurrida.

Quinto: En cuanto a la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta, como afirma la doctrina, que el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la contrastación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar,

indica la STS de 10 de noviembre de 2005 la existencia de necesidad pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge.

Sin embargo, indica la misma Sentencia del TS que para que pueda ser admitida la pensión temporal, es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma, pues no cabe desconocer que, en muchos casos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. Igualmente indica el TS que se hace necesario que conste una situación de idoneidad, o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión, se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse automáticamente y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las circunstancias o condiciones que delimitan la temporalidad, estando en todo caso el plazo en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, por lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una convivencia de 15 años aproximadamente, carencia de cualificación profesional por parte de la recurrente, por contra se le ha atribuido el uso del domicilio familiar, una importante pensión alimenticia a sus hijos, teniendo una edad en la que no es impensable, una vez los hijos vayan creciendo, trabajar, por lo que parece adecuada la cantidad y el límite temporal (400 euros mensuales durante 5 años), que fija la Sentencia apelada.

Sexto: No procede, dado el objeto del litigio, hacer especial declaración sobre las costas causadas (art. 398 de la LEC).

47

NÚM. 47

S. APZ (Secc. 2.ª) de 29 de julio de 2008

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Capacidad, excusa y remoción: ***Se desestiman las causas de inhabilidad alegadas y recogidas en el art. 111 LDp., pero se estima que, conforme al art. 112.1 LDp., el recurrente alegó excusa para desempeñar el cargo de tutor cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar. Se revoca el nombramiento y se nombra tutora a la Comisión de Tutelas de la DGA.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 111 y 112 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Acín Garos.***

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de juicio de incapacitación núm. 47/2007; la sentencia de 18 de julio de 2007 decreta la incapacitación parcial de doña X, la somete a tutela y designa tutor a su hermano; éste presenta recurso de apelación (rollo 689/2007) que la sentencia 477/2008 de la Secc. 2.ª APZ estima parcialmente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en la sentencia impugnada, y

Primero: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13, de los de Zaragoza, se dictó el 18 julio 2007 sentencia que contiene el siguiente FALLO:

«Primero. Debo decretar y decreto la incapacitación parcial de doña ……

a) Ámbito personal. Doña …… queda impedida totalmente para regir el ámbito personal de su vida. En especial, se fija la obligación de someterse a revisión psiquiátrica y seguir el tratamiento prescrito para

su enfermedad, otorgando al tutor la facultad de gestionar dicha cuestión. Podrá ejercitar el derecho de voto.

b) Ámbito patrimonial. Doña …… queda facultada para gestionar su patrimonio, a excepción de lo relativo al pago de la residencia de ancianos en la que se encuentre y gastos similares, para cuya realización se otorga al tutor la facultad de gestionar el patrimonio de la interesada, pudiendo incluso disponer de bienes de la incapacitada (con la correspondiente autorización judicial, si procediere).

Segundo. Debo decretar y decreto su sometimiento al régimen de tutela previsto en la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

Tercero. Debo designar y designo como tutor don ……, a quien se hará saber el nombramiento para que sin demora comparezca en este Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, y darle posesión del mismo.

Cuarto. Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas».

Segundo: Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por don ……, que solicitó su revocación y que se dicte sentencia por la que se revoque en parte la sentencia, en el sentido de decretar la incapacidad completa de doña …… para gestionar su patrimonio, sin excepciones, dejando sin efecto su nombramiento como tutor de la incapaz. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, interesando, al igual que lo hizo en el acto de la vista celebrada el 31 de mayo de 2007, el nombramiento de la Comisión de Tutelas de la Diputación General de Aragón como tutor de la incapacitada; y remitidos los autos a esta Sala y practicada la prueba propuesta y admitida, no habiéndose considerado necesaria la celebración de vista, se señaló para la deliberación y votación el día 13 marzo 2008.

Tercero: En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales, a excepción de que no se ha podido cumplimentar el plazo al que se refiere el art 465 LEC.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Acín Garos.

Fundamentos de derecho

Primero: La sentencia de instancia declara la incapacidad parcial de doña …… en el ámbito personal, así como en lo patrimonial –se le faculta «para gestionar su patrimonio, a excepción de lo relativo al pago de la residencia de ancianos en la que se encuentre y gastos similares–», designando para el cargo de tutor a don ……, su hermano, que solicita se declare la incapacidad completa de la demandada para gestionar su patrimonio, sin excepciones, y se deje sin efecto su nombramiento como tutor.

Segundo: El informe médico-forense emitido en la segunda instancia precisa las conclusiones del emitido en la primera, pues, ratificando en doña …… el diagnóstico de «Trastorno delirante crónico con trastorno de personalidad», la valoración de una parcial anulación de su capacidad de autogobierno de sus bienes y su persona, así como la recomendación de una incapacitación parcial para el gobierno de su vida y bienes materiales, precisa el alcance de esa incapacidad parcial, que se dice que hay que considerar referida a los pequeños gastos del día a día.

La prueba practicada es, pues, concluyente sobre el alcance de esa incapacidad, tal y como procede declararlo con estimación parcial del recurso interpuesto.

Tercero: Cuesta alegando (sic) que padece hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2, lo que requiere controles médicos periódicos, así como mantener unos determinados hábitos de vida, precauciones y estabilidad psíquica que no perjudiquen su estado de salud; que es el hermano menor de la incapaz, con la que siempre ha mantenido una relación conflictiva; y que las aludidas circunstancias le hacen especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar.

La primera circunstancia –dice el recurrente–, sumada a su edad –70 años– debe

entenderse como causa de inhabilidad recogida en el art 111 e) de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que establece que no pueden ser titulares de funciones tutelares «las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho»; y la segunda en el artículo 111.1.f) –«Las que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida»– o, en su caso, en el apartado h) –«Las que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida»–.

La imposibilidad de hecho, en el caso del artículo 111 e), debe ser «absoluta», condición en la que, valorados que han sido los informes médicos emitidos por la Dra. …… y el Dr. ……, parece excesivamente forzado incluir la imposibilidad que el recurrente esgrime. Y la relación conflictiva que se dice mantenida con doña ……, sin más detalle, no parece asimilable a «la enemistad manifiesta con la persona protegida» ni a los importantes conflictos de intereses del apartado h).

No obstante, el artículo 112.1 de la citada Ley, dispone que «Tanto el desempeño inicial de las funciones tutelares como la continuación en su ejercicio serán excusables cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase con la persona protegida o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo o su continuación», excusa que el recurrente alegó dentro del plazo en que debía hacerlo –15 días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, art. 112.3– cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas, como así hay que entenderlo, le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar.

Por todo ello, tal y como solicitan el recurrente y el Ministerio Fiscal, debe revocarse el nombramiento de don …… como tutor de su hermana doña ……, nombrándose tutora de la misma a la Comisión de Tutelas de la Diputación General de Aragón.

Cuarto: No se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.

48

NÚM. 48

A. APZ (Secc. 2.ª) de 4 de noviembre de 2008

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Ejercicio: ***La elección entre la asignatura de religión católica o la de ética de los menores de catorce años es una cuestión que entra dentro de las funciones propias de la autoridad familiar y no es contenido propio de la guarda y custoria concedida en exclusiva a uno de los padres. La decisión corresponde a ambos progenitores (arts. 62 y 68 LDp.). En caso de discrepancia, el art. 71.1 LDp. se remite al Juez. Ambas opciones son muy respetables, pero el Juez está obligado a dar una respuesta a la controversia caso por caso, atendiendo a los usos sociales o familiares. Parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando religión católica.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 62, 68 y 71 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescos.***

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos de ejecución de títulos judiciales núm. 326/2008; el auto de 25 de abril de 2008 desestima la solicitud formulada por el padre no custodio de que la hija común de 7 años curse la asignatura de religión católica; la parte actora presenta recurso de apelación (rollo 469/2008) que el auto núm. 601/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima autorizando que la menor continúe en la enseñanza de la asignatura de religión católica.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se siguen, en grado de apelación, los Autos de ejecución de títulos judiciales 326/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, a los que ha

correspondido el Rollo de Apelación número 469/2008, en los que aparece como parte apelante don ……, representado por el procurador don ……, y asistido por el Letrado don ……, y como apelada doña ……, representada por el procurador don ……, y asistida por la Letrado doña ……; y en fecha 25 de abril de 2008, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «Desestimo la solicitud formulada por el procurador Sr. …… en nombre y representación de don ……, en su escrito de 28 de febrero.- Sin expresa condena en costas».

Segundo: Contra dicho Auto, la parte actora presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación, del que dio traslado a la parte demandada, presentando dentro del plazo el oportuno escrito de oposición. Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibido los autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente rollo de apelación con el número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 28 de octubre de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Presidente don/doña Julián Carlos Arque Bescos.

Fundamentos de derecho

Primero: Se recurre por la representación del Sr. …… el Auto del Jugado que desestima la solicitud del recurrente para que la hija común de 7 años de edad curse la asignatura de religión católica. La resolución de instancia considera que puesto que las posturas de ambos progenitores son defendibles, la del padre favorable a la religión católica y la de la madre a la clase de ética, y no afectan al interés de la hija común, que está debidamente protegida por ambas posiciones, no corresponde decidir la cuestión al Juzgador.

Segundo: En relación con la posible inadecuación de procedimiento tímidamente sostenida por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso, aún cuando es posible que la controversia en el ejercicio de la patria potestad pueda tener su regulación procesal adecuada a través de las normas de jurisdicción voluntaria teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1981 de 13 de mayo que modificó el Código Civil y la Disposición Derogatoria Única Primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, debe igualmente tenerse en cuenta que la Sentencia de divorcio atribuía la guarda y custodia de la hija a la madre con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario, así como que la propia Disposición Transitoria 10 de la Ley 11/1981 igualmente deja abierta la vía judicial ordinaria, por lo que procede mantener la vía procedimental elegida.

Tercero: Lo primero que debe resolverse es la cuestión relativa a si la disyuntiva entre asignatura de religión católica y ética entraría dentro de las funciones propias de la autoridad familiar o se enmarcaría más bien en el contenido propio de la guarda y custodia concedida a la recurrida como acto corriente o decisión diaria sin afectar a valores trascendentes.

Al respecto debe indicarse que el propio auto recurrido considera que se trata de un acto derivado de la autoridad familiar correspondiendo a ambos progenitores su decisión conforme los artículos 62 y 68 de la Ley 13/2006 de Aragón, y que la actuación de la progenitora custodia ha sido precipitada.

Efectivamente el artículo 62.1c) de la indicada Ley Aragonesa establece que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de 14 años. Al respecto se podría añadir que el derecho a la educación es un derecho fundamental que recoge la Constitución Espa-

ñola en su artículo 27, y que una de las manifestaciones, además de ésta, son las cuestiones relativas a la educación moral y religiosa de los hijos. El artículo 27, apartado 3 reconoce el derecho que asiste a los padres de decidir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, encomendándoles a los poderes públicos su garantía, dentro del marco del derecho a la libertad religiosa que reconoce igualmente la Constitución Española en su artículo 16.

Es pues un derecho de los padres derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, el establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores de conformidad con sus convicciones ideológicas o sus creencias religiosas o morales, especialmente en las primeras etapas educativas del menor, por lo que es una cuestión que afecta a la autoridad familiar y en suma debe ser consensuada por ambos progenitores.

Cuarto: Tanto el artículo 71.1 de la Ley 13/2006 de Aragón, como el artículo 156 del Código Civil remiten al Juez para resolver aquellas cuestiones que afecten a la patria potestad, autoridad familiar en caso de discrepancia entre los progenitores.

La Ley Aragonesa establece que debe resolverse atendiendo al interés más favorable del menor, es evidente que ambas opciones, la del progenitor no custodio y la progenitora custodia son muy respetables, pero es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española deberá darse una respuesta judicial a la controversia.

Quinto: Dada la naturaleza de los intereses en conflicto es obvio que no puede darse una solución generalizada sino que habrá que analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa caso por caso acudiendo, bien a los usos sociales o familiares, o en su caso al pacto habido entre las partes, o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión.

En el caso de autos, ambos progenitores habían matriculado de común acuerdo y sin controversia alguna a la hija en la asignatura de religión católica durante los cursos 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007 en el colegio público donde cursaba sus estudios, no existe aparentemente motivo justificado para el cambio realizado por la progenitora custodia sin el consentimiento del otro progenitor, máxime cuando a mayor abundamiento basa su elección simplemente en que el colegio es público y puede la niña apuntarse en la parroquia a Catequesis, parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando dicha asignatura, por lo que procede resolver la controversia en favor del progenitor no custodio.

Sexto: No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 de la LEC).

49

NÚM. 49

S. APZ (Secc. 5.ª) de 21 de noviembre de 2008

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: Pacto tácito de comunidad de bienes: ***A falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuando tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen, y si así se entiende los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (Ss. TS 975/1997, 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno sólo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Pedro Antonio Pérez García.***

Ante el JPI núm. 7 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario núm. 1131/2006; la sentencia de 22 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y declara el derecho de copropiedad del actor sobre el 50% de una serie de bienes; la parte demandada interpone recurso de apelación (rollo 602/2007)

que la sentencia núm. 647/2008 de la Secc. 5.ª de la APZ desestima.

Antecedentes de hecho

Primero: Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 22 de junio de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña …… contra ……, debo:

1.º Declarar el derecho de copropiedad del actor don …… sobre el 50 por 100 de los siguientes bienes:

– Vivienda sita en c/…… 6, 1º C de Zaragoza.

– Coche KIA RYO,

– Muebles de la vivienda, reflejados en el informe pericial de don ……

– Cuentas bancarias de Ibercaja, que estuvieran a nombre de los litigantes en el momento de la ruptura (agosto de 2005).

2.º Sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes» .

Segundo: Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la demandada se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria impugnó la sentencia, a lo que se opuso la apelante, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de enero de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

Fundamentos de derecho

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

Primero: Don …… reclama a doña …… la suma de 58.286,44 euros, o la que se determine mediante pericial judicial, por su participación en los bienes adquiridos por la demandada durante el tiempo que duró su convivencia *more uxorio,* que abarca desde el año 1997 hasta el mes de junio de 2005 con dinero aportado por ambos, o subsidiariamente, la compensación económica que se determine mediante dicha pericia, y, además, la mitad de los saldos de las cuentas comunes.

Como bienes adquiridos durante la unión a nombre exclusivo de la demandada, afirma un piso sito en la C/ ……, adquirido el día 11 de diciembre de 1997 mediante hipoteca cuyas cuotas fueron satisfechas durante el tiempo de convivencia con cargo a las cuentas comunes así como los muebles del mismo y un vehículo matrícula …… adquiridos igualmente con cargo a préstamos pagados con las cuentas comunes. Según expresa en la demanda, el importe de la vivienda asciende a 158.681,40 euros, de los que deducido el importe de las dos hipotecas que la gravan supone para cada uno de los litigantes 54.786,44 euros, el de los muebles 3.000 euros (1.500 euros para cada uno) y el vehículo 4.000 euros (2.000 euros para cada uno), e ignora los saldos existentes en las cuentas.

En apoyo de su pretensión invoca bien la ley 6/1999 de 26 de marzo de la CA de Aragón, sobre parejas estables no casadas, cuya aplicación analógica reclama al no hallarse la pareja inscrita en el registro a que dicha norma se refiere, o bien la doctrina del enriquecimiento injusto.

La demandada se opone a la demanda afirmando que la totalidad de los bienes que se dejan expresados, a excepción de un aparato de vídeo, fueron adquiridos por ella y a su exclusiva costa, bien mediante el pago de su precio, bien mediante el de las cuotas de los préstamos pedidos para satisfacerlo, y, además, que no se dan los presupuestos necesarios para la aplicación analógica de la normativa autonómica reguladora de la situación de hecho (sic) mantenida por los litigantes ni para la solu-

ción del conflicto mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

La juzgadora de primer grado considera acreditada la existencia de actos concluyentes que revelan la intención de los convivientes de poner en común sus ganancias con las que procedieron a la adquisición de los bienes que se dejan reseñados, por lo que entiende que corresponde a cada uno de ellos el 50% de los bienes adquiridos, pero como no consta el haber líquido, en tanto no se ha procedido a descontar las cargas que recaen sobre los bienes y falta prueba para que tal determinación pueda ser realizada, concluye que aún cuando el actor solicita una concreta cantidad de dinero lo que procede es declarar el derecho del actor sobre el 50 por 100 de los bienes, así como sobre el 50 por 100 de las cuentas bancarias que estuvieran a nombre de los litigantes al tiempo de la ruptura, que fija en el mes de agosto de 2005.

Contra tal decisión se alzó la parte demandada mediante recurso de apelación, y la actora la impugnó en el trámite prevenido en el art. 461 LEC.

Sostiene la apelante que la sentencia es incongruente en tanto otorga cosa diferente de la pedida (una porción indivisa en lugar de una suma de dinero) y, en cuanto al fondo, alega la caducidad de la reclamación, si se pretende con base a la ley territorial, pues previene un plazo de 1 año para el ejercicio de la acción que persigue la compensación económica que proceda en caso de ruptura de parejas estables, y si en cualquier caso se entendiera que cabe una compensación, ésta ha de ser proporcional a las aportaciones que el actor acredite haber efectuado al común y el importe pretendido supera con mucho las ganancias habidas por don …… durante el tiempo de convivencia, en cualquier caso, si como afirma éste sus ganancias fueron superiores a la de la su pareja, a él correspondía una mayor contribución a los gastos comunes sin que, además, hiciera aportación alguna para la atención de las tareas domésticas, a cargo todas ellas de doña ……, por lo que concluye que en definitiva no hay enriquecimiento para ninguna de las partes.

El impugnante, por su parte, discrepa con la sentencia en cuanto no hace una concreta determinación del valor de la parte que le corresponde en los bienes que adquirió con su pareja, que ahora cifra en 68.435,70 euros en atención a la valoración de los bienes hecha durante el proceso por los peritos de designación judicial, más la mitad de los saldos bancarios, al menos, dice, el actual de las cuentas de Ibercaja núm. …. y núm. …., sin que reclame en esta alzada nada por el saldo de la cuenta abierta en Caja Madrid con el núm. ….

Segundo: Es doctrina generalmente aceptada (STS 913/1992, 536/1994 o 1075/1994) que la solución que haya de ser dada para la solución de los conflictos que puedan surgir entre quienes deciden poner término a una pareja no constituida por matrimonio no pasa por la aplicación analógica de las normas previstas para la disolución de las sociedades conyugales, ni, por ende, de las normas previstas para las parejas estables reguladas en las distintas comunidades autónomas, cual ocurre con la L 6/1999 de esta CA, cuando los convivientes optan por permanecer al margen de tal regulación, que es lo que sucede en el presente caso, en el que los litigantes no cumplimentaron el requisito de inscripción que establece el art. 2 de dicha norma, por lo que no les es aplicable, según resulta del art. 1.

Así las cosas, el conflicto ha de ser resuelto conforme a la doctrina jurisprudencial existente en torno a esta clase de uniones, según la cual, a falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuanto tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen, y si así se entiende, los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (STS 975/1997 o 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno sólo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).

Tercero: En el presente caso, de la prueba practicada se desprende que efectivamente fue decisión de los litigantes constituir un régimen común de bienes, pues así se infiere de la suscripción de préstamos comunes, uno como prestatario y otro como avalista, para la adquisición de bienes, especialmente para la adquisición de un coche y para la compra del inmueble en el que constituyeron su domicilio tras un breve período en régimen de alquiler, préstamos cuyas cuotas eras satisfechas con cargo a las cuentas bancarias que la pareja tenía por comunes, que eran administradas por doña …… pese a que también en ellas eran ingresadas las nóminas percibidas por don ……, según resulta de la documentación aportada y de las afirmaciones de ambos litigantes, y en tal sentido son constantes las manifestaciones de la demandada durante el interrogatorio de que era ella quien administraba los ingresos de la pareja porque el actor era incapaz de hacerlo.

En cuanto a la procedencia de las sumas invertidas en la adquisición de los bienes de mención, es insostenible la tesis de la demandada de que fueron adquiridos con cargo a su peculio, pues de la prueba practicada, especialmente del informe de su vida laboral, así como de sus propias manifestaciones, resulta que se halla en situación de incapacidad en la que percibe una pensión por importe aproximado de 400 euros desde el año 2003, notoriamente insuficiente para hacer frente al pago de la hipoteca concertada para la adquisición del piso en el año 1998, con una cuota mensual de 45.089 de la antiguas pesetas, más otros créditos concertados que exigieron, según sus propias manifestaciones, su reunificación en un nuevo préstamo hipotecario en el mes de septiembre de 2005 por un importe de 24.000 euros y una cuota mensual de 136,13 euros.

A lo dicho no es de oponer que los bienes hayan sido titularizados a nombre de la demandada, pues ello puede tener explicación en la situación de separado con cargas en la que se encontraba el actor.

Así las cosas, es de acoger la pretensión ejercitada por don …… para que se le reconozca una participación igual que la de la demandada en los bienes que figuran a nombre de ésta y que fueron adquiridos durante la convivencia, que es lo que en definitiva se pide en la demanda y lo que se concede en la sentencia que se recurre.

Cuarto: Lo acabado de decir enlaza con el primero de los motivos de apelación formulado por doña ……, que afirma incongruencia en tanto que lo solicitado ha sido una suma de dinero, y lo reconocido una participación en bienes.

Pues bien, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, cuya reiteración permite obviar toda cita pormenorizada, la congruencia que exige el art. 218 LEC no implica una rígida sujeción a los términos de la demanda, sino un sustancial atendimiento a lo pedido.

Si se examina la pretensión del actor, lo que hace en su pedimento principal es la cuantificación económica de la participación igualitaria que sostiene sobre los bienes a que se contrae el litigio y que constan a nombre de doña ……, y no solicita una compensación al modo establecido en el art. 7 Ley 6/1999 de la CA de Aragón, petición que sí formula como pretensión subsidiaria, por ello, reconocer esta participación pero no conceder la suma pedida por falta de elementos suficientes para llevar a cabo la correspondencia monetaria no implica incongruencia, pues se atiende a la esencia de la reclamación.

Quinto: El segundo motivo de apelación que formula doña …… versa sobre el fondo, y discute la procedencia del reconocimiento de toda participación de don …… en los bienes.

Para desestimar tal pretensión baste la remisión a lo razonado en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución en los que señalábamos que es pertinente el reconocimiento de un derecho a participar en los bienes adquiridos por uno de los componentes de una pareja de hecho a cargo de un caudal puesto en común.

Sexto: Discute el actor en su impugnación la decisión de la juzgadora de primer grado en cuanto acoge su pretensión pero en la forma de una participación en bienes en vez de cómo una condena a una cantidad líquida, y ello porque entiende que sí es posible la traducción económica de dicha participación, a cuyo efecto acude a la valoración de los bienes dada por los peritos que informaron sobre tal extremo para elevar su pretensión inicial a 68.435,70 euros más la mitad del saldo de las cuentas corrientes abiertas en Ibercaja que dejan expresadas.

Pues bien, si lo que se sostiene, como parece, es la existencia de un patrimonio común constituido durante la convivencia y una participación en ella al cincuenta por cierto del recurrente, la disolución de esta convivencia debe conducir a la división de esa comunidad y no, como pretende el actor, al pago de una suma en metálico a favor de uno de los convivientes y con cargo al otro.

En consecuencia, procede también la desestimación de la impugnación.

Séptimo: En cuanto a las costas, dada las dificultad que supone en el presente caso la determinación de los derechos que cada uno ostenta sobre los bienes adquiridos durante una larga unión de hecho en la que no se establecieron pactos en cuanto a las relaciones patrimoniales, procede hacer uso de las facultades que nos otorga el art. 394 LEC, por lo que no ha de ser modificado el pronunciamiento que al respecto mantiene la sentencia de primer grado, ni procede la condena al pago de las ocasionadas en esta alzada (art. 398 LEC).

50

NÚM. 50

A. APZ (Secc. 2ª) de 25 de noviembre de 2008

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Deber-derecho de corregir a los hijos: ***Producida la conducta reprobable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios a Italia, lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos (art. 62.1.d LDp.), es la suspensión del viaje.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 61 y 62 LDp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescos.***

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos de ejecución de títulos judiciales núm. 207/2008; el auto de 28 de abril de 2008 estima parcialmente la oposición formulada por el padre; ambas partes presentan recurso de apelación (rollo 510/2008) que el auto núm. 660/2008 de la Secc. 2.ª de la APZ desestima.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de ejecución de títulos judiciales 207/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo de Apelación núm. 510/2008, en los que aparecen como partes apelantes doña L, representada por el procurador don …… y asistida por la Letrado doña …… y don ……, representado por la Procuradora doña …… y asistido por el Letrado doña ……, y en fecha 28 de abril de 2008, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «Estimo parcialmente la oposición formulada por la procuradora Sra. ……, en nombre y representación de don ……, contra el auto despachando ejecución de fecha 25 de febrero

de 2008, acordando que la misma siga adelante por la cantidad de 619 euros de principal más 180 euros que se fijan alzadamente para intereses y costas de la ejecución. Sin costas del incidente. Con imposición de las de la ejecución pero partiendo del importe finalmente reconocido».

Segundo: Contra dicho Auto, ambas partes prepararon e interpusieron recurso de apelación, presentando ambos, escritos de oposición. Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

Tercero: Recibidos los autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente rollo de apelación con el número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 18 de noviembre de 2008.

Cuarto: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Presidente don/doña Julián Carlos Arque Bescos.

Fundamentos de derecho

Primero: El auto recaído en el presente procedimiento sobre ejecución de título judicial (arts. 776 y 517 y siguientes de la LEC) es objeto de recurso por ambas partes contendientes.

El recurso de la ejecutante considera que debe estimarse la demanda en cuanto al pago del gasto del viaje de estudios a Italia del hijo común y la totalidad de la multa administrativa impuesta al menor o el 70 por 100 de la misma.

El recurso del ejecutado pretende por contra que la multa sea abonada por la ejecutante así como los gastos de psicólogo igualmente de manera íntegra por no contar con la autorización del ejecutado.

Segundo: En cuanto a los gastos del viaje a Italia es acertado el criterio del juzgador pues producido el hecho sancionador por una conducta reprobable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos (art. 61.9 de la Ley 13/2006 de Aragón) es la postura del ejecutado suspendiendo el viaje. Se confirma el auto en este apartado.

Tercero: En cuanto a la multa, ambas partes se responsabilizan mutuamente de la actuación del menor, pero también acierta el juzgador de instancia en que esta cuestión no puede ser ocasional, sino derivada de una trayectoria llevada por el menor antes, durante y después de la ruptura, y aún contando con la dificultad actual en que se mueven los menores no puede por menos que responsabilizarse a los progenitores en igual medida, siendo adecuado compartir ambos la multa en línea con lo dispuesto en el artículo 62.1.d de la Ley 13/2006. Se confirma el auto igualmente en este apartado.

Cuarto: En cuanto a los gastos de psicólogo son una partida necesaria, sin que conste que puedan ser cubiertos por el seguro que alega el recurrente, por otro lado se trata de un tratamiento de años anteriores, es clara la necesidad de desestimar el recurso del ejecutado en este apartado. Se confirma íntegramente el auto recurrido.

Quinto: No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 de la LEC).

C) RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2008)

51

NÚM. 51

S. JPI Zaragoza n.° 14 de 8 de enero de 2008

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: PLAZO DE EJERCICIO: *En cuanto al tiempo o momento de ejercicio de la acción ha de tenerse en cuenta como plazo inicial del cómputo el de la enajenación del bien, cuando lo que se ejercita es el derecho de retracto, y al no constar la existencia de notificación fehaciente de la venta al actor, el término de 90 días hay que contarlo a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, por lo que en este caso la demanda está presentada dentro de plazo.* **92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: Consignación del precio**: *El precio que debe consignar el retrayente es la cantidad verdaderamente conocida por él y que, en principio, es el fijado en la escritura pública de compraventa, por lo que se ha de acudir a lo que establezca la certificación del Registro de la Propiedad, además de los gastos ocasionados por la compraventa (art. 1.518 Cc.), pese a que nada diga al respecto la Compilación. La alegación de la demandada de que el retrayente no ha consignado todo el precio porque no ha abonado el IVA no ha lugar, puesto que dicha cantidad no aparece mencionada en la certificación registral, por lo que se ha de entender que en el momento del ejercicio de la acción se había consignado la totalidad del precio satisfecho y conocido en ese momento, debiendo considerarse incluido en la promesa de pago del resto de precio el abono del mencionado impuesto.* **92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES:** *Tras valorar conjuntamente toda la prueba practicada y examinando las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se llega a la conclusión de que no existe en el actor un auténtico interés familiar en mantener unido el patrimonio inmobiliario rústico de la familia sino que su verdadera motivación es la de beneficiarse económicamente con el enorme incremento del precio sufrido por la finca y por la expectativa de, incluso, mayores ganancias, atendiendo al número real de viviendas a construir, finalidad claramente distinta de la perseguida por la institución del retracto de abolorio y que no puede ser amparada judicialmente por lo que, en aplicación de la facultad moderadora del artículo 149.2 Comp., procede desestimar la demanda.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 149 y 150 Comp.; art. 1.518 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. señor don Jesús Ignacio Pérez Burred.*

El actor ejercita acción de retracto de abolorio frente a la compradora de una finca troncal enajenada a ésta por los sobrinos del actor. El actor demuestra cumplidamente los requisitos subjetivos y objetivos, y frente a ello, la demandada se opone alegando: 1) que la acción se ejercita fuera de plazo; 2) que no ha sido bien consignado el precio y 3) que se ejercite la facultad moderadora de los Tribunales y se deniegue el retracto por no concurrir en el actor interés familiar.

El Juzgado, desestima la demanda por considerar que no existe en el actor interés para la conservación del patrimonio familiar.

52

NÚM. 52

S. JPI Zaragoza n.° 15 de 28 de enero de 2008

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS: Inexistencia: ***La correspectividad de las disposiciones otorgadas en testamento mancomunado no se presume. La correspectividad debe ser declarada por las partes; por lo demás, correspectividad no es sinónimo de reciprocidad. Por ello, no es correspectiva la cláusula de institución de herederos a partes iguales en favor de los hijos del matrimonio establecida en testamento mancomunado aun cuando los testadores se hayan legado el usufructo universal y vitalicio; por ello es válido el testamento otorgado por el supérstite instituyendo heredera de sus bienes a una sola de las hijas del matrimonio.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 97 Comp.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Manuel Daniel Diego Diago.***

Las actoras solicitan 1) la nulidad del testamento otorgado por el padre de las mismas, mediante el cual instituye heredera a una de sus hermanas, la demandada en el pleito, por entender que dicho testamento no puede modificar el testamento mancomunado otorgado años antes por los padres de las litigantes; 2) la reintegración a la masa de la herencia de las disposiciones bancarias que hizo la litigante en vida del padre sobre la c.c. de éste de la que era también titular. Se desestiman todos las acciones: la primera por no existir correspectividad y la segunda por estar la hija autorizada por el padre: conocía la disposición del dinero y no estaba incapacitado.

53

NÚM. 53

S. JPI Zaragoza n.° 6 de 20 de febrero de 2008

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: REINTEGROS Y REEMBOLSOS: ***Se puede producir durante la vida del consorcio la incorporación o confusión de cantidades privativas en el caudal común, pero aun incorporadas tales cantidades al consorcio no deja de existir a favor del cónyuge perceptor de tales cantidades un derecho de crédito por el reembolso, ya que es una regla consorcial que las diversas masas patrimoniales no se enriquezcan unas a costa de las otras.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art 44 Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Javier Forcada Miranda.***

Se siguieron en este Juzgado autos sobre juicio verbal para la formación de inventario en el proceso de liquidación matrimonial 1472/07-B, en el que se discutió sobre la naturaleza consorcial o privativa de algunos bienes y créditos. En atención a la prueba practicada, quedó formado el inventario en los términos señalados en la sentencia.

54

NÚM. 54

S. JPI Zaragoza n.° 15 de 25 de febrero de 2008

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: NULIDAD DE TESTAMENTO: Falta de testigos: ***El artículo 98 Lsuc. afirma la innecesariedad de la inter-***

vención de testigos en el testamento notarial, salvo en los supuestos en los que concurren determinadas circunstancias especiales, como cuando el testador sea ciego, aunque pueda firmar. En estos casos, la falta de la intervención de los testigos vicia de nulidad el testamento.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 90, 98, 99, 108 Lsuc. y 695 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Manuel Daniel Diego Diago.***

La actora solicita la nulidad del testamento otorgado por el causante en base a la ceguera del mismo y la falta de intervención de los testigos, solicitando, además, que sea declarado válido y eficaz el testamento anterior en el que la actora fue instituida heredera. La demanda es estimada.

55

NÚM. 55

S. JPI Zaragoza n.° 12 de 28 de febrero de 2008

717: CONSORCIO FORAL: ***En aplicación del artículo 142 Comp. para que se constituya el consorcio foral es necesario que la adquisición derive de un ascendiente en proindiviso, y ese proindiviso solo puede entenderse como una titularidad de cuotas-partes sobre bienes concretos en contraposición a la comunidad hereditaria que se caracteriza por la ausencia de las mismas. El proindiviso, además, se debe constituir en el propio título traslativo, por lo tanto lo debe constituir el testador o donante. En el caso que nos ocupa los hermanos no adquirieron proindiviso de su difunto padre por cuanto éste se limitó a instituirlos herederos a partes iguales, adquiriendo, por lo tanto, una cuota ideal sobre el conjunto de la herencia y en modo alguno cuotas concretas sobre bienes determinados. Además, mediando el usufructo de la viuda tampoco habría lugar al consorcio, pues éste solo nace cuando se consolida el usufructo en la nuda propiedad.*** **717: CONSORCIO FORAL: DERECHO TRANSITORIO:** ***Al fallecer el causante en 1979 y adjudicarse los herederos la herencia en el año 1981, resulta aplicable al caso el artículo 142 de la Compilación de 1967, por aplicación de la DT 6.ª de la vigente Lsuc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 149 Comp. DT 6ª Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Francisco Polo Marchador.***

Se solicita por parte del notario autorizante de una escritura pública que se declare que no es conforme a derecho la nota calificadora del registrador por la que se deniega la inscripción de una sexta parte indivisa en nuda propiedad sobre determinada finca registral, al entender la registradora la existencia de consorcio foral.

El juzgado, declara no ser conforme a derecho la nota de la Registradora. (vid. STSJA de 10 de marzo de 2009, RDCA-XV, 2009, marginal 9).

56

NÚM. 56

S. JPII Alcañiz n.° 2 de 6 de marzo de 2008

61: EN GENERAL: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INCAPACITACIÓN: ***Para que tenga lugar la incapacitación de una persona conforme al artículo 35 LDp. es necesario que las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que presente el sujeto impidan a la persona gobernarse por sí sola, esto es, no es suficiente con constatar la existencia de dichas deficiencias, han de ser la causa directa y decisiva que impidan a la persona su propio autogobierno.*** **61: EN GENERAL: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: REHABILITACIÓN DE LA AUTORIDAD FAMILIAR: EJERCICIO:** ***En aplicación del artículo 39 LDp. procede la rehabilitación de la autoridad familiar de los progenitores de la demandada por cuanto ésta es mayor de edad,***

soltera, vive en compañía de sus padres y no hay previsiones sobre autotutela. En aplicación del artículo 41 LDp. la autoridad familiar la ejercerán los padres de conformidad con lo previsto en los arts. 53 a 86 LDp., extinguiéndose la misma cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 42 LDp.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 35, 39, 41, 42 y 53 a 86 LDp.; arts. 757, 759,760, 763 Lec.; arts. 200, 218 Cc.; art. 156 LRc.; art. 3.º LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.***

PONENTE: ***Ilma señora doña Sara Cristina García Casanova.***

Los padres de una incapaz mayor de edad y que vive en compañía de éstos presentan demanda de juicio de incapacidad en relación a su hija a los efectos de que sea declarada incapaz con la extensión y límites que determine la sentencia y se le nombre el tutor o curador correspondiente. La sentencia declara a la demandada absolutamente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, así como para ejercer el derecho de sufragio tanto activo como pasivo y declara prorrogada la autoridad familiar de sus progenitores.

57

NÚM. 57

S. JPI Zaragoza n.° 6 de 31 de marzo de 2008

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: ***Al tiempo de contraer matrimonio el esposo era de vecindad civil común y ella aragonesa; su residencia la fijaron en Madrid. El Cc., tras la reforma de 1974, determinó el derecho aplicable conforme al artículo 9.2, haciendo prevalecer la vecindad del marido; en 1990 se reforma el artículo 9.2 para darle la redacción ahora vigente. En los casos de matrimonios celebrados entre 1978 y 1990, la clave la establece la STC de 14 de febrero de 2002, que señala que la redacción preconstitucional del 9.2 es inconstitucional. No es la misma solución para los matrimonios contraídos antes de 1978.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 9.2 Cc (años 1974 y 1990); STC de 14 de febrero de 2002.***

PONENTE: ***Ilmo señor don Javier Forcada Miranda.***

Se siguen autos sobre juicio verbal para la formación de inventario en el proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial. La primera cuestión que ha de resolver el Juez es la determinación del régimen económico matrimonial, al alegar cada uno de los ex cónyuges uno diferente: gananciales o consorciales, puesto que, al tiempo de contraer matrimonio, la mujer era aragonesa aunque su esposo tenía vecindad civil común. El matrimonio se contrajo antes de la entrada en vigor de la CE. El Juez determina que el derecho aplicable es el Cc., y conforme a él se forma el inventario.

58

NÚM. 58

S. de JPI Zaragoza n.° 14 de 8 de mayo de 2008

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES: Inoponibilidad a terceros: ***Tal y como establece el art. 12 Lrem., la modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará, en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. En el presente caso, la escritura de capitulaciones matrimoniales suscrita por los cónyuges y en la que ponen fin a la comunidad matrimonial sustituyéndola por el régimen de separación absoluta es posterior a la deuda contraída por el banco.*** **6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES: Actividad objetivamente útil a la comunidad:** ***El***

préstamo solicitado por el esposo demandado y, por lo tanto, su devolución, tienen naturaleza de deuda consorcial, puesto que el importe del mismo fue destinado a sufragar los gastos derivados del camión del esposo y de otras deudas generadas en su explotación económica: estamos ante el supuesto contemplado en el art. 36.1.e) de la Lrem. En razón de ello, responden los bienes comunes tanto en la relación interna (art. 36.1.e) como en la externa (art. 37.1.a) , porque no se ha acreditado que el esposo contrajera la deuda frente a la entidad de crédito para perjudicar al consorcio (art. 36.2 Lrem.), calificándose entonces la deuda de privativa, como pretendía la esposa también demandada por la Entidad financiera.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 12, 36.1.e, 36.2 y 47.1.a) Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Jesús Ignacio Pérez Burred.***

La Entidad financiera X interpone ante los cónyuges demanda de reclamación de cantidad en un proceso monitorio; la esposa demandada se opone alegando que la deuda reclamada es privativa del marido por mediar capítulos matrimoniales en los que se modifica el r.e.m. y acuerdan la separación de hecho. El Juzgado estima la demanda y desestima la oposición condenando a los demandados al pago de la deuda, por ser ésta consorcial y haber sido contraída la misma con antelación al otorgamiento de capítulos.

59

NÚM. 59

S. JPI Zaragoza n.° 14 de 8 de septiembre de 2008

75: LEGÍTIMA: PRETERICIÓN: Mención suficiente; 75: LEGÍTIMA: PRETERICIÓN: Intencional: ***La actora, hija extramatrimonial del causante y cuya filiación quedó determinada con posterioridad al fallecimiento de éste, se considera preterida no intencionalmente al no haber sido favorecida por el causante ni durante su vida ni a través de su sucesión testamentaria. Afirma que no es mención suficiente, a efectos de evitar la preterición, la cláusula testamentaria que establece que:*** «**lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probase**». ***El Juzgador sostiene que para valorar la cláusula hay que atender al contexto de la situación y se ha demostrado que el causante sí conocía la existencia de esta hija desde hace más de 40 años, pero no la quería reconocer; por ello es evidente que la cláusula estaba pensada para la actora; no habiendo preterición en este caso. Es más, si hubiera preterición en este caso, sería intencional (el causante conocía su existencia) y se aplicaría el art. 192 Lsuc.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 181, 188, 189, 190, 191, 192 y 193 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. señor don Jesús Ignacio Pérez Burred.***

La parte actora interpone demanda en juicio ordinario solicitando del Juzgado que se la declare legitimaria de grado preferente preterida no intencionalmente por el causante, acordando, por consiguiente, que se declare que tiene derecho a una porción del caudal relicto de la herencia calculado conforme a los arts. 181 y 193 Lsuc. Los demandados herederos y legitimarios del causante se oponen a ello, alegando que la actora no fue preterida ya que el causante conocía su existencia, y así se deduce del testamento o, en su caso, y por la misma razón, su preterición fue intencional y nada puede pedir al ser la legítima global y haber sido ya satisfecha. El Juzgado desestima la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: No es admisible la pretensión formulada por el letrado de la demandante de que se le conceda, como diligencia final, un plazo para presentar alegaciones por escrito respecto al cálculo del caudal relicto que le correspondería a su cliente, y ello por cuanto el artículo 435 de la LEC

prevé dicha posibilidad única y exclusivamente para la práctica de pruebas pertinentes referidas a hechos nuevos o de nueva noticia, o sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes. Ninguno de estos supuestos concurre en el presente caso pero es que, además, y por los motivos que luego se desgranarán, resulta innecesaria la realización de dicho cálculo.

Segundo: La actora, declarada por sentencia judicial de 29 de noviembre de 2006 hija extramatrimonial del finado don ……, padre a su vez de los demandados, solicita en las presentes actuaciones que se declare que la misma, en su condición de legitimaria de grado preferente, ha sido preterida no intencionalmente por aquél en su testamento de 17 de junio de 2004 (revocatorio de otro anterior mancomunado), y que de conformidad con lo establecido en el artículo 191 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón tiene derecho a una porción del caudal relicto de la herencia del causante, a calcular de conformidad con los arts. 181 y 193 del citado texto legal.

A esta pretensión se oponen los cinco codemandados, hijos también del finado y a quienes éste instituye herederos por partes iguales, negando que la actora haya sido preterida por el testador; subsidiariamente consideran que se trataría, en todo caso de una preterición intencional y, aun en el supuesto de que se considerase como no intencionada la preterición de la actora, ésta únicamente tendría derecho a percibir la cantidad prevista por el disponente (6 euros); en última instancia consideran que la parte de la actora en la herencia nunca podría exceder de la suma de los seis euros.

Tercero: Planteados así los términos del debate, la primera cuestión a dilucidar –pues de ella dependen todas las restantes– es ver si realmente se ha producido o no una preterición de la actora por parte del testador en su testamento, y en este sentido hay que señalar que, con carácter general, el artículo 188.1 de la Ley 1/1999 establece la regla de que «se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento», recogiendo el artículo siguiente, el 189, una aclaración o concreción de la mencionada regla general en el sentido de considerar suficiente, para que no haya preterición «cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios».

Con este fondo legal, procede determinar si en el testamento otorgado por el finado don …… ante Notario el día 17 de junio de 2004 (doc. n.° 2 de la demanda) existe algún tipo o clase de mención o referencia a la actora que pueda considerarse suficiente para excluir la preterición o, por el contrario, estimar que la misma se ha producido realmente. Pues bien, en la cláusula segunda del citado testamento el testador hace la siguiente manifestación: «Lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probare». De este pronunciamiento deducen los demandados que existe una mención suficiente para excluir la preterición mientras que la actora, por el contrario sostiene que nos encontramos ante una denominada «cláusula de estilo»; habitual en los documentos notariales donde se recogen voluntades testamentarias, y alega como prueba de ello que esa misma cláusula, del mismo tenor (sustituyendo euros por pesetas) aparece también recogida en el testamento mancomunado otorgado, junto con su esposa, el 9 de diciembre de 1999 (doc. n.° 2 de la contestación de don ……), revocado posteriormente por el ya indicado de 17 de junio de 2004.

La interpretación de dicha cláusula, y en general de cuál fue la voluntad del testador, requiere un estudio del contexto y

de las circunstancias que rodearon tanto al causante como a la actora, y en este sentido hay que indicar que de la prueba documental practicada queda debidamente acreditado que el difunto era plenamente conocedor desde el primer momento de la existencia de la actora y de que la misma era hija suya (hubo incluso unas actuaciones penales contra él finalmente sobreseídas en 1940 por perdón de la agraviada); asimismo se considera probado que, con posterioridad al nacimiento de la demandante, su padre la conoció personalmente al trasladarse madre e hija a vivir durante un tiempo a la localidad de ……, lugar de origen y residencia del padre. Durante los siguientes cuarenta años la parte actora reconoce que mantuvo tres contactos con aquél, con motivo de una grave enfermedad que padeció y que hizo necesario recabar antecedentes familiares y a consecuencia de un acontecimiento religioso (la comunión de una de las hijas suyas y de la hija menor del finado, pues ambas iban a la misma clase) y otro escolar (fiesta de fin de curso), habida cuenta que la demandante reside en Zaragoza desde hace años. Por todo ello es evidente que don …… era plenamente consciente, al otorgar el testamento mancomunado en 1999, de la existencia de la actora pese a lo cual ocultó esta circunstancia en todo momento tanto a su esposa como a sus hijos negándose a reconocerla como hija, por lo que, con el fin de seguir manteniendo el secreto y previendo que la demandante podía fácilmente plantear y ganar una demanda de reclamación de paternidad, otorgó la fórmula testamentaria a la que antes se ha hecho referencia, que no puede considerarse una fórmula de estilo por lo antes dicho sino un pronunciamiento pensado única y exclusivamente para la actora, y buena prueba de ello es que al otorgar el testamento de 2004 vuelve a reiterar el mismo pronunciamiento pocos días antes de fallecer lo que demuestra, bien a las claras, que su intención era excluir a la actora de cualquier derecho hereditario pero sin mencionarla expresamente por razones privadas, y utilizando para ello una cláusula genérica; en la práctica suelen utilizarse fórmulas de estilo tratándose de testadores jóvenes que no descartan tener en el futuro algún hijo más haciéndose una referencia a sus hijos «y a los demás que pudiere tener en lo sucesivo…», pero tratándose, como es este caso, de una persona de avanzada edad (más de ochenta años) es evidente que la cláusula está pensada y puesta para una concreta y determinada persona: la actora.

Cuarto: Por todo ello hay que concluir que no ha tenido lugar ninguna preterición de la actora en el testamento del finado y carece, por tanto, de derecho alguno a una porción del caudal relicto, debiendo limitarse su expectativa al legado de seis euros establecido en la citada cláusula, y que le ha sido reiteradamente ofrecido por los demandados.

Quinto: Pero es que, aun admitiendo hipotéticamente que la mencionada cláusula fuese excesivamente genérica o abstracta, entendiendo que la misma iba dirigida a otros posibles legitimarios desconocidos, estaríamos ante un supuesto de preterición intencional del artículo 190 de la Ley 1/1999 pues, tal y como ya se ha indicado, el disponente, al ordenar su sucesión, conocía perfectamente la existencia de la actora y su condición de legitimaria, y ello aunque ésta no hubiese interpuesto la correspondiente demandada de filiación (lo hizo tras el fallecimiento del testador), siendo plenamente consciente de que no le costaría excesivo esfuerzo acreditar su condición de hija extramatrimonial, lo que conllevaría como única consecuencia la posibilidad del ejercicio del derecho contemplado en el artículo 192 a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, que no es el caso.

Sexto: Procede, en consecuencia, desestimar en su totalidad la pretensión formulada por la parte actora, a quien se imponen las costas procesales causadas (art. 394.1 LEC).

60

NÚM. 60

S. JPII Alcañiz n.° 2
de 23 de septiembre de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Consorcio conyugal: Liquidación y división (Lrem.): ***En aplicación de las DT 1.ª y 2.ª Lrem. cabe hacer dos apreciaciones, dado que este matrimonio se contrajo antes de su entrada en vigor, pero se procede a disolverlo y a liquidar el régimen económico matrimonial vigente ya la ley: por un lado al constituir el inventario y la liquidación misma un acto posterior a la vigencia de la Ley procede aplicar la misma al menos en cuanto al proceso de inventario propiamente dicho; por otro lado, corresponderá la aplicación de la Compilación, en su derogado Título IV, siempre que nos encontremos con un hecho, acto o negocio de los previstos en la ya mencionada DT 2.ª.*** **51: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: Convenio regulador**: ***En cuanto a la eficacia del convenio regulador firmado por los cónyuges pero no ratificado judicialmente, debe señalarse que el mismo tiene plenos efectos entre las partes, de conformidad con el principio «Standum est Chartae», del artículo 3 de la Comp. y del artículo 1091 Cc. sobre obligaciones y contratos en aquellas materias que no sean indisponibles para los interesados, no teniendo tal carácter el conjunto de bienes que deben formar parte del inventario previo a la liquidación del régimen económico matrimonial.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***DT 1ª y 2ª Lrem.; art. 3 Comp.; arts. 1091 y 1255 Cc.***

PONENTE: ***Ilma. señora doña Sara Cristina Casanova.***

Ante dicho Juzgado se presentó demanda solicitando la formación y aprobación de inventario con la finalidad de liquidar el régimen económico matrimonial con la ex esposa del demandante. El Juzgado estima en parte la demanda y procede a formar el inventario.

D) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

PARTES DEL ÍNDICE

Cada una de las referencias del índice de jurisprudencia consta de varias partes o elementos: 1. La clasificación por materias, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del «índice de claves» y, dentro de ella, en alguno de sus conceptos y, si los hay, subconceptos; 2. Los datos para identificar la resolución judicial; 3. El sumario con información del contenido de la resolución; 4. Los datos para localizar la resolución en el volumen de la Revista donde se halla publicada: en negrita se facilita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen que la publica.

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES» (TABLA DE MATERIAS)

El lector habrá observado que tanto en el Repertorio de bibliografía como en la presentación de cada una de las resoluciones judiciales, así como en el índice de jurisprudencia, se emplea el mismo sistema de clasificación «numérico-conceptual» que denominamos «índice de claves». Se trata de una clasificación de las materias del Derecho civil aragonés vigente completada con los apartados necesarios para ordenar también la variada bibliografía relativa a los antecedentes, las fuentes e instituciones históricas, los temas comunes a todos los Derechos forales, las obras generales, las auxiliares, etc.

La tabla de materias así construida para poder clasificar la bibliografía y la jurisprudencia, adaptada en 2003 a la de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, es la siguiente:

I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS

II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)

IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Comentarios, Estudios, Homenajes, Enciclopedias y otras obras colectivas
2. Repertorios de jurisprudencia
3. Manuales y obras generales de Derecho aragonés
4. Manuales y obras generales de Derecho foral
5. Panorámicas
6. Revistas

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

1. Temas comunes a todos los Derechos forales
   - 1.1. Historia hasta la Nueva Planta. La Codificación y los Derechos forales
   - 1.2. Del Código Civil a las Compilaciones forales
   - 1.3. La codificación de los Derechos forales. La modificación del Título Preliminar del CC.
   - 1.4. Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía
   - 1.5. La casación foral
   - 1.6. Problemas de Derecho interregional. La vecindad civil
2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e instituciones del Reino de Aragón
   - 2.1. Historia del Derecho aragonés hasta 1707, en general
   - 2.2. Los orígenes y precedentes de los «Fueros de Aragón». Cartas de población, fueros locales, «Fueros de Sobrarbe»
   - 2.3. La Compilación de Huesca y el Vidal Mayor
   - 2.4. Los Fueros y Observancias y su época. Procesos forales
   - 2.5. Fueros de la extremadura aragonesa; Historia de las comunidades de Teruel, Albarracín, Daroca, Calatayud
   - 2.6. Estatutos, Ordinaciones y Derecho municipal
   - 2.7. Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)

3. Aragón: desde los Decretos de Nueva Planta al Apéndice de 1925
   - 3.1. Decretos de Nueva Planta, Codificación, Código civil
   - 3.2. El Congreso de jurisconsultos aragoneses
   - 3.3. El Apéndice y los Anteproyectos
4. La Compilación: antecedentes y reformas. Otras leyes civiles aragonesas
   - 4.1. La Compilación y sus antecedentes
   - 4.2. Textos legales: la Compilación (con sus reformas) y otras leyes civiles
   - 4.3. Autonomía: conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil
5. Parte general del Derecho
   - 5.1. Fuentes del Derecho. Costumbre. *Standum est chartae*
   - 5.2. La jurisprudencia. La casación foral
   - 5.3. Otras materias
6. Persona y familia
   - 6.1. En general
   - 6.2. Edad
   - 6.3. Ausencia
   - 6.4. Relaciones entre ascendientes y descendientes
   - 6.5. Relaciones parentales y tutelares. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores
   - 6.6. Régimen económico conyugal
     - 6.6.1. En general
     - 6.6.2. Régimen matrimonial paccionado
     - 6.6.3. Consorcio conyugal
       - 6.6.3.1. Activo
       - 6.6.3.2. Pasivo
       - 6.6.3.3. Gestión
       - 6.6.3.4. Disolución. La comunidad posconsorcial
       - 6.6.3.5. Liquidación y división
   - 6.7. Comunidad conyugal continuada

6.8. Viudedad

6.8.1. Disposiciones generales

6.8.2. Derecho expectante de viudedad

6.8.3. Usufructo vidual

6.9. Parejas estables no casadas

7. Sucesiones por causa de muerte

7.1. De las sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.1.1. Disposiciones generales

7.1.2. Capacidad e indignidad para suceder

7.1.3. Sustitución legal

7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

7.1.5. Responsabilidad del heredero

7.1.6. Colación y partición

7.1.7. Consorcio foral

7.1.8. Normas comunes a las sucesiones voluntarias

7.2. Sucesión testamentaria

7.2.1. Disposiciones generales

7.2.2. Testamento mancomunado

7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

7.3. Sucesión paccionada

7.4. Fiducia sucesoria

7.5. Legítima

7.6. Sucesión legal

8. Derecho de bienes

8.1. Derecho de bienes en general

8.2. Relaciones de vecindad

8.3. Luces y vistas

8.4. Servidumbres

9. Derecho de obligaciones

9.1. Derecho de obligaciones en general

9.2. Derecho de abolorio o de la saca

9.3. Contratos sobre ganadería

0. Derecho fiscal y procesal. Derecho transitorio. Otras materias

VI. OBRAS AUXILIARES

1. Bibliografía, recensiones y reseñas. Metodología docente e investigadora
2. Juristas y escritores aragoneses, academias o escuelas jurídicas, consejos de estudios, colegios profesionales, jornadas, noticias
3. Historia general de Aragón
4. Ediciones de formularios y documentos de aplicación del Derecho. Otras

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

DERECHO PROCESAL

S. TS, 14 de noviembre de 2008

La recurrente funda su recurso de casación en infracción de los artículos 1278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria. El motivo es inadmisible por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles resultan ser los infringidos. Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión y ahora se convierten en causas de desestimación.

1 2010, XVI

A. TSJA, 19 de junio de 2008

A tenor de lo dispuesto en el artículo 214 Lec., los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso se trata de un error material ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia en el sentido de hacerse constar al final de los Antecedentes de hecho el nombre del ponente designado. En razón de lo anterior, la Sala Acuerda: aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008 (RDCA-XIV, 2008, marginal 19) con el solo sentido de incluir la final de los Antecedentes de hecho, que ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

2 2010, XVI

DERECHO TRANSITORIO

- ***CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y REVISIÓN (LREM.)***

S. JPII Alcañiz n.° 2, 23 de septiembre de 2008

En aplicación de las DT 1.ª y 2.ª Lrem. cabe hacer dos apreciaciones, dado que este matrimonio se contrajo antes de su entrada en vigor, pero se procede a disolverlo y a liquidar el régimen económico matrimonial, por un lado al constituir el inventario y la liquidación misma un acto posterior a la vigencia de la Ley procede aplicar la misma al menos en cuanto al proceso de inventario propiamente dicho; por otro lado, corresponderá la aplicación de la Compilación, en su derogado Título IV, siempre que nos encontremos con un hecho, acto o negocio de los previstos en la ya mencionada DT 2.ª

60 2010, XVI

- ***CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM.)***

S. TSJA, 14 de mayo de 2010

La DT 1.ª de la Lrem. tiene como finalidad aplicar el criterio del efecto inmediato para esta Ley, produciendo sus efectos ya sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la Ley a terceros que contrataron con los cónyuges.

5 2010, XVI

- ***FIDUCIA SUCESORIA***

S. APH, 16 de junio de 2008

Como dijimos en la Sentencia de 25 de abril de 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye la aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del artículo 129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera.

19 2010, XVI

S. APH, 20 de octubre de 2008

Reiteración de lo dicho en las Sentencias APH de 25 de abril de 2006 y 16 de junio de 2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3.ª y 9.ª Lec. en relación con el

plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del artículo 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133-1 Lsuc.).

26 2010, XVI

LEY DE CAZA

• ***RESPONSABILIDAD***

S. TSJA, 1 de septiembre de 2010

El artículo 71 de la Ley de caza aragonesa establece una responsabilidad objetiva conforme a la cual, y comprobados los hechos fundantes de la pretensión –la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales– no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en los que se comprueba la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación.

9 2010, XVI

LEY DE COOPERATIVAS

• ***DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN***

S. TSJA, 13 de septiembre de 2010

La infracción del derecho de información al acto, por la falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto en vía judicial.

10 2010, XVI

VECINDAD CIVIL

• ***ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL***

S. APZ Secc. 5.ª, 21 de enero de 2008

Adquisición de la vecindad civil aragonesa por residencia de diez años en Zaragoza sin manifestación en contrario (art. 14.5 Cc.), pese a que también se hallaban empadronados en Pamplona y creían tener la vecindad civil navarra. Los datos del empadronamiento tan sólo se pueden tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (V., entre otras, STS 15 de noviembre de 1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro. Por otra parte, la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, sino de las normas que la regulan.

37 2010, XVI

51: FUENTES

«STANDUM EST CHARTAE»

• ***CONVENIO REGULADOR***

S. JPII Alcañiz n.° 2, 23 de septiembre de 2008

En cuanto a la eficacia del convenio regulador firmado por los cónyuges pero no ratificado judicialmente, debe señalarse que el mismo tiene plenos efectos entre las partes, de conformidad con el principio «standum est chartae», del artículo 3 de la Comp. y del artículo 1091 Cc. sobre obligaciones y contratos en aquellas materias que no sean indisponibles para los interesados, no teniendo tal carácter el conjunto de bienes que deben formar parte del inventario previo a la liquidación del régimen económico matrimonial.

60 2010, XVI

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

INCAPACITACIÓN

S. JPII Alcañiz n.° 2, 6 de marzo de 2008

Para que tenga lugar la incapacitación de una persona conforme al artículo 35 LDp. es necesario que las enfermedades o deficiencias

de carácter físico o psíquico que presente el sujeto impidan a la persona gobernarse por sí sola, esto es, no es suficiente con constatar la existencia de dichas deficiencias, han de ser la causa directa y decisiva que impidan a la persona su propio autogobierno.

56 2010, XVI

INTERNAMIENTO

A. APZ Secc. 2.ª, 6 de febrero de 2008

La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 LDp. por persona que no está en condiciones de realizarla por su limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 Lec.). Todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

40 2010, XVI

A. APZ Secc. 2.ª, 12 de marzo de 2008

Se reitera lo dicho en el Auto de esta Sección de la APZ de 6 de febrero de 2008.

41 2010, XVI

REHABILITACIÓN DE LA AUTORIDAD FAMILIAR

- ***EJERCICIO***

S. JPII Alcañiz n.° 2, 6 de marzo de 2008

En aplicación del artículo 39 LDp. procede la rehabilitación de la autoridad familiar de los progenitores de la demandada por cuanto esta es mayor de edad, soltera, vive en compañía de sus padres y no hay previsiones sobre autotutela.

En aplicación del artículo 41 LDp. la autoridad familiar la ejercerán los padres de conformidad con lo previsto en los artículos 53 a 86 LDp., extinguiéndose la misma cuando concurran alguna de las circunstancias previstas en el artículo 42 LDp.

56 2010, XVI

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

AUTORIDAD FAMILIAR

- ***DEBER-DERECHO DE CORREGIR A LOS HIJOS***

A. APZ Secc. 2.ª, 25 de noviembre de 2008

Producida la conducta reprobable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios a Italia, lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos [art. 62.1 d) Ldp.], es la suspensión del viaje.

50 2010, XVI

- ***EJERCICIO***

A. APZ Secc. 2.ª, 4 de noviembre de 2008

La elección entre la asignatura de religión católica o la de ética de los menores de catorce años es una cuestión que entra dentro de las funciones propias de la autoridad familiar y no es contenido propio de la guarda y custodia concedida en exclusiva a uno de los padres. La decisión corresponde a ambos progenitores (arts. 62 y 68 LDp.). En caso de discrepancia, el artículo 71.1 LDp. se remite al Juez. Ambas opciones son muy respetables, pero el juez está obligado a dar una respuesta a la controversia caso por caso, atendiendo a los usos sociales o familiares. Parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando religión católica.

48 2010, XVI

DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN

- ***GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS***

S. APZ Secc. 2.ª, 22 de abril de 2008

El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta

acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad (tiene 28 años), ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.

43 2010, XVI

S. APZ Secc. 2.ª, 17 de junio de 2008

El artículo 66 LDp. no es de aplicación automática a la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior sobre pensión de alimentos a los hijos.

45 2010, XVI

S. APZ Secc. 5.ª, 10 de enero de 2008

Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios resulta aplicable al caso el artículo 142 Cc. y no el 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón. El precepto del Cc. marca una pauta más flexible que la norma autonómica. Deberá prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.

36 2010, XVI

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

TUTELA

- ***CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN***

S. APZ Secc. 2.ª, 29 de julio de 2008

Se desestiman las causas de inhabilidad alegadas y recogidas en el artículo 111 LDp., pero se estima que, conforme al artículo 112.1 LDp., el recurrente alegó excusa para desempeñar el cargo de tutor cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar. Se revoca el nombramiento y se nombra tutora a la Comisión de Tutelas de la DGA.

47 2010, XVI

TUTELA ADMINISTRATIVA

- ***DESAMPARO***

A. TSJA, 12 de julio de 2010

La declaración de desamparo y la posibilidad de que el menor se reinserte en su familia biológica presentan interés casacional (STS de 31 de julio de 2009); 1) declarada la situación de desamparo se ha producido con posterioridad un cambio de circunstancias con relación al momento en que se produjo dicha declaración, que permite determinar si los padres se encuentran en situación de asumir nuevamente la patria potestad. 2) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con la evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno, sino que es menester que esa evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación de riesgo de desamparo del menor. El caso de autos nada de ello presenta, y sólo pretenden recurrir la prueba, lo que no cabe en casación.

8 2010, XVI

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

S. JPI Zaragoza n.º 6, 31 de marzo de 2008

Al tiempo de contraer matrimonio el esposo era de vecindad civil común y ella aragonesa; su residencia la fijaron en Madrid. El Código civil, tras la reforma de 1974, determinó el derecho aplicable conforme al artículo 9.2, haciendo prevalecer la vecindad de marido; en 1990 se reforma el artículo 9.2 para darle la redacción ahora vigente. En los casos de matrimonios celebrados entre 1978 y 1990, la clave la establece la STC de 14 de febrero de 2002, que señala que la redacción preconstitucional del 9.2 es inconstitucional. No es la misma solución para los matrimonios contraídos antes de 1978.

57 2010, XVI

• ***SEPARACIÓN DE BIENES DE CC.***

S. APZ Secc. 2.ª, 24 de junio de 2008

Antes de casarse, la novia (nicaragüense) y el novio (castellano), residentes ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital capítulos matrimoniales de separación de bienes el 14 de septiembre de 1994, estableciendo la cláusula cuarta que dicho régimen de separación se regía por el Código civil. Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar sin haber ejercitado las partes opción alguna de las permitidas por el artículo 9.2 Cc., por lo que la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, en concreto la Compilación. El pacto capitular es válido, por lo que el artículo 1438 Cc. es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.

46 2010, XVI

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

CAPITULACIONES

• ***INOPONIBILIDAD A TERCEROS***

S. JPI Zaragoza n.º 14, 8 de mayo de 2008

Tal y como establece el artículo 12 Lrem., la modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará, en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. En el presente caso, la escritura de capitulaciones matrimoniales suscrita por los cónyuges y en la que ponen fin a la comunidad matrimonial sustituyéndola por el régimen de separación absoluta es posterior a la deuda contraída por el banco.

58 2010, XVI

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

• ***REGIDO POR EL CC.***

S. APZ Secc. 2.ª, 24 de junio de 2008

Aunque la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, los novios (ella nicaragüense y él castellano) antes de casarse otorgaron en Valladolid capítulos matrimoniales de separación de bienes en los que establecieron que el régimen de separación se regía por el Código civil, por lo que el artículo 1.438 Cc. es aplicable al caso. La indemnización compensatoria del artículo 1.438 Cc. se diferencia de la pensión compensatoria del artículo 97 Cc.

46 2010, XVI

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

BIENES COMUNES

• ***DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA***

S. TSJA, 14 de mayo de 2010

Con una excelente argumentación, el magistrado disidente afirma que, tanto vigente la Compilación como ahora de forma expresa y clara afirma la Lrem. en el artículo 28.2.i), los derechos arrendaticios concertados por uno solo de los cónyuges constante matrimonio tiene naturaleza consorcial, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador contratante de manera que no es necesario, muerto el cónyuge firmante que el viudo se subrogue en el contrato, por ser ya el derecho de naturaleza común, al igual que lo es el inmueble que uno solo de los cónyuges adquiere constante matrimonio permitiendo al no contratante exigir el cumplimiento y entrega del inmueble y al vendedor exigir del consorcio el pago del precio.

5 2010, XVI

S. TSJA, 14 de mayo de 2010

Ingresan en el patrimonio común los derechos de arrendamiento por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los artículos 47 y ss., y en cuanto a las situaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el artículo 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce sus efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de arrendamientos urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles (sic).

5 2010, XVI

• ***RENDIMIENTOS DE LOS BIENES PRIVATIVOS***

S. APH, 17 de noviembre de 2008

En la liquidación el cónyuge titular de la vivienda privativa pide al consorcio una compensación por el uso que la familia ha hecho de ella durante el matrimonio. La petición no puede prosperar porque los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes [arts. 355 Cc. y 28.2.f) Lrem].

28 2010, XVI

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

• ***APÉNDICE***

S. APT, 24 de junio de 2008

La disolución del matrimonio, por fallecimiento del esposo, tuvo lugar el 9 de julio de 1937, por lo que en la determinación del carácter común o privativo de los bienes son de aplicación las normas del Apéndice de 1925 vigente en aquella fecha y en particular su artículo 48.3.°, según el cual por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada. Esta presunción legal desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquél que lo afirme.

34 2010, XVI

• ***PRUEBA EN CONTRARIO***

S. APH, 17 de noviembre de 2008

El que niega el carácter consorcial del bien tiene la carga de la prueba que destruya la presunción de comunidad proclamada con carácter general en el artículo 35 Lrem., prueba en contrario que ha de ser suficiente, satisfactoria y convicente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (Ss. TSJA 25 de noviembre de 1998 y 11 de mayo de 2005 con cita de las del TS de 23 de marzo de 1993 y 18 de julio de 1994).

28 2010, XVI

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO

DEUDAS COMUNES

• ***ACTIVIDAD OBJETIVAMENTE ÚTIL A LA COMUNIDAD***

S. JPI Zaragoza n.° 14, 8 de mayo de 2008

El préstamo solicitado por el esposo demandado y, por lo tanto, su devolución tienen naturaleza de deuda consorcial, puesto que el importe del mismo fue destinado a sufragar los gastos derivados del camión del esposo y de otras deudas generadas en su explotación económica: estamos ante el supuesto contemplado en el artículo 36.1.e) de la Lrem.

En razón de ello, responden los bienes comunes tanto en la relación interna [art. 36.1e)] como en la externa [art. 37.1.a)] porque no se ha acreditado que el esposo contrajera la deuda frente a la entidad de crédito para perjudicar al consorcio (art. 36.2 Lrem.), calificándose entonces la deuda de privativa, como pretendía la esposa también demanda por la entidad financiera.

58 2010, XVI

REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. JPI Zaragoza n.° 6, 20 de febrero de 2008

Se puede producir durante la vida del consorcio la incorporación o confusión de cantidades privativas en el caudal común pero aun incorporadas tales cantidades al consorcio no deja de existir a favor del cónyuge perceptor de tales cantidades un derecho de crédito por el reembolso, ya que es una regla consorcial que las diversas masas patrimoniales no se enriquezcan unas a costa de las otras.

53 2010, XVI

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

• ***INOPONIBILIDAD***

S. APH, 31 de enero de 2008

Los compradores de dos inmuebles consorciales vendidos por el marido sin el consenti-

miento de la mujer piden judicialmente la elevación de la compraventa a escritura pública; los vendedores reconvienen y piden se declare que la compraventa de los dos inmuebles consorciales en la que no ha sido parte ni consentido la esposa le es inoponible, por lo que procede la restitución de dichas fincas al patrimonio común. La sentencia de instancia declara la inoponibilidad de la compraventa; la de la Audiencia añade que también procede la segunda pretensión reconvencional: la restitución al patrimonio común, todo ello en aplicación del artículo 53 Lrem. En la apelación se imponen las costas de la primera instancia, tanto las causadas por la demanda como por la reconvención, a los actores principales.

13 2010, XVI

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

Disolución por causa distinta de la muerte

• ***Alimentos***

S. APH, 29 de febrero de 2008

Los alimentos a los hijos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que sólo conciernen a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras su disolución.

15 2010, XVI

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

Contractual

• ***Efecto de cosa juzgada***

S. APH, 19 de diciembre de 2008

En el caso concurre la excepción de cosa juzgada porque los ahora litigantes en procedimiento de liquidación de su sociedad conyugal, en el convenio regulador judicialmente ratificado, ya la habían liquidado, y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir dicho crédito cuando en el convenio acordaron que con la liquidación allí contenida ya no tenían nada más que reclamarse. El artículo 1.079 Cc., al que habría que llegar desde el 88 Lrem., no es aplicable porque no hay ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Ya nada se ha aducido al amparo del artículo 86 Lrem.

29 2010, XVI

• ***Las deudas comunes tras la división***

S. APH, 27 de marzo de 2008

El acreedor del consorcio conyugal en todo momento ha pretendido la existencia de una nulidad de las capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. En el caso no puede estimarse que existiera simulación alguna, ni tampoco causa ilícita, incluso en el supuesto de que uno de los cónyuges quisiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es la donación. No puede condenarse al cónyuge no deudor al pago de la deuda común ex arts. 12, 16 y 86 Lrem. porque nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión de las capitulaciones.

16 2010, XVI

Inventario

• ***De dinero o partidas dinerarias***

S. APH, 29 de febrero de 2008

El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía (a la que parece referirse el 809.2 Lec.) no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de

avalúo (cfr. Ss. APH 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007).

15 2010, XVI

S. APH, 30 de septiembre de 2008

De nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Reiteración de lo dicho en la SAPH de 29 de febrero de 2008, criterio mantenido también en las Ss. APH de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007. Carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación, la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.

24 2010, XVI

S. APH, 17 de noviembre de 2008

El inventario 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 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 (Ss. APH 29 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2005 y 29 de febrero de 2008).

28 2010, XVI

• ***FIJACIÓN DE LA POSTURA DE LAS PARTES***

S. APH, 30 de septiembre de 2008

Es en el acto de formación de inventario, en el trámite del artículo 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban integrar el inventario. La parte que insta el inventario debe fijar su postura en su propia solicitud y la otra parte en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera partidas. Los principios de preclusión y defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario, o introducir en ella modificaciones sustanciales, en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, ni mucho menos en apelación: serían cuestiones nuevas (Ss. APH de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2007, 8 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007).

24 2010, XVI

S. APH, 17 de noviembre de 2008

Las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Se reitera lo dicho en las Ss. APH de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2006, 8 de noviembre de 2006, 23 de enero de 2007 y 29 de febrero de 2008.

28 2010, XVI

• ***RECURSO DE CASACIÓN***

S. TSJA, 14 de mayo de 2010

El juicio al que se remite el artículo 809.2 Lec., tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede con lo previsto en el artículo 794.4 de la Lec., lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, como señala el artículo 809.2 citado, se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial en la formación del inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y valores que conforman las partidas de dicho inventario; así lo ha reiterado el TS; y entiende la mayor parte de la Sala de este TSJ que dicha doctrina es vinculante y aplicable en Aragón por no haber ninguna modificación al respecto en la Ley de casación aragonesa. En razón de ello, la Sala acuerda por mayoría no admitir el recurso de casación. Hay voto particular de los magistrados Fernando Zubiri de Salinas e Ignacio Martínez Lasierra.

4 2010, XVI

INVENTARIO

• ***RECURSO DE CASACIÓN***

A. TSJA, 14 de mayo de 2010

En el voto particular se afirma que estos supuestos son susceptibles de recurso de casa-

ción y ello porque tales controversias, cuando versan sobre Derecho civil aragonés, como es el caso, presentan interés casacional, siendo competente para resolver de los mismos el TSJ de Aragón, sin que la jurisprudencia del TS vertida en dicha materia sea vinculante o aplicable en Aragón, al atribuir la CE y la LOPJ la competencia a los TSJ cuando: 1) aplican leyes emanadas de sus parlamentos autonómicos; 2) atribuyendo competencia para fijar la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Lec., respecto de la regulación que ésta hace del recurso de casación, pudiendo interpretar las normas de acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción. En consecuencia, el TSJ tiene competencia en esta materia para fijar su propia jurisprudencia aun cuando ésta difiera de la fijada por el TS, ya que cada órgano actúa dentro de sus propias competencias.

4 2010, XVI

PROCEDIMIENTO

• ***FASES DE LA LIQUIDACIÓN***

S. APH, 17 de noviembre de 2008

En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los artículos 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos fases: la de formación del inventario (art. 809) y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810).

28 2010, XVI

683: USUFRUCTO VIDUAL

ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO

S. TSJA, 10 de junio de 2010

Los bienes sobre los que recae el usufructo vidual pueden ser objeto de posesión tolerada por otro (en este caso un nieto de la actora recurrente en casación) y si el bien se pierde en manos del poseedor inmediato (el nieto), resulta aplicable el artículo 457 Cc.

6 2010, XVI

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

PACTO TÁCITO DE COMUNIDAD DE BIENES

S. APZ Secc. 5.ª, 21 de noviembre de 2008

A falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuando tal voluntad se infiera en actos concluyentes que la revelen, y si así se entiende los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (Ss. TS 975/1997, 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno solo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).

49 2010, XVI

711: DISPOSICIONES GENERALES

LEY APLICABLE

A. APH, 29 de diciembre de 2008

El causante falleció en Francia en 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y siendo su vecindad civil la aragonesa, por lo que, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.8 (prevalencia del Derecho español sobre el francés) y 16.1 Cc. (prevalencia del Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil española), es de aplicación al caso la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

30 2010, XVI

713: SUSTITUCIÓN LEGAL

SUCESIÓN LEGAL

• ***COMPILACIÓN***

A. APH, 28 de marzo de 2008

De acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18 de diciembre de 2007 aplicando la

Compilación, no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del artículo 141 Comp., dados los términos literales de los artículos 132 y 133. Asimismo, respecto de los bienes no troncales, también es posible la sustitución legal, ahora bien, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado (art. 954 Cc.), a pesar de que el artículo 141 Comp. no efectuaba ninguna limitación (cfr. AAPH 20 de marzo de 1997, citando también en el A. de 11 de octubre de 2000).

17 2010, XVI

717: CONSORCIO FORAL

S. JPI Zaragoza n.° 12, de 28 de febrero de 2008

En aplicación del artículo 142 Comp. para que se constituya el consorcio foral es necesario que la adquisición derive de un ascendiente en proindiviso, y ese proindiviso sólo puede entenderse como una titularidad de cuotas-partes sobre bienes concretos en contraposición a la comunidad hereditaria que se caracteriza por la ausencia de las mismas. El proindiviso, además, se debe constituir en el propio título traslativo, por lo tanto lo debe constituir el testador o donante. En el caso que nos ocupa los hermanos no adquirieron proindiviso de su difunto padre por cuanto éste se limitó a instituirlos herederos a partes iguales, adquiriendo, por lo tanto, una cuota ideal sobre el conjunto de la herencia y en modo alguno cuotas concretas sobre bienes determinados. Además, mediando el usufructo de la viuda tampoco habría lugar al consorcio, pues éste sólo nace cuando se consolida el usufructo en la nuda propiedad.

55 2010, XVI

Derecho transitorio

S. APZ Secc. 4.ª, 25 de enero de 2008

El consorcio foral se originó en el momento de fallecimiento de la causante (1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia (1983) como se alega en el recurso. El artículo 142 Comp. es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante. Pero los efectos del consorcio se regulan por la Lsuc. después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su DT 6.ª

38 2010, XVI

S. JPI Zaragoza n.° 12, 28 de febrero de 2008

Al fallecer el causante en 1979 y adjudicarse los herederos la herencia en el año 1981, resulta aplicable al caso el artículo 142 de la Compilación de 1967, por aplicación de la DT 6.ª de la vigente Lsuc.

55 2010, XVI

Efectos

- ***Acrecimiento***

S. APZ Secc. 4.ª, 25 de enero de 2008

Una de las características del consorcio foral es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente). En este sentido, el artículo 59.3 Lsuc. completa la regulación del artículo 142.3 Comp. estableciendo que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio permaneciendo el mismo objeto.

38 2010, XVI

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: DISPOSICIONES GENERALES

Inexistencia de reserva de bienes

S. APZ Secc. 5.ª, 21 de enero de 2008

Aunque los testadores se creían de vecindad navarra, eran de vecindad aragonesa y su sucesión se rige por este Derecho en el que, a diferencia del navarro, no existe la reserva legal de bienes a favor de los hijos del primer matrimonio (art. 139 Comp., y actual 140.3 Lsuc.). Lo mismo cabe decir de la inoficiosidad que se pre-

tende por las hijas bajo alegato de que la viuda ha recibido en la herencia de su padre más de lo percibido por ellas, pues dicha limitación no se halla prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de las normas sobre protección de la legítima colectiva.

37 2010, XVI

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO

DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

S. APZ Secc. 5.ª, 30 de mayo de 2008

La «correspectividad» es una de las variedades del testamento mancomunado aragonés. Las disposiciones correspectivas responden a un recíproco condicionante lo que justifica su especial naturaleza. Hay correspectividad cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contraprestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente condición. Es principio general que la correspectividad no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (Ss. APZ 13 de diciembre de 2004 y 11 de mayo de 2005).

44 2010, XVI

- ***INEXISTENCIA***

S. APZ Secc. 5.ª, 30 de mayo de 2008

No se aprecia correspectividad entre la cláusula en la que ambos cónyuges se conceden y reconocen, mutua y recíprocamente, el usufructo universal de viudedad y aquélla en la que instituyen herederos universales a sus tres hijos.

44 2010, XVI

S. JPI Zaragoza n.° 15, 28 de enero de 2008

La correspectividad de las disposiciones otorgadas en testamento mancomunado no se presume. La correspectividad debe ser declarada por las partes; por lo demás, correspectividad no es sinónimo de reciprocidad.

Por ello, no es correspectiva la cláusula de institución de herederos a partes iguales en favor de los hijos del matrimonio establecida en testamento mancomunado aun cuando los testadores se hayan legado el usufructo universal y vitalicio; por ello es válido el testamento otorgado por el supérstite instituyendo heredera de sus bienes a una sola de las hijas del matrimonio.

52 2010, XVI

INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES

- ***SUSTITUCIÓN LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO***

A. APH, 19 de febrero de 2008

El testamento mancomunado en su día otorgado no impide automáticamente la declaración de herederos legales interesada por la vía de los artículos 80.3 y 104 Lsuc. por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibido del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del artículo 216.2 Lsuc. Como dijo la STSJA de 13 de junio de 2007, estas normas establecen la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primeramente fallecido puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares.

14 2010, XVI

S. APZ (Secc. 4.ª), 13 de marzo de 2008

No existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por lo que se desconoce el patrimonio que *ab initio* podía corresponder a la mujer al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado, como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo. Además el caudal hereditario del cónyuge sobreviviente está constituido íntegramente por dinero, el bien ultrafungible por excelencia. Al heredar el sobreviviente al premuerto, se produjo una confusión de patrimonios, y ahora la diferenciación de las respectivas masas patrimoniales es tarea prácticamente imposible. Tratándose de dinero la prueba se torna prácticamente imposible. Y la cuestión no puede resolverse con base en la presunción de con-

sorcialidad, que no opera tras la disolución del matrimonio. A falta de prueba, todo para los herederos del sobreviviente.

42 2010, XVI

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

NULIDAD DE TESTAMENTO

• ***FALTA DE TESTIGOS***

S. JPI Zaragoza n.° 15, 25 de febrero de 2008

El artículo 98 Lsuc. afirma la innecesariedad de la intervención de testigos en el testamento notarial, salvo en los supuestos en los que concurren determinadas circunstancias especiales, como cuando el testador sea ciego, aunque pueda firmar. En estos casos, la falta de la intervención de los testigos vicia de nulidad el testamento.

54 2010, XVI

74: FIDUCIA SUCESORIA

EXTINCIÓN

• ***PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO***

S. APH, 16 de junio de 2008

Como dijimos en las Ss. 24 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, los artículos 147 b) y 148.2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del artículo 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno.

19 2010, XVI

S. APH, 20 de octubre de 2008

Como dijimos en nuestras Ss. de 15 de abril de 2006 y 16 de junio de 2008, los artículos 147 b) y 148.2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible la sustitución por la vía del artículo 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso.

26 2010, XVI

PLAZO

• ***DERECHO TRANSITORIO***

S. APH, 16 de junio de 2008

Como dijimos en la Sentencia de 25 de abril de 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye la aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del artículo129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera. El plazo de caducidad de tres años del artículo 129 debe contarse desde la entrada en vigor de la Lsuc., por lo que finaliza el 23 de abril de 2002, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley.

19 2010, XVI

S. APH, 20 de octubre de 2008

Reiteración de lo dicho en las Ss. APH de 25 de abril de 2006 y 16 de junio de 2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3.ª y 9.ª Lec. en relación con el plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del artículo 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133.1 Lsuc.).

26 2010, XVI

75: LEGÍTIMA

PRETERICIÓN

• *INTENCIONAL*

S. JPI Zaragoza n.° 14, 8 de septiembre de 2008

La actora, hija extramatrimonial del causante y cuya filiación quedó determinada con posterioridad a su fallecimiento, se considera preterida no intencional al no haber sido favorecida por el causante ni durante su vida ni en su sucesión testamentaria. Afirma que no es mención suficiente, a efectos de evitar la preterición, la cláusula testamentaria en la que «lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probase». El Juzgador sostiene que para valorar la cláusula hay que atender al contexto de la situación y se ha demostrado que el causante sí conocía la existencia de esta hija desde hace más de 40 años, pero no la quería reconocer; por ello es evidente que la cláusula estaba pensada para la actora; no habiendo preterición en este caso. Es más, si hubiera preterición en este caso, sería intencional (el causante conocía su existencia) y se aplicaría el artículo 192 Lsuc.

59 2010, XVI

• *MENCIÓN SUFICIENTE*

S. JPI Zaragoza n.° 14, 8 de septiembre de 2008

La actora, hija extramatrimonial del causante y cuya filiación quedó determinada con posterioridad a su fallecimiento, se considera preterida no intencional al no haber sido favorecida por el causante ni durante su vida ni en su sucesión testamentaria. Afirma que no es mención suficiente, a efectos de evitar la preterición, la cláusula testamentaria en la que «lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probase». El Juzgador sostiene que para valorar la cláusula hay que atender al contexto de la situación y se ha demostrado que el causante sí conocía la existencia de esta hija desde hace más de 40 años, pero no la quería reconocer; por ello es evidente que la cláusula estaba pensada para la actora; no habiendo preterición en este caso. Es más, si hubiera preterición en este caso, sería intencional (el causante conocía su existencia) y se aplicaría el artículo 192 Lsuc.

59 2010, XVI

TÍTULO DE ATRIBUCIÓN

• *IMPUGNACIÓN*

S. TS, 14 de noviembre de 2008

El recurrente pretende impugnar la asignación de legítima que su madre hizo en favor de su otra hija, hermana del recurrente, en escritura pública. La Sala afirma que el recurrente carece de legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento, pues no fue parte en la misma, sólo lo fueron su madre doña Marta y su hija Carina, ni ha demostrado aquél el más mínimo interés legítimo en que se declarase la nulidad.

1 2010, XVI

76: SUCESIÓN LEGAL

DECLARACIÓN DE HEREDEROS

• *BIENES TRONCALES Y NO TRONCALES*

S. APT, 29 de enero de 2008

El Auto del JPI de 1997 declara herederas de la causante, que no tiene descendientes ni ascendientes pero sí marido, a sus dos hermanas, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes. La falta de especificación no impide la delación legal de los bienes no troncales a favor del marido conforme a los artículos 135 Comp. y 1944 Cc. En acta notarial de 2004 se declara al marido heredero legal de los bienes no troncales de su esposa. No obstante, las hermanas reclaman en juicio ordinario la totalidad de los bienes de la herencia: sin éxito alguno.

31 2010, XVI

• *CONTRADICCIÓN ENTRE LOS INTERESADOS*

A. APH, 28 de marzo de 2008

De los artículos 980 y 981 Lec. 1981 no se infiere que, habiendo oposición de algún interesado, deba denegarse la declaración de here-

deros como ha hecho el juez de instancia, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial haciendo el juez la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario (art. 981). La declaración no tiene, por tanto, efectos de cosa juzgada; el artículo 1817 Lec. 1981 no resulta de aplicación al juicio de abintestato; para la descripción de la finalidad y esencia de la declaración de herederos legales se remite al Auto APH de 20 de marzo de 1997. En aplicación del artículo 465-2 Lec vigente, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada que acordó denegar la declaración y archivar el procedimiento por existir contradicción entre los interesados, debe resolver sobre la cuestión.

17 2010, XVI

• ***SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO***

A. APH, 16 de junio de 2008

El causante fallece en 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado pacto o testamento, en estado de casado; a su vez, su mujer fallece en 1997, sin descendencia y sin haber otorgado pacto o testamento, siendo declarada judicialmente su heredera legal la Comunidad Autónoma de Aragón. La sucesión del causante se rige por la Comp. y, conforme al artículo 135 Comp. y 944 Cc., a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió. La declaración de que la esposa es la heredera del causante ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial (art. 979 Lec. 1881) y no judicialmente; tampoco puede pretender la Comunidad Autónoma ser declarada heredera del causante.

20 2010, XVI

PROCEDENCIA

• ***INSTITUCIÓN DE LEGATARIO UNIVERSAL***

A. APH, 29 de octubre de 2008

En el testamento otorgado en 1986, en Francia y ante Notario de dicha nacionalidad, la causante instituye legataria universal en la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles que posea tanto en Francia como en España a una sobrina. El Juzgado interpreta que la testadora estaba instituyendo en realidad heredera universal, por lo que no procede abrir la sucesión legal. Añade la Audiencia que aunque se interprete que sólo existe un legado, como es claro que comprende todos los bienes de la testadora a los efectos del artículo 912.2 Cc., aplicable en Aragón en 1991 cuando fallece la causante, tampoco procede la apertura de la sucesión abintestato.

30 2010, XVI

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL

PROPIEDAD

• ***PRESUNCIÓN DE LIBERTAD***

S. APH, 31 de julio de 2008

Quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparada en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia.

22 2010, XVI

83: LUCES Y VISTAS

DERECHO HISTÓRICO

S. APH, 31 de julio de 2008

Según nuestras sentencias de 14 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006, las luces y vistas en las Observancias estaban reguladas también como relación de vecindad. Carácter negativo de este tipo de servidumbres, salvo si hay presencia de un acto obstativo. Criterio recogido expresamente en el párrafo tercero del artículo 14 del Apéndice. En la posesión inmemorial también es necesario el acto obstativo.

21 2010, XVI

FACULTAD DE ABRIR HUECOS

• ***NO EN PARED PROPIA DEL VECINO***

S. APT, 7 de abril de 2008

El régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el artículo 144 Comp. sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia a cualquier distancia de predio ajeno o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.

33 2010, XVI

RÉGIMEN NORMAL

• ***ABUSO DE DERECHO***

S. APT, 22 de febrero de 2008

Los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en los que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante (STS 20 de febrero de 1992). Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría del patio de luces de su propiedad, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja para salvar el hueco de que disponía el actor porque no tiene ninguna obligación de respetar el hueco (SAPZ de 5 de abril de 2004).

32 2010, XVI

S. APT, 16 de octubre de 2008

Con cita y transcripción parcial de las SS. TSJA 31 de marzo de 2004, TS 2 de octubre de 1964 y TSJA de 23 de enero de 2008, sobre el régimen de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas regulado en el artículo 144 Comp., así como de los requisitos necesarios para que el ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir en su terreno tapando los huecos abiertos sobre él pueda considerarse abusivo, llega a la conclusión de que la actuación de los demandados levantando los muros de cierre de su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.

35 2010, XVI

• ***ACTOS MERAMENTE TOLERADOS***

S. APT, 22 de febrero de 2008

La apertura de huecos para luces y vistas es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación (art. 144.3 Comp.), pero es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas abiertos (Ss. TS 2 de octubre de 1964, ATZ 1 de junio de 1979, APZ 11 de julio de 1992).

32 2010, XVI

• ***DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR***

S. APH, 14 de enero de 2008

El vecino tiene derecho a construir en su finca, 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 voladizos 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.

11 2010, XVI

• ***DERECHO TRANSITORIO***

S. APZ Secc. 4.ª, 30 de enero de 2008

Aunque las ventanas existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice, estando sometidas inicialmente a la regulación de la Obs. 6.ª «De aqua pluviali arcenda», que no obligaba a la colocación de reja o red, por la aplicación de la DT 9.ª de la Compilación la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que la obligación de colocar reja y red existe desde la vigencia de dicha Compilación.

39 2010, XVI

• ***FACULTAD DE ABRIR HUECOS***

S. APH, 14 de enero de 2008

El actor es muy libre de tener en su propia finca la 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.

11 2010, XVI

• ***INTERDICTO DE OBRA NUEVA***

S. APH, 14 de enero de 2008

Como decíamos en nuestras Ss. de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguo 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, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así proceda en su caso paralizar la obra que viene a tapar las ventanas. Pero la mera existencia de unas ventanas sin voladizos sobre predio ajeno no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina que haya que proteger.

11 2010, XVI

S. APH, 31 de julio de 2008

Reitera lo dicho en S. 14 de enero de 2008 sobre el proceso de tutela sumaria de la posesión (anterior interdicto de obra nueva para proteger una aparente servidumbre de luces y vistas), si bien la mera existencia de ventanas sin voladizos sobre fundo ajeno, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, salvo que se hubiese realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir.

No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.

21 2010, XVI

• ***PARED MEDIANERA***

S. APH, 18 de abril de 2008

En Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas conforme al artículo 144 Comp.

18 2010, XVI

• ***PRESCRIPCIÓN***

S. APH, 18 de abril de 2008

En nuestras sentencias de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al artículo 1963 Cc., pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, ya que no puede apreciarse de oficio, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.

18 2010, XVI

S. APZ Secc. 4.ª, 30 de enero de 2008

La prescripción extintiva de las acciones reales reguladas en el artículo 1963 Cc. no es de aplicación a la facultad de exigir la colocación de reja y red que establece el artículo 144.2 Comp., acción que es imprescriptible porque, al desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal eludiendo la colocación de protecciones en los huecos abiertos no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de ninguna clase, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1942 Cc. (S. APZ Secc. 5.ª 2 de diciembre de 1992).

39 2010, XVI

S. TSJA, 30 de noviembre de 2009

El presente recurso tiene como objeto determinar si la acción para colocar reja y red

derivada de la disposición contenida en el artículo 144.2 Comp. prescribe o no por el transcurso de 30 años.

La Sala afirma que la prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación. Para que la misma tenga lugar se requiere i) que el titular del derecho no lo ejercite durante cierto tiempo y ii) que dicha inactividad del titular se mantenga frente una perturbación o lesión de su interés. En lo que atañe a la colocación de reja y red no se dan tales supuestos, ya que la no colocación de tales protecciones no son en ningún caso un signo aparente de servidumbre, pase el tiempo que pase; por ello, al no haber lesión al interés del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que no se dan los requisitos de la prescripción: en consecuencia la acción es imprescriptible.

3 2010, XVI

• ***REJA Y RED***

S. APH, 18 de abril de 2008

Las ventanas abiertas a menos de dos metros de la propiedad del vecino deben ser dotadas de las protecciones que requiere el artículo 144 Comp. sin dilación. Los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas.

18 2010, XVI

SERVIDUMBRE

• ***SIGNOS APARENTES***

S. APH, 31 de julio de 2008

No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.

21 2010, XVI

• ***USUCAPIÓN***

S. APH, 14 de enero de 2008

A falta de voladizos sobre predio ajeno, desde la realización de un hecho obstativo impidiendo al vecino construir el dueño de la finca que lo formula 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.

11 2010, XVI

VOLADIZO

• ***SIGNO APARENTE***

S. APH, 24 de octubre de 2008

Voladizo en pared propia o medianera, que caiga sobre fundo ajeno (145 Comp.). Se entiende por voladizo «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» (SAT Zaragoza 11 de diciembre de 1987), con las dimensiones suficientes para permitir asomarse cómodamente sacando el cuerpo por los huecos abiertos, de manera que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos (Ss. APH 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995, APZ 19 de junio de 2000), por lo que no es «voladizo» la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno (Ss. APZ 24 de septiembre de 1998 y 19 de junio de 2000), un voladizo de unos 15 cm. de fondo (SAPH 31 de marzo de 2001), un vierteaguas (ATZ 11 de diciembre de 1985), una puerta (Ss. APH 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y APZ de 19 de junio de 2000), una contraventana (SAPH 31 de mayo de 2005) o un tendedero (Ss. APZ 9 de octubre de 2001 y APH 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006).

27 2010, XVI

84: SERVIDUMBRES

DE CONEXIÓN A RED GENERAL

S. APH, 31 de enero de 2008

La constitución forzosa de la servidumbre sólo podría exigirse cuando la conexión a la red

general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

22 2010, XVI

De paso

- ***Usucapión***

S. APH, 14 de enero de 2008

Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 18 de diciembre de 2006, 19 de noviembre de 1998 y 16 de junio de 1997, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el artículo 147 Comp. El artículo 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.

12 2010, XVI

S. APH, 19 de octubre de 2008

Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 28 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 1997, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el artículo 147 Comp. El artículo 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.

25 2010, XVI

De paso de energía eléctrica

S. APH, 31 de enero de 2008

Es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, quedando el derecho el real incorporado al acervo de la empresa. Las decisiones sobre la servidumbre y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre.

22 2010, XVI

Usucapión

- ***Requisitos***

S. TSJA, 18 de junio de 2010

El artículo 147 Comp. permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a lo que deba entenderse por apariencia, por lo que resulta aplicable el artículo 532 Cc. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior, señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser lo suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener carácter funcional o instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante.

Este último aspecto es clave (sobre todo en el caso de autos), pues de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto de otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para servicio de propio fundo.

7 2010, XVI

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

Facultad moderadora de los tribunales

S. JPI Zaragoza n.º 14, 8 de enero de 2008

Tras valorar conjuntamente toda la prueba practicada y examinando las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se llega a la conclusión de que no existe en el actor un auténtico interés familiar en mantener unido el patrimonio inmobiliario rústico de la familia

sino que su verdadera motivación es la de beneficiarse económicamente con el enorme incremento del precio sufrido por la finca y por la expectativa de, incluso, mayores ganancias, atendiendo al número real de viviendas a construir, finalidad claramente distinta de la perseguida por la institución del retracto de abolorio y que no puede ser amparada judicialmente por lo que, en aplicación de la facultad moderadora del artículo 149.2 Comp., procede desestimar la demanda.

51 2010, XVI

FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA

• ***CONSIGNACIÓN DEL PRECIO***

S. JPI Zaragoza n.º 14, 8 de enero de 2008

El precio que debe consignar el retrayente es la cantidad verdaderamente conocida por él y que, en principio, es el fijado en la escritura pública de compraventa, por lo que se ha de acudir a lo que establezca la certificación del Registro de la Propiedad, además de los gastos ocasionados por la compraventa (art. 1.518 Cc.), pese a que nada diga al respecto la Compilación. La alegación de la demandada de que el retrayente no ha consignado todo el precio porque no ha abonado el IVA no ha lugar, puesto que dicha cantidad no aparece mencionada en la certificación registral, por lo que se ha de entender que en el momento del ejercicio de la acción se había consignado la totalidad del precio satisfecho y conocido en ese momento, debiendo considerarse incluido en la promesa de pago del resto de precio el abono del mencionado impuesto.

51 2010, XVI

• ***PERPETUATIO IURISDICTIONIS***

S. APH, 26 de septiembre de 2008

Desde la presentación de la demanda de retracto de abolorio luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. Poco después de la formalización de la demanda la vendedora otorga contrato de compraventa a favor de los demandantes en el procedimiento de abolorio y en un tercer contrato se dice que con esta compraventa los compradores han ejercitado el derecho de abolorio. En la audiencia previa se quieren introducir en el proceso estos nuevos hechos: las alegaciones complementarias no pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio, tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado, etc.

23 2010, XVI

PLAZO DE EJERCICIO

S. JPI Zaragoza n.º 14, 8 de enero de 2008

En cuanto al tiempo o momento de ejercicio de la acción ha de tenerse en cuenta como plazo inicial del cómputo el de la enajenación del bien, cuando lo que se ejercita es el derecho de retracto, y al no constar la existencia de notificación fechaciente de la venta al actor, el término de 90 días hay que contarlo a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, por lo que en este caso la demanda está presentada dentro de plazo.

51 2010, XVI

2. *Índice acumulado de Jurisprudencia (desde el año I al XVI de la RDCA)*

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
CASA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
CASACIÓN FORAL			
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1.º)	14
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2.º)	1
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	2
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
A. TSJA	22 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	3
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
COMPETENCIA FUNCIONAL			
S. TS	15 de junio de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	2
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Interés casacional			
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
Régimen transitorio			
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
Derecho interregional			
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
Efectos sobre la sucesión			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
Régimen matrimonial legal			
S. APZ (Penal)	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	47
Derecho procesal			
S. TSJA	19 de junio de 2008	2010, XVI	2
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
Derecho transitorio			
Consorcio conyugal: activo (Lrem.)			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
Consorcio conyugal: gestión			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	8
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
Consorcio conyugal: gestión (Lrem.)			
S. JPI Zaragoza n.º 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
Consorcio conyugal: liquidación y división			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Consorcio conyugal: liquidación y división (Lrem.)			
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. JPII Alcañiz n.° 2	23 de septiembre de 2008	2010, XVI	60
Consorcio foral			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	16
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	46
Derecho de sucesiones en general			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Fiducia sucesoria			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003)			
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	8 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	11
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
Ley de sucesiones			
A. APZ	9 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	43
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
A. APZ (secc. 2.ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. JPII Jaca n.º 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Luces y vistas			
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
Testamento mancomunado			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Tutela			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	3
Usufructo vidual			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
Viudedad			
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
Jurisdicción civil			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
Jurisprudencia			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
Ley de caza			
Concepto de «residente»			
S. APH	22 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	15
Concepto de «colindante»			
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
Concepto de «procedencia»			
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11
S. JPII Boltaña	3 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	44
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
Pactos			
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	28
Responsabilidad			
S. APH	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	9
S. APH	11 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	12
S. APH	30 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	13
S. APH	10 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	16
S. APH	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	11

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	31 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	22
S. TSJA	1 de septiembre de 2010	2010, XVI	9
LEY DE COOPERATIVAS			
DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN			
S. TSJA	13 de septiembre de 2010	2010, XVI	10
RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
A. TS	6 de junio de 2006	2007, XIII	1
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
RECURSO GUBERNATIVO			
COMPETENCIA			
A. TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	6
PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN			
A. TSJA	26 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	49
VECINDAD CIVIL			
S. APT	18 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	32
ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL			
S. TS	20 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1.º)	6
S. TS	21 de septiembre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	2
S. APZ Secc. 5.ª	21 de enero de 2008	2010, XVI	37
DE LOS CÓNYUGES			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
FRAUDE DE LEY			
S. TS	14 de septiembre de 2009	2009, XV	1
USUFRUCTO VIDUAL			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	31

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			
DERECHO SUPLETORIO			
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 (VII-VIII)	56
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APH	18 de enero de 2005	2007, XIII	20
S. TSJA	8 de marzo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	4
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
DERECHOS REALES			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1.º)	5
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	19
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	21
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	35
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	23
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	27
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	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	27
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. APT	27 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	28
S. JPII Jaca n.º 2	28 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	26
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
Disposiciones transitorias			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
Familia y sucesiones			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
Obligaciones y contratos			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. APT	14 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	24
Parte general			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. TS	20 de febrero de 1998	1997, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
Remisión estática			
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CÓDIGO CIVIL			
DERECHOS REALES			
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. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
FAMILIA Y SUCESIONES			
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.°)	4
PARTE GENERAL			
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1.º)	2
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	25
COMPILACIÓN			
APLICACIÓN PREFERENTE			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
FIDUCIA			
A. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
COSTUMBRE			
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	1 de febrero de 2005	2007, XIII	14
JUNTA DE PARIENTES			
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
LEGÍTIMA FORMAL			
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1.º)	12
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
PRUEBA			
S. APZ (Secc. 5.ª)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	70
LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL			
RETRACTOS			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PRINCIPIOS			
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
PROPIEDAD SOBRE RIBAZOS O TALUDES			
S. JPII Barbastro	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	70
«STANDUM EST CHARTAE»			
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	39
S. TSJA	13 de septiembre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	2
S. APT	14 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	25
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9
APLICACIÓN DE OFICIO			
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1
ARRENDAMIENTOS			
S. JPII Teruel n.º 1	9 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	43
CLÁUSULA PENAL			
S. JPII Teruel n.º 1	18 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	54
CONTRATO DE OBRA			
S. APT	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	25
CONVENIO REGULADOR			
S. JPII Alcañiz n.º 2	23 de septiembre de 2008	2010, XVI	60
INTERPRETACIÓN DE «CARTAS»			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO			
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	1
S. TSJA	29 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	1
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
Junta de Parientes			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
Límites			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPII Teruel n.º 1	15 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	62
S. APT	19 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	24
Pacto de indivisión			
S. APH	28 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	7
Renta pactada en vivienda de protección oficial			
S. JPII Teruel n.º 2	31 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	27
Tradición jurídica			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
6: PERSONA Y FAMILIA			
62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN			
Conflicto de intereses			
A. TSJA	25 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	7
Del mayor de catorce años			
Capacidad (civil y procesal)			
S. APZ	12 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	48
A. APZ (Secc. 2.ª)	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	30
S. TS	30 de enero de 2008	2008, XIV	1
Representación voluntaria			
S. APH	29 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	16
Incapacitación			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INTERNAMIENTO			
A. APZ Secc. 2.ª	6 de febrero de 2008	2010, XVI	40
A. APZ Secc. 2.ª	12 de marzo de 2008	2010, XVI	41
REHABILITACIÓN DE LA AUTORIDAD FAMILIAR			
EJERCICIO			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de marzo de 2008	2010, XVI	56
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
AUTORIDAD FAMILIAR			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. JPII Ejea n.º 2	3 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	67
S. APT	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	33
CONCEPTO			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
DEBER-DERECHO DE CORREGIR A LOS HIJOS			
A. APZ (Secc. 2.ª)	25 de noviembre de 2008	2010, XVI	50
EJERCICIO			
S. APT	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	20
A. APZ (Secc. 2.ª)	4 de noviembre de 2008	2010, XVI	48
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
PRIVACIÓN			
S. APZ	21 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	37
REGULACIÓN: INAPLICACIÓN ART. 156 CC.			
S. TSJA	19 de marzo de 2009	2009, XV	10
REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MENOR DE 14 AÑOS			
S. JPI Zaragoza n.º 17	10 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	49
RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES			
S. APZ	8 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	33

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS			
A. JPI Zaragoza n.º 14	18 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	7
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD			
S. JPII Ejea n.º 1	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	14
AUTORIDAD FAMILIAR REHABILITADA			
A. JPI Zaragoza n.º 13	5 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	10
A. JPI Zaragoza n.º 13	1 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	15
DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN			
GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS			
S. APH	11 de mayo de 2007	2009, XV	29
S. APZ Secc. 5.ª	10 de enero de 2008	2010, XVI	36
S. APZ (Secc. 2.ª)	22 de abril de 2008	2010, XVI	43
S. APZ (Secc. 2.ª)	17 de junio de 2008	2010, XVI	45
S. TSJA	2 de septiembre de 2009	2009, XV	13
EFECTOS DE LA FILIACIÓN			
DEBERES DE PADRES E HIJOS			
S. APH	25 de octubre de 2007	2009, XV	36
PADRES CON HIJOS MENORES			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	2008, XIV	18
65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN. GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES			
JUNTA DE PARIENTES			
CONSTITUCIÓN JUDICIAL			
A. JPI Zaragoza n.º 14	30 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	50
DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS			
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Fiducia			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Nulidad de acuerdos			
S. JPII Ejea n.º 2	17 de marzo de 2000	2001-2002	52
Tutela			
Capacidad, excusa y remoción			
S. APZ (Secc. 2.ª)	29 de julio de 2008	2010, XVI	47
Disposición de inmuebles de pupilos			
A. TSJA	29 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	50
A. APH	12 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	20
A. PR TSJA	17 de marzo de 1993	1996, II (núm. 1.º)	52
Prelación			
A. APZ	19 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	32
Tutela administrativa			
S. APT	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	31
Desamparo			
S. TSJA	4 de enero de 2010	2009, XV	17
A. TSJA	12 de julio de 2010	2010, XVI	8
Oposición			
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	36
Protección de menores			
S. JPII Teruel n.º 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	51
66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL **661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL**			
Bienes comunes			
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE			
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-XVIII)	69
S. APH (Sala de lo Penal)	11 de diciembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	19
S. APH	24 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	20
S. JPII Monzón n.º 1	7 de febrero de 2006	2008, XIV	49
S. JPI Zaragoza n.º 6	31 de marzo de 2008	2010, XVI	57
LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD (LEY 2/2003)			
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
SEPARACIÓN DE BIENES DE CC.			
S. APZ (Secc. 2.ª)	24 de junio de 2008	2010, XVI	46
VECINDAD COMÚN DE LOS CÓNYUGES			
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
DERECHO SUPLETORIO			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
INOPONIBILIDAD A TERCEROS			
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	33
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	21
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Naturaleza			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
Responsabilidad frente a terceros			
S. JPI Zaragoza núm. 17	2 de febrero de 2007	2009, XV	54
662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO			
Capitulaciones			
Contenido			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
Efectos retroactivos			
S. TSJA	23 de junio de 2004	2003-2004 (IX-X)	5
Eficacia			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
Forma			
S. JPI Zaragoza n.º 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1.º)	8
Inoponibilidad a terceros			
S. APZ	21 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	21
A. APZ	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	38
A. APZ (Secc. 4.ª)	17 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	41
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APZ (Secc. 4.ª)	24 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	43
S. APZ	27 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	70
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2008	2010, XVI	58
Límites			
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
Rescisión			
S. JPII Teruel n.º 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	19
S. APZ	28 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS			
ACOGIMIENTO			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	12
CASAMIENTO A SOBRE BIENES			
S. APZ	9 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	49
COMUNIDAD FAMILIAR			
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
A. APH	2 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	11
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	21
DACIÓN PERSONAL			
S. JPII Fraga	4 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	11
S. APH	22 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	10
S. APH	9 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	13
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPII Monzón	13 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	21
S. APH	10 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	12
JUNTAR DOS CASAS			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
LIBERTAD DE PACTO			
ART. 29 COMP.			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. JPI Zaragoza n.º 2	3 de junio de 1996	1999, V (núm. 1.º)	8
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. APZ	9 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	45
S. APZ (Secc. 4.ª)	20 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	34
ATRIBUCIÓN DE COMUNIDAD			
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RÉGIMEN DE SEPARACIÓN			
S. APZ	20 de mayo de 2005	2007, XIII	44
ALIMENTOS A HIJOS NO COMUNES			
S. APZ (Secc. 4.ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
BIENES COMUNES			
S. JPI Zaragoza n.º 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	15
INEXISTENCIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL TRABAJO DOMÉSTICO			
S. APZ	24 de enero de 2005	2007, XIII	31
REGIDO POR CC.			
S. APZ (Secc. 2.ª)	24 de junio de 2008	2010, XVI	46
RÉGIMEN JURÍDICO			
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
TITULARIDAD DE LOS BIENES			
S. APZ (Secc. 2.ª)	19 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	32
663: CONSORCIO CONYUGAL			
6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
S. APZ	14 de febrero de 2005	2007, XIII	34
BIENES COMUNES			
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	14
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	39
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca n.º 1	28 de abril de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	6
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	40
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. JPI Zaragoza n.º 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. APZ (Secc. 5.ª)	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	46
S. APZ	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	67
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
S. APH	10 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	17
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
Aperos de labranza			
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	26
Bienes muebles			
S. JPI Zaragoza n.º 13	10 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	53
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
Clínica veterinaria			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Contrato de acceso diferido a la propiedad			
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
Derecho de arrendamiento de la vivienda			
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	27
S. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	5
Indemnización por despido			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3
S. TSJA	24 de mayo de 1999	1999, V (núm. 2.º)	1
S. APH	23 de enero de 2007	2009, XV	19
Indemnización por jubilación			
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
Paga extraordinaria			
S. APZ	21 de septiembre de 2005	2007, XIII	50
Participaciones sociales			
S. JPI Zaragoza n.º 14	24 de febrero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	5
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Pensión			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
Plan de pensiones			
S. APZ	8 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	43
Rendimientos de los bienes privativos			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
Bienes privativos			
S. APH	13 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	17
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	14
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. APH	15 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	5
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APZ	28 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	35
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Jaca n.º 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. TSJA	9 de septiembre de 2005	2007, XIII	2
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. TSJA	9 de enero de 2007	2008, XIV	4
S. JPI Zaragoza n.º 17	12 de septiembre de 2007	2009, XV	67
S. TSJA	26 de septiembre de 2007	2008, XIV	10
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
S. APH	23 de enero de 2009	2009, XV	19
Accesión			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
S. APT	4 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	65
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de septiembre de 2007	2009, XV	69
Atribución de privatividad en convenio regulador			
A. TSJA	22 de diciembre de 1993	1996, II (núm. 1.º)	53
Fondo de comercio			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
Gestión			
S. TSJA	15 de marzo de 2007	2007, XIII	12
Indemnización por cese de actividad profesional			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
Indemnización por despido			
S. APH	7 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	7
S. TSJA	28 de septiembre de 2007	2008, XIV	12
Indemnización por fallecimiento de cónyuge			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
Indemnización por incapacidad laboral			
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Indemnización por jubilación			
S. APZ	26 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	33
Inmuebles o sitios aportados al matrimonio			
S. JPI Zaragoza n.º 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	46
S. APZ	12 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	34
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	11
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. APT	31 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	22
S. TSJA	6 de octubre de 2000	2000, VI (núm. 2.º)	4
S. APZ	9 de febrero de 2006	2008, XIV	43
S. APT	24 de octubre de 2006	2008, XIV	37
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Pacto de muebles por sitios			
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
Plan de pensiones			
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. TSJA	1 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	6
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Presunción de muebles por sitios			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
Presunción de privatividad			
S. JPI Zaragoza n.º 8	27 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	61
Retracto			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Seguros sobre la vida			
S. APZ	20 de octubre de 2005	2007, XIII	52
Subrogación real			
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	21
Traspaso de negocio			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Vivienda familiar			
S. APZ	26 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	45
S. APZ	18 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	63
Bienes sitios			
S. APT	7 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	21
Convivencia «more uxorio»			
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Naturaleza			
A. JPII Huesca n.º 2	21 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	63
Presunción de comunidad			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APH	17 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	17 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	15
S. APT	26 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	21
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3
S. APZ	2 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	50
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. TSJA	10 de marzo de 1999	1999, V (núm. 1.º)	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
S. JPII Jaca n.º 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	87
S. JPII Calamocha n.º 1	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	94
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
S. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37
Apéndice			
S. APT	24 de junio de 2008	2010, XVI	34
Límites			
S. APH	20 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	51
Prueba en contrario			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO			
S. APZ	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	36
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
Aspectos procesales			
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	49
A. APZ	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	54
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	28
A. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	14
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	38
Alimentos a hijos no comunes			
S. APZ (Secc. 4.ª)	2 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	34
Alquiler de vivienda familiar			
S. APZ	25 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	46
Crianza y educación de los hijos			
S. TSJA	12 de mayo de 2008	2008, XIV	18
Derecho real sobre la vivienda en pago de ayuda doméstica			
S. JPI Zaragoza n.º 14	31 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	41
Gastos de entierro y funeral			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
Gastos de litigio de un cónyuge			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. APH	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	14
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22
S. APH	20 de abril de 2007	2009, XV	28
S. APH	31 de julio de 2007	2009, XV	34
Gastos de última enfermedad			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	18
Honorarios de abogado			
S. APZ	17 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	68
Levantamiento del velo			
S. APZ	13 de enero de 2006	2008, XIV	39
Responsabilidad			
S. APT	20 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	53
Cargas usufructuarias			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21
Atenciones de los bienes privativos			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de abril de 1997	1999, V (núm. 1.º)	14
Deudas comunes			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	18 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	14
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	9
S. JPII La Almunia	27 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	17
S. JPI Zaragoza n.º 1	14 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	58
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
S. JPII Jaca n.º 1	5 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	43
S. APZ	1 de julio de 2005	2007, XIII	46
S. TSJA	11 de diciembre de 2006	2008, XIV	3
Actividad objetivamente útil a la comunidad			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2008	2010, XVI	58
Cuotas de la comunidad de propietarios			
S. APH	29 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	8
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	56
S. APZ	12 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	39
S. APZ	22 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	43
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. TSJA	14 de junio de 2009	2009, XV	11
Deuda tributaria			
S. JPII Teruel n.º 1	13 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	19
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Donaciones			
S. APH	12 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	5
Ejecución sobre bienes comunes			
A. JPI Zaragoza n.º 14	19 de mayo de 2006	2008, XIV	55
Nivel de vida familiar			
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
Prueba			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. APH	29 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	13
S. APZ	22 de julio de 2005	2007, XIII	48
Sanciones tributarias			
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
Deudas de gestión			
S. APZ	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	32
S. TSJA	20 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	4
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	25
S. APZ	20 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	28
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	29
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza n.º 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	47
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. APZ	27 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	42
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Deudas privativas			
S. APZ	10 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	33
S. APH	24 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	14
A. APZ	19 de enero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	26
A. APZ (Secc. 2.ª)	28 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	45
S. APZ	4 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	62
Aplicación del art. 1373 Cc.			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	22
A. APZ (Secc. 4.ª)	18 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	42
Continuación del embargo tras la liquidación			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Derivadas del ejercicio del comercio			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31
Deudas anteriores al matrimonio			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
Deudas del juego			
S. APZ	24 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	7
S. TSJA	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	3
Embargo de bienes comunes			
S. APZ	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	28
S. APZ	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	34
S. JPI Zaragoza n.º 2	23 de junio de 2006	2008, XIV	58
Estimación judicial de la petición de disolución			
S. APZ	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	31

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Responsabilidad de los administradores sociales			
S. TSJA	7 de julio de 2003	2003-2004 (IX-X)	1
Responsabilidades penales			
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
Tercería de dominio			
S. JPI Zaragoza n.º 14	25 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	14
Vivienda habitual			
S. TS	18 de febrero de 1995	1996, II (núm. 1.º)	5
Reintegros y reembolsos			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	57
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
S. APZ	25 de mayo de 2005	2007, XIII	45
S. JPI Zaragoza n.º 6	20 de febrero de 2008	2010, XVI	53
Responsabilidad de los bienes comunes			
Después de la disolución de la comunidad legal			
A. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
Responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes			
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	65
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	5 de julio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	4
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	57
S. JPI Zaragoza n.º 14	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	76
S. JPII La Almunia	16 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	22
S. APZ	14 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	33
Antes de la reforma de 1985			
S. JPI Zaragoza n.º 3	10 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	47
Bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión de un cónyuge			
S. TSJA	25 de marzo de 1992	1995, I (núm. 1.º)	6
S. TSJA	10 de abril de 1995	1996, II (núm. 1)	2
S. JPI Zaragoza n.º 17	9 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	54
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
Consentimiento tácito			
S. APZ	7 de febrero de 2005	2007, XIII	33
Defensa de bienes y derechos			
S. JPI Zaragoza n.º 13	8 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	61
S. APZ	16 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	44
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de mayo de 2005	2007, XIII	60
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de mayo de 2007	2009, XV	57
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de mayo de 2007	2009, XV	60
Inoponibilidad			
S. JPII Monzón n.º 2	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	88
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	13
Bienes en copropiedad			
S. TSJA	13 de febrero de 1992	1995, I (núm. 1.º)	5
Gestión de los bienes privativos			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Derecho expectante			
S. APH	29 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	13
Legitimación pasiva			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
Reinversión en el negocio privativo			
S. TSJA	9 de mayo de 2000	2000, VI (núm. 1.º)	1
Responsabilidad			
S. APZ	11 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
Vivienda familiar			
S. JPII Jaca n.º 2	1 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	18
S. APH	25 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	16
S. APT	23 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	27
Legado de bienes consorciales			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPI Teruel n.º 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14
6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL			
Causas			
S. APZ	19 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	37
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
Separación de hecho			
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de septiembre de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	69
S. JPI Zaragoza n.º 14	28 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	48
Comunidad posconsorcial			
S. TSJA	24 de mayo de 1902	2001-2002 (VII-VIII)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APZ	20 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	38
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
Adquisición de bienes			
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
Bienes comunes			
S. JPII Calatayud n.º 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
Derecho de uso de la vivienda familiar			
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	110
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
Disposición de bienes comunes			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
S. APZ	16 de enero de 2006	2008, XIV	40
S. APT	19 de julio de 2006	2008, XIV	36
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
Embargo de bienes comunes			
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
Liquidación			
A. APH	29 de octubre de 2007	2009, XV	37
Naturaleza			
A. APZ	16 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	49
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	14
A. APZ	14 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	31
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
S. JPI Zaragoza n.º 12	22 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	55
S. APZ	19 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	70
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Pasivo			
S. APZ	22 de marzo de 2005	2007, XIII	41
S. APH	6 de septiembre de 2007	2009, XV	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Régimen jurídico			
S. TSJA	20 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	1
Convenio matrimonial			
S. APH	16 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	22
Disolución por causa distinta de la muerte ***Alimentos***			
S. APH	29 de febrero de 2008	2010, XVI	15
Divorcio			
S. JPII Teruel n.º 1	31 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	70
Embargo de bienes comunes por deudas privativas ***Aplicación del art. 1.373 Cc.***			
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
S. JPII Calatayud n.º 2	26 de noviembre de 2007	2009, XV	71
Fecha de la disolución			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. JPI Zaragoza n.º 6	10 de septiembre de 1996	1999, V (núm. 1.º)	9
S. APZ	2 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	78
Previa separación de hecho			
S. APZ	5 de abril de 2006	2008, XIV	47
Retroacción de efectos			
S. JPII Calamocha n.º 1	28 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	96

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES			
DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	51
ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS			
S. APZ	24 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	47
SEPARACIÓN LEGAL			
S. APH	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	18
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	19
LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
A. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	19
MEDIDAS PROVISIONALES			
A. JPII Ejea n.º 1	27 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	30
RESPONSABILIDAD POR DEUDAS			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	50
USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
S. JPI Zaragoza n.º 6	21 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	46
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
S. TSJA	14 de junio de 2007	2008, XIV	8
ACTIVO			
USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
S. APH	9 de noviembre de 2006	2008, XIV	31
AVENTAJAS			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
DERECHO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Finalidad			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
Inaplicación del art. 1.321 Cc.			
S. APZ	19 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	35
Compatibilidad con la viudedad			
A. JPI Zaragoza n.º 14	28 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	101
Competencia			
S. APZ	24 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	39
S. APZ	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	43
A. APZ	4 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	37
S. JPI Zaragoza n.º 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	57
S. APH	28 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	14
S. TSJA	26 de febrero de 1999	1999, V (núm. 1.º)	4
Contractual			
S. JPI Zaragoza n.º 13	18 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	57
S. JPII Jaca n.º 2	22 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	25
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
S. APZ	2 de julio de 2007	2009, XV	48
Documento privado			
S. APH	19 de marzo de 2007	2009, XV	24
Efecto de cosa juzgada			
S. APH	19 de diciembre de 2008	2010, XVI	29
Las deudas comunes tras la división			
S. APH	27 de marzo de 2008	2010, XVI	16
Rescisión por lesión			
S. APH	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	21
S. TSJA	20 de octubre de 2006	2007, XIII	11

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CONVIVENCIA «MORE UXORIO»			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
A. JPII Ejea n.º 2	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	64
DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO			
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
DEUDAS COMUNES TRAS LA DIVISIÓN			
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	35
A. APZ	28 de marzo de 2006	2008, XIV	46
DIVISIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 13	10 de febrero de 1997	2000, VI (núm. 1.º)	2
EMBARGO DE BIENES COMUNES ADJUDICADOS AL CÓNYUGE NO DEUDOR			
S. APZ	30 de diciembre de 2005	2007, XIII	55
FALTA DE PRUEBA DE LA CONDICIÓN CONSORCIAL DE LA DEUDA			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
INVENTARIO			
S. TSJA	23 de marzo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	10
S. JPII Fraga	26 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	21
S. JPII Teruel n.º 1	12 de julio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	69
S. TSJA	29 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	3
S. APZ	7 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	30
A. APH	15 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	14
S. TSJA	6 de octubre de 1999	1999, V (núm. 2.º)	3
S. JPII Boltaña	20 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	42
S. APH	19 de enero de 2005	2007, XIII	21
CONCEPTO			
S. APH	28 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	21

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Contenido			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
S. APZ	27 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	40
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	38
S. APZ	18 de marzo de 2005	2007, XIII	40
S. APZ	17 de noviembre de 2005	2007, XIII	53
De dinero o partidas dinerarias			
S. APH	29 de febrero de 2008	2010, XVI	15
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
Fijación de la postura de las partes			
S. APH	30 de septiembre de 2008	2010, XVI	24
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
Prueba			
S. TSJA	11 de mayo de 2005	2005-2006 (XI-XII)	5
Recurso de Casación			
A. TSJA	14 de mayo de 2010	2010, XVI	4
Valoración de los bienes			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
S. APT	1 de marzo de 2005	2007, XIII	17
S. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	45
Legitimación pasiva			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
Liquidación de varias comunidades			
S. APZ	13 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	75
Liquidación ordinaria			
Reintegros y reembolsos			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APZ	10 de abril de 1996	1997, III (núm. 2.º)	22

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Huesca n.º 2	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	28
S. APT	27 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	26
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
S. APH	28 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	12
S. APZ	21 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	39
A. APZ (Secc. 4.ª)	9 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	33
S. APH	23 de enero de 2007	2009, XV	19
LIQUIDACIÓN POR EL CÓNYUGE FIDUCIARIO			
A. Pres. TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1.º)	47
PARTICIÓN JUDICIAL			
EJECUCIÓN			
A. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	84
PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN			
S. JPI Zaragoza n.º 6	12 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	55
PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD			
REINTEGROS Y REEMBOLSOS			
S. APZ (Secc. 4.ª)	12 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	38
PROCEDIMIENTO			
S. JPII Monzón	15 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	44
S. APH	5 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	11
A. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	10
S. APH	7 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	17
S. APH	18 de enero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	16
S. APH	25 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	25
FASES DE LA LIQUIDACIÓN			
S. APH	17 de noviembre de 2008	2010, XVI	28
NATURALEZA Y EFECTOS			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68
RÉGIMEN SUPLETORIO			
APLICACIÓN DEL ART. 1.061 CC.			
S. APZ	21 de enero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	68

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Aplicación del art. 1.062 Cc.			
S. APH	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	61
Renuncia			
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
Responsabilidad de los bienes comunes			
Deudas comunes			
A. Pres. TSJA	24 de diciembre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	51
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	9
S. APZ	5 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	30
67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA			
Bienes comunes			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
Cargas y deudas comunes			
Obligaciones del cónyuge fallecido			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
Compatibilidad con la viudedad			
S. APH	8 de agosto de 2000	2001-2002	17
Cuándo tiene lugar			
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
S. APZ	31 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	41
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
Continuación con los descendientes			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
Disolución y división			
Partición en testamento del viudo			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
68: VIUDEDAD			
681: DISPOSICIONES GENERALES			
EXTINCIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 4	27 de septiembre de 2005	2007, XIII	62
S. APH	5 de octubre de 2006	2008, XIV	29
FUENTES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
INTERPRETACIÓN			
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
LIMITACIONES			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	27
S. JPII Teruel n.º 1	18 de marzo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	13
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
DESCENDENCIA ANTERIOR			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
NATURALEZA			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
PRINCIPIOS			
S. TSJA	11 de julio de 1994	1995, I (núm. 1.º)	13
PRIVACIÓN			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
PUBLICIDAD			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
RENUNCIA			
S. APZ	14 de julio de 2006	2008, XIV	48

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD			
BIENES AFECTOS			
COMIENZO DE LA AFECCIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
S. APH	5 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	19
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
S. APH	10 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	10
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	33
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
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
S. APH	8 de junio de 2005	2007, XIII	25
ABUSO DE DERECHO			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
S. TSJA	30 de octubre de 1996	1997, III (núm. 1.º)	2
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de noviembre de 2005	2007, XIII	63
PENSIÓN COMPENSATORIA			
S. JPII Tarazona	18 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Por decisión judicial			
A. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	44
Fuentes			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	18
Naturaleza			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
A. APZ	27 de marzo de 2007	2009, XV	44
Renuncia			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
Analogía			
S. APZ	7 de febrero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	20
No es precisa en la disolución de condominio			
A. Pres. TSJA	22 de octubre de 1992	1996, II (núm. 1.º)	48
Requisitos			
S. TSJA	2 de diciembre de 2005	2007, XIII	4
Sobre bienes litigiosos			
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. JPII Boltaña	7 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	25
683: USUFRUCTO VIDUAL			
S. TSJA	10 de junio de 2010	2010, XVI	6
Acción de desahucio por precario			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de mayo de 2007	2009, XV	58
Comienzo y extensión			
S. TSJA	18 de septiembre de 2008	2009, XV	5

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
CONDICIÓN DE ARRENDADOR			
S. JPII Alcañiz n.º 2	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	91
DERECHO SUPLETORIO			
S. JPII Calamocha n.º 1	4 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	97
REPARACIONES			
S. APZ	14 de febrero de 2006	2008, XIV	44
ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
A. JPI Zaragoza n.º 14	26 de mayo de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	8
A. APZ (Secc. 4.º)	11 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	47
S. TSJA	24 de septiembre de 2003	2003-2004 (IX-X)	2
S. JPI Zaragoza n.º 17	10 de julio de 2007	2009, XV	73
DIVISIÓN DE COSA COMÚN			
S. TSJA	5 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	4
S. TSJA	18 de noviembre de 2009	2009, XV	15
USUFRUCTO DE DINERO			
S. JPI Zaragoza n.º 3	17 de mayo de 2007	2009, XV	59
S. JPI Zaragoza n.º 14	29 de mayo de 2007	2009, XV	63
EXTENSIÓN			
CONSORCIO FORAL			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
EXTINCIÓN			
S. APZ	18 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	40
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
S. TSJA	21 de diciembre de 2005	2007, XIII	6
ACCIÓN DE DIVISIÓN			
S. APZ (Secc. 4.ª)	10 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	28
ANALOGÍA			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	2
CADUCIDAD			
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
CAMBIO DE VECINDAD CIVIL			
S. AP Valencia	10 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	31
NEGLIGENCIA GRAVE			
S. JPII Calamocha	12 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	20
S. APT	6 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	24
S. TSJA	27 de septiembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	11
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
PRESCRIPCIÓN			
S. APH	20 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	8
S. JPI Zaragoza n.º 2	11 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	23
RENUNCIA			
S. AP Barcelona	23 de marzo de 1994	1997, III (núm. 2.º)	2
S. APZ	26 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	42
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
S. APH	30 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	17
RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTOS			
S. APH	28 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	4
VIDA MARITAL ESTABLE			
S. JPI Zaragoza n.º 13	15 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	10

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. AP Lleida	17 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	39
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
S. APZ	4 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	76
Inalienabilidad e inembargabilidad			
A. Pres. TSJA	7 de marzo de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	1
S. APH	22 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	16
Interdicto de adquirir			
Legitimación			
S. JPI Zaragoza n.º 12	4 de noviembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	21
Intervención de los nudo propietarios			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
Inventario y fianza			
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Posesión de los propietarios			
S. TSJA	12 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	1
Sanción de la falta de inventario			
S. JPII Huesca n.º 2	14 de mayo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	67
Transformación del usufructo			
S. APZ	2 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	35
S. APZ (Secc. 5.ª)	9 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	37
Usufructo de dinero			
S. JPI Zaragoza n.º 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	20
S. APT	21 de enero de 2000	2001-2002	29
S. APH	21 de marzo de 2000	2001-2002	19
Usufructo de la nuda propiedad			
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	52
A. APH	25 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS			
S. TSJA	27 de febrero de 2006	2007, XIII	8
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY			
S. JPI Zaragoza n.º 14	18 de febrero de 2005	2007, XIII	57
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD			
LEGITIMACIÓN			
A. JPI Zaragoza n.º 14	15 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	59
EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA			
S. APZ	2 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	66
COMPENSACIÓN ECONÓMICA			
S. JPI Zaragoza n.º 14	12 de mayo de 2005	2008, XIV	53
S. APH	31 de julio de 2007	2009, XV	34
PACTOS			
S. APZ	7 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	34
VIVIENDA			
S. APH	12 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	19
PACTO TÁCITO DE COMUNIDAD DE BIENES			
S. APZ (Secc. 5.ª)	21 de noviembre de 2008	2010, XVI	49
RÉGIMEN ECONÓMICO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	12 de mayo de 2005	2008, XIV	53
TESTAMENTO			
INEFICACIA			
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE			
711: DISPOSICIONES GENERALES			
ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA			
S. JPI Zaragoza n.º 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Gastos de entierro y funeral			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	44
Herencia yacente			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2006	2008, XIV	66
Ley aplicable			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	34
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
A, APH	29 de diciembre de 2008	2010, XVI	30
Vecindad civil			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
Modos de delación			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
Ordenación voluntaria de la sucesión			
Límites			
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
Petición de herencia			
Prescripción			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
S. APZ	26 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	39
Querella			
A. J.INS. Zaragoza n.º 4	23 de julio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	16
Seguro de vida			
Herederos legítimos			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
712: CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER			
Momento			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
Persona determinada			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
713: SUSTITUCIÓN LEGAL			
ÁMBITO DE APLICACIÓN			
S. APT	7 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	30
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
SUCESIÓN INTESTADA			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	4
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APZ (Secc. 5.ª)	15 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	49
LÍMITE DE LLAMAMIENTOS			
A. APH	20 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	4
A. APZ	1 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	36
A. JPI Zaragoza n.º 10	6 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	60
SUCESIÓN LEGAL			
A. APH	11 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	24
COMPILACIÓN			
A. APH	28 de marzo de 2008	2010, XVI	17
SUSTITUCIÓN VULGAR			
S. APH	13 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	18
714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
S. APZ	17 de febrero de 2005	2007, XIII	35
S. TSJA	10 de octubre de 2007	2008, XIV	5
ACEPTACIÓN			
FORMAS			
A. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2
ACEPTACIÓN TÁCITA			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de febrero de 2005	2007, XIII	58

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
CARACTERES			
A. TSJA	10 de mayo de 2007	2009, XV	2
DERECHO TRANSITORIO			
A. APZ	21 de febrero de 2006	2008, XIV	45
INTERPELACIÓN			
S. APH	19 de febrero de 2007	2009, XV	22
JUZGADO COMPETENTE			
A. JPI Zaragoza n.º 16	27 de septiembre de 2006	2008, XIV	62
PROCEDIMIENTO			
S. APH	19 de abril de 2007	2009, XV	27
PRUEBA			
S. JPII Tarazona	15 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	12
RENUNCIA TRASLATIVA			
S. JPI Zaragoza n.º 17	22 de diciembre de 2005	2007, XIII	65
715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO			
S. JPI Zaragoza n.º 13	19 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	40
S. APZ	4 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	45
S. APZ	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	29
S. APZ	11 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	31
A. APZ (secc. 4.ª)	22 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	36
CARGAS HEREDITARIAS			
GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL			
S. JPI Zaragoza n.º 8	11 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	55
S. JPI Zaragoza n.º 14	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	104
CONFUSIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 14	22 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	13
RESPONSABILIDAD POR LEGADOS			
S. APZ	18 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	37

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
SUCESIÓN PROCESAL			
A. APH	29 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	18
716: COLACIÓN Y PARTICIÓN			
S. TS	16 de febrero de 1996	1997, III (núm. 1.º)	5
S. JPI Zaragoza n.º 14	27 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	20
S. APZ	6 de julio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	37
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15
S. APT	8 de junio de 2002	2003-2004 (IX-X)	56
LEGÍTIMAS			
INOFICIOSIDAD DE DONACIONES			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO			
S. JPII Jaca n.º 2	15 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	24
PARTICIÓN JUDICIAL			
INVENTARIO			
S. APH	10 de marzo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	58
PROBLEMAS PROCESALES			
S. APZ	7 de marzo de 2005	2007, XIII	39
VOLUNTARIEDAD			
S. JPII Calamocha	5 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	10
717: CONSORCIO FORAL			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
S. APZ	22 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	46
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55
DERECHO INTERREGIONAL			
R. DGRN	13 de noviembre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	9
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DERECHO TRANSITORIO			
S. JPII Tarazona	16 de mayo de 1997	1999, V (núm. 1.º)	16
S. APZ	23 de enero de 2006	2008, XIV	41
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
S. JPI Zaragoza n.º 12	28 de febrero de 2008	2010, XVI	55
DISOLUCIÓN			
S. APT	10 de septiembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	57
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
ACUERDO DE TODOS LOS CONSORTES			
S. APZ	10 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	79
S. TSJA	5 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	9
EFECTOS			
ACRECIMIENTO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
S. JPII Tarazona	5 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	56
S. JPI Zaragoza n.º 4	12 de junio de 2006	2008, XIV	57
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de enero de 2008	2010, XVI	38
***PROHIBICIÓN DE DISPONER* MORTIS CAUSA**			
S. 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
S. JPII Monzón	17 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	60
ELEMENTO OBJETIVO			
A. APZ	1 de febrero de 2006	2008, XIV	42
EXTINCIÓN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
DERECHO SUPLETORIO			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
FORMA			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7

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
NACIMIENTO			
«PROINDIVISO»			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
NATURALEZA			
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
S. APZ	23 de mayo de 2007	2009, XV	46
ORIGEN			
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
S. JPII Tarazona	18 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	24
PARTICIÓN			
S. APT	2 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	28
S. APH	13 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	7
USUFRUCTO VIDUAL			
COMPATIBILIDAD			
S. TSJA	10 de marzo de 2009	2009, XV	9
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
CONDICIONES VÁLIDAS			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2007	2009, XV	72
DESIGNACIÓN DE SUCESOR			
INSTITUCIÓN EN EL USUFRUCTO			
A. APZ	19 de junio de 2007	2009, XV	47
LEGADOS			
ADQUISICIÓN			
S. APH	9 de febrero de 2007	2009, XV	20
DE BIENES CONSORCIALES			
S. TS	28 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	6
S. APH	25 de junio de 2005	2007, XIII	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	19 de diciembre de 2006	2008, XIV	32
S. JPII Teruel n.º 2	10 de enero de 2007	2009, XV	52
S. TSJA	26 de noviembre de 2007	2008, XIV	14
Derecho aplicable			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA			
721: DISPOSICIONES GENERALES			
Capacidad para testar			
S. JPI Zaragoza n.º 14	20 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	107
Inexistencia de reserva de bienes			
S. APZ (Secc. 5.ª)	21 de enero de 2008	2010, XVI	37
Interpretación del testamento			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
S. JPII Huesca n.º 2	25 de mayo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	56
S. APH	5 de septiembre de 2006	2008, XIV	28
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
Testamento unipersonal			
Inexistencia de correspectividad			
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
722: TESTAMENTO MANCOMUNADO			
S. TS	24 de octubre de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	12
Disposiciones correspectivas			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	51
S. APZ	4 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	27
S. APH	28 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	18
S. APZ (Secc. 5.ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Inexistencia			
A. Pres. TSJA	22 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	6
S. JPI Zaragoza n.º 2	6 de octubre de 2006	2008, XIV	63
S. JPI Zaragoza n.º 15	28 de enero de 2008	2010, XVI	52
S. APZ (Secc. 5.ª)	30 de mayo de 2008	2010, XVI	44
Impugnación de las disposiciones del testador vivo			
S. JPI Zaragoza n.º 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
Incapacidad de uno de los testadores			
S. JPI Zaragoza n.º 17	18 de mayo de 2006	2008, XIV	54
Institución recíproca entre otorgantes			
Pacto al más viviente			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	24
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15
A. APZ	27 de abril de 1997	1999, V (núm. 2.º)	39
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17
A. JPI Zaragoza n.º 7	15 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	12
A. JPII Monzón	20 de octubre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	19
S. APZ (Secc. 5.ª)	13 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	40
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
S. APZ	25 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	71
S. TSJA	30 de septiembre de 2005	2005-2006 (XI-XII)	12
S. JPII Teruel n.º 2	22 de diciembre de 2006	2008, XIV	69
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
S. APH	13 de octubre de 2006	2008, XIV	30
A. APH	19 de febrero de 2008	2010, XVI	14
S. APZ (Secc. 4.ª)	13 de marzo de 2008	2010, XVI	42
S. TSJA	1 de diciembre de 2008	2009, XV	6

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
A. TSJA	30 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	7
NULIDAD			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	54
PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
REVOCACIÓN			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
S. APZ	19 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	44
S. TS	1 de julio de 1996	1997, III (núm. 1.º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	28
S. JPI Zaragoza n.º 12	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	108
DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS			
S. JPI Zaragoza n.º 10	7 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	102
723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS			
DEFECTOS NO INVALIDANTES			
REGULACIÓN: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 687 CC.			
S. TSJA	5 de octubre de 2009	2009, XV	14
INEFICACIA			
APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 123 LSUC.			
S. JPI Zaragoza n.º 12	8 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	105
S. APZ	13 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	82
S. TSJA	20 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	8
LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN			
INADMISIBILIDAD DE VENIR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS			
S. TSJA	10 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	14
S. JPI Zaragoza n.º 17	6 de noviembre de 2006	2008, XIV	64

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA			
S. APH	8 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	49
NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA			
PRESCRIPCIÓN			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
NULIDAD DE TESTAMENTO			
COACCIÓN			
S. APZ	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	29
CONDICIONES			
S. JPI Zaragoza n.º 17	28 de noviembre de 2007	2009, XV	72
ERROR EN LA PERSONA			
S. TSJA	26 de febrero de 2009	2009, XV	8
FALTA DE CAPACIDAD NATURAL			
S. APZ	14 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	51
S. APH	30 de marzo de 2007	2009, XV	26
S. TSJA	5 de octubre de 2009	2009, XV	14
FALTA DE TESTIGOS			
S. JPI Zaragoza n.º 15	25 de febrero de 2008	2010, XVI	54
INIDONEIDAD DE UN TESTIGO			
S. APZ	21 de febrero de 2007	2009, XV	42
USUCAPIÓN DE LAS COSAS POSEÍDAS			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
73: SUCESIÓN PACCIONADA			
CONTENIDO			
LÍMITES			
S. JPII Monzón	19 de diciembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	24
DONACIÓN *MORTIS CAUSA*			
S. APH	14 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
FORMA			
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	4
HEREDAMIENTO DE CASA ARAGONESA			
S. TSJA	9 de noviembre de 1991	1995, I (núm. 1.º)	4
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
HIJOS NO HEREDEROS			
LA DOTE PACTADA PREVALECE SOBRE LA DEL ART. 109			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
INSTITUCIÓN PARA DESPUÉS DE LOS DÍAS			
DISPOSICIÓN DE LOS BIENES ENTRE VIVOS			
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
MODIFICACIÓN			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO			
CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA			
S. JPII Ejea n.º 2	28 de junio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	16
PACTO AL MÁS VIVIENTE			
S. TSJA	29 de mayo de 1991	1995, I (núm. 1.º)	3
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15
BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
BIENES TRONCALES			
S. TSJA	13 de junio de 2007	2008, XIV	7
FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE			
S. APT	30 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	24
A. APH	2 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	15

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
A. JPI Zaragoza n.º 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	11
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	29
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Frutos y rentas de los bienes que quedaren			
S. JPI Zaragoza n.º 2	18 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	13
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Naturaleza del llamamiento del 108.3 comp.			
S. TSJA	13 de junio de 2007	2008, XIV	7
Problemas procesales			
S. APZ	4 de mayo de 2005	2007, XIII	42
Reversión			
A. APH	18 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	14
Pacto de Presente			
Efectos			
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
S. APH	16 de febrero de 2005	2007, XIII	22
Convivencia familiar			
S. APH	16 de mayo de 2001	2003-2004 (IX-X)	14
Validez			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. APH	5 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	4
S. TSJA	21 de junio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	7

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
74: FIDUCIA SUCESORIA			
CÓNYUGE FIDUCIARIO			
DISPOSICIÓN HABIENDO LEGITIMARIOS			
A. Pres. TSJA	3 de enero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	5
A. Pres. TSJ Cataluña	7 de febrero de 2001	2000, VI (núm. 2.º)	6
EJECUCIÓN			
S. APH	14 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	2
LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO CONYUGAL			
A. Pres. TSJA	3 de octubre de 1989	1996, II (núm. 1.º)	47
S. APH	17 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	12
NATURALEZA			
S. TS	20 de febrero de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	1
PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO			
S. APH	17 de febrero de 2001	2003-2004 (IX-X)	10
DELACIÓN			
CAPACIDAD SUCESORIA			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
DERECHO FISCAL			
S. TSJA	21 de abril de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	15
EJERCICIO FRAUDULENTO			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	60
EXTINCIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 10	15 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	62
S. TSJA	24 de mayo de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	10
S. JPI Zaragoza n.º 2	22 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	53
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
MUERTE DEL FIDUCIARIO			
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Nuevas nupcias del fiduciario viudo			
S. JPII Huesca n.º 2	21 de febrero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	4
Pérdida de la condición de fiduciario			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
Renuncia a la herencia			
S. APZ	1 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	73
Separación de hecho			
S. JPI Zaragoza n.º 14	14 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	2
Fiducia colectiva			
Composición			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
Constitución			
S. APH	30 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	15
S. TSJA	13 de junio de 1995	1996, II (núm. 1.º)	3
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	8
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Ejecución			
S. APH	24 de mayo de 2005	2007, XIII	24
S. TSJA	13 de febrero de 2006	2007, XIII	7
Extinción			
S. JPII Jaca n.º 2	29 de julio de 2005	2007, XIII	61
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Fiduciarios no determinados			
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Fijación de plazo			
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Nulidad del acto de ejecución			
S. JPII Huesca n.º 1	3 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	53
S. APH	25 de enero de 2001	2003-2004 (IX-X)	9
S. TSJA	29 de septiembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	3
S. APH	25 de noviembre de 2005	2007, XIII	29
Renuncia al cargo			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
A. APH	4 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	8
A. APH	25 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	24
Subsistencia			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
S. APH	20 de abril de 1998	1999, V (núm. 2.º)	7
Fiducia colectiva			
Plazo			
S. APH	25 de abril de 2006	2008, XIV	24
Forma			
Ejercicio provisional			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
Nulidad			
S. JPII Huesca n.º 3	14 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	62
Herencia pendiente de asignación			
S. TSJA	29 de septiembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	8
S. TSJA	21 de mayo de 1993	1995, I (núm. 1.º)	11
Litisconsorcio			
S. TS	18 de marzo de 2003	2003-2004 (IX-X)	8
Irrevocabilidad del pacto de fiducia			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
PLAZO			
S. TSJA	26 de enero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	2
DERECHO TRANSITORIO			
S. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	19
S. APH	20 de octubre de 2008	2010, XVI	26
SISTEMA DE FUENTES			
A. Pres. TSJA	19 de noviembre de 1997	1997, III (núm. 2.º)	1
SITUACIÓN DE PENDENCIA			
OBLIGACIONES Y CARGAS			
S. TSJA	10 de marzo de 2006	2007, XIII	10
75: LEGÍTIMA			
DESHEREDACIÓN			
S. APT	28 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	29
DE LOS HIJOS			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
DEL CÓNYUGE SEPARADO LEGALMENTE			
S. APT	2 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	25
EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN ABSOLUTA			
S. JPI Zaragoza n.º 2	19 de febrero de 2007	2009, XV	55

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Sin causa legal			
S. JPI Zaragoza n.º 17	9 de febrero de 2007	2008, XIV	50
S. JPI Zaragoza n.º 2	19 de febrero de 2007	2009, XV	55
Imputación a la legítima			
S. JPII Teruel n.º 1	14 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	56
Legítima colectiva			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
S. JPI Zaragoza n.º 17	15 de julio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	52
A. APZ	10 de octubre de 2005	2007, XIII	51
Inoficiosidad de donaciones			
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	63
No discriminación por matrimonio			
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34
Lesión de la legítima			
S. APZ (Secc. 5.ª)	14 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	36
S. JPI Zaragoza n.º 17	12 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	98
Renuncia a la acción: Forma			
S. TSJA	30 de enero de 2008	2008, XIV	16
Usufructo vidual			
S. APZ	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	30
S. APZ	16 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	27
Preterición			
S. TSJA	30 de septiembre de 1993	1995, I (núm. 1.º)	12
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
S. JPII Teruel n.º 1	14 de junio de 1995	1995, I (núm. 1.º)	56
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms.1.º y 2.º)	71
S. APT	21 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	19
S. TSJA	11 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 1.º)	2
S. APZ	21 de enero de 1999	1999, V (núm. 2.º)	34

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
Inexistencia			
S. JPII Daroca	15 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	48
Intencional			
S. JPI Zaragoza n.º 17	13 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	106
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
Mención suficiente			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms.1.º y 2.º)	71
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de septiembre de 2008	2010, XVI	59
No intencional			
S. JPI Zaragoza n.º 17	23 de mayo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	51
Plazo			
S. APH	27 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	11
Sentido funcional			
S. JPI Zaragoza n.º 2	14 de septiembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	71
Título de atribución			
Impugnación			
S. TS	14 de noviembre de 2008	2010, XVI	1
76: SUCESIÓN LEGAL			
Bienes troncales de abolorio			
Concepto			
S. APZ	20 de marzo de 2007	2009, XV	43
S. TSJA	1 de octubre de 2007	2008, XIV	13
Declaración de herederos			
S. AP Barcelona	20 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	38
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	64
Bienes troncales			
A. APH	17 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	17

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
Bienes troncales y no troncales			
A. JPII Monzón n.º 2	10 de abril de 2006	2008, XIV	52
S. APT	29 de enero de 2008	2010, XVI	31
Contradicción entre los interesados			
A. JPII Monzón	8 de enero de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	4
S. JPII Teruel n.º 2	30 de junio de 2006	2008, XIV	59
A. APH	28 de marzo de 2008	2010, XVI	17
Inexistencia de parientes troncales			
A. APH	29 de marzo de 2007	2009, XV	25
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
A. APH	16 de junio de 2008	2010, XVI	20
Orden de la sucesión legal			
A. JPII Huesca n.º 2	25 de noviembre de 1996	1998, IV (núms.1.º y 2.º)	78
A. JPII Huesca n.º 2	7 de septiembre de 1999	2001-2002	68
S. JPI Zaragoza n.º 17	30 de noviembre de 2006	2008, XIV	67
Pacto al más viviente			
Aplicación del art. 216.2 Lsuc.			
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
Sustitución legal preventiva de residuo			
A. JPI Zaragoza n.º 13	7 de febrero de 1997	1999, V (núm. 1.º)	11
A. JPI Zaragoza n.º 14	16 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	29
A. JPI Zaragoza n.º 14	14 de febrero de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	51
Procedencia			
S. APH	13 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	8
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
Institución de legatario universal			
A. APH	29 de octubre de 2008	2010, XVI	30
Repudiación			
A. APZ	16 de junio de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	34
Sucesión a favor de hermanos y sobrinos			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A. APZ (Secc. 2.ª)	17 de febrero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	29
A favor de hermanos			
A. APZ	27 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	47
S. APZ	11 de febrero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	36
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza n.º 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APZ (Secc. 4.ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Requisitos			
A. APT	23 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	55
Sucesión a favor de medio hermanos y sobrinos			
A. JPII Boltaña	22 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	40
A favor de hijos de hermanos			
A. APZ (Secc. 4.ª)	21 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	31
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Sucesión a favor del cónyuge viudo			
S. TSJA	28 de marzo de 2003	2001-2002 (VII-VIII)	13
S. TSJA	25 de junio de 2007	2008, XIV	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Aplicación del art. 216.2 Lsuc.			
A. APZ	25 de enero de 2005	2007, XIII	32
S. TSJA	22 de junio de 2009	2009, XV	12
Sucesión a favor del Estado			
A. APZ	12 de mayo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	32
Sucesión troncal			
S. JPII Huesca n.º 2	19 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	66
S. APH	28 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	8
S. APT	30 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	21
S. JPII Huesca n.º 2	31 de julio de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	66
A. JPII Boltaña	8 de agosto de 2003	2005-2006 (XI-XII)	45
S. JPII Alcañiz n.º 1	4 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	47
S. TSJA	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	2
A favor de colaterales			
A. APH	21 de abril de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	13
A. APH	18 de diciembre de 2007	2009, XV	38
A favor de hermanos			
A. JPII Huesca n.º 2	5 de diciembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	79
A favor de hijos y nietos de hermanos			
A. JPI Zaragoza n.º 13	18 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	77
A. APZ	16 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	40
A. APH	18 de enero de 2007	2009, XV	18
Sustitución legal			
S. APZ	29 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	23
A. JPII Tarazona	29 de septiembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	22
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
PROPIEDAD			
FACULTADES DEMANIALES			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
LÍMITES A LA FACULTAD DE CONSTRUIR			
S. JPI Zaragoza n.º 13	17 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	45
PRESUNCIÓN DE LIBERTAD			
S. JPII Calamocha n.º 1	28 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	90
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	22
USUCAPIÓN			
S. APH	28 de febrero de 2002	2003-2004 (IX-X)	47
82: RELACIONES DE VECINDAD			
INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS			
S. APZ	2 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	38
S. APH	16 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	11
S. TSJA	7 de noviembre de 2001	2001-2002 (VII-VIII)	5
S. APZ	8 de abril de 2002	2003-2004 (IX-X)	64
S. JPII Jaca n.º 1	1 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	86
S. TSJA	6 de julio de 2005	2005-2006 (XI-XII)	10
«IUS USUS INNOCUI»			
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	10
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
PLANTACIONES			
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 591 CC.			
S. JPI Zaragoza n.º 12	24 de mayo de 2007	2009, XV	61
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

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
FACULTAD DE ABRIR HUECOS			
NO EN PARED PROPIA DEL VECINO			
S. APT	7 de abril de 2008	2010, XVI	33
LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO			
S. APZ	10 de enero de 2005	2007, XIII	30
RÉGIMEN NORMAL			
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. APH	22 de diciembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	19
S. APT	19 de septiembre de 2007	2009, XV	40
ABUSO DE DERECHO			
S. JPI Zaragoza n.º 14	19 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	109
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32
S. APT	16 de octubre de 2008	2010, XVI	35
ACTOS MERAMENTE TOLERADOS			
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	20
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	19
S. JPII Teruel n.º 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	22 de febrero de 2008	2010, XVI	32
APERTURA DE PUERTA			
S. APH	29 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	13
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59
AUSENCIA DE VOLADIZOS			
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	41
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59
S. APT	9 de enero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	17
S. APH	25 de enero de 1996	1997, III (núm. 2.º)	3
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	26
S. JPII Ejea n.º 1	26 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	31
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. JPII Ejea n.º 1	17 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	100
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
Azoteas y terrazas			
S. APT	14 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	30
S. JPII Tarazona	17 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	18
S. APH	13 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	10
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
S. APT	30 de octubre de 2001	2003-2004 (IX-X)	29
S. JPII Teruel n.º 2	1 de septiembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	46
Contraventanas			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
Derecho del vecino a edificar o construir			
S. APH	7 de marzo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	9
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	9
S. APH	6 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	11
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. JPII Teruel n.º 1	15 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	26
S. APZ (Secc. 5.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	46
S. JPII La Almunia	4 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	42
S. JPII La Almunia	15 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	50
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APZ	8 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	25
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	37
S. APZ	21 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	41
S. APZ	1 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	53
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
S. JPII Huesca n.º 2	29 de septiembre de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	18
S. APT	31 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	30
S. APH	26 de febrero de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	9
S. APT	21 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	58
S. APT	18 de octubre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	27
S. JPII Ejea n.º 1	16 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	99
S. TSJA	31 de marzo de 2004	2003-2004 (IX-X)	4
S. JPI Zaragoza n.º 10	11 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	103
S. APT	14 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	66
S. JPII Teruel n.º 1	2 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	92
S. APZ	19 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	80
S. APT	1 de enero de 2005	2007, XIII	13
S. JPII Barbastro	18 de septiembre de 2006	2008, XIV	61
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	8 de junio de 2007	2009, XV	31
S. JPII Alcañiz n.º 2	31 de julio de 2007	2009, XV	65
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. TSJA	23 de enero de 2008	2008, XIV	15
Derecho transitorio			
S. JPI Zaragoza n.º 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111
S. JPI Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. APZ (Sec. 4.ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
Facultad de abrir huecos			
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 2.º)	9

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	30 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	12
S. APZ (Secc. 5.ª)	6 de noviembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	29
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
S. APZ (Secc. 4.ª)	6 de marzo de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	35
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
Finalidad			
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
Huecos para aireación natural			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Incumplimiento			
S. JPII Ejea n.º 1	23 de febrero de 2006	2008, XIV	51
Interdicto de obra nueva			
S. JPI Zaragoza n.º 13	21 de julio de 1993	1996, II (núm. 2.º)	1
S. JPI Zaragoza n.º 13	28 de enero de 1994	1996, II (núm. 2.º)	3
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
S. APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
La vía pública en las vistas oblicuas			
S. APZ	2 de febrero de 2004	2005-2006 (XI-XII)	69
Otros voladizos semejantes			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Pared medianera			
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
Prescripción			
S. APH	13 de febrero de 2007	2009, XV	21
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
S. JPII Teruel n.º 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62
S. APT	23 de octubre de 2007	2009, XV	41

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
S. APZ (Sec. 4.ª)	30 de enero de 2008	2010, XVI	39
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
S. TSJA	30 de noviembre de 2009	2010, XVI	3
Protección semejante o equivalente			
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
Reja y red			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	20 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	31
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APT	8 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	19
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	37
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APT	21 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	26
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
S. JPI Zaragoza n.º 14	9 de junio de 1998	2000, VI (núm. 1.º)	11
S. APZ	22 de diciembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	52
S. APT	7 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	54
S. APT	21 de noviembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	60
S. JPII Boltaña	3 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	41
S. APZ	31 de mayo de 2004	2005-2006 (XI-XII)	72
S. APZ	6 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	74
S. APT	1 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	67
S. TSJA	23 de febrero de 2005	2005-2006 (XI-XII)	3
S. APT	17 de junio de 2005	2007, XIII	18
S. APH	17 de octubre de 2005	2007, XIII	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	2 de noviembre de 2005	2007, XIII	19
S. APH	30 de junio de 2006	2008, XIV	26
S. APH	3 de julio de 2006	2008, XIV	27
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
S. APH	18 de abril de 2008	2010, XVI	18
RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES			
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
SERVIDUMBRE			
ADQUISICIÓN POR TÍTULO			
S. JPII Teruel n.º 1	10 de septiembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	93
APLICACIÓN DEL ART. 541 CC.			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	9 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	35
S. APZ	15 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	26
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	34
S. APZ	30 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	48
S. APZ	17 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	42
S. APH	4 de octubre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	23
S. APT	6 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	27
S. APH	5 de marzo de 2002	2003-2004 (IX-X)	48
S. APT	23 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	59
S. APH	30 de octubre de 2002	2003-2004 (IX-X)	52
S. TSJA	4 de febrero de 2004	2003-2004 (IX-X)	3
S. APT	15 de febrero de 2005	2007, XIII	16
S. JPII Teruel n.º 2	23 de marzo de 2007	2009, XV	56
EXTINCIÓN			
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
INTERDICTO DE OBRA NUEVA			
S. JPII La Almunia	5 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	20
S. APZ	10 de diciembre de 2007	2009, XV	51
NATURALEZA			
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	26
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	20
SIGNOS APARENTES			
S. JPI Zaragoza n.º 13	9 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	7
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	40
S. APZ	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	41
S. APT	25 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	26
S. APZ (Secc. 2.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	45
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. JPII Huesca n.º 2	13 de septiembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	58
S. JPII Daroca	3 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	59
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. JPII Jaca n.º 2	12 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	75
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	33
S. APZ	30 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	34
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
S. APZ	24 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	45
S. APZ (Secc. 5.ª)	19 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	39
S. APH	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	13
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. APH	11 de julio de 2001	2003-2004 (IX-X)	17
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
S. APH	26 de enero de 2006	2008, XIV	22
S. APH	29 de diciembre de 2006	2008, XIV	33
S. TSJA	27 de septiembre de 2007	2008, XIV	11
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TSJA	14 de julio de 2008	2009, XV	3
S. TSJA	4 de febrero de 2009	2009, XV	7
S APH	31 de julio de 2008	2010, XVI	21
Usucapión			
S. JPII Ejea n.º 1	12 de julio de 1994	1996, II (núm. 2.º)	17
S. APZ	17 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	40
S. APZ (Secc. 2.ª)	27 de diciembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	45
S. APH	12 de enero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	7
S. APH	17 de mayo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	15
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. JPII Caspe	6 de noviembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	23
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	30
S. APH	14 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	20
S. APT	2 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	20
S. JPII Barbastro	15 de julio de 2006	2008, XIV	60
S. TSJA	22 de abril de 2008	2008, XIV	17
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	11
Vistas oblicuas			
S. APZ	21 de septiembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	44
Voladizo			
Signo aparente			
S. APH	24 de octubre de 2008	2010, XVI	27
84: SERVIDUMBRES			
Alera foral			
Definición y caracteres			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Naturaleza jurídica			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Origen y regulación			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Posesión inmemorial			
S. JPII Jaca n.º 1	16 de enero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	55
Aplicación del art. 541 Cc.			
S. TSJA	16 de diciembre de 2005	2007, XIII	5
De acueducto			
Litisconsorcio pasivo necesario			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25
Usucapión			
S. APT	18 de marzo de 2003	2005-2006 (XI-XII)	25
De andamiaje			
Usucapión			
S. APT	7 de febrero de 2005	2007, XIII	15
De antena T.V.			
Usucapión			
S. APT	13 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	23
De conexion a red general			
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	22
De desagüe			
Aplicación del Código civil			
S. APT	23 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	27
Extinción			
S. JPII Teruel n.º 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	61
Usucapión			
S. JPII Teruel n.º 1	8 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	61
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	35

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 13	8 de mayo de 1997	2000, VI (núm. 1.º)	3
S. APT	3 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	30
S. APZ	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	83
De evacuación de aguas pluviales			
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
De medianería			
S. APT	16 de mayo de 1994	1996, II (núm. 1.º)	22
S. APH	4 de diciembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	28
Derecho supletorio			
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
Naturaleza			
S. JPI Zaragoza n.º 17	7 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	111
Presunciones			
S. JPII Barbastro	26 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	58
Signos contrarios			
S. APZ	21 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	43
S. APT	27 de julio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	27
S. JPII Calamocha	10 de diciembre de 1997	1999, V (núm. 1.º)	27
Usucapión			
S. APT	26 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	20
S. JPI Zaragoza n.º 14	10 de octubre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	22
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	25
S. JPII Barbastro	27 de febrero de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	59
S. APZ	11 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	40
S. APZ	1 de junio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	41
De paso			
S. APH	28 de abril de 2000	2001-2002	21
S. JPII Monzón n.º 2	8 de noviembre de 2006	2008, XIV	65

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Adquisición			
S. APT	10 de enero de 1994	1996, II (núm. 1.º)	19
S. APT	8 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	21
S. APT	4 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	25
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	24
S. APH	15 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	8
S. APT	28 de mayo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	22
S. JPII Tarazona	6 de junio de 1997	1999, V (núm. 1.º)	17
S. APH	16 de junio de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	11
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APZ	17 de julio de 1998	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	50
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
S. APT	10 de abril de 2006	2008, XIV	35
Aplicación de los arts. 564 y ss. Cc.			
S. APT	16 de octubre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	23
S. APT	27 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	28
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
Cuestiones procesales			
S. TSJA	11 de mayo de 2007	2008, XIV	6
Extinción			
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	6
S. APZ	5 de junio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	24
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	4 de junio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	59
Inaplicación del art. 541 Cc.			
S. APZ	15 de septiembre de 2005	2007, XIII	49
Naturaleza			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. JPII Alcañiz n.º 2	7 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	95
Tutela de la posesión			
S. APH	15 de mayo de 2007	2009, XV	30
Usucapión			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. JPII Teruel n.º 1	14 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	8
S. APH	25 de abril de 1994	1996, II (núm. 1.º)	10
S. APZ	23 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	38
S. APT	7 de septiembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	24
S. APT	18 de octubre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	25
S. APT	7 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	36
S. APH	20 de febrero de 1995	1997, III (núm. 1.º)	9
S. APT	15 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	21
S. APH	10 de julio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	17
S. APH	27 de marzo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	6
S. APH	25 de julio de 1996	1997, III (núm. 2.º)	9
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APZ	27 de enero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	32
S. APZ	19 de febrero de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	35
S. APT	7 de noviembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	29
S. APZ	19 de enero de 1998	1999, V (núm. 2.º)	32
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	9
S. APZ	28 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	48
S. APH	19 de noviembre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	23
S. APT	22 de marzo de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	20
S. APZ	25 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	41
S. APT	5 de noviembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	23
S. APZ (Secc. 4.ª)	10 de abril de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	37
S. JPII Ejea n.º 2	22 de junio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	57
S. APZ (Secc. 4.ª)	25 de julio de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	44
S. APH	17 de mayo de 2002	2003-2004 (IX-X)	50

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APT	23 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	24
S. APH	30 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	15
S. APH	16 de abril de 2003	2005-2006 (XI-XII)	16
S. APT	28 de junio de 2003	2005-2006 (XI-XII)	26
S. APH	17 de noviembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	23
S. APZ (Secc. 5.ª)	17 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	38
S. TSJA	14 de julio de 2004	2003-2004 (IX-X)	6
S. APZ	30 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	81
S. APZ	3 de marzo de 2005	2007, XIII	37
S. JPII Ejea n.º 1	15 de abril de 2005	2007, XIII	59
S. APH	26 de octubre de 2005	2007, XIII	28
S. APH	11 de enero de 2006	2008, XIV	20
S. APH	13 de enero de 2006	2008, XIV	21
S. TSJA	8 de marzo de 2006	2007, XIII	9
S. APT	24 de marzo de 2006	2008, XIV	34
S. APT	16 de noviembre de 2006	2008, XIV	38
S. APH	11 de julio de 2007	2009, XV	32
S. JPII Monzón n.º 2	11 de septiembre de 2007	2009, XV	66
S. APZ	30 de noviembre de 2007	2009, XV	50
S. TSJA	1 de diciembre de 2009	2009, XV	16
S. APH	14 de enero de 2008	2010, XVI	12
S. APH	19 de octubre de 2008	2010, XVI	25
Usucapión de las servidumbres no aparentes			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. JPII Calamocha n.º 1	24 de septiembre de 2007	2009, XV	68
De paso de energía eléctrica			
S. APH	31 de enero de 2008	2010, XVI	22
De pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Redención			
S. APH	20 de noviembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	26

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
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
S. APZ	21 de noviembre de 2005	2007, XIII	54
Usucapión			
S. APT	30 de abril de 2001	2003-2004 (IX-X)	22
S. APZ	12 de diciembre de 2002	2003-2004 (IX-X)	69
Ventilación forzada			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
De tendido eléctrico			
Adquisición			
S. JPII Jaca n.º 1	10 de enero de 2003	2005-2006 (XI-XII)	39
Usucapión			
S. JPII La Almunia	7 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	72
S. APZ	31 de marzo de 2001	2003-2004 (IX-X)	36
De vertiente de tejado			
S. APH	8 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	12
Derecho supletorio			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
Extinción			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
Modificación unilateral			
S. APH	26 de diciembre de 2007	2009, XV	39
Relaciones de vecindad			
S. JPII Teruel n.º 2	25 de mayo de 2007	2009, XV	62

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Signos aparentes			
S. APT	8 de mayo de 1996	1997, III (núm. 2.º)	18
Usucapión			
S. JPII Ejea n.º 2	9 de mayo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	12
S. APT	22 de noviembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	26
S. APH	6 de octubre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	15
S. APH	21 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	64
S. APH	28 de febrero de 2007	2009, XV	23
Derecho supletorio			
Signo aparente			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
En general			
S. JPII Monzón n.º 1	20 de diciembre de 2006	2008, XIV	68
Aplicación del Código civil			
S. APT	5 de diciembre de 1995	1997, III (núm. 1.º)	29
Prueba			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	26 de julio de 2004	2005-2006 (XI-XII)	60
Extinción			
No uso			
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25
S. APH	29 de noviembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	62
Mancomunidades de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Posesión inmemorial			
S. APH	24 de abril de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	6
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	51
S. APH	12 de mayo de 1998	1999, V (núm. 2.º)	9
S. APT	20 de julio de 1998	1999, V (núm. 2.º)	25

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	15 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	63
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
Alera foral			
S. JPII Calatayud n.º 2	1 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	5
Servidumbre de pastos			
S. APH	12 de diciembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	16
Usucapión			
S. JPII Caspe	2 de marzo de 1994	1996, II (núm. 2.º)	6
S. APT	26 de julio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	23
S. TSJA	27 de diciembre de 1994	1995, I (núm. 1.º)	14
S. JPII Teruel n.º 1	27 de abril de 1995	1997, III (núm. 1.º)	52
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
S. APH	4 de septiembre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	10
S. APZ	20 de septiembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	51
S. APH	16 de septiembre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	15
S. APH	14 de septiembre de 2000	2001-2002 (VII-VIII)	22
S. APZ	12 de mayo de 2005	2007, XIII	43
S. APZ	4 de julio de 2005	2007, XIII	47
Inaplicación del art. 539 Cc.			
S. APT	23 de junio de 1995	1997, III (núm. 1.º)	22
Requisitos			
S. TSJA	18 de junio de 2010	2010, XVI	7
9. DERECHO DE OBLIGACIONES			
91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL			
Arrendamiento			
Fianza			
S. APZ	8 de octubre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	77

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
COMPRAVENTA			
DONACIÓN DISIMULADA			
S. TSJA	23 de julio de 2008	2009, XV	4
DONACIÓN			
FORMA			
S. TSJA	18 de diciembre de 1990	1995, I (núm. 1.º)	2
VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL			
TRANSMISIÓN			
S. JPI Zaragoza n.º 12	5 de junio de 2007	2009, XV	64
S. APZ	20 de noviembre de 2007	2009, XV	49
S. TSJA	10 de junio de 2008	2008, XIV	19
92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA			
S. TSJA	4 de noviembre de 1992	1995, I (núm. 1.º)	9
S. TSJA	26 de abril de 2002	2001-2002 (VII-VIII)	8
S. JPII Jaca n.º 1	14 de diciembre de 2004	2005-2006 (XI-XII)	89
CONCEPTO			
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
ELEMENTOS CONSTITUTIVOS			
S. APH	12 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 1.º)	16
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
ELEMENTO OBJETIVO			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
LEGITIMACIÓN ACTIVA			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	13
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
Ofrecimiento en venta			
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
Prueba			
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
Pública subasta			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Sujeto pasivo			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
Troncalidad de los inmuebles			
S. APH	3 de junio de 1994	1996, II (núm. 1.º)	13
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. JPII Jaca n.º 1	22 de abril de 2004	2005-2006 (XI-XII)	85
Venta a un extraño			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Facultad moderadora de los Tribunales			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Huesca n.º 2	28 de marzo de 1995	1997, III (núm. 1.º)	49
S. JPI Zaragoza n.º 2	6 de junio de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	68
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	74
S. APH	12 de diciembre de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	18
S. JPII Huesca n.º 1	10 de marzo de 1999	2001-2002 (VII-VIII)	64
S. APH	16 de octubre de 1999	2000, VI (núm. 2.º)	16
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
S. APH	4 de marzo de 2005	2007, XIII	23
S. TSJA	14 de noviembre de 2005	2007, XIII	3
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. APH	23 de mayo de 2006	2008, XIV	25
S. JPI Zaragoza n.º 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. JPI Zaragoza n.º 4	19 de octubre de 2007	2009, XV	70
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
Finalidad			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
Forma: requisitos de la demanda			
S. TSJA	22 de enero de 1990	1995, I (núm. 1.º)	1
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
Consignación del precio			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36
S. JPI Zaragoza n.º 2	31 de enero de 2007	2009, XV	53
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
Perpetuatio iurisdictionis			
S. APH	26 de septiembre de 2008	2010, XVI	23
Fundamento			
S. JPII Calatayud n.º 1	14 de noviembre de 1994	1996, II (núm. 2.º)	23
S. JPII Ejea n.º 2	12 de diciembre de 2003	2005-2006 (XI-XII)	57
Naturaleza			
S. APZ	16 de noviembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	44
Plazo de ejercicio			
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. APT	7 de junio de 2001	2003-2004 (IX-X)	23
S. APZ	14 de septiembre de 2001	2003-2004 (IX-X)	42
S. APH	2 de febrero de 2006	2008, XIV	23

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. JPI Zaragoza n.º 3	6 de junio de 2006	2008, XIV	56
S. APH	30 de julio de 2007	2009, XV	33
S. JPI Zaragoza n.º 14	8 de enero de 2008	2010, XVI	51
A falta de notificación fehaciente			
S. APH	17 de octubre de 1996	1997, III (núm. 2.º)	12
S. JPI Zaragoza n.º 4	25 de octubre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	73
Subasta judicial			
S. APZ	17 de marzo de 1997	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	36
Precio			
S. JPII Barbastro	16 de abril de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	65
S. JPII Barbastro	6 de noviembre de 1996	1998, IV (núms. 1.º y 2.º)	74
S. JPI Zaragoza n.º 2	25 de enero de 1999	2001-2002	63
Gastos o pagos legítimos			
A. APH	5 de octubre de 1998	1999, V (núm. 2.º)	18
Troncalidad de los inmuebles			
S. JPI Zaragoza n.º 2	8 de febrero de 2005	2007, XIII	56

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.

2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.

3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

   El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

   En una segunda página se presentará un resumen de 10 a 15 líneas en castellano y otro, a ser posible, en inglés *(abstract),* que irán acompañados de 3 a 5 palabras claves en ambos idiomas.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

   Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

   LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía,* Librería Bosch, Barcelona, 1963, pp. 272 y ss.

   LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés,* 1945, p. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón,* vol. I, Zaragoza, 1988, pp. 211 y ss.

Las citas de sentencias háganse siguiendo el modelo del «Índice acumulado de Jurisprudencia» que se publica en cada número de la revista.

Los trabajos se dividirán en epígrafes, con la siguiente secuencia: I, 1, A, a.

5. Se encarece la presentación de los originales en su versión definitiva y con la mayor pulcritud. De ser posible, se ruega adjunten disquete informático, con indicación del sistema y procesador de textos utilizado. Si no expresan deseo en contrario, se enviará a los autores pruebas de imprenta para su corrección, con señalamiento de un breve plazo pasado el cual la Revista se encargará de ella.
6. Los trabajos no solicitados por la Revista carecerán de remuneración económica. El autor recibirá gratuitamente un ejemplar del número en que se publique.
7. A todos los autores que envíen originales a la Revista se les remitirá acuse de recibo. El Consejo de Redacción decidirá, en un plazo no superior a dos meses, la aceptación o no de los trabajos recibidos. Esta decisión se comunicará al autor, con indicación, en su caso, del número de la Revista y fecha en que previsiblemente se publicará.

Los trabajos publicados en la *RDCA* en soporte papel podrán publicarse también en CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como incluirse en bases de datos. Eventualmente podrán aceptarse trabajos para su publicación únicamente en la edición informática.

8. Envío de originales a la siguiente dirección:

Secretaría de la
REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)
ifc@dpz.es

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 de la Facultad de Derecho de la Univ. Autónoma de Madrid. Cantoblanco (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
Locvs Amoenvs. Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra (Barcelona)
Prudentia Iuris. Universidad Católica Argentina Santa María. Buenos Aires (Argentina)
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 UFG. Goiânia (Brasil)
Revista Jurídica. Universidad Católica de Campinas (Brasil)
Revista Jurídica de Catalunya. Barcelona
Revista Jurídica de Navarra. Pamplona (Navarra)
Revista de Jurisprudência. Tribunal Regional Federal. 2.ª Regiao. Río 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:	Anual
Formato:	17 x 24 cm
Editor:	Institución «Fernando el Católico» Zaragoza (Spain) ISSN 1135-9714 347(460.22)
Intercambio de Publicaciones:	Tff. (34) 976 288 878 - 288 879 * Fax 288 869
E-mail:	interch@ifc.dpz.es * http: // ifc.dpz.es

Correspondencia: Institución «Fernando el Católico», Excma. Diputación de Zaragoza, Intercambio de Revistas. Plaza de España, n.º 2 - 50071 Zaragoza (España).

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección: .....

ISSN o ISBN: ..... Periodicidad: .....

Materia: ..... Formato: .....

Entidad: .....

Dirección: .....

.....

CP: ..... Ciudad: ..... País: .....

Teléfono: ..... Fax: .....

Referencia: ..... E-mail: .....

Fecha Firma

Fdo.:

Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)

Tels. (34) 976 28 88 78/ 79
Fax: (34) 976 28 88 69
e-mail: ventas@ifc.dpz.es
www. http://ifc.dpz.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

- ☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local
- ☐ Archivo de Filología Aragonesa
- ☐ Caesaraugusta
- ☐ Ciencia Forense
- ☐ Emblemata
- ☐ Ius Fugit
- ☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia
- ☐ Nassarre
- ☐ Palaeohispánica
- ☐ Revista de Derecho Civil Aragonés

DATOS PERSONALES DE ENVÍO

D./Dña./Entidad:

NIF/CIF:

Domicilio:

Código Postal: Ciudad:

Provincia/País: Teléfono:

e-mail:

Forma de pago:

Domiciliación bancaria ☐ Tarjeta de crédito ☐

En caso de domiciliación bancaria

Titular de la cuenta

Banco/Caja

Agencia

Domicilio

Población

CP Provincia/País

Cta./Libreta n.º (20 DIGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

En caso de tarjeta de crédito

VISA ☐ Master Card ☐ 4B ☐ Tarjeta 6000 ☐ Otra _____ ☐

Titular de la tarjeta

Nº de tarjeta (16 DÍGITOS) | | | | | | | | | | | | | | | | |

Fecha de caducidad:

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente/tarjeta de crédito las facturas presentadas por Logi, Organización Editorial, S.L, distribuidor de la revista indicada, a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre el precio de venta al público.

Firma

9 771135 971404 00016

INSTITUCIÓN
FERNANDO
EL CATÓLICO

DIPUTACIÓN Ð ZARAGOZA