

**APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO
DERECHO SUPLETORIO AL RÉGIMEN
ECONÓMICO MATRIMONIAL ARAGONÉS**

PONENTE:

D.ª M.ª del Carmen Bayod López
Profesora Titular de Derecho Civil

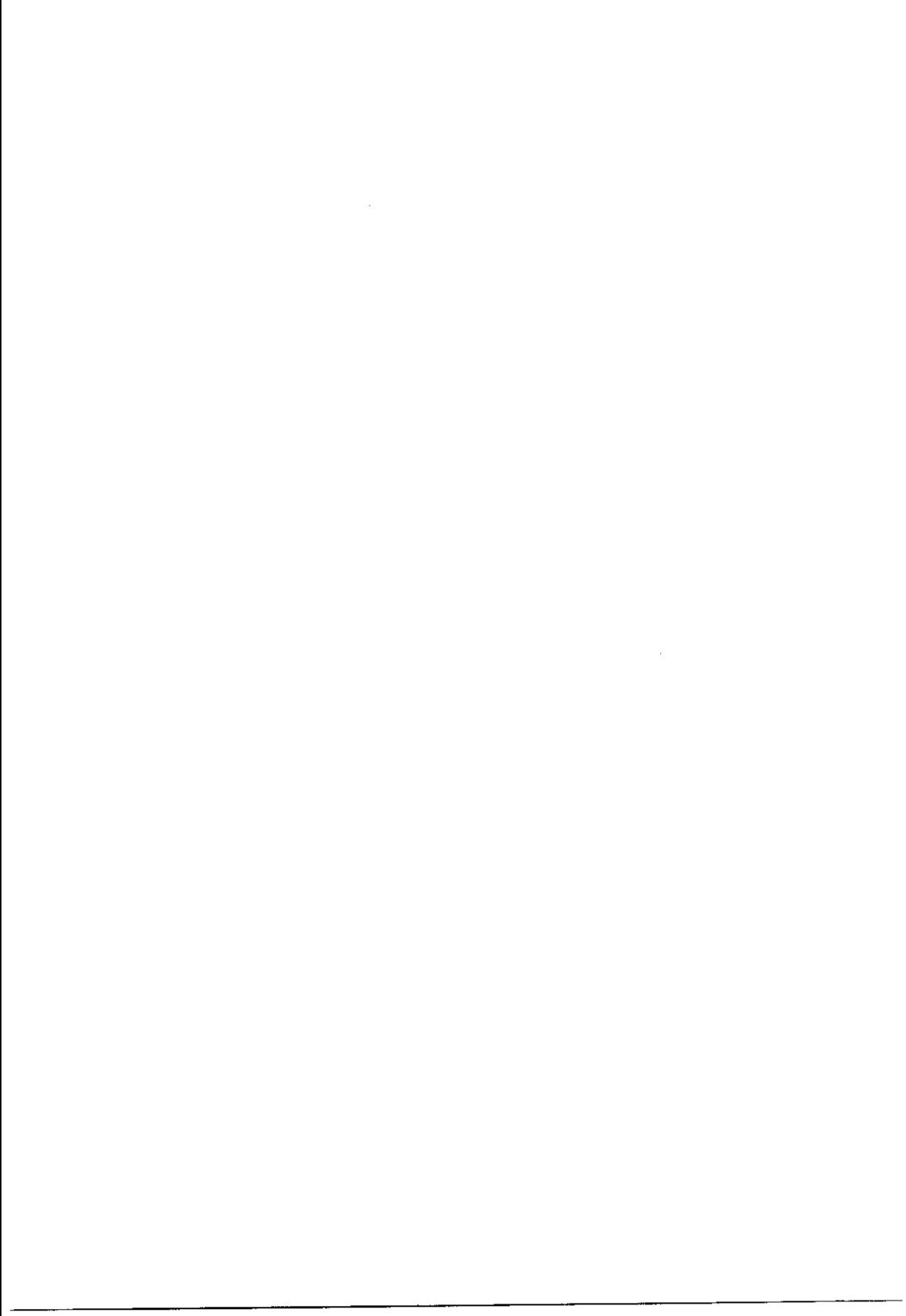
COPONENTES:

D. Fernando Solsona Abad
Juez

D. Javier José Palazón Valentín
Notario

MODERADOR:

D. Daniel Bellido Diego-Madrado
Abogado



APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ARAGONÉS*

por

María del Carmen BAYOD LÓPEZ (Ponente)

Javier PALAZÓN VALENTÍN y Fernando SOLSONA ABAD (Coproponentes)

Intervención de D.ª María del Carmen BAYOD LÓPEZ

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

* Los puntos I a V de este trabajo han sido elaborados y redactados de forma exclusiva por la ponente. Del punto VI, los epígrafes 3 a 4, elaborados y redactados por la ponente, se han sometido a discusión y debate con los coproponentes, por ello, si en algún extremo del punto VI hay discrepancias por parte de los coproponentes sobre el texto presentado por la ponencia, se hará constar de forma expresa.

ARAGÓN: 1. Aplicación directa del Código civil; 2. Aplicación supletoria del Código civil. Ambito de aplicación, requisitos y límites: A) *Ambito de aplicación;* B) *Requisitos y límites para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio:* a) Las lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés; b) Requisitos generales para la aplicación del Código civil en Aragón: el "test de la supletoriedad". 3. **La aplicación del Código civil como Derecho aragonés.** VI. **EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ARAGONÉS Y LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO:** 1. **El régimen económico matrimonial aragonés. Principios generales;** 2. **La economía del matrimonio en la regulación del Código civil;** 3. **La Aplicación supletoria del Código civil en Aragón. El régimen económico matrimonial primario y la sociedad de gananciales:** A) *El régimen económico matrimonial primario (arts. 1315 a 1324): ¿Es aplicable en Aragón?:* a) Los arts. 1315 a 1317 Cc.; b) Los arts. 1318 y 1319: a') *Contribución a las cargas del matrimonio;* b') *La potestad doméstica y el art. 1.319 C.c.;* c') *Las litisexpensas.* c) El art. 1.320 C.c.; d) Los arts. 1321 a 1324 Cc.; e) Conclusiones. B) *El activo de la sociedad de gananciales. En especial los arts. 1352, 1353, 1354, 1356 y 1357:* a) El activo en la Compilación aragonesa. La doble presunción de consorcialidad; reintegros y reembolsos; b) Las adquisiciones mixtas y a plazos: arts. 1354, 1356 y 1357: a') *Las adquisiciones mixtas y el art. 1354 Cc.;* b') *La vivienda familiar y el ajuar doméstico: el art. 1357. II en relación con el art. 1354;* c') *Las adquisiciones a plazos: arts. 1356 y 1357.I.* c) El art. 1353 C.c d) el art. 1352 Cc. C) *El pasivo de la sociedad de gananciales. En particular el art. 1373: ¿se aplica en Aragón?:* a) La regulación del pasivo en la Compilación aragonesa; b) El pasivo de la sociedad de gananciales: a') *Los arts. 1363 y 1367;* b') *El art. 1366;* c') *Los arts. 1364, 1368, 1370 a 1372;* d') *Los arts. 1362 y 1365.* c) El art. 1373 y su aplicación en Aragón: a') *El art. 1373 Cc. Finalidad y antecedentes;* b') *Argumentos a favor y en contra de la aplicación en Aragón del art. 1.373 Cc.;* c') *Aplicación en Aragón del art. 1.373 Cc como norma aragonesa: remisión dinámica;* d') *Reflexiones finales. El problema de la comunidad germánica.* d) Conclusiones. Activo y pasivo. D) *La administración de la sociedad de gananciales y la gestión de la sociedad consorcial aragonesa:* a) La gestión de la comunidad en la Compilación aragonesa; b) Aplicación supletoria en Aragón del régimen de administración de la sociedad de gananciales: a') *Los arts. 1375 y 1377, su inaplicación por los Tribunales aragoneses;* b') *Los arts. 1376, 1381, 1382 y 1385 a 1386;* c') *En particular el art. 1378 Cc.;* d') *El art. 1383;* e') *Algunos casos dudosos: arts. 1379 y 1380; 1387 a 1389 y 1390-1391.* E) Liquidación y división de la sociedad de gananciales. Aplicación supletoria en Aragón: a) La disolución de la comunidad aragonesa; b) Liquidación y división: a') *Arts. 1396 a 1399;* b') *Arts. 1400 a 1403 y 1410 Cc.;* c') *Arts. 1404 a 1409 Cc.* 4. **El régimen económico matrimonial paccionado y la aplicación supletoria del Código civil:** A) *Los capítulos matrimoniales;* B) *Algunas consideraciones en relación con el régimen de separación de bienes;* C) *Algunas consideraciones en relación con el régimen de participación.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

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

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

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

* Dicho precepto ha sido modificado por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, si bien tal modificación no afecta a lo aquí formulado.

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

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

En efecto, el art. 149.3 CE dispone:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Seguidamente analizaremos cuándo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio en Aragón, tratando de establecer unas reglas y principios (el "test de la supletoriedad"), y, por último, analizaremos la supletoriedad del Código civil respecto del régimen económico matrimonial aragonés.

II. DERECHO SUPLETORIO. CONCEPTO, FINALIDAD Y ORIGEN

1. Concepto

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

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

Ahora bien, en cuanto al significado del grupo nominal Derecho supletorio se pueden formular distintos conceptos y con diverso alcance:

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

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

Por otro lado, se habla también de Derecho supletorio cuando se relacionan diversos conjuntos normativos, o sea, «cuando aquél Derecho, el supletorio, cumple con la función de

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

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

cubrir lagunas o deficiencias de otro, entendiéndolo como conjunto de normas diferenciadas que regulan una o varias materias determinadas»³, así, por ejemplo, la relación de Derecho supletorio que presenta el Código civil respecto del Código de comercio: arts. 2 y 50 Ccom.; haciendo, en consecuencia, referencia al reenvío de una norma a otra (supletoriedad entre normas).

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

En concreto, FAUSTO MORENO escribía lo siguiente:

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

2. Finalidad

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

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

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

3. Heterointegración de normas

Para ser más exactos, el recurso al Derecho supletorio en la integración de lagunas responde a la llamada heterointegración de normas. Esta, siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN, tiene lugar cuando un sistema jurídico recurre a otro sistema diferente para llevar a cabo la labor de complemento. Es un sistema propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presuponen otro mejor y más perfecto al que recurrir⁷.

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

(4) El subrayado es mío.

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

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

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

4. Origen

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

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

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

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

Así, y siguiendo a PUIG BRUTAU, que califica la noción de Derecho común como categoría histórica y por ello variable¹⁰, podemos afirmar que el Derecho romano, tras su recepción en Europa, alcanza el valor de Derecho común por ser un Derecho universal: general y de gran categoría técnica. En razón de estas cualidades, el Derecho romano alcanza el valor de *ius commune* al imponerse en toda Europa y ser *directamente aplicable* en los tribunales, frente a la formación de pequeños Derechos territoriales o estatutarios que se califican de particulares, porque su aplicación es subsidiaria a la del *ius commune* y su vigencia limitada a un determinado territorio.

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

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

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

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

(10) Aunque antiguo, es francamente interesante el trabajo de PUIG BRUTAU, (voz. «Derecho común», *Enciclopedia jurídica*, T. 1, dirigida por Carlos E. Mascareñas, ed., Francisco Seix, Barcelona, 1950, pp. 357-379), que analiza el concepto de Derecho común por relación a otras categorías y como una noción eminentemente histórica que varía según el momento de referencia.

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

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

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

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

A partir de este momento no tiene razón de ser la técnica del Derecho supletorio: El código es la *ratio scripta* y perfecta, el Derecho civil codificado es el *ius commune* del Estado, y, por lo tanto Derecho directamente aplicable y con exclusiva capacidad de autointegración.

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

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

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

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

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

1. Origen: Los Decretos de Nueva planta

El Derecho civil aragonés, a diferencia de otros Derechos civiles españoles, se consideró a sí mismo como el Derecho común de los aragoneses¹³, que emanaba del Monarca

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

(13) Miguel del MOLINO, comentando la aplicación de la *exceptio non numerata pecunia* señala: «Unde ex quod venditor renunciauit dictae exceptioni non refert, utrum confessus fuisset recepisse pretium vel non. Non obstat, quod dictum est de correctione iuris communis: quia in Aragonia fori habentur pro iure communi. Unde

y de las Cortes, no necesitando el recurso a otros ordenamientos, y en especial la aplicación del Derecho romano para integrar sus deficiencias.

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

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

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

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

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

La asunción por parte de Aragón del Derecho castellano como Derecho supletorio, cuando antes no había tenido un sistema de heterointegración a través de textos legales per-

in hoc Regno nunquam est recurrendum ad ius commun, nisi ubi forus deficit. cfr. MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum*, 1585, fol. 127 y 156.

(14) El planteamiento histórico aragonés no tiene parangón con los sistemas de heterointegración utilizados por el resto de los Derechos civiles españoles, que recurrían a otros ordenamientos considerados más perfectos que el propio. Posiblemente, esta diferencia de partida explique también la distinta posición que desde el siglo XIX ha mantenido el Derecho civil aragonés en relación con el Código civil.

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

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

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

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

(16) Así lo afirmaba FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque observantiarum aragonia codex*, Zaragoza, 1743, p. 361, opinión que, en general, fue secundada por la doctrina aragonesa y española. En general sobre la aceptación del Derecho castellano como Derecho supletorio vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentario al art.1 de la Comp. aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, ed. DGA, Zaragoza, pp. 105 y ss. Por su parte la ATZ manifiesto en diversas sentencias dicho parecer. Vid., entre otras, las SS 17 de junio de 1857 y 2 de noviembre de 1861.

tenecientes a otro ordenamiento, determinará una diferente postura frente a la codificación civil española, así como también una diferente visión de la supletoriedad.

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

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

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

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

2. La codificación del Derecho civil español: La supletoriedad y la unidad del Derecho civil español

A) Planteamiento

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

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

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

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

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

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

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

(19) El Derecho civil fue objeto de mención en todas las Constituciones españolas del siglo XIX, y con excepción de las Constituciones de 1837 y 1845, que propugnaban una absoluta unidad legislativa en materia de Derecho civil, el resto de ellas, incluida la de 1812 en su art. 258, propugnaban una unidad legislativa con matizaciones. Vid. PUIG FERRIOL, *El denominado ...*, p. 1620 y ss (op. cit. n. 17) y ROCA Y TRIAS, Encarna, *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, en RJC, 1979, pp. 7-36.

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

B) *El Código civil como Derecho común*

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

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

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

C) *Los Derechos forales como Derechos excepcionales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(26) No es este el lugar de recordar el proceso codificador, pero una vez admitida la premisa de

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

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

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

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

1.- Derecho *particular*: su aplicación requería la prueba de la cualidad jurídica que determina su aplicación.

2.- Derecho *excepcional*: El Derecho foral es de interpretación restrictiva, y no puede aplicarse la analogía para ampliar sus preceptos en contra del Derecho común.

3.- Derecho *privilegiado*: Lo que supone que los actos realizados en contra de las reglas del Derecho foral no son nulos, por haber entendido la jurisprudencia que los aforados pueden elegir entre la aplicación del Derecho foral y el común, siempre que no se cause perjuicio a terceros.

4.- Respecto del Derecho foral no rige plenamente la regla *iura novit curia*: es necesaria su alegación así como la prueba y contenido de su vigencia²⁸.

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

a) La postura aragonesa y el art. 13 Cc.

El Código civil en los arts. 12 y 13 estableció cuáles eran las relaciones entre el Código, *ius commune*, y el resto de Derechos subsistentes en España.

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

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

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

subsistencia, al menos provisional («por ahora») de los Derechos forales, sí conviene recordar, a estos efectos, el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el que la Comisión de Códigos se ve ampliada con un representante más por cada uno de los territorios forales con ordenamiento civil propio, con el objeto de que redacten «una memoria acerca de los principios e instituciones del derecho foral que por su vital importancia sea, a su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias en el Código civil», (art. 4). Espíritu, que se ve representado en el art. 6 de la ley de bases de 1888: «instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

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

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

(29) Sobre la historia de este precepto, origen y valor pueden consultarse los trabajos de ROCA Y TRIAS siguientes: *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en ADC, 1978, pp. 227-286; *El antiguo art. 12 del Código civil y la historia del Derecho supletorio*, en «Centenario del Código civil», T. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.677-1.806.

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

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

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

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

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

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

La sorpresa, como señala su vez DELGADO ECHEVERRÍA³⁴, fue que los Tribunales (TS y ATZ) incluían a Aragón también en el régimen del art. 12 Cc., o sea, que se aplicaba directamente en Aragón el Título preliminar del Código civil y, por tanto, el sistema de fuentes establecido en el art. 6 de dicho Cuerpo legal, con lo que se impedía la posibilidad de que en Aragón rigiera la costumbre contra ley, y en general la posibilidad de mantener un sistema propio de fuentes, que facilitase la autointegración del Derecho civil propio.

Así, y aun siendo en Aragón el Código civil el único Derecho supletorio aplicable, las

(30) Sobre el origen de este precepto vid. por lo que respecta a Aragón, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa...*, pp 106 y ss. (op. cit. n. 16) y *El origen del primitivo art. 13 del Código civil y el Derecho aragonés*, en «Centenario del Código civil», T. I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 657-661; por lo que respecta a Baleares, MASOT MIQUEL, Miguel, *El Código civil y su aplicación al Derecho balear*, en «Centenario del Código civil», T. I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1299-1332.

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

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

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

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

relaciones del Código con el Derecho aragonés, y el valor y significado de la supletoriedad, fue la misma que en el resto de los territorios forales.

c) *Finalidad y valor de la supletoriedad del Código*

Escribía RIPOLLÉS, con respecto a las relaciones entre Código y Derecho aragonés lo siguiente:

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

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

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

La supletoriedad del Código civil, aunque reclamado como último supletorio para Navarra y Cataluña³⁶: «en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales»³⁷, y como único supletorio en el resto de los territorios forales, fue en todos

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

(36) Conviene recordar que en Aragón y Baleares se acepta el Código como único supletorio, y que en Vascongadas, aún rigiéndose su relación con el Código civil a través del art. 12, resulta ser éste el único supletorio, pues desde el siglo XV se venían aplicando como supletorias las leyes de Castilla, que resultan derogadas por el Código civil, incluso como Derecho supletorio, tal y como dispuso la base 27 de la ley de bases de 1888 y dispone el art. 1976 del Cc. (En relación con el art. 1976 Cc. vid el comentario al mismo de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2.176-2.180).

(37) Durante la elaboración del Código civil español los representantes catalanes en el Congreso fueron los que de forma enérgica se opusieron a la supletoriedad única del Código civil. Si aceptaron la supletoriedad del Código, fue posponiéndolo al último lugar, y con la pretensión de conseguir que el Código no se aplicara, pues si previamente había otros Derechos supletorios a los que recurrir para integrar las lagunas del Derecho propio, por imposición de la lógica, no habría lugar a la aplicación del Código en dichos territorios, a excepción de las normas que, primero el art. 5 de la ley de bases de 1888 y posteriormente el art. 12 Cc, se declararon de aplicación general y directa. Pero la supletoriedad del Código civil resultaba, a la postre, la única supletoriedad puesto que los Derechos supletorios declarados subsistentes —romano y canónico— más que como cuerpos supletorios fueron considerados como parte integrante y perteneciente al ordenamiento catalán o navarro, de manera que de cualquier manera se imponía la aplicación del Código civil casi como único supletorio. En concreto, DE CASTRO señalaba a este respecto lo siguiente: «En los casos de superposición de Derechos supletorios, los Derechos supletorios primeros tienen valor privilegiado en relación con los últimos, pero quedan reducidos a la categoría (...) de reglas complementarias, mientras que sólo el último de todos puede tener el valor de *Derecho común*». (cfr. op. cit. nota al pie 1 de la p. 259, cit. en n. 22). Vid. también ROCA Y TRIAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en ADC, 1978, pp. 227-286.

los casos una estrategia por parte de los codificadores para conseguir la unidad del Derecho civil español³⁸.

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

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

En efecto, como señalara DE CASTRO y afirmara la jurisprudencia, el Código civil se aplicaba en los territorios forales por no existir disposición particular clara —obsérvese que no solo y exclusivamente porque haya laguna— o bien por tratarse de una institución o figura nueva, introducida por el Código civil o simplemente desconocida para el Derecho foral aplicable⁴¹ —lo que supone una clara desfiguración del Derecho foral,

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

(39) PUIG FERRIOL, *El Denominado problema foral...*, p. 1618 (op. cit. n. 17). Esta fue, por lo demás, la manifestación que de forma expresa hiciera en el Congreso ALONSO MARTÍNEZ en la legislatura de 1887-88, cuando manifestaba que «Tengo la opinión de que publicado el Código civil, aunque por de pronto no haya de regir la mayor parte de sus artículos en las regiones forales, cuando vean un Código sencillo, especie de cartilla de los derechos y deberes que tienen los ciudadanos españoles, así respecto de la familia como de la propiedad y de la contratación, por la fuerza de las cosas se irá imponiendo a las regiones forales». (Cfr. Sesión del Senado de 14 de abril de 1888. «Diario de Sesiones» núm. 86, p. 1.741 cit. por ROCA Y TRIAS, *El Código civil...*, p. 269, op. cit. n. 37).

(40) La doctrina de la época señalaba «que el valor de Derecho supletorio del Código respecto de los Derechos forales se manifiesta en los siguientes aspectos: a) Completa y da sentido a todas las disposiciones forales. Los Derechos forales no tuvieron nunca otro significado que el de "Derecho municipal", reglas fragmentarias y necesitadas del Derecho común; b) La fuerza expansiva que el Código civil tiene como heredero del Derecho común (art. 1976 C.c.), le hace llenar todos los huecos y lagunas que presenten las disposiciones particulares de los territorios de fuero. El mecanismo de aplicación, aunque lógicamente automático, requiere tener en cuenta no sólo el hecho de la laguna y el articulado del Código, sino también el elegir la disposición del Código que mejor compagine con el derecho foral, excluyendo la que contradiga alguna norma vigente del derecho foral (*única concesión, al parecer, que se hacía al Derecho foral*); c) Constituye la última base del Derecho civil español, en el doble sentido de excluir toda institución jurídica, desconocida en los derechos forales y extraña al régimen jurídico del Código, y en el que los tribunales tendrán que acudir a su preceptos al no encontrar disposición foral aplicable (*lo que supone, a mi juicio, una vulneración del Derecho civil propio y fomenta una aplicación directa del Código, pues la falta de regulación de una institución no implica la existencia de una laguna*); d) El art. 6 del Código ordena acudir a los principios generales del Derecho, al no poder hablarse, dado su carácter particular y excepcional, de principios generales forales, se ha de acudir a los principios generales del Derecho común; de éstos, unos han encontrado su formulación o su reflejo en el articulado del Código, y otros, los más, permanecen sin escribir; a ellos corresponde la difícil tarea de dar un sentido de justicia y de adecuación actual a las antiguas reglas conservadas en los fueros. (cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p. 259-260 (op. cit. n. 23).

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

al introducir en el mismo instituciones extrañas, pues observese que la falta de regulación no impone, necesariamente, la existencia de una laguna que integrar—.

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

E) *El Apéndice de 1925*

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

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

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

En efecto, art. 1º del Apéndice declaraba:

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

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

3. La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 y la reforma del Título preliminar del Código civil de 1974

A) *Derecho excepcional-Derecho especial*

Como señala PUIG FERRIOL⁴³, en los años 40 surge una limitada reafirmación del pluralismo civil español, que se inicia con el Congreso Nacional de Derecho civil de 1946⁴⁴, que supuso estructurar la subsistencia de los distintos Derechos forales españoles, no a base del desacreditado sistema de apéndices al Código civil, y que había teni-

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

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

(43) PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral...*, p. 1.624 y ss. (op. cit. n. 17).

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

do una manifestación señaladamente negativa tras la publicación del Apéndice del Derecho civil de Aragón, sino mediante un sistema de compilaciones en las que se recogieran las instituciones forales que había que conservar.

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

Así, mientras el significado originario de la técnica de los Apéndices partía de la premisa de que los ordenamientos jurídicos forales venían a ser un Derecho excepcional, que se apartaba de los esquemas normales o generales que había recogido el Código civil; las Compilaciones, por el contrario, tienden a configurarse como un Derecho no excepcional, sino especial frente al Código, que regulan determinadas materias de una forma diferente a como se hizo en el Código, pero con unas soluciones tan normales como las codificadas.

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

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

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

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

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

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

B) *La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967⁴⁷. Principios de jerarquía y posterioridad*

La Compilación de 1967 fue promulgada como una ley ordinaria por las «Cortes espa-

(45) En este sentido PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral...*, p. 1.624 y ss. (op. cit. n. 17).

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

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

ñolas» el 8 de abril de 1967. Como tal ley ordinaria podía ser derogada, expresa o tácitamente, por otras leyes posteriores y de igual rango, pero también ella podía derogar a leyes anteriores del mismo rango, lo que tuvo especial importancia respecto del Código civil, incluido el Título preliminar y los art. 12 y 13 del mismo.

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

Así, el art. 1 Comp. dispuso:

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

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

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

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

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

a) *Sanción de la coexistencia de Derechos civiles en España*

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

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

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

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

(48) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp...*, p. 149 (op. cit. n. 16).

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

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

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

b) *Valor de la supletoriedad Código civil: supletoriedad de normas*

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

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

En efecto, por un lado, el párrafo 1º señala que hay una serie de normas en el Código civil cuyo ámbito de aplicación es todo el territorio nacional. Señaladamente, algunas de las que integran el Título preliminar, y no todas ellas, puesto que habrá que conjugar dicha aplicación general y directa con el contenido de las propias Compilaciones⁵².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo que quiere decir, siguiendo a FIGA Y FAURA, que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio en el ámbito de los territorios forales se ha de referir a los supuestos en que la regulación de la materia en el Código civil responda coherentemente a los mismos principios que inspiran la regulación del texto compilado, y no se habrá de aplicar cuando estemos ante una institución desconocida en el Derecho foral, o la norma a aplicar contradiga los principios del Derecho foral⁵⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ello llevó a afirmar a LALAGUNA DOMÍNGUEZ que:

«Una importancia especial comporta respecto de los Derechos forales la materia de prelación de fuentes. En esta materia las relaciones con el Código civil se manifiesta de forma hirviente en las compilaciones de Aragón y Navarra, en las que prácticamente queda arruinada la posibilidad de que se aplique el Código civil como Derecho supletorio, salvo cuando sea objeto de remisión expresa en un texto compilado o cuando se trata de una materia no regulada por la propia Compilación»⁵⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Planteamiento

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

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

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

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

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

A) El principio de competencia

La configuración del Estado español siguiendo el modelo autonómico impone tanto para el Estado⁶¹ como para las CCAA el establecimiento del principio de competencia, de manera que cada uno de estos Entes podrá legislar en el marco de las competencias

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

(59) PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral...*, p. 1.627 y ss (op. cit. n. 17).

(60) Vid. en este sentido, ROCA Y TRÍAS, Encarna, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, RJC, I 1983, pp. 128-129; PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral...*, p. 1.628 (op. cit. n. 17); SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana*, en RJC, IV, 1984, p. 50; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa...*, p. 150 y ss. (op. cit. 16).

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

que vienen determinadas por la Constitución y, respecto de las CCAA, por el EEAA, en que hayan sido asumidas las mismas. Sólo en el marco de dichas competencias cada uno de estos Entes podrá dictar Derecho válido⁶².

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

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

Por lo tanto, en este nuevo modelo de Estado, la potestad legislativa ya no es monopolio del «Estado», sino que, en lo que aquí nos interesa, el Derecho civil español es una potestad que comparte con las Comunidades Autónomas que tengan un Derecho civil propio.

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

B) El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos

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

A partir de la Constitución española esas Compilaciones dejan de ser leyes estatales,

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

(63) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. Aragonesa...*, pp. 189-191 (op. cit. n. 16), en el mismo sentido, PUIG FERRIOL, *El denominado problema...*, p. 1.628 (op. cit. n. 17); ROCA Y TRÍAS, *L'estructura...*, p. 160 (op. cit. n. 60); SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, p. 11 (op. cit. n. 60); VILLAVICENCIO ARÉVALO, *La materia civil desde el punto de vista competencial*, en RJC, I, 1983, pp. 192-913. Mantienen una opinión contraria LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Comentario al art. 13 C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. I, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, 1994, pp. 154 y ss. BERCOVITZ, *Comentario al art. 13 Cc* en «Comentario al Código civil», Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1991, pp. 150 y ss.

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

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

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

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

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

2. La supletoriedad del Derecho estatal: el art. 149.3 CE

El art. 149.3 de la Constitución española dispone:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obsérvese que la solución a la que llega el autor en su ejemplo es la correcta, y lo es, precisamente en cuanto que la supletoriedad estatal está al servicio de la integración del ordenamiento autonómico. ¿Por qué en un caso así no se aplica el Derecho estatal como supletorio? No se aplica sencillamente

A) *Relación entre ordenamientos. Preferencia del Derecho civil aragonés. Valor y función de la cláusula de preferencia en el ámbito civil*

La Constitución española rompe con los principios de jerarquía y posterioridad que antes se imponían como medio de relación entre el Código civil y los Derechos forales. La relación que ahora establece el texto constitucional se basa en el principio de competencia, y por tanto en la igualdad entre todos los ordenamientos civiles españoles.

Como consecuencia de la distribución de competencias en el texto constitucional, la materia civil va corresponder tanto al legislador estatal como al legislador aragonés (art. 149.1.8° CE), de manera que ahora las relaciones entre uno y otro Derecho se articulan en función de la preferente aplicación de un Derecho sobre el otro, al tener la Comunidad autónoma con Derecho civil propio la competencia exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo del mismo.

La Comunidad autónoma de Aragón tiene competencia exclusiva sobre la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, lo que significa que el Derecho civil aragonés es de preferente aplicación al Código civil dentro del ámbito competencial propio, tal y como impone el art. 149.3 CE y reitera el art. 41 del Estatuto.

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

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

Ahora bien, siguiendo a SALVADOR CODERCH⁷³ hemos de advertir que la relación

porque no hay laguna. Los vacíos normativos no se consideran necesariamente en teoría general del Derecho como lagunas, sino como una falta de regulación voluntaria del legislador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el ámbito civil la preferencia corresponde al Derecho autonómico, al presentarse la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio como una competencia exclusiva del ordenamiento autonómico, que excluye la competencia estatal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) *Finalidad de la supletoriedad: Completud del ordenamiento autonómico y garantía del principio de competencia*

La finalidad a la que sirve la cláusula de supletoriedad en el texto constitucional va a modificar, como veremos, el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio del Derecho civil autonómico.

a) *La completud del ordenamiento autonómico*

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

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

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

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

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

(76) Vid. En este sentido, LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad y preferencia...*, pp. 80 y 161 (op. cit. n. 72); BALZA y DE PABLO, *El Derecho estatal como Derecho supletorio...*, p. 383 y ss. op. cit. n. 68; SSTC 118/96 y 61/97; En contra, casi toda la doctrina administrativista y constitucional, vid. como obras más recientes: TORRES MURO, Ignacio, *La doctrina del Tribunal constitucional...*, pp. 177 y ss, op. cit. n. 68; BARNÉS, Javier, *Una reflexión sobre la cláusula de la supletoriedad del art. 149.3 a propósito de la STC 118/96*, en REEDA, 93, p. 90; BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico...*, p. 115 op. cit. n. 9 y 69; CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, p. 194, op. cit. n. 68; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, p. 410 y ss. op. cit. n. 68.; CARRERAS SERRA, Francesc, *El principio constitucional de supletoriedad de l'ordenament estatal*, en RJC, 4, 1998, p. 105 y ss.; GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico*, en REDA, nº 98, 1998, pp. 211 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) *Garantía del principio de competencia*

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

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

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

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

Ello viene a significar que la supletoriedad juega un papel importante como garante del principio de competencia, al imponer una previa autointegración del Derecho autonómico, que condiciona la supletoriedad del Derecho del Estado, y sobre todo al no ser la supletoriedad un título de atribución de competencias, sino tan solo un método de integración de lagunas, de ahí que señale el TC que el mal uso de la supletoriedad vulnera el principio de competencia, bien por no proceder a la previa autointegración del ordenamiento autonómico (SS. 36/81 y 123/84), bien por emitir normas con la única misión de servir de Derecho supletorio, cuando el Estado no tiene otro título competencial que le atribuya dicha posibilidad (SS. TC 118/96 y 61/97).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C) *Características de la supletoriedad del Código civil como Derecho del Estado*

En el orden civil las anteriores afirmaciones tienen una importante consecuencia en relación al ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio.

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

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

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

En la medida en que ahora el Derecho civil aragonés no es sólo objeto de conservación, sino también de modificación y desarrollo, puede llegar a ser un Derecho completo en el ámbito de sus competencias. Si se desarrollan todas ellas, se reduce el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio, de manera que el Código puede llegar a ser inaplicable por este concepto.

La anterior afirmación es importante, pues obsérvese que las relaciones entre el Código civil como Derecho supletorio y el Derecho civil aragonés dependen del ejercicio de las competencias autonómicas en materia civil: de hasta dónde lleguen y cómo se ejerciten, pues el Código civil sólo puede ser desplazado, que no derogado, por el legislador aragonés a través de una legislación preferente⁸⁷.

En consecuencia, es importante tener en cuenta que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, sólo es variable, y en esa medida contingente, pero no así la vocación del Código civil a ser indefinidamente —que no ilimitadamente— Derecho supletorio del Derecho civil aragonés.

En efecto, obsérvese que como consecuencia del reparto competencial que en materia de legislación civil establece la Constitución española, el legislador estatal será siempre competente para legislar en materia civil, de manera que el Derecho civil que emana del Estado

(87) Vid en este sentido SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, pp. 41-44 (op. cit. n. 59).

será siempre un Derecho válido y directamente aplicable en el territorio nacional sujeto al Código civil.

Precisamente porque el Estado siempre gozará de un título competencial para legislar en materia civil, también podrá derogar su propio Derecho y sustituirlo por otro distinto.

Ello nos lleva a afirmar que en materia civil la supletoriedad del Derecho del Estado será una supletoriedad dinámica (y no estática, como puede llegar a ser en otros ámbitos del ordenamiento), pues el Código civil entrará como Derecho supletorio de la Comunidad autónoma en su actual estado de vigencia en cada momento, y dejarán de ser Derecho supletorio estatal las normas civiles que hayan resultado derogadas.

Ello obliga al legislador autonómico a ser mucho más cuidadoso en la regulación del Derecho civil propio y en la determinación de sus mecanismos de autointegración, puesto que las variaciones del Código civil pueden afectar al Derecho propio, si no se han previsto los mecanismos de cierre del sistema civil autonómico. (Recuérdese por lo que respecta a Aragón el caso de la dote).

En efecto, al presentarse la supletoriedad del Código civil como dinámica el único control que tiene el legislador autonómico es la posibilidad de anteponer una normativa preferente que impida la aplicación del Derecho supletorio.

Ello, además, exige del legislador autonómico un esmerado cuidado en la emisión de su normativa puesto que, como señala SALVADOR CODERCH⁸⁸, la derogación del Derecho propio sin prever una normativa propia que sustituya al Derecho derogado —y sin que ello suponga la existencia de un conjunto vacío— podrá hacer penetrar en el ordenamiento autonómico al Derecho supletorio, que se aplicará en el estado de vigencia que tenga.

Obsérvese que entonces puede resultar aplicable una normativa que no hubiera querido el legislador autonómico, o bien puede quedar una materia sin regulación, si el Derecho llamado a colmar la laguna ha resultado derogado por el legislador estatal.

En el fondo, ello sólo significa un compromiso por parte del legislador autonómico de ejercitar sus competencias de la forma más plena y completa posible, para conseguir así el control sobre la supletoriedad que le permite el texto constitucional.

V. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN ARAGÓN

El Código civil es ahora una norma que pertenece al ordenamiento del Estado; si bien en virtud del principio de competencia (art. 149.1.8º, segundo párrafo CE) y de su función como Derecho supletorio (art. 149.3 CE), puede ser objeto de aplicación en los territorios autonómicos en los que, además, existe un Derecho civil propio.

Como enseña la doctrina que ha analizado esta cuestión⁸⁹, la aplicación del Código civil en Aragón se produce por tres conceptos distintos: Como Derecho directamente aplicable, como Derecho supletorio o como Derecho aragonés a través de la incorporación de preceptos del Código civil al ordenamiento autonómico aragonés.

(88) Vid. en este sentido SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, pp. 41-44 (op. cit. n. 59).

(89) Por todos, SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana*, en RJC, IV, 1984, pp. 44 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. Ar...*, pp. 189 y ss. (op. cit. n. 16); SERRANO GARCÍA, José Antonio, *La Comunidad autónoma de Aragón y su Derecho civil foral* en «Derecho privado y Constitución», n.º 1, 1993, pp. 177 a 221.

1. Aplicación directa del Código civil

El Código civil es aplicable directamente en Aragón en aquellas materias que la Constitución española reserva de forma exclusiva y en todo caso al Estado (Art. 149.1.8º segundo párrafo).

En esas materias, —reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, y normas para resolver los conflictos de leyes— el Código civil —o cualquier norma estatal cuyo objeto sean estas materias— resulta directamente aplicable en Aragón.

Obsérvese, además, como en estas materias la norma estatal se aplica sin entrar en colisión con la norma aragonesa, pues el principio de competencia excluye la legislación por parte de la CCAA, en estas materias.

2. Aplicación supletoria del Código civil en Aragón. Ambito de aplicación, requisitos y límites

A) *Ámbito de aplicación*

En virtud del principio de competencia establecido en la Constitución, y de la función que la supletoriedad desempeña en el texto constitucional, las normas del Código civil se aplican como Derecho supletorio del Derecho civil aragonés en aquellas materias en que el legislador aragonés es competente para legislar, pues si no lo fuera, tal y como hemos señalado, el Código civil se aplicaría en Aragón, no por ser Derecho supletorio, sino por ser Derecho directamente aplicable en razón de la competencia prevista en el texto constitucional.

Es importante tener en cuenta, tal y como ya hemos advertido, que el Derecho estatal entra como Derecho supletorio del aragonés con las normas que en cada momento tenga.

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA⁹⁰, los preceptos del Código civil y de las demás leyes estatales no han quedado congelados, para su aplicación como Derecho supletorio en Aragón, al ser reclamadas como tales por el legislador aragonés, sino que creados o modificados con posterioridad, así regirán en cuanto supletorios, y dejarán de serlo si acaso son derogados por el legislador estatal (tal y como ha sucedido en materia de dote).

Igualmente, el TC ha señalado que el reenvío de una Comunidad autónoma a la normativa estatal no implica en modo alguno la fijación del Derecho estatal para esa comunidad autónoma. Por el contrario, la remisión se refiere siempre a la normativa estatal vigente en cada momento, que puede ser alterada o derogada libremente por el poder general del Estado en el ámbito de su competencia⁹¹.

(90) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp...*, pp. 193 y ss (op. cit. n. 16).

(91) Tanto en la sentencia 227/88 de 29 de noviembre (FJ30) como en la sentencia 103/89 de 8 de junio (FJ 3º), se desestima la pretensión de la Comunidad autónoma Gallega en el sentido de que la remisión de la DT 3ª del Estatuto gallego «a las actuales leyes y disposiciones del Estado» no implican un reenvío a las normas estatales vigentes cuando se aprobó el Estatuto, sino al Derecho estatal que en cada momento esté vigente».

La sentencia del TC 67/97 de 20 de marzo, precisa todavía más el ámbito de aplicación del Derecho del Estado como Derecho supletorio, al afirmar que sólo podrá ocupar el papel de Derecho supletorio el Derecho estatal emitido por dicho legislador en el ámbito de sus competencias; si el Estado dejara de ser competente en alguna materia por haber sido asumida de forma exclusiva por las 17 CCAA, el Estado no sólo no puede dictar normas cuya función sea la supletoriedad, sino que incluso no puede derogar la normativa estatal existente sobre dicha materia.

Obsérvese, que si el ámbito de la supletoriedad del Derecho estatal es justamente aquél en el que es competente el legislador autonómico, a éste siempre le queda el recurso de legislar, y reducir así el ámbito de la supletoriedad anteponiendo una legislación propia que, aplicada preferentemente, elimine la aplicación del Derecho estatal.

B) *Requisitos y límites para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio*

El Código civil será aplicable como Derecho supletorio del Derecho civil aragonés cuando verdaderamente exista una laguna que no puede ser colmada a través del sistema de fuentes que incorpora la Compilación en el art. 1º; precepto que también señala las condiciones de aplicación del Código civil por este concepto.

En consecuencia, parece conveniente que determinemos cuándo nos encontramos ante verdaderas lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés pues, precisamente, la constatación de las mismas será la que permita dar entrada a la supletoriedad del Derecho estatal.

a) *Las lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés*

Siguiendo a LARENZ⁹² podemos decir que existe una laguna de ley —entendida esta como expresión abreviada de todas las reglas jurídicas— sólo donde la ley —medida con su propio propósito y con su teleología immanente— sea incompleta, es decir, esté necesitada de complemento y donde su complemento no contradiga una limitación (a determinados supuestos de hecho) querida por la ley.

En el mismo sentido, para LACRUZ una laguna representa un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios afines de la normativa total; de manera que las lagunas se producen cuando la ley no puede resolver problemas planteados por la ley⁹³.

En lo que aquí nos interesa, las anteriores definiciones de laguna nos ubican la existencia de las mismas dentro del propio ordenamiento autonómico, y por referencia a sí mismo, esto es, en función de la propia teleología del sistema autonómico, y no por referencia a otro ordenamiento, como en esta materia podría ser el Código civil. Pues, de cualquier manera, hemos de tener en cuenta que la existencia de determinadas instituciones o reglas en un ordenamiento no suponen la constatación de una laguna en el otro.

Así las cosas, y para una correcta aplicación del Código civil en Aragón, es necesario distinguir las verdaderas lagunas de las falsas lagunas o lagunas axiológicas, así como también la diferencia que media entre una laguna voluntaria de otra involuntaria. Conceptos, a lo que creo, confundidos con facilidad y que llevan a introducir instituciones desconocidas⁹⁴, y acaso no queridas por el legislador, en el ordenamiento aragonés.

Según la doctrina nos encontramos ante una verdadera laguna (propia o auténtica)⁹⁵

(92) LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, 1980, p. 363.

(93) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 1º, Introducción, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pp. 247 y ss. (Nueva edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA).

(94) DELGADO ECHEVERRÍA, al igual que FIGA Y FAURA, advertía de este problema en el año 1972. En consecuencia resulta interesante el estudio del profesor DELGADO sobre la aplicación del Código civil en Cataluña una vez promulgada la compilación catalana en el año 1960. Los planteamientos que entonces formulaba DELGADO son ahora de necesaria aplicación en virtud del papel que juega la supletoriedad en el texto constitucional, cfr. *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común*, en «Libre del II Congrés Jurídic Català», FCJC, Barcelona, 1972, pp. 160-183.

(95) La terminología y clasificación de las lagunas es bastante compleja, y distintos términos vienen

cuando la misma se produce dentro del sistema jurídico, es un problema que plantea el propio ordenamiento y que no permite resolver.

Por el contrario, las falsas lagunas (impropias o axiológicas) no son verdaderas lagunas, porque las mismas derivan de la confrontación con un sistema jurídico ideal.

A este tipo de lagunas las denominaba LARENZ lagunas de *lege ferenda*, en cuanto que son «defectos» de regulación que son criticables desde una consideración externa a la ley, desde una perspectiva jurídico-política o jurídico-ética, pero que no crean un vacío en el ordenamiento*.

Obsérvese que en estos casos, la regulación que se reclama por este concepto enriquecería el ordenamiento si aparece, pero no tapan un hueco en el tejido legal; hueco que sólo puede existir, cuando la materia tendría que estar expresamente regulada según la lógica interna del propio ordenamiento, y no porque se anhele una nueva ley al comparar la que tenemos con la de otro ordenamiento.

La diferencia entre lagunas voluntarias e involuntarias fue propuesta por CARNELUTTI⁹⁷. La distinción de unas y otras se basa en la imputabilidad o no del vacío normativo al legislador.

En las llamadas involuntarias, el hueco o deficiencia normativa es imputable al legislador, que no ha previsto la solución a un caso concreto, siendo necesaria tal previsión según la sistemática del ordenamiento; en la llamadas voluntarias, por el contrario, se trata de que el vacío legislativo es querido por el propio legislador que no ha querido regular determinada situación o institución.

En consecuencia con todo lo anterior, sólo son verdaderas lagunas las deficiencias de regulación que se producen en el propio sistema, sin comparación con otros, y que se deben a una falta de previsión involuntaria del legislador.

En estos casos, la laguna ha de ser colmada por el aplicador del Derecho siguiendo el sistema de fuentes y las demás reglas que el propio ordenamiento determina para conseguir su completud; incluyéndose en estos supuestos la posibilidad de encontrar una solución en el Derecho supletorio, siempre que la misma sea acorde con los principios que informan al Derecho suplido.

En los supuestos de las llamadas lagunas axiológicas y lagunas voluntarias no estamos ante lagunas del ordenamiento, no hay ningún hueco legal que cubrir, pues en el fondo las mismas responden a un espejismo que crea el aplicador del Derecho al comparar diversos ordenamientos jurídicos.

En el primer caso, y como hemos señalado, la falta de regulación no se produce como consecuencia de una deficiente regulación en el propio ordenamiento, sino en función de tratar de incorporar una institución nueva que aparece regulada en otro ordenamiento.

algunas veces a ofrecer un mismo concepto. Para la redacción de este apartado se han tenido en cuenta las siguientes obras: ZITTELMAN, *Las lagunas del Derecho*, en RGLJ, T. 140-141, Madrid, 1922; CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1941; ROMEO LAGUNAS, Manuel José, *Las lagunas de la ley y la analogía jurídica*, RGLJ, T. 228, Madrid, 1970, pp. 194-244; PUIG PÉREZ, Federico, voz «Lagunas del Derecho», en Nueva enciclopedia Jurídica, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1971, pp. 774-776; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, 1980; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I*, vol. 1º, ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 288 y ss.; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1989; SEGURA ORTEGA, Miguel, *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, T. VI, Madrid, 1989, pp. 285-312; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 1, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 121 y ss.

(96) LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1980, pp. 368 y ss.

(97) CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, 1941, pp. 106 y ss.

Así, por ejemplo, la Compilación aragonesa no regula la separación de bienes, régimen matrimonial que sí regula el Código civil. La falta de regulación de este régimen económico matrimonial por parte del legislador aragonés no se puede calificar de laguna. No hay en este caso ningún hueco que cubrir. Es más, ni tan siquiera supone una ausencia de normación, puesto que no cabe hablar de laguna, cuando el legislador deja la solución del problema a otras «fuentes» jurídicas, ya sea el arbitrio judicial o la determinación convencional de los particulares*.

Esto es lo que acontece en materia de regímenes económicos matrimoniales, en los que el legislador ha dejado la determinación y regulación de los mismo al arbitrio de los particulares (art. 23 Comp.).

Es más, en estos casos, si hay una deficiente regulación la misma no será achacable a la ley, sino a la convención, y aun en estos casos, el legislador aragonés no deja desamparados a lo particulares y sometidos a la aplicación del Código civil, ya que les señala como sistema de integración de los capítulos la regulación establecida a propósito del régimen económico matrimonial legal aragonés. (art. 23. 2 Comp.).

Tampoco regula expresamente la Compilación la consideración que han de tener las cabezas de ganado (1350 Cc) o las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego (1351 Cc.), o la consideración que han de tener los bienes inmuebles donados conjuntamente a ambos esposos sin especial designación de partes (art 1353) ¿Supone lo anterior una laguna? Quizás para responder baste con tener en cuenta los arts. 37, 38 y 39 de la Compilación.

En el segundo caso, la falta de regulación de una materia no se debe a una disfunción del sistema sino a la voluntad del legislador que ha decidido dejar un conjunto vacío en su ordenamiento, quizás por considerar que no es el momento adecuado para establecer determinada regulación.

Obsérvese que estas situaciones con anterioridad al texto constitucional, suponían la aplicación inmediata del Código civil ante cualquier vacío normativo.

Todo ello era consecuencia de los principios de jerarquía y posterioridad: el Código civil, como Derecho común y más moderno, debía de cubrir todos los espacios no regulados en los Derechos forales, su misión declarada no era otra que la unidad y uniformidad del Derecho español.

Ello en alguna medida tenía explicación: había un único legislador, y es evidente que la última norma por el promulgada —de igual rango y posterior a otra— se consideraba siempre directamente aplicable, modificando así la propia sistemática del Derecho foral.

Ahora no hay un único legislador, sino varios, que tienen competencia para legislar en materia civil, de acuerdo con unos principios que no tienen por qué ser iguales, y de acuerdo también con unos objetivos de política legislativa que tampoco tienen por qué coincidir. Esto es lo que garantiza la Constitución en función del principio de autonomía.

Los silencios en la legislación autonómica no pueden ser interpretados como lagunas en el ordenamiento que requieren la aplicación inmediata del Código civil.

La premisa es otra, los espacios vacíos, mientras no se demuestre lo contrario, en virtud de una disfunción interna del sistema ante la falta de regulación, son decisiones legítimas del legislador autonómico tomadas en el ámbito de su competencia.

(98) En este sentido señala SEGURA ORTEGA, que no existen lagunas en los casos en que hay un conjunto normativo que regula una determinada situación pero se formula de manera que otorga una gran facultad discrecional al juez o los particulares. (cfr. *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, T. VI, Madrid, 1989, p 303). En el mismo sentido señala CARNELUTTI la inexistencia de lagunas cuando el legislador deja de forma voluntaria la solución de los problemas bien al arbitrio del juez o a la convención de los particulares. (cfr. *Teoría General del Derecho*, 1941, pp. 106 y ss.).

En los llamados conjuntos vacíos del ordenamiento, el legislador autonómico ha querido liberar de ordenación determinada cuestión, para lo cual es perfectamente competente.

Como señalan BALZA y DE PABLO⁹⁹, lo único que lo anterior supone es la constatación de la existencia de diversos ordenamientos que colocan a los ciudadanos en diferente posición según estén ante uno u otro.

Pretender en estos supuestos una aplicación de las normas estatales supone una directa violación de las reglas autonómicas, puesto que quedaría sin eficacia lo previsto —implícita o explícitamente— por el legislador competente, imponiendo una regulación no querida bien en cuanto a su contenido, bien en cuanto al momento en que hubiera debido regular en función del orden de prioridades que se derivan de la propia política legislativa.

Obsérvese que estas situaciones se agravan en las relaciones entre el Código civil y la Compilación aragonesa, pues muchas veces se considera que las modificaciones que se llevan a cabo en el Código civil, y no en la Compilación aragonesa, crean lagunas en el sistema aragonés, como si hubiera un único legislador competente en la materia, que ha de imponer sus criterios y principios en el ordenamiento aragonés.

Un ejemplo de la situación a la que me refiero nos la puede proporcionar la reforma del Código civil de 1981.

En 1981 el legislador estatal modifica el Código civil por ley 11/81 de 13 mayo resultando afectado el Título III del libro IV del Código civil y los arts. 1.314 a 1.444 comprendidos en dicho título.

Aparecen, a título de ejemplo, como normas de nuevo cuño esas que integran el llamado régimen económico matrimonial primario (arts. 1.318 a 1.324); los arts. 1.354 a 1.357, que en régimen de gananciales regulan la adquisición de bienes a plazos; el art. 1.438 en relación al régimen de separación, y que viene a reconocer como contribución a las cargas del matrimonio el trabajo doméstico desarrollado por cualquiera de los cónyuges; el art. 1.334, en sede de capitulaciones matrimoniales, que declara ineficaces los capítulos válidamente otorgados, si en el plazo de un año no se celebra el matrimonio; y así un largo etc.

Pues bien, ninguna de estas normas existía con anterioridad a la reforma de 1981, y por entonces nadie acusaba a la Compilación de que hubiera huecos normativos en su regulación que exigirán ser colmados.

Sin embargo, una vez que se modifica el Código civil, parece que hay una tendencia a pensar que la Compilación esta plagada de lagunas al no regular ninguna de dichas cuestiones, quedando en consecuencia anacrónica y obsoleta.

Pues bien, si la Compilación no presentaba en dichas materias laguna alguna antes de la reforma del Código civil, no es fácil justificar el por qué haya de presentarlas con posterioridad a 1981, y más cuando la Compilación se incorpora al ordenamiento aragonés en 1985, modificando ciertas normas, que no incluyen regulación parecida a la que presenta el Código civil.

Si creemos que la Compilación presenta alguna laguna que colmar, habrá que justificar el por qué, y la explicación no es, desde luego, que ahora el Código civil dice otras cosas de las que decía, que su regulación es mucho más extensa —más del doble de la que presenta la Compilación— o sencillamente porque nos parece más moderna y aspiramos a tener una regulación semejante.

(99) BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como Derecho supletorio del propio de las Comunidades autónomas*, en REDA, 55, pp. 425-426.

En todos estos casos, se consideran lagunas situaciones que no lo son, y si no lo son, no es preciso que sean colmadas.

Obsérvese que aplicar en estos casos el Código civil como Derecho supletorio, no es sólo una incorrección, sino un grave atentado al principio de competencia y a la voluntad del legislador.

Si lo que creemos es que dichas situaciones deben estar reguladas en el ordenamiento aragonés, y por ello es criticable nuestra legislación, el único recurso será que el legislador legisle y adopte normas semejantes, pero lo que tampoco procede en ningún caso es la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, pues nuevamente se invade, a través de la aplicación del Código civil, la competencia del legislador autonómico.

Por ejemplo, la Compilación aragonesa no contiene una norma semejante al art. 1.334 del Código civil, ¿significa ello que hay una laguna en la Compilación?

A lo que creo, no. Un legislador en el ámbito de sus competencias decide que han de quedar ineficaces los capítulos matrimoniales otorgados por los contrayentes, si en el plazo de un año no se celebra el matrimonio.

Otro legislador, no dice nada. ¿qué sucede si los contrayentes no celebran el matrimonio en el plazo de un año? La respuesta es fácil, los capítulos serán válidos pero ineficaces al no haber matrimonio sobre el que aplicarse; si se casan pasado un año, o veinte, los capítulos serán también válidos, pero además serán eficaces, pues hay un matrimonio sobre el que aplicar sus convenciones.

En un caso como este más que preguntarnos si existe una laguna que colmar en nuestro ordenamiento jurídico, tendríamos que cuestionar la necesidad de una norma como la prevista en el art. 1.334 Cc.

Ahora bien, aun cuando la norma prevista en el art. 1.334 Cc. nos parezca razonable, y creamos que también en Aragón tendrían que caducar las capitulaciones matrimoniales si no se celebra el matrimonio en el plazo de un año, ello no supone que debamos aplicar la norma de otro ordenamiento, cuando en verdad no existe laguna por este concepto. En su caso será el legislador quien deberá de promulgar dicha norma, función que, evidentemente, no nos compete a los aplicadores del Derecho.

Otro ejemplo nos lo ofrece el art. 1.438 del Código. Los cónyuges sometidos la Código civil y que pacten la separación de bienes, pueden computar el trabajo doméstico como contribución a las cargas del matrimonio, e incluso obtener una compensación económica que fijará el juez, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Pues bien, el legislador aragonés no dice nada, y pensemos que tampoco han pactado nada al respecto los cónyuges en sus capítulos matrimoniales: ¿Se aplican en Aragón las previsiones del art. 1.438 Cc.? A lo que creo, no son aplicables en Aragón, no hay ninguna laguna que colmar.

El que el trabajo doméstico sea o no computable como carga del matrimonio y proporcione o no derecho a una compensación económica, es una decisión de política legislativa, que esta bien si se adopta, pero que no produce una carencia en el sistema si no se prevé tal solución.

Antes de 1981 el Código civil no contenía nada semejante, se podría también echar de menos una norma tan ecuánime en esa legislación, sobre todo si se tenía en cuenta la Resolución del Consejo de Ministros de Europa de 27 de septiembre de 1978, que apuntaba la consideración del trabajo doméstico para la casa en el régimen de separación. Sin embargo, en ninguna resolución judicial se alegó esta resolución para valorar el trabajo doméstico, y buena parte de los países de la Unión europea no han reflejado en sus textos legales dicha solución, y todavía menos la criticable posibilidad de obtener una compensación económica.

Por lo tanto, no parece conveniente que esta norma sea aplicable de forma supletoria en Aragón, al no existir ninguna laguna, y ser los cónyuges los que en su caso, pueden establecer una solución semejante. Fuente a la que el legislador aragonés le atribuye la solución del caso.

b) *Requisitos generales para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio en Aragón: el "test de la supletoriedad"*

Después de analizar el concepto de laguna, es necesario que partamos de una premisa: la vocación de completud del ordenamiento aragonés, que condiciona la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, y la somete a unas reglas y requisitos.

En efecto, el Derecho civil aragonés contenido principalmente en la Compilación pretende ser un sistema completo de Derecho civil, en cuanto que los preceptos que lo componen se encuentran entre sí armónicamente conjugados y sometidos a unos principios generales que informan dicha legislación.

Cada uno de esos preceptos —y también sus silencios— deben ser interpretados sistemáticamente y en relación a todos los demás preceptos aragoneses vigentes, aplicando a la totalidad de ellos los criterios interpretativos que inspiran los principios generales en que tradicionalmente se inspira el ordenamiento civil aragonés¹⁰⁰.

De lo anterior se deduce que no es posible una aplicación indiscriminada del Código civil, sino que dicho cuerpo legal sólo debe aplicarse como Derecho supletorio en aquello que no disponga el Derecho aragonés, pero siempre y cuando no se oponga a los principios generales en que se inspira el ordenamiento aragonés.

Ello significa que sólo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio:

1º.- Cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico aragonés y su regulación presente deficiencias.

Por lo tanto, será necesario que se constate la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico aragonés, de manera que ensayando previamente la autointegración de la misma a través del recurso a la analogía y a los principios generales que informan dicho ordenamiento, no encontremos la solución al caso.

Sólo en el supuesto de que no sea posible colmar dicha laguna, procederá la aplicación del Código civil que, en todo caso, deberá ser aplicado teniendo en cuenta la sistemática y principios del ordenamiento civil aragonés.

2º.- El Código civil nunca se debe aplicar en los llamados conjuntos vacíos, es decir en aquéllos casos en que la institución no existe en el Derecho aragonés, por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente.

La falta de regulación de alguna materia en el Derecho aragonés, aun cuando esté regulada en el Código civil, no significa necesariamente la existencia de una laguna en el ordenamiento aragonés.

En estos casos, la regla general, en virtud de los principios de autonomía y competencia, es valorar tal silencio como una ausencia voluntaria de regulación por parte del legislador competente, no aplicando, en consecuencia, las consideraciones y previsiones propuestas por otro legislador y para otro ordenamiento.

3º.- También debe rechazarse la aplicación supletoria del Código cuando la regulación de la institución en ambos sistemas partan de principios distintos, lo que implica la absoluta incompatibilidad entre ambas regulaciones.

(100) Vid. en este sentido DELGADO ECHEVERRÍA, (cfr. *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común*, en «Llibre del II Congrés Jurídic Catalá, FCJC, Barcelona, 1972, pp. 160-183), de quien he tomado las principales ideas. Vid. también ROCA Y TRIAS, *L'estructura...*, RJC, I, 1983, pp. 173 y ss., op. cit. n. 60.

Hemos de tener en cuenta que la aplicación indiscriminada del Código civil como Derecho supletorio, no sólo produce un empobrecimiento del Derecho propio, que era la afirmación que podíamos hacer antes del texto constitucional, sino que ahora ataca directamente al principio de competencia.

Si después de aplicar el "test de la supletoriedad" nos encontramos con una laguna en el ordenamiento aragonés, procederá la aplicación del Código civil. Obsérvese, que no se trata de no aplicar el Código civil, pero sí evitar su aplicación cuando no proceda.

Hoy la supletoriedad el Código civil no representa por sí sola una amenaza para nuestro ordenamiento, todo lo contrario, su función no es uniformar nuestro Derecho sino completarlo, y ello tan solo en la medida en que no sea completo.

En nuestras manos está el completarlo y anteponer una normativa aragonesa que no necesite del Código civil para ser completo en el ámbito de sus competencias. Esta misión sólo es función del legislador.

Pero a los demás aragoneses que algo tenemos que ver con el Derecho nos corresponde una misión estratégica: no ser la verdadera amenaza para el Derecho aragonés, haciéndolo cada vez más incompleto a través del mal uso de la supletoriedad.

3. La aplicación del Código civil como Derecho aragonés¹⁰¹

Señala la doctrina que algunas normas del Código civil todavía se pueden aplicar en Aragón por un tercer concepto, que no es ni como Derecho directamente aplicable ni como Derecho supletorio, sino como Derecho aragonés que incorpora a su legislación la norma prevista en el Código civil.

Ello es lo que se pretende con la Disposición final que se incorporó a la Compilación en el año 1985, a cuyo tenor:

«Las remisiones que la Compilación del Derecho civil de Aragón hace al articulado del Código civil se entenderán siempre en su redacción actual».

La incorporación de una norma como esta responde a la finalidad de fijar el contenido concreto del Derecho civil aragonés, sin que se vea afectado por posteriores modificaciones que el legislador estatal pueda hacer sobre los preceptos del Código civil a los que se remite la Compilación aragonesa.

En virtud de esta finalidad se denomina a esta técnica *remisión estática* o *promulgación abreviada de la ley*, porque la remisión que la Compilación hace a los artículos del Código civil, supone la incorporación de dichos preceptos al ordenamiento aragonés, de manera que ello supone que el texto de los artículos del Código civil llamados por esta vía es como si hubieran sido transcritos en la Compilación aragonesa, y por lo tanto se consideran ley aragonesa.

Un claro ejemplo de remisión estática se encuentra en el art. 52. 2º Comp. en dicho precepto, los arts. 1392 y 1393 quedan incorporados al ordenamiento aragonés como si hubiera sido promulgadas por el legislador autonómico.

No obstante, para encontrarnos ante una remisión estática no es necesaria tanta precisión en la designación de los preceptos del Código civil, aunque sí es exigible un buen grado de concreción en la referencia a su articulado.

(101) Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, *La disposición final tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de la remisiones estáticas*, ADCE, 1984, pp. 975-1.006.

La diferencia que la remisión estática presentan con el Derecho supletorio podría resumirse del siguiente modo:

La remisión al Código civil es competencia del legislador autonómico, que en el fondo legisla *per relationem*, incorporando como propias normas de otro ordenamiento.

Como técnica legislativa, evidentemente, no es muy correcta, pues la norma incorporada, en pura lógica, no resulta textualmente publicada y se hace necesaria la consulta del Diario oficial de otro ordenamiento.

En teoría la remisión, en cuanto competencia del legislador autonómico, le permitiría no sólo incorporar normas del ordenamiento del Estado, sino de cualquiera otro autonómico.

Por el contrario, el Derecho supletorio es siempre y en todo caso el Derecho estatal válido y vigente que emita dicho legislador.

La supletoriedad no es competencia del legislador autonómico, éste sólo puede limitarla, controlarla, y hasta excluirla mediante su propia legislación.

VI. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ARAGONÉS

1. El Régimen económico matrimonial aragonés. Principios generales

El régimen económico matrimonial aragonés se regula en la vigente Compilación aragonesa en el Título IV del libro I.

En concreto son 37 artículos (el 25% del total de preceptos compilados) los que el legislador aragonés destina a esta materia.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la regulación que el legislador aragonés dispensa a la llamada Comunidad conyugal continuada (Tit. V. del libro I, arts. 60 a 71) y a la Viudedad (Tit. VI del libro I, arts. 72 a 88) resulta que del total de preceptos compilados, más de un 40%, regulan lo que podríamos llamar en términos generales la economía del matrimonio y de la familia.

En efecto, por un lado, las normas que regulan la viudedad aragonesa son aplicables a cualquier matrimonio regido por la ley aragonesa, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, debido a la naturaleza familiar, y no sucesoria, de esta institución¹⁰².

Por otro lado, la comunidad consorcial no se extingue necesariamente con la muerte de uno de los cónyuges —señalada diferencia en relación con la regulación del régimen económico matrimonial en el Cc.—, sino que es posible su continuación a través de una nueva comunidad que asume como patrimonio inicial el patrimonio final de la primera¹⁰³.

De estos datos cabe deducir que, aun cuando los Tít. V y VI de la Compilación no están regulando el régimen económico matrimonial propiamente dicho —sea éste legal o paccio-

(102) Esta afirmación es común en la doctrina, vid. por todos: SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 72 Comp. aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. II, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO† y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, ed. DGA, Zaragoza, 1993, pp. 632-637.

(103) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comunidad Conyugal continuada*, en RCDI, 1968, pp. 412 y ss.; SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Comentario a los arts. 60 a 71 Comp. aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. II, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO† y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, ed. DGA, Zaragoza, 1993, pp. 387 y ss.

nado—, en cuanto que son normas de carácter familiar, contribuyen a señalar los principios básicos a los que responde la regulación económica del matrimonio en Aragón.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que en esta materia nos encontramos con una regulación sistemática y cohesionada, que por sí sola podría dar respuesta a los principales problemas y cuestiones que, en la práctica, se puedan plantear, ahora y en el futuro, con relación al régimen económico matrimonial aragonés.

No obstante, es posible que nos hallemos con lagunas que, aún ensayando la previa autointegración en nuestro ordenamiento, no encuentren una solución en él, debiendo, en consecuencia, acudir al Derecho supletorio estatal.

Con todo, hemos de tener en cuenta los principios básicos que informan la regulación económica del matrimonio en Aragón, a los efectos de no aplicar normas estatales que pudieran estar en contradicción con los mismos, y evitar también, la aplicación de instituciones desconocidas en nuestro Derecho.

A lo que creo, la economía del matrimonio en Aragón se encuentra informada por los siguientes principios:

1.º Por la libertad de pacto. El régimen económico matrimonial será el que determinen los contrayentes o cónyuges en su capítulos matrimoniales, sin más limitaciones que las que resulten preceptuadas en la Compilación (art. 23 Comp.).

Obviamente, este principio es paralelo al que establece el Código civil en el art. 1.316. Si bien, obsérvese, que las limitaciones que afectan a los esposos o cónyuges aragoneses no son necesariamente las limitaciones que puedan afectar a los otorgantes sujetos al Código civil (art. 1.328), aun cuando el Código sea aplicable supletoriamente para colmar una laguna en nuestro ordenamiento.

En efecto, hemos de tener en cuenta que el Código civil, cuando se aplica como Derecho supletorio, no contiene ninguna norma que por definición pueda ser considerada imperativa en Aragón, pues su aplicación es como Derecho supletorio (después de agotado el sistema de fuentes), y no como Derecho directamente aplicable.

Las normas imperativas aplicables en Aragón sólo son las de su propio Derecho civil y las del Derecho del Estado cuya aplicación es directa en Aragón en razón del principio de competencia. Frente a estas normas no cabe un pacto en contrario (art. 3 Comp.) ni costumbre contra *legen* (art. 2 Comp.)

En consecuencia, el Código civil, en cuanto Derecho supletorio del Derecho civil aragonés, todo él, ha de ser considerado como Derecho dispositivo en Aragón, de manera que las limitaciones a la libertad de pacto determinadas por el Código civil, no limitan necesariamente la voluntad de los particulares en Aragón¹⁰⁴.

(104) Esta opinión mantiene SANCHO REBULLIDA, cuando señalaba que «en el Derecho de la compilación no cabe anteponer a una costumbre aragonesa una norma imperativa o prohibitiva contenida en el Código o en otra ley del Derecho general español que sea Derecho supletorio del aragonés». Cfr. *Comentario al art. 2 Comp.* en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO, ed. DGA, Zaragoza, 1988, pp. 214 y ss. Igual opinión manifiesta LACRUZ en *Comentario al art. 3 Comp.* «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO, ed. DGA, Zaragoza, 1988, pp. 268 y ss.

Por su parte, Miguel del MOLINO atribuyó también dicha naturaleza dispositiva al Derecho supletorio. Siguiendo sus planteamientos podemos también afirmar, como lo hemos hecho, que el Derecho supletorio, en cuanto que viene a integrar una laguna de la voluntad de los particulares o de la ley pierde su imperatividad.

Esto es lo que creo que dice el autor cuando comenta la posibilidad de renunciar en Aragón a la *exceptio non numerata pecunia*.

2.º La regulación prevista en la Compilación para el régimen económico matrimonial aragonés se presenta como supletoria de primer grado del régimen paccionado, relegando al Código civil a una supletoriedad de segundo grado.

Como señala LACRUZ, habiéndose pactado un régimen económico matrimonial distinto del legal, las lagunas de los capítulos deberán colmarse, en primer lugar, con las reglas que se derivan naturalmente y según la posible voluntad de los paciscentes del *nomen iuris* del régimen adoptado. Pero agotada esta fuente las dudas deberán resolverse aplicando el articulado de la Compilación para el régimen legal en tanto es conciliable con dicho *nomen iuris*¹⁰⁵.

3.º La organización económica del matrimonio, sea cual sea el régimen adoptado, señala como valor principal la unidad y continuidad de la familia; principio al que contribuyen señaladamente la institución de la viudedad, y tratándose de un régimen de comunidad, la llamada comunidad conyugal continuada.

4.º Igualdad entre los cónyuges. La reforma de la Compilación, operada en virtud de la ley autonómica 3/1985 de 21 de mayo, por la que se asume como Derecho propio de la Comunidad autónoma de Aragón la Compilación de 1967, modifica dicho texto legal introduce pequeñas reformas para adaptar aquél Derecho a la vigente Constitución.

Entre estas reformas, se encuentra el capítulo III del Título IV del libro I, donde, además de otros preceptos, se redactan de nuevo los art. 48 a 51, al objeto de establecer la igualdad entre los cónyuges.

Así, la administración y disposición de bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno con el consentimiento del otro (art. 48.1 Comp).

No obstante, esta regla resulta mucho más flexible de lo que a primera vista pudiera parecer, puesto que frente a terceros, cada cónyuge está legitimado para disponer y administrar de los bienes nominados en el art. 48.2, con lo que, además de facilitar el tráfico jurídico, garantiza cumplidamente la posición de los terceros en la contratación con los cónyuges aragoneses.

A lo que creo, el principio de igualdad entre cónyuges no se traduce en Aragón en una suerte de gobierno diarquico irreductible, que llega a impedir las actuaciones individuales entre los cónyuges; sino que, tomando como premisa el principio de igualdad, el legislador aragonés traduce dicho principio en la posibilidad de que cada uno de los cónyuges pueda actuar de forma individual frente a terceros obligando el patrimonio consorcial. Esta, como veremos, es una señalada diferencia con la regulación que en esta materia presenta el Código civil, que parte siempre y en todo caso de la actuación conjunta de ambos cónyuges con muy escasas excepciones.

En su texto declara que el Derecho romano, considerado como Derecho común, no tiene ese valor en Aragón, al ser Derecho común el propio Aragonés. En consecuencia, y en razón del principio *Standum est Chartae* es posible oponerse a lo que en otro Derecho se regula con carácter imperativo, y ello sin que el Derecho romano pueda modificar la voluntad de los particulares.

En concreto señala: «*Non obstat, quod dictum est de correctione iuris comunis: quia in Aragonia fori habentur per iure communis. Unde in hoc Regno numquam est recurrendum ad ius commune, nisi ubi foris deficit: ut pareat in primio prohemio fororum in fine versu ubi autem.(...) ubi tenet expresse, quod ista exceptio non numeratae pecuniae non post opponi etiam de iure, ubi contractu est eidem expresse renunciatum*». (Cfr. fol. 127 r. 2º columna in fine y fol. 127. v. al principio., op. cit. n. 13).

(105) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentario al art. 36 Comp.* en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. II, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, ed. DGA, Zaragoza, 1993, pp. 24 y ss.

2. La economía del matrimonio en la regulación del Código civil

El régimen económico matrimonial se regula en el Código civil en el Título III del libro IV, que se compone de un total de 130 artículos (1.314 a 1.444), que fueron redactados en función de la ley 11/81 de 13 de mayo, cuya principal misión fue conseguir de plena igualdad entre los cónyuges. Principio de igualdad, que encuentra su principal aplicación en la regulación de la sociedad de gananciales y de las capitulaciones matrimoniales (art. 1328 Cc.).

Como novedades más importantes de esta regulación, y para lo que aquí nos interesa, son de destacar, en primer lugar, la inclusión de un capítulo (el primero) destinado a regular lo que se ha venido en llamar "el régimen económico matrimonial primario", cuyas normas son aplicables de forma imperativa a todos los regímenes matrimoniales. También se presenta como novedad la regulación de los regímenes de participación y de separación, pues aun cuando este último se regulaba antes de la reforma, la misma era muy escasa.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la sociedad de gananciales, la modificación más importante, como ya hemos advertido, es la implantación de un régimen de plena igualdad entre los cónyuges. Esta premisa se lleva hasta sus últimas consecuencias, de tal manera que la reforma de 1981 impone de modo completo el poder conjunto de disposición por parte de los cónyuges sobre los bienes gananciales¹⁰⁶.

Esta regla general, que establece una diarquía como fórmula de gobierno sobre los bienes gananciales, no muestra una deseable flexibilidad, y podría amenazar seriamente la necesaria agilidad del tráfico jurídico. El recurso que establece el Código civil ante la negativa de uno de los cónyuges a dar su consentimiento para cualesquiera actos de gestión de la comunidad pasa por recabar el auxilio judicial, que venga a sustituir aquél consentimiento (art. 1376 Cc).

Es de advertir que la actual regulación de la sociedad de gananciales presenta desde la reforma de 1981 puntos de conexión importantes con la regulación del régimen legal aragonés, pues algunas de las normas actuales del Código civil se han inspirado en la regulación aragonesa (v.gr. 1359).

Con todo, de los principios que hemos extraído *supra* 1, son obvias también las diferencias de criterios y principios entre ambos regímenes matrimoniales.

3. La aplicación supletoria del Código civil en Aragón: El régimen económico matrimonial primario y la sociedad de gananciales*

La reforma de 1981 ha introducido una serie de modificaciones e innovaciones en la regulación del régimen económico matrimonial, que hacen pensar si acaso son aplicables en Aragón como supletorias determinadas normas del Código civil, al no contar nuestra legislación con una regulación semejante.

(106) Sobre la nueva configuración de la sociedad de gananciales y sus principios vid. LACRUZ BERDEJO, *La economía del matrimonio*, en «El nuevo régimen de la familia» II (filialión, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar), ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 121-184; ESPÍN CÁNOBAS, Diego, *La igualdad conyugal en la reforma del Código civil (leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, en «Cien estudios jurídicos del profesor Diego Espín Cánobas (1942-1996)», T. I, ed. Centro de estudios registrales», Madrid, 1998, pp. 681-708.

* El discurso que sigue fue redactado por la ponente, y sometido a debate y reflexión con los coponentes. En atención a ello, y en aquellas partes en las que no haya acuerdo con la ponencia se hará constar de forma expresa la opinión de cada uno de los coponentes. De cualquier manera, quiero dejar constancia de que las sentencias que se citan han sido recopiladas y sistematizadas por Fernando Solsona, lo que fue de gran utilidad a la hora de redactar la ponencia.

Para dar respuesta a dicha pregunta parece oportuno que dividamos el análisis en dos grandes apartados: régimen legal y régimen paccionado. Teniendo en cuenta, como punto de partida, las disposiciones generales que regula el Código civil en el Capítulo I del Título III.

Dentro de cada uno de estos apartados atenderemos a las cuestiones que parecen más dudosas, a juzgar por los problemas que han llegado a los Tribunales aragoneses.

A) *El régimen económico matrimonial primario (arts. 1.315 a 1.324 Cc.): ¿Es aplicable en Aragón?*

En la doctrina se denomina «régimen matrimonial primario» a aquel conjunto de normas patrimoniales que valen para todo el matrimonio sea cual sea el sistema legal o convencional por el que se rija su economía¹⁰⁷.

En consecuencia, se atribuye a la mayoría estas normas, que no a todas, carácter imperativo, por lo que no pueden ser modificadas por la voluntad de los particulares.

Antes de la reforma de 1981 no existían estas normas generales en sede de los arts. 1.315 y ss., aunque algunas, como señala LACRUZ¹⁰⁸, se podían encontrar entre las que regulaban los «derechos y obligaciones entre marido y mujer»; en particular en los arts. 59 y siguientes.

El legislador estatal en 1981 acoge la técnica de disposiciones generales que implantó el legislador francés en el año 1965, con la finalidad de establecer unas cargas y obligaciones a las que los cónyuges han de atender con independencia del régimen económico matrimonial que rige su economía.

Es evidente que el legislador aragonés, tras la reforma de 1985, mantiene en la Compilación la misma estructura que ésta tenía en 1967, sin añadir un capítulo previo y aplicable tanto al régimen paccionado como al régimen legal, que pueda ser considerado como régimen matrimonial primario.

De ahí, que puedan surgir dudas, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia aragonesa, acerca de si estas normas del Código civil resultan aplicables en Aragón.

Con carácter general consideramos que las normas que el Código civil dispensa al llamado régimen económico matrimonial primario no son aplicables en Aragón como Derecho supletorio, pues, en primer lugar, las materias que vienen a regular los arts. 1.315 a 1.324 Cc. encuentran respuesta en el ordenamiento civil aragonés; y, en segundo lugar, aunque la Compilación no regulase tales materias tampoco podríamos calificar esta falta de regulación de laguna, pues antes de la reforma del Código civil en 1981 no había ninguna laguna por estos conceptos en Aragón.

De cualquier manera, parece oportuno que analicemos esta materia de forma más detenida.

a) *Por lo que respecta a la regulación que ofrecen los arts. 1.315 a 1.317 Cc.*, en orden a establecer la libertad de pacto para determinar el régimen económico matrimonial; la posibilidad de modificación de los capítulos matrimoniales, tanto antes como después de la celebración del matrimonio —dejando siempre a salvo los derechos de terceros—, así como la aplicación del régimen legal que corresponda, a falta o por ineficacia de pacto capitular, no son aplicables en Aragón.

(107) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *La economía del matrimonio*, pp. 129 y ss (op. cit. n. 108).

(108) LACRUZ BERDEJO, *La economía del matrimonio*, pp. 130 (op. cit. n. 108).

Estas materias se encuentra expresamente reguladas en la Compilación aragonesa en los arts. 23, 25, 26 y 36.

Ahora bien, mientras que los arts. 1315 y 1316 no presentan duda alguna en lo que hace a su inaplicación en Aragón, no ha pasado lo mismo con respecto al art. 1.317 Cc.

La S. de la APZ (sec. 5ª) de 21 de febrero de 1996 aplica exclusivamente, y sin ninguna referencia al art. 26 Comp., el art. 1.317 del Cc., para señalar la inoponibilidad de unas capitulaciones matrimoniales a los acreedores, cuando en las mismas se venía a sustituir el régimen legal por otro de absoluta separación.

En concreto, el FJ 3º señala:

«Consiguientemente, y en aplicación del art. 1.317 del Código civil (sancionado por múltiple jurisprudencia, por ejemplo STS de 24 de julio de 1991), el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuyente a créditos no afectados por aquella capitulación».

En el mismo sentido, la S. APZ (sec. 4ª) de 17 de septiembre de 1996 aplica el art. 1.317 C.c., si bien esta vez, mencionando también el art. 26 Comp. En concreto, declara la Audiencia:

«Según la doctrina jurisprudencial, con fundamento en los arts. 1317, 1401, 1402 y 1408 del Código civil y puede señalarse el 26 de la Compilación, en el caso anterior la preservación del interés de los acreedores se traduce en que éstos conserven sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además, el causante responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, responsabilidad de los bienes comunes que no desaparecerá por el hecho de que le hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución permanece viva la acción contra los bienes consorciales».

Es cierto, que el art. 26 Comp. parece que únicamente contempla la ilección de los terceros cuando a la modificación del régimen económico matrimonial se le otorga carácter retroactivo a la celebración del matrimonio, pero entender dicha norma como aplicable única y exclusivamente a ese supuesto, y no aplicarla a cualquier otra modificación capitular, si la misma no tienen carácter retroactivo, es a lo que entendemos un error.

La finalidad de la norma es precisamente declarar que cualquier modificación del régimen económico matrimonial no afecta a terceros, incluso cuando a la misma se le de carácter retroactivo como si no hubiera mediado entre los cónyuges ningún otro régimen económico matrimonial que el que ahora se pacta con ese efecto.

En este sentido, que es el correcto, lo entendió el Presidente del TSJA en el Auto de 24 de diciembre de 1992, en el que no se aplica el art. 1.317 y el TS en sentencia de 18 de abril de 1992, que aplica a la solución del caso el art. 26 Comp., sin mención alguna del art. 1.317 Cc.

b) *Los arts. 1.318 y 1.319 Cc.*

En el art. 1.318 se regulan dos cuestiones completamente distintas. Por un lado, el levantamiento de las cargas del matrimonio y la sujeción de los bienes de los cónyuges como consecuencia del deber de contribución que a ambos incumbe (art. 1318. I y II) y por otro, el relativo a las litisexpensas¹⁰⁹.

(109) Sobre esta materia v.d. HERRERO GARCÍA, María José, *Comentario al art. 1.318 Cc.*, en «Comentarios al Código civil», T. II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 579 y ss y bibliografía allí indicada.

a') Contribución a las cargas del matrimonio

Este precepto es una novedad que introduce la reforma de 1981, señalando la doctrina que en la regulación anterior del Código civil no era necesaria una regulación semejante, considerada la posición del marido como único administrador de la sociedad conyugal —salvo pacto— y la responsabilidad a que estaban sujetos sus propios bienes.

La posición de igualdad que ahora tienen los cónyuges implica también su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio.

Esta previsión que establece el art. 1.318 es aplicable a cualquier régimen económico matrimonial, dada la ubicación de la norma, que además presenta un deber inderogable al que se encuentran sujetos los cónyuges.

El precepto, señala también la doctrina, no establece cómo ha de distribuirse la responsabilidad respecto del patrimonio de los cónyuges, señalando aquella que a falta de otro acuerdo en capítulos matrimoniales, y siempre dentro de los límites del art. 1.328 C.c, será de aplicación el criterio previsto en el art. 1.438 C.c.: «los cónyuges contribuirán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos».

Por cargas del matrimonio se han de considerar, según señalan la doctrina y la jurisprudencia, aquellos gastos necesarios para el sostenimiento de la familia, la educación y alimentación de los hijos, así como las atenciones a las necesidades de los cónyuges en función de los usos y circunstancias de la familia.

De esta existencia inevitable de necesidades de los miembros del grupo familiar deriva el legislador estatal una consecuencia: la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial.

Pues bien, ¿es aplicable este precepto en Aragón? En la Compilación aragonesa no se establece una norma que con carácter general determine el deber de contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio y, en consecuencia, que imponga la sujeción de los bienes de ambos cónyuges a dicha finalidad.

Con todo, creo que no cabe duda de que dicho deber existe también en Aragón, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial de los cónyuges, al igual que dichos deberes y obligaciones también serían exigibles en el Código civil, aun cuando no existiera el art. 1318.I y II; y ello en razón, precisamente, de los arts. 67 y 68 C.c, aplicables en Aragón, en relación con los arts. 154 y ss del Cc. y art. 9.1 Comp. para Aragón¹¹⁰.

Ahora bien, si dicho deber existe también en Aragón, ¿por qué no lo establece explícitamente el legislador aragonés?

A mi juicio, porque no era imprescindible tal declaración para considerar obligados los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, como sí que parece que lo fue en la regulación del Código civil.

Digo que no era imprescindible una regulación expresa del deber de contribución de ambos cónyuges para levantar las cargas del matrimonio, y menos en una reforma urgente

(110) El Código de familia catalán establece como efectos del matrimonio lo siguiente: art. 1. «El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la que el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse socorro mutuo». De estos efectos del matrimonio derivan en el art. 4 los gastos familiares necesarios para la atención de la familia, gastos de los que se responde según señala el art. 8 de forma solidaria frente a terceros.

como lo fue la de 1985, por cuanto las premisas de las que partía ya la Compilación en 1967 eran muy distintas a las que presentaba el Código civil, en relación con la posición que la mujer ocupaba en el matrimonio, y que es, a la postre, la que determina la inclusión en el Código civil de un art. como el 1.318 Cc.

En efecto, para la legislación del Código civil, tal y como hemos señalado, la mujer —a pesar de afirmar el art. 62 en su versión de 1975 que «El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges»— no podía obligar ni gestionar la sociedad conyugal salvo en los casos previstos en la ley (bien por existir pacto a este respecto, lo que no era frecuente, bien por incapacidad o ausencia del marido o bien en relación a los gastos familiares (art. 59, 66 1.441, 1442, 1443 en relación con el art. 1.416, todos ellos anteriores a la reforma de 1981).

Consecuente con este planteamiento, como señala la doctrina, era el marido con sus propios bienes, y los que componían la sociedad de gananciales, los que respondían del levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.408 Cc en relación con los arts. 1362 y 1365, que obligaban subsidiariamente a los bienes de la dote inestimada la mujer —hecha excusión de los bienes gananciales y de los del marido— y los frutos de los bienes parafernales).

De ahí, que expresamente el Código civil en el año 1975 tuviera ya que declarar —como en 1981 lo hace con carácter general al igualarse los cónyuges en derechos y obligaciones— el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, así como a su propio sustento y al de los hijos, cuando entre ellos mediase separación de bienes (arts. 1435 y 1436), señalando así las diferencias con el régimen de comunidad¹¹¹.

La Compilación aragonesa, por el contrario, ya en 1967, aun cuando atribuía la administración de la comunidad conyugal al marido (art. 48.1) no consideró a la mujer tan alejada de su cónyuge en derechos y obligaciones, y precisamente al reconocerle a ésta facultades de gestión (art. 48.2), así como la posibilidad de hacer responder frente a terceros a los bienes consorciales por las deudas de gestión que ella podía contraer en iguales casos que su marido, la declaró también responsable de las cargas del matrimonio.

En efecto, el art. 41.1 señalaba entonces (año 1967) que:

«Son cargas de la comunidad: las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluyendo en la crianza y educación de los hijos las de los legítimos de uno solo de aquéllos».

A su vez, el art. 43.1 disponía ya en 1967 (y lo sigue haciendo en la actualidad) que:

«Los cónyuges, en defecto de los bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado primero del artículo cuarenta y uno, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad».

En consecuencia, desde 1967 se establecía ya en Aragón la obligación de contribuir ambos cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Si esto era así en 1967, creo que se entiende por qué el legislador aragonés no tuvo una imperiosa necesidad de establecer de forma expresa dicha contribución.

Diversas sentencias de Tribunales aragoneses han atendido a la relación entre el art. 1318 del Cc. y el art. 41.1 Comp., y vienen, en general, a considerar que las previsiones que

(111) En este sentido y con los mismos argumentos vid. DE LOS MOZOS, José Luis, *Comentario al art. 1.318 Cc.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. XVIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1982, pp. 99.

contempla el art. 1318 se encuentran en Aragón reguladas en el art. 41.1 en relación con el art. art. 43.1 Comp., si bien también consideran aplicable en Aragón dicho precepto por ser compatible con la normativa aragonesa.

En concreto, la S. TSJA de 23 de marzo de 1993 en el FJ 7º señala que el art. 1.318 Cc. no es contradictorio con la normativa aragonesa, pero se debían de haber tenido en cuenta los arts. 41.1 y 43.1 de la Comp¹¹².

De cualquier manera, y a modo de conclusión, a lo que creo, el art. 1.318 Cc. no se aplica en Aragón con toda seguridad cuando el régimen económico matrimonial sea el legal, pues la contribución a las cargas del matrimonio se regula de forma expresa en el art. 41.1 Comp. Deudas, que además son pasivo definitivo de la comunidad conyugal, sin que por ellas haya lugar a reembolsos, y con el régimen de responsabilidad que establece el art. 43.1. Sistema, por lo demás distinto del que para este tipo de deudas establece el Cc (art. 1319 y 1362, 1365 y 1369 Cc)¹¹³.

Ahora bien, la anterior argumentación, válida para el régimen legal, podría ser objeto de en el caso de que hubieran adoptado los cónyuges un régimen económico matrimonial distinto del legal, por ejemplo el régimen de separación de bienes, y no hubieran establecido en los capítulos nada acerca de la obligación de los cónyuges para contribuir a las cargas del matrimonio.

Pues bien, en un caso como este tampoco resulta aplicable el art. 1.318 del Cc.

Si los capitulantes no dicen nada al respecto, por aplicación del art. 23. 2º Comp., resultará aplicable lo dispuesto en los arts. 41.1 y 43 Comp.

En efecto, el matrimonio impone a los cónyuges el deber de ayudarse mutuamente y de actuar en interés de la familia, así como también, la obligación de socorro mutuo. Además, de las relaciones paternofiliares, deriva la obligación respecto de ambos cónyuges de criar y alimentar a los hijos.

En consecuencia, cabe concluir que a falta de pacto, el patrimonio de los cónyuges responde frente a terceros solidariamente de dichas deudas, y en la relación interna por mitad¹¹⁴.

Señalado lo anterior cabe que nos preguntemos si es posible que en capítulos matrimoniales se puedan acordar otras previsiones en lo que hace a las cargas del matrimonio y con qué límites; o lo que es lo mismo, si los arts. 41. 1 y 43. 1 son normas imperativas en Aragón aplicables a cualquier régimen económico matrimonial paccionado, de manera que de las deudas que integran la potestad doméstica responden frente a terceros solidariamente los cónyuges aragoneses y sólo en la relación interna en la forma pactada. Régimen muy diferente del que prevé el Cc.

Antes de responder a la anterior pregunta, creo que debemos analizar previamente el régimen de responsabilidad previsto en el Cc. para este tipo de deudas (art. 1319 C.c.) para después formular cómo son las cosas en Aragón.

(112) Por el contrario la S. APZ d 10 de abril de 1996, aplica exclusivamente el art. 1318 sin tener en cuenta la normativa aragonesa.

(113) En relación con el sistema de responsabilidad en la sociedad de gananciales vid. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 314 y 315.

(114) En este sentido señala LACRUZ que «pactado un régimen de separación de bienes, en principio huelgan los arts. 36 y ss., persistiendo sólo la aplicabilidad de ciertas reglas del pasivo, en el sentido entonces de señalar las cargas familiares que deben ser atendidas por la contribución de ambos cónyuges (en defecto de pacto)», cfr. *Comentario al art. 36 Comp.*, pp. 24 y 25 (op. cit. n. 105).

b') La potestad doméstica y el art. 1.319 C.c.

En primer lugar, no hay ninguna duda de que las cargas del matrimonio, entendidas tal y como señala el art. 41.1 Comp., son exigibles a los cónyuges sea cual sea el régimen económico matrimonial.

En el fondo nos encontramos ante deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, para lo que están legitimados ambos cónyuges, cualquiera que sea su régimen económico, y por ello, ambos también han de estar obligados a responder de ellas, al menos en la relación interna.

Ahora bien, ¿cómo es esta responsabilidad frente a terceros? En el Código civil hay una respuesta clara a ello: el art. 1.319 II, aplicable imperativamente a todos los regímenes matrimoniales, señala que:

«De estas deudas responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge».

En definitiva, cuando la deuda se contrae en el ejercicio de la potestad doméstica aumenta el fondo de garantía de los créditos que se generan, a través de esa posibilidad de cada cónyuge de comprometer en su actuación «solidariamente a los bienes comunes y subsidiariamente a los del otro cónyuge».

Con esta norma se consigue, en favor de los acreedores, la posibilidad de dirigirse indistintamente contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la deuda (1.911 Cc) o contra los bienes gananciales y subsidiariamente, en ausencia de bienes del cónyuge con el que contrató y de gananciales, contra el patrimonio del otro cónyuge (1.319.II), que aun cuando no es codeudor, resulta obligado su patrimonio en función de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1.318 Cc.).

Al acreedor, para obtener estas consecuencias, le basta con demostrar el carácter doméstico de la deuda.

En el caso de que el régimen sea de separación, evidentemente, no hay bienes comunes, y sí solamente la responsabilidad subsidiaria del otro cónyuge¹⁵.

Ahora bien, ¿*quid iuris* en Aragón?

En la Compilación aragonesa no hay una norma como la prevista en el art. 1.319 Cc., pero no cabe decir que haya una laguna en el ordenamiento aragonés, y que por lo tanto deba aplicarse este precepto de forma supletoria.

En primer lugar, porque si el régimen económico es el legal aragonés, la solución se encuentra regulada de forma expresa en el art. 41.1 en relación con el art. 43.1, que garantiza mucho más la posición de los terceros, al declarar solidaria la deuda a falta de bienes comunes.

En segundo lugar, si los cónyuges han capitulado y no han dicho nada de su contribución a las cargas del matrimonio, tal y como dispone el art. 23. 2 Comp., se aplicará el art. 43.1 Comp., desplazando, en consecuencia, la única posibilidad que tiene el art. 1.319 de ser aplicable en Aragón.

En tercer lugar, si los cónyuges fijan en capítulos matrimoniales cómo ha de ser su con-

(115) Vid. HERRERO GARCÍA, *Comentario al art. 1.319*, pp. 583-586, (op. cit. n. 109) y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 314 y ss.

tribución a las cargas del matrimonio, tampoco se aplica el art. 1.319 Cc., pues no es una norma imperativa en Aragón que limite la voluntad de los capitulantes.

Ahora bien, en este punto, como abvertíamos anteriormente, sí cabe plantear si acaso el art. 43.1, en lo que hace a la relación externa, es o no un límite a la voluntad de los particulares, de manera que siempre y en todo caso la responsabilidad por las deudas del art. 41.1 será solidaria con independencia del régimen económico matrimonial. La doctrina ha manifestado diversas opiniones en este punto.

Para RAMS, ni el art. 43.1, ni ningún otro precepto del régimen legal, son normas imperativas, por lo tanto no juegan como límite a la responsabilidad de los particulares¹¹⁶.

Por el contrario, SANCHO ARROYO considera que el art. 43.1 es una norma de orden público y de carácter imperativo, que cumple funciones propias del régimen económico matrimonial primario¹¹⁷.

Por lo que respecta a la jurisprudencia no hay ningún fallo en el que se haya planteado este problema, si bien, pero siempre tratándose del régimen matrimonial legal, aplican el art. 43.1 y no el 1.319, pero evidentemente la solución no podría ser de otra manera. (STSJA de 25 de marzo y 18 de junio de 1992 y 23 de marzo de 1993).

En este punto la discusión y solución al problema está abierta al debate, y quizás se puedan mantener cualquiera de las dos soluciones apuntadas.

Por mi parte, y siguiendo en este punto a RAMS, considero que el art. 43.1 Comp. no es una norma imperativa fuera de su aplicación al régimen matrimonial legal.

En todo caso, no hemos de olvidar lo que dispone el art. 23.1 Comp., en sede, precisamente, de disposiciones generales:

«El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que se otorguen y los pactos que se celebren acerca de los bienes así presentes como futuros, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación».

Por lo tanto, es posible que los cónyuges determinen en su capítulos matrimoniales cómo ha de ser el régimen de contribución a las cargas del matrimonio. El único límite que tendría tal pacto en la relación externa sería el declarar a uno de los cónyuges — y sobre todo si es el que contrajo la deuda— irresponsable frente a terceros. Este pacto, que creo que sería válido entre los cónyuges aragoneses y en lo que hace a su relación interna, (aquí no se aplican ni el art. 1.328 Cc, que parece que prohíbe tal pacto, ni el art. 1319 Cc.)¹¹⁸ no podría oponerse a los terceros, pues no se puede eliminar frente a éstos la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 Cc.

(116) RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentario al art. 43*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. II, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO+ y Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, ed. DGA, Zaragoza, 1993, p. 149.

(117) SANCHO ARROYO, *Comentario al art. 43 Comp.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, p. 488.

(118) En este sentido vid. HERRERO GARCÍA, *Comentario al art. 1.318 Cc.*, p. 579-578, y la bibliografía que cita, (op. cit. n. 109). Vid. también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario al art. 1.328 Cc.*, en «Comentarios al Código civil», T. II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 606 y bibliografía allí indicada. DELGADO ECHEVERRÍA también considera que el art. 1328 no es aplicable en Aragón cfr. *La gestión de la comunidad aragonesa*, en «Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo», T. I, Bosch, Barcelona, 1992, p. 287 y ss.

c') *Las litis expensas*

El último párrafo del art. 1.318 Cc. relativo a las llamadas litis expensas, no responde, como señala la doctrina, al principio de colaboración entre cónyuges que informan los párrafos primero y segundo de este precepto.

La finalidad del mismo, como señala DE LOS MOZOS¹¹⁹, es proteger los intereses de un cónyuge frente al otro, sin que ello tenga una clara justificación, y mucho menos, siguiendo a LACRUZ, cuando media un régimen de separación¹²⁰.

En el fondo el art. 1.318 acoge legalmente el instituto de las litis expensas que había sido creado jurisprudencialmente para salvaguardar los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales, tal y como se regulaba antes de 1981.

Con todo, como ya hemos señalado, la jurisprudencia extendió, sin demasiado fundamento, la obligación legal de prestar las litis expensas, cualquiera que fuera el régimen matrimonial. Estos planteamientos son los que llegan al art. 1.318 Cc.

Pues bien, nuevamente, no prevé la Compilación una norma que con carácter general atienda a esta cuestión.

Sin embargo, podemos afirmar que este precepto no se aplica Aragón, por las mismas razones que ya hemos aducido al tratar de los párrafos 1 y 2 del art. 1.318 y del art. 1.319 Cc.

En concreto, hemos de tener en cuenta que si el régimen económico que media entre los cónyuges es el legal, las mismas encuentran acomodo, como señala la doctrina y la jurisprudencia, en art. 41.1 Comp., sometiéndose al régimen de responsabilidad del art. 43.1 Comp.

En el supuesto de que el régimen sea el determinado en capítulos, habrá que estar a lo que hayan dispuesto las partes. Si no han establecido nada al respecto, supletoriamente se aplicarán los art. 4.1.1 en relación con el art. 43.1 Comp.

c) *El art. 1.320 Cc.*

En este precepto se recoge un principio general de protección del hogar familiar, de manera que para disponer de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia, aun cuando pertenezcan privativamente a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o autorización judicial. La falta de dicho consentimiento, provoca la posibilidad por parte del cónyuge no propietario de anular el acto de disposición (art. 1.322 Cc).

En Aragón, el art. 1.320 no es aplicable¹²¹, entre otras cosas porque el art. 51 Comp. regula en parecidos términos la protección al hogar doméstico.

En efecto, si el régimen de los cónyuges es el legal, el art. 51 exige el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer sobre los Derechos de la vivienda habitual.

(119) DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1318*, pp. 108-109, (op. cit. n. 111).

(120) Cfr. p. 324 de *Elementos*, IV, (op. cit. n. 115).

(121) La S. APH de 25 de mayo d 1995, aplicó en Aragón el art. 1320 del Cc. junto con el art. 51 Comp. La STS de 18 de febrero de 1995, aun cuando no entró directamente en el fondo del asunto para determinar si es o no aplicable en Aragón el art. 1320, parece que sí lo considera aplicable.

En lo que hace la art. 1320 Cc. y su aplicación o no como derecho supletorio en otros ordenamientos civiles españoles, me parece interesante la STSJ de Baleares de 7 de septiembre de 1998 citada en la nota 72 de este trabajo, a la que me remito.

Si el régimen es paccionado, por ejemplo, de separación de bienes, y no han establecido nada en relación con la vivienda habitual, será aplicable supletoriamente el art. 51 de la Comp., que es compatible con el *nomen iuris* de este régimen¹²².

Ahora bien, vuelve a surgir aquí la duda acerca de si el art. 51 ha de considerarse o no una norma imperativa, de manera que no sería posible pactar en capítulos matrimoniales, y aun cuando mediase un régimen de separación entre cónyuges, la disponibilidad única por parte del cónyuge propietario.

SÁNCHEZ RUBIO, CURIEL LORENTE y GONZÁLEZ CELMA¹²³, consideran que el art. 51 tiene un marcado carácter imperativo. En concreto señalan:

«... su simple lectura pone de manifiesto cómo las normas que incorpora, antes de estar referidas a la gestión de la comunidad del régimen matrimonial aragonés, lo están cabalmente a lo opuesto, ya que se encaminan a regular la gestión de los bienes propios de cada cónyuge, por lo cual no será únicamente aplicable a la gestión de los privativos cuando el régimen legal sea el de la sociedad legal tácita, sino que la norma posee las características que configuran las integrantes del régimen matrimonial primario —...—siendo aplicables a las relaciones entre cónyuges en todos los casos en que existan en mayor o menor medida bienes propios o privativos de los mismos».

Por mi parte, como ya manifesté en alguna ocasión¹²⁴, me parece convincente, la postura seguida por los anteriores autores, y, en consecuencia me adhiero a ella, pues, a lo que creo, el art. 51, introducido en la reforma de 1981, quiso trasladar el espíritu del art. 1.320 Cc. a Aragón, y, en consecuencia, su imperatividad cualquiera que fuera el régimen matrimonial.

En este punto, FERNANDO SOLSONA manifiesta una postura contraria. En su opinión, el art. 51 Comp. no es una norma imperativa fuera del régimen legal, que por lo tanto limite la voluntad de los particulares. En consecuencia, en capítulos matrimoniales en los que se hubiera pactado, por ejemplo, el régimen de separación, podría establecerse con carácter general un pacto contrario a las previsiones del art. 51. Comp.

El argumento que utiliza es de tipo formal, en concreto, la ubicación de la norma dentro del régimen legal y fuera del capítulo de la Compilación dedicado a disposiciones generales. No estando en dicho capítulo, procede aplicar el art. 23.1 Comp., perdiendo su imperatividad, fuera del régimen legal, el art. 51 Comp.

d) *Los arts. 1.321 a 1.324 Cc.*

Ninguno de estos preceptos, con serias dudas por mi parte respecto del art. 1322, son aplicables en Aragón. Las materias que regulan se encuentran atendidas en el ordenamiento aragonés, arts. 57, 24 y 29 Comp.

Por lo que respecta al art. 1.321 la SAPZ (sec. 2.º) de 19 de abril de 1995 niega la aplicación del art. 1.321 Cc. por contener nuestro ordenamiento tal pretensión en el art. 57 Comp.

En relación con el art. 1.322 Cc., las cosas, a lo que creo, no están tan claras, y cabría pensar en su posible aplicación en Aragón, al menos en lo que hace a su párrafo 1.º, pues el párrafo 2.º, que declara la nulidad de las donaciones efectuadas por uno sólo de los cónyuges sin el consentimiento del otro, no parece que sea aplicable (*infra* gestión y art. 1.378 Cc.).

(122) Vid. en este sentido LACRUZ, *Comentario al art. 36 Comp.*, p. 25 op. cit. n. 105.

(123) SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo (y otros), *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, en «Actas de los cuartos encuentros de "Foro de Derecho aragonés"», ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 55.

(124) Cfr. BAYOD LÓPEZ, Carmen, *El Derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (A propósito de la STS/A de 30 de octubre de 1996)*, en RDCA-III, 1997, n.º 2, p. 133.

La Compilación aragonesa establece normas en las que es necesario el consentimiento del otro cónyuge (vgr. arts. 48.1 y 51 Comp.) pero no establece el tipo de ineficacia que afecta al acto en cuestión.

Obsérvese que en cualquier caso, al calificar el tipo de ineficacia debemos recurrir a la supletoriedad del Código (bien a los arts. 1.300 y ss. bien al art. 1.259 Cc.).

En general, el tipo de ineficacia que se venía afirmando en Aragón era la anulabilidad por aplicación supletoria del art. 1.301 Cc. (así para los supuestos regulados en el derogado art. 51 Comp.).

En consecuencia, si ahora hay una norma expresa en el Código civil que establece la misma sanción que veníamos afirmando respecto del Derecho aragonés, su aplicación como Derecho supletorio no contradice los principios del ordenamiento autonómico.

Ahora bien, obsérvese que entonces la aplicación del art. 1.322.1 Cc. en Aragón como Derecho supletorio, no es porque sea una norma incluida en el régimen matrimonial primario del Código civil, por esta razón no es por la que, en su caso, se aplica, sino por establecer la solución a la que también llegamos si se aplicase el art. 1.301 Cc., que es la solución que veníamos afirmando ya antes de la reforma de 1981. Sólo por esta razón podría defenderse su aplicación supletoria.

Con todo, la doctrina aragonesa se ha manifestado expresamente sobre la supletoriedad de esta norma, para negar su aplicación como Derecho supletorio.

DELGADO ECHEVERRÍA, en un primer momento, consideró aplicable supletoriamente el art. 1322 señalando al respecto lo siguiente;

«si bien puede defenderse que el art. 1.322 no se aplica en Aragón, no parece posible eludir la aplicación del art. 1.301 (...). Aun la hipotética exclusión de aplicación del art. 1.322 es muy dudosa, pues habríamos de argumentar la existencia de norma aragonesa deducible de la costumbre o de los principios del ordenamiento aragonés, o en su caso la incompatibilidad con estos últimos. Lo cual no es muy verosímil, pues el derogado art. 51 Comp., mero trasunto del 1.413 Cc. (...) ya llevaba la consecuencia de la anulabilidad de las enajenaciones de inmuebles a título oneroso por el marido sin el consentimiento de la mujer».

Con todo, me consta, que ha cambiado de criterio, y prefiere evitar la aplicación de este precepto integrado dentro del régimen matrimonial primario del Código civil.

SÁNCHEZ RUBIO, CURIEL LORENTE y GONZÁLEZ CELMA, consideran que el art. 1.322 Cc. no es aplicable en Aragón y que el régimen (al menos respecto del art. 51 Comp. vigente) de la falta de consentimiento (asentimiento) de uno de los cónyuges debería ser la inoponibilidad, conclusión a la que cabe llegar en atención al art. 76 Comp.¹²⁵.

Por mi parte considero que de *lege ferenda*, el legislador aragonés deberá de señalar cuáles son las consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges cuando éste sea necesario, pues doctrinalmente, la sanción de anulabilidad no parece la más acertada.

Pero, de *lege data*, creo que cabe defender la supletoriedad art. 1.322.1 Cc. por ser una especificación del art. 1301 Cc., que veníamos aplicando. De cualquier manera, queda en manos del aplicador del Derecho la elección de cualquiera de las dos normas.

(125) DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 292, (op. cit. n. 118); SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo (y otros), *Régimen jurídico de la vivienda...*, pp. 65 y ss. (op. cit. n. 123).

e) *Conclusiones*

En atención a lo expuesto, creo que cabe concluir que ninguna de las normas que integran el llamado régimen económico matrimonial primario en el Código civil son aplicables supletoriamente en Aragón, pues no hay, por estos conceptos, ninguna laguna en la regulación civil autonómica, sin perjuicio de lo indicado en relación al art. 1.322.1 Cc.

Ahora bien, de *lege ferenda*, podría ser útil extraer ciertos principios, que ya se encuentran en nuestra legislación, y trasladarlos al seno de unas disposiciones generales que aportaran certeza en temas como la disponibilidad de la vivienda familiar y el tipo de invalidez de los actos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges. Si bien, tomando como premisa la libertad civil que informa nuestra legislación.

Esto es, creo que no es necesario el crear una suerte de régimen económico matrimonial primario, imbuido de normas imperativas, que coacten la libertad de los particulares: lo primero ha de ser el pacto; y sí sólo clarificar con dicha normativa determinadas cuestiones, como las ya apuntadas.

B) *El activo de la sociedad de gananciales. En especial los arts. 1.352, 1.353, 1.354, 1.356 y 1.357*a) *El activo en la Compilación aragonesa. La doble presunción de consorcialidad: reintegros y reembolsos*

La Compilación regula el activo de la sociedad legal aragonesa en los arts. 37 a 40 estableciendo, a lo que creo, un régimen completo que no requiere, en principio, la aplicación del Código civil como Derecho supletorio.

El legislador aragonés señala qué bienes son privativos (arts. 38 y 39) y qué bienes son comunes (art. 37), y establece una regla general y de gran valor para resolver muchos de los problemas que se pueden plantear en la adquisición de los bienes y la titularidad que éstos deban tener; sobre todo cuando se trate de adquisiciones mixtas y a plazos, para las que suele tener en cuenta el Código civil, sin que ello sea necesario.

Las reglas en Aragón son mucho más sencillas: los bienes son privativos —aun cuando puedan pertenecer en proindiviso ordinario a ambos cónyuges— o comunes, sin perjuicio de los reembolsos a que haya lugar entre patrimonios (art. 47 Comp.); herramienta imprescindible de los regímenes comunitarios, y de la que, como veremos, se olvida en más de una ocasión el legislador del Código civil, introduciendo unas normas extrañas e inconsecuentes con el régimen de comunidad, según señala la doctrina¹²⁶.

Como digo, el art. 40 Comp. juega un importante papel en la regulación del activo en Aragón, pues dice mucho más de lo que expresa su homólogo del Código civil, el art. 1.361 Cc.

En efecto, como escribiera LACRUZ en los regímenes de comunidad, y para los casos en los que no pueda establecerse la pertenencia de un objeto a una de las masas patrimoniales, hay una regla general aceptada universalmente de presunción de comunidad de los bienes.

En la Compilación la regla se desdobra, por un lado, en una presunción de comunidad de los bienes y, por otro, en la presunción de aplicación del caudal común al pago de los bienes adquiridos por título oneroso. La segunda sustituye, para los bienes consorciales, a la regla de la subrogación real.

(126) En este sentido y por todos Vid. DE LOS MOZOS, *Comentario a los arts. 1.354, 1.356 y 1.357 Cc.*, (op. cit. n. 111).

Pero, además, lo que hace la segunda presunción es insistir en la necesidad de demostrar cumplidamente el carácter extraconsorcial de los bienes aplicados a cualquier adquisición onerosa constante matrimonio, o a la donación de ellos al esposo adquirente: faltando esa demostración, si el bien es privativo por voluntad de ambos cónyuges, lo será a cargo de reembolsar el importe al consorcio; y si el bien se ha adquirido por uno de los cónyuges a su nombre, será común, aunque el consorcio, a su vez, fuera deudor de ese cónyuge, el cual sólo tendrá derecho al reintegro de su crédito.

Todos estos bienes y derechos —concluye LACRUZ— en tanto no se demuestre la adquisición anterior al matrimonio, o la posterior por título lucrativo de los sitios y asimilados, o la reserva de titularidad exclusiva debidamente pactada, o la subrogación, serán comunes por el mero hecho de la pertenencia a un cónyuge¹²⁷.

En consecuencia, los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio en Aragón se presumen comunes (son comunes), salvo que esa adquisición esté incluida en los supuestos de los arts. 38 ó 39: bien porque hubo una adquisición anterior a la celebración del matrimonio, bien porque constante matrimonio opere justificadamente la subrogación real en la adquisición del nuevo objeto.

En ningún caso se tiene en cuenta, a estos efectos, que el bien haya sido pagado a plazos o adquirido con bienes comunes y privativos. En todo caso, el bien será común o privativo y procederán los reembolsos que tengan lugar a tenor del art. 47 Comp.

b) *Las adquisiciones mixtas y a plazos: arts. 1.354, 1.356 y 1.357 Cc.*

Estos preceptos fueron introducidos en el Código civil tras la reforma de 1981, pues antes de la misma no se contenía en el Código civil ninguna normativa que hiciera referencia a esta materia.

Ello nos da idea de que esta novedad que se introduce en el Código civil es una decisión de política legislativa, que ni siquiera cuenta con precedentes en el Derecho comparado, de manera que no viene a colmar ninguna laguna que pudiera haber existido en la regulación anterior del Código civil y todavía menos en la regulación aragonesa.

a') *Las adquisiciones mixtas y el art. 1.354 Cc.*

El art. 1354 no tiene precedentes en el Derecho español ni en el Derecho comparado.

Como ha señalado la doctrina es una regla criticable que introduce dentro de la comunidad de gananciales un supuesto de cotitularidad ordinaria sobre los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio con diversos caudales (en parte privativos y en parte gananciales).

Todo ello se califica, además de antieconómico, de injustificado, pues lo lógico hubiera sido considerar la adquisición común, aplicando el sistema de reembolsos que ya prevé la ley para la sociedad de gananciales¹²⁸.

La norma tiene un carácter general, pero a su vez subsidiario, pues se aplicará siem-

(127) LACRUZ, *Comentario al art. 40 Comp.*, p. 86 y ss. (op. cit. n. 105).

(128) Vid. DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1354 Cc.*, pp. 178 y ss. (op. cit. n. 111), LACRUZ, *Elementos IV*, p. 389, op. cit. n. 113; PRETEL SERRANO, Juan José, *Comentario al art. 1.354 Cc.* en «Comentarios al Código civil», T. II, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 664-666.

pre que no quede enervada por otras normas particulares como las previstas en los arts. 1.324 y 1.355 a 1.357¹²⁹.

Pues bien, la previsiones del art. 1.354 no se aplican en Aragón, pues no hay ningún vacío legal en la regulación del activo por parte de la Compilación aragonesa.

Los bienes en Aragón serán privativos o comunes de los cónyuges a tenor de lo previsto en los arts. 37, 38, 39 y 40 en relación con el art. 47 de la Comp.

A lo que creo, en Aragón las adquisiciones onerosas con dinero en parte privativo y en parte consorcial se encuentran reguladas en los arts. 37.1, 38.4 y 40.2 en relación con el art. 47 Comp., resultando el bien común o privativo en función de dichas reglas, y sin perjuicio de los reembolsos entre patrimonios a que haya lugar.

En efecto, el bien será privativo, aun cuando se adquiera con fondos comunes, si ambos cónyuges le otorgan esta naturaleza al bien, naciendo en favor de la comunidad el derecho a reembolso (arts. 24 en relación con el art. 47 Comp.).

Por otro lado, el bien adquirido será privativo, si en su adquisición se han empleado caudales privativos o el bien adquirido viene a reemplazar a otro de esta naturaleza (art. 38.4 Comp.).

En estos casos, aun cuando se hayan aplicado en su adquisición fondos comunes, el bien seguirá siendo privativo, sin perjuicio del reintegro a la comunidad de las cantidades aportadas por ésta (art. 47 Comp.).

Por último, y como regla general, en el resto de los casos, los bienes que se adquieran a título oneroso y constante matrimonio serán comunes, si se han adquirido a costa del caudal común, y ello aunque en su adquisición haya habido aportación privativa de uno de los cónyuges (art. 37.1 en relación con el art. 38.1 y 4 y 40 Comp). El cónyuge aportante tendrá derecho a reembolso (art. 47 Comp.), sin perjudicar la calificación consorcial del bien.

b) La vivienda familiar y el ajuar doméstico: el art. 1.357.II en relación con el art. 1.354

Los arts. 1.356 y 1.357 Cc. regulan las adquisiciones a plazos de bienes teniendo en cuenta si las mismas se han efectuado antes o después de la celebración del matrimonio.

En ambos casos, el bien será privativo o ganancial en función del carácter que tenga el primer desembolso.

A esta solución que da el legislador del Código civil se la ha denominado por parte de

(129) DE LOS MOZOS señala que para la aplicación de esta norma deben concurrir las siguientes circunstancias: En primer lugar, una serie de valoraciones negativas del siguiente orden: a) que se trate de una adquisición a título oneroso en la que no predomine ningún otro criterio de atribución, a saber: a) 1º.- No regirá el art. 1.354 cuando se trate de una adquisición por sustitución (caso típico de la permuta) en el que el bien adquirido será privativo o ganancial según lo que se entregó (art. 1.346.3), aunque haya habido un complemento en metálico. Lo mismo sucede si el bien se adquirió por derecho de retracto, o en cualquier otro supuesto de subrogación real en general. 2º.- Tampoco regirá el art. 1.354 en los casos singulares previstos en los arts. 1.352, 1.356, 1.357.1 y 1.359. b) que falte acuerdo de los cónyuges sobre la atribución de los bienes que adquieran, con independencia de donde proceda el dinero o la contraprestación, puesto que un cónyuge no puede imponer al otro el carácter privativo o ganancial de un bien cualquiera. c) que no se aplique la presunción favorable a la comunidad que establece el art. 1.355 2. Cc., cuando se trate de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas.

En segundo lugar, como valoración positiva, aunque de naturaleza fáctica, y aplicable por igual a los bienes privativos, para que pueda aplicarse el art. 1.354 es necesario probar la aportación privativa en su caso, pues en caso contrario, por la presunción del art. 1.361, la adquisición será ganancial, siendo aplicable el criterio del art. 1.324. (cfr. p. 182 y ss., op. cit. n. 126 y 111).

la doctrina «accesión económica», dado que el bien seguirá la condición del primer desembolso.

Con todo, la solución que en estos preceptos ofrece el legislador estatal ha sido duramente criticada por la doctrina, pues no sólo propicia el fraude frente a terceros, sino sobre todo el fraude entre cónyuges, de ahí también que el legislador tenga que arbitrar medios en favor del cónyuge posiblemente defraudado (arts. 1.390-1.391 Cc)¹³⁰.

Ahora bien, el criterio de la accesión económica se ve roto, y sin demasiada justificación¹³¹, en el caso de la vivienda y ajuar familiares, pues adquirida ésta antes del matrimonio por precio aplazado, y siendo el primer desembolso de naturaleza privativa, el bien no será privativo (y tampoco ganancial), sino que se considera sujeto al proindiviso ordinario que prevé el art. 1.354 Cc.

Pues bien, el párrafo 2º del art. 1.357 no se aplica en Aragón, puesto que la adquisición de bienes antes del matrimonio, aun cuando sean por precio aplazado, y éste se satisfaga con cargo a los bienes comunes, será privativa del cónyuge o cónyuges adquirentes, aun cuando se trate de la vivienda habitual, tal y como prevé el art. 38.1 Comp.; y ello, de los reembolsos a que haya lugar.

Esta era, por lo demás, la solución que en el Derecho histórico formulaba LA RIPa fundándola en la Observancia 47 *De iure Dotium*, señalando en favor de la comunidad conyugal el Derecho al reintegro.

La jurisprudencia aragonesa, aun con alguna excepción¹³², considera que no son aplicables en Aragón los arts. 1.354 y 1.357.II del Código civil. Así, y entre otras, las SS. APH de 13 de diciembre de 1994 y de 24 de abril de 1995.

c') Las adquisiciones a plazos arts. 1.356 y 1.357.I Cc.

Como hemos señalado la solución que aportan estos preceptos no cuentan con antecedentes ni en el Derecho español ni en el Derecho comparado; amen de establecer unas soluciones calificadas de criticables por la doctrina, como también hemos advertido.

El criterio que se acoge en estos artículos por el legislador es el de la llamada accesión económica, que no aparece formulado en el Derecho aragonés. En consecuencia, estos preceptos no son aplicables en Aragón.

En Aragón los bienes adquiridos constante matrimonio serán consorciales, salvo que sea aplicable el principio de la subrogación real o el recobro de bienes en virtud de retracto (art.

(130) Vid, en este sentido, LACRUZ, *Elementos IV*, p. 367, (op. cit. n. 113); DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.357 Cc.*, p. 162 y ss (op. cit. n. 111); PRETEL SERRANO, *Comentario a los arts. 1.356 y 1.357 Cc.*, pp. 670 y ss. (op. cit. n. 128).

(131) La solución legal fue criticada doctrinalmente e incluso mediante una Circular del Colegio de Registradores de 5 de junio de 1981 en la que se decía que el art. 1.357.2 era una regla de liquidación y no una norma para el tráfico, porque si no podría darse el caso de que con un solo cambio de domicilio fueran convertidos en potencialmente gananciales cualquier piso comprado a plazos antes del matrimonio y pagado en parte después con dinero ganancial.

Por lo demás, obsérvese que tan curioso criterio sólo rige antes del matrimonio, pues si se adquiere constante matrimonio y el primer desembolso es privativo, la vivienda familiar tendrá este carácter, aun cuando el resto del precio se satisfaga con dinero ganancial. (Sobre estas críticas vid. los autores citados en la nota 128).

(132) La S. APZ (sec. 5ª) de 12 de abril de 1995 opta por aplicar los arts. 1.354 y 1.357.II, entendiendo que el piso adquirió a plazos antes del matrimonio por uno de los cónyuges ha de entenderse que pertenece proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de sus aportaciones respectivas.

37.1 en relación con los arts. 38.4.5 y 6 y 40 Comp.), siendo indiferente que la adquisición sea a plazos y que el primer desembolso sea privativo o ganancial.

Por lo que respecta a las adquisiciones anteriores al matrimonio, sean a plazos o al contado, siempre y en todo caso, el bien adquirido será privativo, como se desprende del art. 38.1 Comp.

Si el precio es aplazado, y el resto del mismo se satisface con dinero común, el bien será privativo y, en su caso, habrá lugar al reembolso correspondiente (art. 47 Comp.).

c) *El art. 1.353 Cc.*

El art. 1.353 contempla una presunción de ganancialidad respecto de los bienes que a título lucrativo reciban los cónyuges constante matrimonio, sin especial designación de partes, y sin que el causante hubiera dispuesto lo contrario.

Esta regla se introduce en la reforma de 1981 y cambia el criterio que con anterioridad establecía el Código civil en el ya derogado art. 1.398, que a la sazón establecía como regla general, que dichos bienes pertenecerían proindiviso a ambos cónyuges.

Pues bien, en Aragón el criterio que establece el art. 1.353 no tiene aplicación, pues to que los bienes inmuebles o sitios que constante matrimonio adquieran conjuntamente ambos cónyuges a título lucrativo pertenecerán proindiviso a ambos consortes, tal y como se deduce del art. 38.1 Comp¹³³.

d) *El art. 1.352 Cc.*

Este precepto, al igual que los anteriores que venimos comentando, carece de antecedentes propiamente dichos en el Derecho anterior, y es incorporado al Código en la reforma de 1981.

Con esta norma se pretende poner fin a las discusiones que con anterioridad a 1981 existían sobre la materia, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial¹³⁴, y se fija defini-

(133) Vid en este sentido LACRUZ, *Comentario al art. 38 Comp.*, p. 48, (op. cit. n. 105).

(134) El problema que ahora viene a resolver este precepto había sido muy discutido con anterioridad a la reforma.

El planteamiento de la cuestión y las principales posturas sobre el particular son las siguientes: En primer lugar, no hay duda de que los dividendos son fruto o beneficio que recibe el accionista por su participación en la sociedad y, por lo tanto, que los dividendos repartidos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, por entrar dentro del concepto de frutos civiles, desde su devengo, se atribuyen al patrimonio común, aunque sean propiedad privativa de uno solo de los cónyuges.

Esta conclusión, por lo demás incontestable, es acogida por la jurisprudencia en su sentido más amplio, considerando que tienen el carácter de bienes gananciales las acciones repartidas a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, sin desembolso alguno por su parte y en pago de dividendos, así como las adquiridas en virtud de ventajas ofrecidas a los accionistas para la adquisición de las nuevas emisiones (SS. de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893 y 14 de mayo de 1929).

A partir de la S. de 18 de abril de 1934 se inicia un cambio de orientación en la jurisprudencia, al reconocer la S. de 20 de diciembre de 1952 que el incremento que haya tenido el marido en su participación social no es ganancial, sino privativo, aunque se le haya dado forma contable por ampliación de capital social, pues ya anteriormente la sentencia de 23 de enero de 1947 consideró que las nuevas acciones emitidas no pueden considerarse frutos de las viejas.

La doctrina, por su parte, al plantearse el problema de usufructo de acciones, aceptó generalmente el punto de vista jurisprudencial en el caso de reparto de acciones liberadas efectuado en pago de dividendos o con cargo a las reservas resultantes de la acumulación de beneficios; pero sometieron a discusión el caso de suscripción a metálico de las nuevas acciones, en virtud del derecho de adquisición preferente reconocido a los antiguos socios.

Con la nueva ley de sociedades anónimas de 1951 se confirma el cambio de orientación iniciado

tivamente una solución: las nuevas acciones u otros títulos de participaciones sociales que sean suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, serán también privativos, aun cuando para el pago de la suscripción se utilicen fondos comunes o se emitieren las acciones con cargo a beneficios. Igualmente serán privativas las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Como señala DE LOS MOZOS¹³⁵ cabe ver en esta regla una aplicación concreta del art. 1.346.4 Cc., que establece una analogía entre el derecho de adquisición preferente y el principio de subrogación: las nuevas acciones que se suscriban, bien por aumento de capital bien con cargo a beneficios, serán privativas porque se adquieren *como consecuencia* de la titularidad privativa de otras acciones.

En definitiva, como señala DE LOS MOZOS, el legislador superpone al carácter del dividendo como fruto o beneficio (y, por lo tanto, ganancial) la cuestión del derecho de suscripción preferente que es privativo, sustrayendo a la sociedad de gananciales lo que de otro modo serían bienes comunes¹³⁶.

La solución que aporta el Código, aunque clara y definitiva, no está exenta de críticas¹³⁷.

Pues bien, sea o no criticable la norma, conviene plantearnos si este precepto es de aplicación supletoria en Aragón, o bien el ordenamiento jurídico aragonés es capaz de dar una respuesta; y, si acaso, esta es idéntica o no a la que proporciona el Código civil en el art. 1.352.

A lo que creo, los problemas sobre la suscripción de nuevas acciones, como consecuencia de la titularidad de otras privativas, se puede plantear en los mismos términos que hemos expuesto respecto del Código civil.

En el fondo todo depende de la consideración que le demos al derecho de suscripción, y en consecuencia, la solución vendrá determinada por la propia Compilación, sin necesidad de recurrir a la supletoriedad del Código civil.

poco antes; por una parte, el art. 41 regulaba el usufructo de acciones, que se consideró de aplicación a la sociedad de gananciales; por otra, el art. 92 regula la emisión de nuevas acciones, estableciendo el derecho de suscripción preferente en favor de los socios.

Así las cosas, una buena parte de la doctrina entendió que las acciones serán privativas, aunque se adquirieran con fondos gananciales, por predominar el antiguo art. 1.346.3 (actual 1.346.4) sobre el art. 1.401.1 (actual 1.347.3), como consecuencia del *auxilio legis* que suministraba el antiguo art. 92 LSA.

Con todo, la cuestión no quedaba definitivamente resuelta, ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia, sobre todo cuando las nuevas acciones habían sido adquiridas con dinero presumiblemente ganancial. Cuestión que ahora queda zanjada con el vigente art. 1.352, que en el fondo acoge los planteamientos del sector mayoritario de la doctrina. (Cfr. todo ello en DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.352 Cc.*, p. 170-173, op. cit. n. 111.)

Posiblemente, esta última cuestión es la que no queda definitivamente resuelta en nuestra legislación (así opina JAVIER PALAZÓN), pero, a lo que creo, tampoco se aplicaría el Código civil, sino que la solución igualmente se encuentra en la compilación. Otra cosa es que la solución que ofrece el Código civil nos parezca sensata, y en ese caso, será el legislador quien deberá adoptarla.

(135) DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.352 Cc.*, p. 170, op. cit. n. 111; PRETEL SERRANO, *Comentario al art. 1.352 Cc.*, pp. 658 y ss., op. cit. n. 126.

(136) DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.352 Cc.*, p. 173-174, (op. cit. n. 111).

(137) Como escribe LACRUZ, con arreglo a este precepto la porción de beneficios de una sociedad que reinvierta en ella misma, es decir, que ha pasado a la cuenta de reservas, en principio queda en la exclusiva propiedad de los accionistas (del cónyuge accionista, en su caso). Y esto no es justo, por cuanto permite sustraer a la comunidad conyugal esa fracción de los beneficios sociales, que, afectada a las reservas, podrá ser distribuida más tarde bajo la forma de nuevas acciones.

En definitiva —concluye— nos encontramos, pues, con que según sea el humor de la asamblea general, las ganancias de la sociedad pueden pasar a ser bienes gananciales, si se distribuyen como beneficio, o no serlo, si se las queda la sociedad aumentando sus bienes de capital. cfr. LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 392-393 (op. cit. n. 113).

Si lo consideramos privativo, por aplicación del art. 38.4 y 6, en relación con el art. 39.3° Comp., la suscripción de nuevas acciones será también privativa, aun cuando se hayan empleado para ello fondos comunes. En este caso, procederá el reembolso en favor de la comunidad consorcial. La solución es la misma que ofrece el Código civil.

En concreto, LACRUZ señala que respecto del derecho de suscripción correspondiente a acciones privativas, en las ampliaciones de capital de las sociedades, al tener tales acciones el trato de bienes inmuebles (art. 39.3°: el mismo derecho de suscripción simbolizado y representado por el correspondiente cupón, es un valor mobiliario) la solución habrá de ser la misma que para la comunidad de gananciales del Código civil¹³⁸.

C) *El pasivo de la sociedad de gananciales. En particular el art. 1.373 Cc.: ¿se aplica en Aragón?*

a) *La regulación del pasivo en la Compilación aragonesa*

La Compilación del Derecho civil de Aragón regula de forma sistemática, y a mi juicio completa, el pasivo de la comunidad consorcial aragonesa, a la que dedica la mayor parte de las normas llamadas a regular el régimen matrimonial legal.

En concreto, son los arts. 41 a 47 los que dan forma y respuesta a todas las cuestiones que se puedan plantear en relación con las deudas y responsabilidades de la comunidad matrimonial.

La sistemática que presenta la regulación del pasivo en la Compilación es digna de elogio, y no sólo por la precisión en que cronológicamente se califican las deudas (anteriores y constante matrimonio), sino sobre todo por el útil criterio que establece para determinar qué deudas son comunes y qué otras son privativas.

El legislador aragonés, en los arts. 41 y 42 indica las deudas que son comunes, por lo tanto, todas las demás serán privativas.

Igualmente se establece con especial precisión el régimen de responsabilidad de deudas comunes y de deudas privativas.

Así, de las deudas comunes contraídas por uno o ambos cónyuges responderá el patrimonio común y, a falta de éste, los bienes privativos de cada uno de los cónyuges en función del tipo de deuda consorcial (art. 43 Comp.).

Por el contrario, de las deudas privativas responderán los bienes privativos del cónyuge que las contrajo, y siendo éstos insuficientes, el patrimonio común, dejando siempre a salvo el valor que en él pueda corresponder al otro cónyuge, sin que ello de lugar a la disolución de la comunidad (art. 46 Comp.).

Obsérvese, además, que la organización del pasivo en la comunidad legal aragonesa no responde a los mismos principios que inspiran la legislación del Código civil.

En la Compilación aragonesa la responsabilidad se organiza en función del tipo de deuda.

Así, de las deudas comunes y de gestión responden los bienes comunes, y a falta de estos, responderá el patrimonio privativo de los cónyuges; que tratándose de deudas del 41.1, en la relación externa, su responsabilidad será solidaria.

En las restantes deudas —y a falta de bienes comunes— la responsabilidad será personal del cónyuge contratante, sin perjuicio de la acción de repetición del consorte contratante frente al otro cónyuge, si se demuestra que la deuda redundó en utilidad común.

(138) LACRUZ, *Comentario al art. 37 Comp.*, pp. 41-42, (op. cit. n. 105).

Por el contrario, la responsabilidad que establece el Código civil no es en ningún caso solidaria, sino que es mancomunada (art. 1.367) o indistinta (patrimonio privativo y ganancial) a tenor del art. 1.369 C.c.

Obsérvese, que por regla general, en la legislación del Código civil no existe responsabilidad personal por deudas comunes del cónyuge que no contrató —a salvo los supuestos de los art. 1.318 y 1.319— ni en el supuesto general del art. 1.369, ni en los particulares de los arts. 1.366 y 1.370 C.c.

Ello evidencia la diferencia de criterios existentes entre la Compilación aragonesa y la regulación estatal.

b) *El pasivo de la sociedad de gananciales*

El Código civil dedica trece artículos a regular el pasivo de la sociedad de gananciales (arts. 1.362 a 1.374), frente a los cuatro artículos que dedicaba a esta materia con anterioridad al año 1981.

A primera vista, la mayor extensión que ahora dedica el Código civil a regular el pasivo de la sociedad de gananciales podría hacernos pensar que la Compilación en esta materia tiene algunas lagunas que salvar. Sin embargo, a lo que creo, ello no es cierto.

Obsérvese, que antes de la reforma de 1981, la extensión que la Compilación de 1967 dedicaba al pasivo venía a doblar la regulación que entonces ofrecía el Código civil.

Si durante catorce años no tuvimos necesidad de recurrir al Código para colmar las lagunas del Derecho aragonés, al facilitarnos éste una cumplida respuesta, no parece sensato que decidamos ahora recurrir a la supletoriedad del Código civil.

Es cierto que el Código civil presenta una mayor extensión en la regulación del pasivo, pero a pesar de ello no establece ninguna consecuencia, ni resuelve ningún problema (salvo quizás en el caso del art. 1.373 Cc.), que no esté atendido ya en la Compilación, aun cuando los principios y soluciones no sean coincidentes.

De cualquier manera, hemos de recordar que las modificaciones que lleve a cabo en el Código civil el legislador estatal, no producen lagunas ni anomia en nuestro Derecho.

a') Los arts. 1.363 y 1.367

Señalan que son a cargo de la sociedad de gananciales tanto las donaciones prometidas por ambos cónyuges como las obligaciones contraídas por los dos conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro¹³⁹.

La solución, obviamente, no puede ser ni más razonable ni más evidente: si ambos cónyuges contraen obligaciones, del cumplimiento de las mismas responderán también los gananciales.

Conclusión lógica, que no requiere de una norma expresa para llegar a tal resultado, si tenemos en cuenta el art. 1.911 Cc.

En Aragón las deudas que conjuntamente contraigan ambos cónyuges, o uno con el consentimiento del otro, vincularan también al patrimonio consorcial, pero obsérvese que en

(139) Vid. DE LOS MOZOS, *Comentario a los arts. 1.363 y 1.367 Cc.*, pp. 263 y ss. y pp. 299 y ss. (op. cit. n. 111), en los que señala, como estos preceptos son concreción del principio de igualdad entre los cónyuges y una derivación del art. 1.362 Cc.

función del tipo de deuda la responsabilidad a que quedan sujetos los cónyuges es diferente en la Compilación.

La diferencia está en que el Código no establece una responsabilidad distinta en función del tipo de deuda, como así lo hace el legislador aragonés.

Así, a tenor del art. 1.367 del Código civil, y siguiendo a DE LOS MOZOS¹⁴⁰, podemos afirmar que cuando ambos cónyuges se obligan responden los bienes comunes por el todo, y los privativos de cada uno de los cónyuges por mitad, en la cantidad concurrente.

La responsabilidad es, pues, mancomunada. Hay, en consecuencia, dos deudores personales y un patrimonio común que responde directamente, respondiendo sólo en la medida concurrente los respectivos patrimonios privativos.

En Aragón sirve la misma conclusión¹⁴¹, si bien en atención al tipo de deuda, podría llegarse a una responsabilidad solidaria de los cónyuges a tenor de lo previsto en el art. 43.1 Comp., responsabilidad solidaria que no se prevé en el Código civil, ni aun cuando las deudas se incluyan en el art. 1.319 Cc (potestad doméstica).

b') El art. 1.366

Se refiere a las obligaciones extracontractuales de un cónyuge a consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes, y señala que las mismas son a cargo de la sociedad de gananciales. Conclusión a la que se podría llegar a través de los arts. 1.362 y 1.365 Cc¹⁴².

En Aragón, aun cuando no hay una norma expresa que se refiera a las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges, creo que no cabe duda de que las mismas se encuentran en los arts. 41 y 42 en relación con el art. 48.2. 1º Comp.

c') Otro tanto sucede con los arts. 1.364, 1.368, 1.370 a 1.372.

Todos los problemas que pretenden resolver dichos preceptos encuentran acomodo en la regulación aragonesa, con iguales o distintos criterios.

En el art. 1.364 se contempla una regla de reintegros y reembolsos equivalente a las previstas en los arts. 1.358 y 1.398 Cc., que en Aragón tienen su reflejo en el art. 47 Comp.; al que imita este art. 1.364, al permitir conseguir el reembolso aun antes de que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁴³.

El art. 1.368 señala la responsabilidad de los bienes gananciales, aun mediando sepa-

(140) Cfr. op. cit. n. 111, p. 326.

(141) Vid. en este sentido RAMS, *Comentario al art. 43 Comp.*, p. 155-156 (op. cit. n. 116).

(142) En este sentido DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.366 Cc.*, p. 292 (op. cit. n. 111).

(143) DE LOS MOZOS, en el comentario a este precepto, señala cómo esta es una regla de liquidación que tiene en cuenta los reembolsos debidos entre masas patrimoniales, en este caso del patrimonio ganancial al privativo de uno de los los cónyuges. Pero además, indica que la virtualidad de la norma, es permitir que el reembolso se pueda efectuar antes de la liquidación de la comunidad, lo que no podía hacerse antes de la reforma de 1981, y que además, señala el autor, puede servir para aplicar igual criterio (desde luego corrector) al art. 1.358, que se refiere al momento de la liquidación.

A su vez, señala, como de alguna manera se acoge por la legislación estatal la doctrina del profesor LACRUZ, que entendía que la regulación de las obligaciones derivadas de estas relaciones entre masas patrimoniales podía tener lugar sin esperar a la liquidación. (cfr. op. cit. n. 111, pp. 271 y ss.). Obsérvese, en consecuencia, que este amable criterio que desde 1981 recoge el Código civil, era ya ley en Aragón desde 1967.

ración de hecho entre los cónyuges, para atender al sostenimiento, previsión y educación de los hijos¹⁴⁴; obligación y responsabilidad, que establece la Compilación aragonesa en el art. 41.1 y 5 en relación con el art. 9.1 Comp.

Lo mismo sucede con los arts. 1.370, 1.371 y 1.372 Cc. En particular, y por lo que respecta a las deudas de juego, mientras sean moderadas, son también en Aragón carga de la comunidad, y si no son moderadas, serán deudas privativas de uno de los cónyuges, y a dicho régimen habrá que estar¹⁴⁵.

d') Por último, no tienen tampoco aplicación los arts. 1.362 y 1.365 Cc.

Las cargas y deudas comunes se regulan en los arts. 41 y 42 de la Compilación aragonesa.

En particular, y como señala la doctrina aragonesa, no se aplica el último párrafo del art. 1.365 Cc., que remite al Código de comercio para la regulación de la responsabilidad de la sociedad de gananciales cuando cualquiera de los cónyuges es comerciante¹⁴⁶.

En este sentido me parecen especialmente importantes las reflexiones que recientemente ha llevado a cabo el profesor SANTOS MARTÍNEZ, cuando señala:

«El sistema de la Compilación es, en general, preferible al del Código de comercio. Junto al mérito no desdeñable de su sencillez y claridad, atiende mejor a los intereses de terceros —en definitiva, del tráfico—. Sería deseable que, como puede predicarse de otras previsiones del Derecho civil aragonés, se extendiera extramuros de Aragón, como régimen común que fuera asumido, en este caso, por el Código de comercio. Téngase en cuenta, por lo demás, lo establecido para la sociedad de gananciales por el art. 1.365.2 del Código civil»¹⁴⁷.

c) El art. 1.373 Cc. y su aplicación en Aragón

a') El art. 1.373 Cc. Finalidad y antecedentes

El art. 1.373 del Código civil regula el régimen de las que se han venido en llamar deudas exclusivamente personales de uno sólo de los cónyuges, porque siendo propias de cada cónyuge responde sólo su patrimonio personal, como dice el inciso primero del art. 1.373¹⁴⁸.

Como señala DE LOS MOZOS, cada cónyuge, cuando obra por su cuenta, no obliga más que a su propio patrimonio, sólo obliga a los gananciales cuando actuando separadamente lo hace en la esfera de los arts. 1.365 y 1.369, o por obligaciones extracontractuales a que se refiere el art. 1.366, y en los casos particulares y específicos de los arts. 1.370 y 1.371 Cc.¹⁴⁹.

Pero fuera de estos casos, la responsabilidad personal de cada cónyuge gravita sobre su propio patrimonio, como señala el primer inciso del art. 1.373 Cc., que viene a ser una concreción o aplicación particular del art. 1.911 Cc.

(144) DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.368 Cc.*, pp. 306 y ss. (op. cit. n. 111), donde señala que el art. 1.368 sería una norma especial y concreta que parte de los principios del art. 1.319 Cc.

(145) En relación a las deudas de juego y sus responsabilidades vid. LACRUZ, *Elementos*, IV, p. 469 y ss. (op. cit. n. 113).

(146) Vid. en este sentido, SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la sociedad legal aragonesa*, ed. Bosch, 1992, pp. 452 y ss.; ACHÓN BRUÑEN, María José, *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, ed. Institución "Fernando el Católico", DPZ, Zaragoza, 1996, p. 75.

(147) SANTOS MARTÍNEZ, Vicente, *Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés*, en «Actas de los séptimos encuentros de Foro aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1998, pp. 33 y ss.

(148) En este sentido vid. LACRUZ, *Elementos* IV, p. 472 (op. cit. n. 113); DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.373 Cc.*, p. 327 (op. cit. n. 111).

(149) DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.373 Cc.*, p. 327 y ss. (op. cit. n. 111).

Únicamente, cuando el patrimonio personal no es bastante para hacer efectivas las deudas, el acreedor personal podrá pedir el embargo sobre bienes gananciales.

En este caso, el art. 1.373 prevé en favor del cónyuge no deudor, no sólo que se le notifique la demanda contra su cónyuge, sino que se le ofrece la posibilidad de pedir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales; en cuyo caso, automáticamente, quedará disuelta aquélla.

Si el cónyuge no deudor no opta por la posibilidad que le atribuye la ley (a él le corresponde salvaguardar lo que le corresponde en los bienes comunes), se mantendrá el embargo, no disolviéndose la sociedad de gananciales, de manera que la deuda se hará efectiva sobre los bienes gananciales, generando tan solo un derecho de reembolso a favor de la comunidad y a cargo del cónyuge deudor (art. 1.373.II Cc.).

De cualquier manera, y como señala la doctrina, el objetivo que pretende alcanzar el precepto (la protección del patrimonio ganancial en favor del cónyuge no deudor) se ve seriamente dificultado, al no haber remedios procesales oportunos que permitan al cónyuge del deudor conseguir lo que el Derecho sustantivo le reconoce¹⁵⁰.

Igualmente señala la doctrina que no deja de plantear problemas de toda índole la automática disolución de la sociedad de gananciales, pues por muy rápido que sea el procedimiento de remate, son más rápidas, perentorias y urgentes las necesidades familiares, por eso la disolución de la sociedad de gananciales no es un remedio fácil para el cónyuge del deudor, sobre el que pecharán todas las cargas de la familia¹⁵¹.

Quizás, por ello también —no muy convencido el legislador de su drástica solución—, se prevé en el art. 1.374 la posibilidad de que en el plazo de tres meses rija nuevamente la comunidad de gananciales por la sola declaración de voluntad del cónyuge del deudor manifestada en documento público.

El art. 1.373 (y el 1.374) es también una novedad que se introduce en la reforma de 1981, pues con anterioridad a la misma no se estableció en favor del cónyuge no deudor una posibilidad de dejar a salvo el valor que al mismo le corresponde en la sociedad de gananciales, sino que tan solo, en el momento de la liquidación, procedería el reembolso correspondiente (art. 1.410 *in fine*).

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, lo que sí hay son buenas razones para sos-

(150) No es este el momento ni el lugar de comentar los problemas que en la práctica plantea el art. 1.373 Cc. en orden a la eficacia de los derechos que concede en favor del cónyuge no deudor. De cualquier manera, y como señala DELGADO ECHEVERRÍA, (cfr. *Comentario a la sentencia del TS de 2 de julio de 1984*, en CCJC, 6, 1984, pp. 1.940 y 1.941), el procedimiento oportuno que sería la tercería de dominio, se ve rechazado en la mayor parte de los casos por el TS. La razón por la que sistemáticamente ha venido rechazando el TS como medio de defensa del cónyuge no deudor a la tercería de dominio ha sido por el carácter de comunidad germánica que se le atribuye a la sociedad de gananciales, de ahí también que sí acepte el TS la tercería de dominio cuando la sociedad conyugal se encuentra disuelta pero no liquidada. Sobre todos estos problemas vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la sociedad legal aragonesa*, ed. Bosch, 1992; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio, *La responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor*, en RDCA, I, 1995, pp. 11 y ss.; ACHÓN BRUNÉN, María José, *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, ed. Institución "Fernando el Católico", DPZ, Zaragoza, 1996; DE LOS MOZOS, Comentario al art. 1.373 Cc., pp. 324 y ss. (op. cit. n. 111); LACRUZ, *Elementos IV*, p. 472 (op. cit. n. 113).

De cualquier manera, conviene destacar que en STS de 17 de julio de 1997 se admite la tercería de dominio por parte de la esposa para defender su parte en los bienes gananciales, frente al embargo de los mismos por deudas privativas del marido vid. el Comentario a la misma de MORALES IMBERNÓN, Nieves, en CCJC, 45, 1997, pp. 126 y ss.

(151) Cfr. DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.373 Cc.*, pp. 333 y ss. (op. cit. n. 111).

pechar fundadamente que el vigente art. 1.373 del Código procede de mano y cabezas aragonesas¹⁵², siendo su inspiración y antecedente inmediato el art. 46 Comp.

b') Argumentos a favor y en contra de la aplicación en Aragón del art. 1.373

Se trata ahora de establecer si el art. 1.373 (y por arrastre suyo el 1.374) se aplica o no en Aragón, y en caso de aplicarse, si su aplicación es como Derecho supletorio o por otro concepto.

En principio, habría dos buenas razones para negar la aplicación del art. 1.373 en Aragón: la primera, que la Compilación Aragonesa regula de forma expresa la responsabilidad por deudas privativas de uno de los cónyuges en el art. 46, lo que de alguna manera niega la aplicación del art. 1.373 en Aragón.

Por otro lado, que ambos preceptos, aun respondiendo a una misma finalidad, no están inspirados en los mismos principios, ni desde luego arbitran los mismos modos de defensa.

En efecto, obsérvese, que en la regulación del art. 1.373 la protección del valor que en la sociedad de gananciales le pueda corresponder al cónyuge no deudor, ha de ser actuada por él. De manera que si se opone, *ope legis*, queda disuelta la sociedad de gananciales, sustituyéndose en la traba los bienes comunes que en la comunidad corresponda al deudor. Si no hace nada, ante su pasividad, seguirá la traba *sin límite* sobre todos los bienes comunes embargados, y sólo le quedará al cónyuge no deudor una acción de reembolso por lo pagado a costa de bienes comunes¹⁵³.

Por el contrario, la norma aragonesa no exige ninguna actuación del cónyuge no deudor, pues como señala MEDRANO SÁNCHEZ¹⁵⁴, en opinión que comparto, el cónyuge no deudor no necesita hacer nada para que el juez se vea obligado, en todo caso, a poner a salvo *siempre* el valor que en él (patrimonio consorcial) corresponde al otro cónyuge (al cónyuge no deudor); y toda vía, tal y como dispone el párrafo 2º del art. 46, lo pagado a costa de bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge no deudor, hasta que lo reembolse, y se tendrá en cuenta para posteriores reclamaciones de acreedores privativos.

Todo ello, además, sin que en ningún momento se disuelva la comunidad consorcial, como claramente se deduce del párrafo 2º del art. 46.

Pues bien, quizás por ello, RAMS ALBESA señale que el art. 1.373 no es aplicable en Aragón, pues los principios a los que responde son distintos: en concreto, y de forma consciente el legislador aragonés, excluyó la disolución automática de la comunidad¹⁵⁵.

DELGADO ECHEVERRÍA, que en un principio consideró aplicable en Aragón el art. 1.373 Cc., parece que cambia de criterio, en atención a los diferentes principios que inspiran la norma aragonesa, en particular, la decidida indisolubilidad de la sociedad consorcial (art. 46.2 Comp.)¹⁵⁶.

(152) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentario a la sentencia del TS de 2 de julio de 1984*, en CCJC, 6, 1984, pp. 1.938 y 1.942.

(153) Vid el trabajo de MEDRANO SÁNCHEZ, *La responsabilidad...*, (op. cit. n. 150), pp. 27 y ss., en las que señala muy acertadamente las diferencias entre los arts. 1.373 Cc. y 46 Comp.

(154) Op. cit. cfr. en nota anterior.

(155) RAMS ALBESA, *Comentario al art. 46 Comp.*, p. 182 (op. cit. n. 116).

(156) Vid, la opinión del maestro en *La actas de los segundos encuentros de Foro Aragonés*, p. 62. En el coloquio, que aparece recogido en las Actas, DELGADO señala que ante la inoperatividad en Aragón del art. 46, consideró que sus problemas podían remediarse a través del art. 1.373, pero siendo que éste también presenta serios problema en conseguir la finalidad que pretende, parece que tampoco resolvemos mucho, y desde luego, ambos preceptos no establecen lo mismo.

Otro sector de la doctrina considera que el art. 1.373 sí es aplicable en Aragón, pero no como Derecho supletorio, sino como norma aragonesa, al ser reclamada a través del art. 52.º de la Compilación.

En efecto, el art. 52.º se remite expresamente a los arts. 1.392 y 1.393 Cc., y este último, a su vez, se remite al régimen que establece el art. 1.373 Cc.

En consecuencia, el art. 1.373 sería aplicable en Aragón como Derecho aragonés, al ser reclamado por la propia Compilación a través de la señalada cadena de remisiones.

Esta es la opinión de SERRANO GARCÍA, que utiliza los mismos argumentos que utilizará DELGADO ECHEVERRÍA para defender esta postura¹⁵⁷.

Por lo que respecta a la jurisprudencia aragonesa, es constante la aplicación conjunta de los arts. 1.373 Cc y 46 Comp., de manera que considera aplicable en Aragón el art. 1.373 del Código civil como norma aragonesa y no como Derecho supletorio.

Así, y entre otras, las SS. APZ (sec. 2ª) de 25 de abril de 1994 y 4 de febrero de 1995; A. APZ (sec. 5ª) de 21 de febrero de 1994.

c') La aplicación en Aragón del art. 1.373 Cc. como norma aragonesa: remisión dinámica

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y en orden a establecer la aplicación o no en Aragón del art. 1.373 Cc., conviene, a lo que creo, que en principio se tengan en cuenta las siguientes ideas.

Es evidente el art. 1.373 Cc. y 46 Comp. buscan la misma finalidad: la protección del patrimonio ganancial o consorcial del cónyuge no deudor: bien está que los bienes comunes respondan de las deudas personales del cónyuge que las contrae, pues ellos también forman parte de sus bienes presentes (art. 1.911 Cc), pero no que respondan de dicha deuda los bienes que no le pertenecen, por corresponder al cónyuge del deudor, aun cuando dichos bienes sean comunes a ambos.

El sistema que se arbitra para conseguirlo en uno y otro sistema es bien distinto, tal y como ya hemos indicado.

Ahora bien, ambos artículos presentan en buena parte el mismo número de problemas y dificultades para lograr la finalidad pretendida por el legislador.

En el orden procesal, ambos preceptos plantean los mismos problemas¹⁵⁸: cuál es el cauce oportuno para que el cónyuge no deudor pueda defender su valor en los bienes comunes, y en su caso en qué plazo tiene que actuar.

Cada uno de ellos, presentan, además, privativos problemas de interpretación que, con mejor o peor fortuna, encuentran solución.

Así, en el art. 46 Comp., no se nomina la necesidad de notificar de la demanda al otro cónyuge, como así lo hace expresamente el art. 1.373 Cc. Sin embargo, como señala MEDRANO, no es mayor el problema si se tienen en cuenta los arts. 24 CE, 260 2. Lec. y 270 LOPJ, que exigen tal notificación, aun cuando expresamente no la enuncie el art. 46 Comp.¹⁵⁹.

Por otro lado, en el Código civil no se tiene en cuenta expresamente, como sí lo hace

(157) SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges*, pp. 587 (op. cit. n. 150); DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario a la sentencia de 2 de julio de 1984*, p. 1.941 y ss. (op. cit. n. 150).

(158) Vid. sobre ello bibliografía cit. en nota 150.

(159) MEDRANO SÁNCHEZ, *La responsabilidad...*, p. 31 (op. cit. n. 150).

la Compilación, los derechos de los acreedores de la comunidad, pero no cabe duda de su derecho preferente según señala la doctrina¹⁶⁰.

Ahora bien, en lo que hace al Derecho registral, las cosas son muy distintas en uno y otro ordenamiento.

En la legislación estatal la relación entre el art. 1.373 y 144 Rh permiten que se lleve a cabo la inscripción del embargo, sea cual sea la posición que, con respecto a la ejecución, adopte el cónyuge del deudor.

Si el cónyuge del deudor se opone a la ejecución, se sustituirá la traba por los bienes comunes que correspondan al cónyuge deudor, de manera que queda disuelta la comunidad, y el registrador podrá inscribir el embargo sobre bienes o cuotas concretas de los mismos: ha dejado de existir la comunidad germánica ganancial, que impediría tal inscripción.

Si el cónyuge no deudor no dice nada, seguirá el embargo y la traba sobre todos los bienes gananciales sin límite alguno, de manera que tampoco hay problema para la práctica de la inscripción, al permitir la ley el embargo sobre todos los bienes gananciales: no hay que salvar el valor que en la comunidad corresponda al otro cónyuge.

En Derecho aragonés, al no disolverse la comunidad consorcial, no es posible que pueda acceder al registro un embargo de cuota consorcial, pues por principio, no existen las cuotas en la comunidad germánica, naturaleza que la doctrina —y no la ley— atribuye a la sociedad legal aragonesa.

Como señalara BATALLA GONZÁLEZ «veo muy difícil que la operación contable que determine el valor *salvado* de la responsabilidad pueda manifestarse en forma jurídica idónea para que dicha *salvedad* produzca efectos respecto de terceros, lo que resultaría más difícil si lo salvado fuera una cuota y no un valor»¹⁶¹.

Evidentemente, el problema que se plantea es insalvable.

La ley aragonesa quiere a toda costa *salvar el valor* que en la comunidad corresponde de la cónyuge no deudor, pero si consideramos a la comunidad consorcial como germánica, tal protección no se alcanza sin pasar por la disolución, y ésta, como señala la doctrina del Código civil, tampoco es el remedio, aunque sí el único camino para conseguir que únicamente respondan los bienes comunes que han de pertenecer a la deudor.

En consecuencia, obsérvese que la aplicación del art. 1.373 conseguirá en Aragón que se salven los problemas registrales, pero incorporará a nuestro Derecho todos los que de ordinario presenta esta norma, que no son pocos. Por ello, no sé si la aplicación del art. 1.373 resuelve mucho las cosas.

De cualquier manera, como se ha señalado al exponer la posición de la doctrina y de la jurisprudencia aragonesa, hay buenas razones para defender cualquiera de ambas posturas: bien que el art. 1.373 no se aplica (y me parecen mejores estos argumentos), bien que el art. 1.373 es aplicable en Aragón a través del sistema de remisiones que establece el art. 52. 2º de la Compilación aragonesa¹⁶².

(160) Vid. sobre este asunto ACHÓN BRUÑEN, *La defensa del cónyuge...*, p. 38 (op. cit. n. 150).

(161) Cit. por DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario a la sentencia...*, p. 1.940, (op. cit. n. 150).

(162) No obstante, obsérvese que la defensa de la aplicación del art. 1.373 Cc. en Aragón no es tan fuerte y fundada como la de su no aplicación.

En efecto, si tenemos en cuenta el "test de la supletoriedad", resultara que aun cuando el art. 52.2º Comp. se remite al art. 1.393, incorporándolo al Derecho aragonés, no cabe deducir los mismo respecto del art. 1.373 Cc.

Pues bien, si el art. 1.373 Cc. sirve para solucionar problemas prácticos, y desde luego a nivel registral resuelve muchos, aun cuando cree otros, como es la disolución automática de la comunidad, y a mi juicio en este caso, también la posibilidad de aplicar como bálsamo el art. 1.374, pues aplíquese.

Ahora bien, téngase en cuenta, que tal aplicación no es la solución, y sobre todo adviértase, que aun cuando consideremos que la norma se aplica en Aragón como Derecho aragonés, sin embargo sobre el art. 1.373, y a lo que creo, no rige la remisión estática que prevé la DF de la Compilación, de manera que si el legislador estatal modifica o deroga dicho precepto, su actuación afectará directamente al Derecho aragonés.

En efecto, obsérvese que el art. 52 Comp. remite al art. 1.393 Cc., de manera que según expresa la DF de la Compilación, el texto de dicho precepto queda incorporado en Aragón como norma aragonesa, y las modificaciones que en él pueda hacer el legislador estatal no afectarán a Aragón, aun cuando aquél legislador derogase la norma.

Ahora bien, el art. 1.373 Cc. llega a ser norma aragonesa a través de una carámbola fortuita: de la remisión interna que el art. 1.393 *in fine* hace, no al art. 1.373, sino al supuesto de la disolución de la sociedad «por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias», caso en el que se estará «a lo especialmente dispuesto en este Código».

En consecuencia, cuando el legislador estatal disponga en el Código civil otro régimen para ese caso, no se aplicará en Aragón el art. 1.373 C.c. con el contenido que ahora tiene, sino lo que «en este Código» se disponga en su momento¹⁶³.

Por lo tanto, el art. 1.373 resultara aplicable en Aragón por remisión, pero por remisión

A su aplicación en Aragón cabría objetar que la remisión de la Compilación al art. 1.393 lo es sólo a sus primeros párrafos, pero no al último, en el que señala como causa de disolución el embargo de bienes comunes por deudas privativas de uno de los cónyuges. Esta última parte no sería aplicable en Aragón, al contener la legislación aragonesa una disposición contraria a la disolución de la comunidad por esta causa en el art. 46 Comp.

En consecuencia, el art. 1.373 contradice los principios del Derecho aragonés que se basan, no sólo en la no disolución de la comunidad en esos supuestos, sino incluso en su posible continuación a pesar de la muerte de uno de los cónyuges. Por ello, el art. 1.373 Cc. no sería aplicable en Aragón por ningún concepto, ni como Derecho supletorio, ni como norma aragonesa.

De cualquier manera y a pesar de esta objeción de fondo, formalmente sí sirve como argumento de aplicación en Aragón la cadena de remisiones del art. 52.2º de la Comp. al Código civil, y para lo que en la práctica puedan resolver serán tenidas en cuenta y aceptadas.

(163) Vid. sobre la remisiones el trabajo de SALVADOR CODERCH, *La disposición final tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de la remisión estática*, ADC, 1984, pp. 975 y ss.

En concreto señala el autor, y ello vale par el Derecho aragonés, que la remisión estática hace referencia al articulado del Código civil, lo que supone delimitar con claridad el objeto de la remisión y comporta una doble utilidad.

La remisión, para ser estática, no ha de remitirse sólo al Código civil, sino a su articulado. Se rechaza con ello la posibilidad de admitir como remisiones estáticas los casos de remisiones posteriores o encadenadas en los propios artículos del Código que se refieren o llaman a disposiciones que están fuera del mismo. Es sabido, añade, que el Código civil no usa la técnica de la remisión estática, cuando alude, por ejemplo, a la ley del registro civil. Por ello —señala como ejemplo—, el art. 324 Comp. catalana aun cuando se remite al 1.295 Cc., incorpora este texto a la Compilación, pero no hace lo mismo con el régimen del art. 37 Lh al que se remite el Código civil y, en consecuencia, un eventual cambio de éste afectaría al régimen vigente en Cataluña.

Pues bien, siguiendo los planteamientos de SALVADOR CODERCH podría parecer que en el caso que estamos analizado, el art. 1.373 también queda incorporado al Derecho aragonés con la redacción que ahora presenta, pues en este caso, el Código presenta una remisión interna.

No obstante, a lo que creo, en el caso del art. 1.393, aun cuando presenta una remisión interna, no cabe duda que la misma también es dinámica, y obsérvese, además, que no se remite a un precepto concreto del Código civil, sino al régimen jurídico que el propio Código establece para el supuesto de la afección de los bienes comunes al pago de deudas propias de uno de los cónyuges. En consecuencia, aun cuando incorporemos al Derecho aragonés el art. 1.393, fijando en consecuencia el texto que presenta, no ocurre lo mismo con el art. 1.373, que está sujeto a la remisión interna y dinámica que presenta el Código civil. Por consiguiente, con dicha naturaleza de remisión dinámica quedará en su caso incorporado a nuestro ordenamiento.

dinámica, y no estática, con lo cual acogiendo esta postura dejamos en manos de otro legislador el futuro de esta importante cuestión del pasivo en la comunidad consorcial aragonesa.

Además, obsérvese también que la aplicación en Aragón del art. 1.373 como norma aragonesa, más que un sistema alternativo de elección entre el art. 46 Comp., y el art. 1.373 Cc., va a suponer, por regla general, la inaplicación del art. 46 Comp., al ser la disolución de la comunidad consorcial la única vía de conseguir la anotación registral del embargo.

d') Reflexiones finales. El problema de la comunidad germánica

Como señalaba al principio, la solución no está en aplicar el art. 1.373, que no sólo incorpora sus problemas procesales endémicos, sino que, aun cuando salve los problemas registrales —que si presenta el art. 46 Comp.— nos añade uno nuevo: la posibilidad de cambios en el Derecho aplicable a voluntad del legislador estatal.

La solución definitiva del problema, evidentemente, necesita ser abordada por el legislador, por una lado, como ya señalara DELGADO ECHEVERRÍA estableciéndose una norma procesal autonómica aragonesa (art. 149.1.6 CE en relación con el art. 35.4 EA ar.) que resuelva definitivamente la coordinación entre el Derecho sustantivo y las normas de procedimiento¹⁶⁴.

Por otro, y de cara a los problemas registrales, la solución sólo puede venir de la mano del legislador modificando el art. 46 en dos sentidos: bien imponiendo la disolución de la sociedad consorcial, al modo en que lo hace el art. 1.373 Cc., lo que no parece solución a tenor de las críticas que a la misma hace la doctrina del Código civil; bien negando a la sociedad consorcial su naturaleza de comunidad germánica, y declarando que la misma es romana, como por lo demás lo era en el Derecho histórico aragonés y lo fue también en el Apéndice.

Esta última me parece la mejor solución, sobre todo si tenemos en cuenta que las comunidades germánicas no existen y que sólo son una construcción doctrinal.

En efecto, obsérvese que los problemas y dificultades que tanto el art. 1.373 Cc. como el 46 Comp. presentan, derivan en uno y otro caso, del insalvable problema de considerar tanto a la sociedad de gananciales como a la sociedad legal aragonesa comunidades de tipo germánico y no romano¹⁶⁵.

Naturaleza germánica, que no les atribuye expresamente la ley, y que fue la doctrina registral la que a principios de siglo atribuyó esta naturaleza a la sociedad de gananciales¹⁶⁶, siendo hoy tal afirmación lugar común en doctrina y jurisprudencia.

(164) DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario...*, p. 1.941, (op. cit. n. 150).

(165) Basta recordar a estos efectos la previsión del art. 50 del Apéndice. En él se establecía lo siguiente: «los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer, y la mitad que pertenece a ésta en los comunes de la misma clase, no responderán en caso alguno de las deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzamiento a favor de otros o con el propósito conocido de perjudicar a aquélla».

Como señala DELGADO la doctrina caviló sobre cómo reservar la mitad indivisa que correspondía a la mujer en los bienes comunes. Para buena parte de la doctrina, la comunidad legal en el Apéndice era romana, y quizás por ello en la práctica, se impusiera que dicha mitad quedaba salvada al oponerse la mujer, frente a los acreedores del marido, a la ejecución sobre cada uno de los inmuebles comunes. Baste para ello, el autorizado testimonio del Registrador BATALLA GONZÁLEZ que señalaba que «cuando al registro llegaba un mandamiento embargando bienes comunes, sencillamente le negábamos la mitad indivisa correspondiente a la mujer». El TS lo entendió del mismo modo. La sentencia de 26 de mayo de 1962 da lugar al recurso planteado por la mujer que interpuso tercera de dominio en el embargo de deudas comunes por deudas privativas del marido con base en el art. 50 del Apéndice. Cfr. en DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario a la sentencia...*, p. 1.939-1.940, (op. cit. n. 150).

(166) Decididamente fue la DGRN, especialmente a partir de la R. de 30 de junio de 1927, la que

Quizás, si no inventáramos conceptos inexistentes en la ley, ambos preceptos cumplirían fácilmente su objetivo sin necesidad de disolver la comunidad legal.

Sería conveniente que analizáramos esta vía, y calculásemos todas sus consecuencias. Si no se crean problemas mayores de los que ya hay —y no lo creo— está será, a mi juicio, la mejor vía de solución.

d) *Activo y pasivo. Conclusiones*

Tal y como hemos señalado, no hay aplicación supletoria del Código civil en estas materias, la Compilación aragonesa establece un régimen completo que permite solucionar todos los posibles problemas que, en relación a esta materia, se puedan formular.

Obsérvese, que a raíz de la reforma de 1981, el legislador estatal tan solo ejemplifica hasta la saciedad situaciones que se pueden resolver a través de reglas generales previstas ya en el Código civil, como así señala la doctrina. Por otro lado, se da la circunstancia de que buena parte de las soluciones adoptadas en dicha reforma (vgr. arts. 1.354, 1.356, 1.357 Cc.) son duramente criticadas por la doctrina civil. Todo ello es bastante indicativo de lo innecesario que es recurrir al Código en esta materia, y máxime cuando antes de dicha reforma no había en Aragón, lagunas por este concepto.

Por ello, en una futura reforma de esta materia por parte del legislador aragonés, no parece que el Código civil sea paradigma de la misma. Sin perjuicio, desde luego, de que nuestro legislador pudiera expresar con más ejemplificación ciertas cuestiones.

En particular, en el supuesto de suscripción de acciones consideramos que merecería un reflejo expreso y en esta materia sí nos parece un buen ejemplo la previsión del art. 1.354 Cc. Pero sobre todo es necesario atender al problema planteado por el vigente art. 46, pues aun cuando se apliquen como Derecho aragonés los arts. 1.373 y 1.374, no son, en verdad, la mejor solución.

D) *La administración de la sociedad de gananciales y la gestión de la sociedad consorcial aragonesa*

a) *La gestión de la comunidad en la Compilación aragonesa*

La Compilación del Derecho civil de Aragón dedica tan sólo cuatro preceptos (arts. 48 a 51 Comp.) para regular la gestión de la comunidad aragonesa frente a los diecisiete artículos (arts. 1.375 a 1.391 Cc.) que a la misma materia destina el Código civil.

Con todo, el régimen que presenta la Compilación no está tan necesitado de supletoriedad como pudiera parecer a tenor de la mayor extensión que en su regulación ofrece el Código, y sobre todo, no hemos de olvidar que antes de 1981 el Código civil sólo dedicaba a esta materia cinco preceptos, uno más que nuestra Compilación.

Además, se ha de tener en cuenta que toda la sección 4ª del Capítulo III del libro IV fue redactada de nuevo en el año 1985, lo que suponía un previo conocimiento de la regulación que ya entonces tenía el Código en 1981.

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, el legislador aragonés aprovechó, evidentemente, la experiencia de la ley española de reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981 —dando respuesta a algunos problemas que se habían puesto de manifiesto en su

atribuyó a la sociedad de gananciales los rasgos, un tanto imprecisos, con los que la doctrina describe la llamada comunidad en mano común o germánica. A partir de aquí acogió esta naturaleza la jurisprudencia y desde luego la doctrina científica. Vid. LACRUZ, *Elementos...*, IV, p. 425 y ss. (op. cit. n. 113).

aplicación— pero sus preceptos no son traslado o copia de los del Código, sino que tienen su propia lógica y perfiles distintos en relación con el resto de los preceptos compilados, y señaladamente con los relativos al pasivo de la comunidad¹⁶⁷.

En la Compilación, la gestión de la comunidad está concebida en forma más amplia que en el Código civil, baste para ello con comparar los arts. 48.1 Comp. y el art. 1.375 Cc.

La gestión de la comunidad, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, está referida a todas las actuaciones patrimoniales de los cónyuges que pueden recaer en cualquiera de los patrimonios conyugales. Además, —señala también el autor referido— y de modo más marcado que en el Código civil, la Compilación reconoce a cada cónyuge un ámbito de gestión de la comunidad en que sus actos tienen plena validez frente a terceros¹⁶⁸.

Obsérvese, como en definitiva, en pocas normas es posible encontrar respuestas a todos los problemas que se pueden plantear en la gestión de la comunidad legal aragonesa.

En efecto, el legislador aragonés parte, al igual que el legislador del Código civil, del principio de cogestión, como respuesta al principio de igualdad consagrado en los arts. 14 y 32 de la Constitución. Pero no lo lleva hasta sus últimas consecuencias, pues incluso para la administración y disposición de bienes comunes se permite la actuación de uno solo de ellos con el consentimiento del otro (art. 48.1 Comp.).

Junto a ello, el párrafo 2 del art. 48 establece un extraordinario campo de actuaciones disjuntas entre cónyuges, de manera que cada uno de ellos se encuentra sobradamente legitimado para actuar frente a terceros y vincular válidamente al patrimonio consorcial.

Teniendo en cuenta lo anterior, y la capacidad de respuesta de la Compilación en esta materia, vamos a plantear en qué casos es posible la aplicación supletoria del Código civil.

b) *Aplicación supletoria en Aragón del régimen de la administración de la sociedad de gananciales*

a') Los arts. 1.375 y 1.377, su inaplicación por los Tribunales aragoneses.

Analizando los diversos fallos que en materia de gestión de la comunidad consorcial han recaído, podemos llegar a la conclusión de que el régimen de gestión que establecen los arts. 48 y ss de la Comp. es bastante completo, y apenas deja resquicios para la aplicación supletoria del Código civil, ésta parece ser la posición que manifiestan, con muy buen criterio, los Tribunales aragoneses.

Un claro ejemplo de ello es la sentencia de TSJA de 25 de marzo de 1992 en la que se declara que no es necesario entrar a valorar uno de los motivos alegados en casación por inaplicación de los arts. 1.375 y 1.377 Cc., por la simple razón de que la materia está expresamente regulada en la Compilación (art. 48. 2.1, 41.5 y 42), que son las normas aplicable al caso, y no el Código civil.

En el mismo sentido se sitúan las SS del TSJA de 13 de febrero de 1992, 18 de junio de 1992 y 10 de abril de 1995; y también las SS APH de 15 de diciembre de 1994, 10 de julio de 1995, 5 de octubre de 1995 y 29 de octubre de 1996.

Pues bien, de estas sentencias se deduce con claridad que toda la materia que regula la Compilación no admite la aplicación del Código civil, y de ahí que expresamente

(167) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *La gestión...*, p. 285 (op. cit. n. 118).

(168) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *La gestión...*, p. 285 y 292 (op. cit. n. 118).

declaren que no se aplican en Aragón los arts. 1.375 y 1.377 del Cc., conclusiones correctas con las que no se puede estar más de acuerdo.

b') Los arts. 1.376, 1.381, 1.382 y 1.385 a 1.386.

A la misma conclusión se puede llegar con respecto a los arts. 1.376 (art. 50 Comp.), 1.381 (arts. 51, 48.2.1 y 42 Comp.); 1.382, 1.384, 1.385 (arts. art. 48.2.2° Comp.), art. 1.386 (art. 48.2.1 en relación con el art. 41.1 y 5 Comp.)¹⁶⁹.

c') En particular, el art. 1.378 Cc.

Este precepto declara la nulidad de los actos a título gratuito cuando no concurre el consentimiento —dual— de ambos cónyuges, y como se observa es una concreción del art. 1.322. 2° del Cc.; lo que supone introducir un régimen diferente en lo que hace al tipo de invalidez según se trate de actos a título oneroso (1.322.1 en relación con el art. 1.377, anulabilidad) o de actos a título gratuito (1.322.2° en relación con el art. 1.378, nulidad).

Pues bien, a lo que creo está norma no es aplicable en Aragón. La razón son los diferentes principios que inspiran la gestión en uno y otro sistema.

En el Código civil se parte de una gestión dual, si bien con importantes salvedades.

Obsérvese, que la disposición de bienes comunes a título gratuito requiere siempre y en todo caso una actuación conjunta de ambos cónyuges, no es posible que uno tome la iniciativa y el otro confirme el acto, la sanción de la falta de consentimiento es la nulidad¹⁷⁰.

La Compilación, por el contrario, en el art. 48.1 presenta una mayor flexibilidad en la regulación de los actos de disposición sobre bienes comunes, pues la misma corresponderá a ambos cónyuges o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro.

Obsérvese además, que el legislador aragonés no establece diferencia de régimen en función de la naturaleza del acto de disposición: aun cuando el acto sea a título gratuito podrá uno de los cónyuges actuar con el consentimiento del otro.

En consecuencia, si admitíamos la anulabilidad como sanción ante la falta de concurrencia de consentimiento de un cónyuge cuando éste es necesario siendo el acto de disposición es a título oneroso, la misma sanción, y no otra, tendremos que dispensar para los actos a título gratuito, puesto que el legislador aragonés no establece un régimen distinto.

Además, hemos de tener en cuenta que la sanción de nulidad sólo procede con seguridad en los casos de infracción del orden público, pues aun tratándose de norma imperativa o prohibitiva, la nulidad sólo procederá, si la norma no dispone otra cosa para el caso de contravención.

Por consiguiente, no señalando expresamente el legislador la nulidad de los actos de disposición a título gratuito cuando recaigan sobre bienes comunes, y no siendo tampoco el art. 48.1 Comp. una norma imperativa, no es posible deducir en ningún caso la nulidad como sanción para este tipo de actuaciones¹⁷¹.

(169) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, pp. 294 y ss. (op. cit. n. 118).

(170) Vid. en este sentido DE LOS MOZOS, *Comentario al art. 1.378 C.c.*, p. 369 (op. cit. n. 105). Por contra, GIMÉNEZ DUART y DE LA CÁMARA, entre otros, (cit. por PRETEL SERRANO, *Comentario al art. 1.378*, pp. 719 y ss. op. cit. n. 128) con distintos matices consideran que es posible la actuación de uno de los cónyuges de forma individual, aun cuando se trate de actos a título gratuito, en espera de la ratificación por el otro cónyuge, sin requerirse la actuación coetánea de ambos. La diferencia con los actos a título onerosos, para estos autores, está en que no es posible recabar el auxilio judicial, y que el paso del tiempo no sana el acto de disposición. De esta opinión es también JAVIER PALAZÓN.

(171) A estos efectos conviene también tener en cuenta que el TS se muestra sumamente flexible a

Razón, por la cual no es aplicable en Aragón el régimen del art. 1.378 Cc., que contradice, a lo que creo, los principios que ahora inspiran el Derecho aragonés¹⁷².

d') En particular: el art. 1.383.

Este precepto establece el deber de información recíproca y continuada entre los cónyuges; si bien aun cuando en Aragón sí es exigible dicho deber de información entre los cónyuges, sin embargo, el art. 1.383 no es aplicable en Aragón supletoriamente, porque tal exigencia deriva directamente del ordenamiento autonómico.

El deber de información que deben prodigarse los cónyuges, siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA¹⁷³, cabría deducirlo directamente del art. 48.1 Comp., pues si las decisiones de la economía familiar han de ser conjuntas, premisa previa de cualquier decisión es la información. Sin el conocimiento de estos datos no pueden tomarse las decisiones oportunas; información que, por lo demás, parece consonante con el derecho de viudedad.

La exigencia de dicho deber encuentra, además, un argumento textual a través de la incorporación a Aragón del art. 1.393 Cc., que prevé como causa de disolución de la sociedad consorcial, a petición de uno de los cónyuges, el incumplimiento del deber de información.

e') Algunos casos dudosos: los arts. 1.379 y 1.380; 1.387 a 1.389 y 1.390-1.391.

— Los arts. 1.379 y 1.380 del Código civil responden, con alguna variación, al régimen que antes de la reforma de 1981 se establecía en los arts. 1.414 y 1.415 en relación con el art. 1.409 Cc., en aquél momento la disposición en testamento de los bienes gananciales, así como la realización de liberalidades de uso, correspondían tan solo al marido como administrador único de la sociedad de gananciales. En los vigentes preceptos, tal posibilidad ha de corresponder a ambos cónyuges en función del principio de igualdad.

La Compilación aragonesa no establece expresamente si los cónyuges pueden o no de forma individual disponer *mortis causa* de la parte que les pueda corresponder en los bienes comunes.

Con todo, los arts. 1.379 y 1.380 del Código civil no son de aplicación supletoria en Aragón, pues dicha posibilidad se deduce del texto aragonés, aunque posiblemente la solución en lo que hace al legado no es la misma.

la hora de interpretar la sanción de nulidad absoluta que con carácter general, se deriva del art. 6.3 Cc. Así, y entre otras, como sentencias más recientes cabe citar: STS de 17 de octubre de 1987 y 15 de diciembre de 1993.

(172) El art. 49 del Apéndice se refería a la nulidad de las actuaciones que a título gratuito realizara el marido. En concreto, la norma disponía: «El marido es el administrador y el representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales; aquél está facultado, además, podrá disponer no solamente de sus privativos bienes, sino también de los que tiene la consideración de comunes. Serán nulas, sin embargo, en cuanto a la mitad que en estos bienes afecta a la mujer, las liberalidades que en cualquier forma hubiere el marido realizado durante su última enfermedad; y también las que otorgare en estado de salud, si retuviere durante su vida la posesión de los bienes en que consistan...». Pues bien, aun cuando en el Apéndice se sancionaran con nulidad estas actuaciones (lo que quizás tampoco sea seguro), ello no significa que la misma sanción se haya de deducir ahora, puesto que desde la Compilación de 1967, no se establece ninguna diferencia en orden al tipo de invalidez, según los actos sean a título gratuito u oneroso. De cualquier manera, la previsión del Apéndice serviría para justificar, precisamente, que ahora no opere la nulidad, pues en todo caso, cuando el legislador quiso que este tipo de invalidez afectará a los actos a título gratuito la estableció expresamente. Teniendo en cuenta este antecedente, si ahora calla el legislador, su silencio ha de ser interpretado como negación a la aplicación en Aragón de la nulidad absoluta para estos actos de disposición.

(173) DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 289 (op. cit. n. 118).

Los principios que inspiran el sistema sucesorio aragonés son distintos de los que ofrece el Código civil. Baste recordar instituciones tan conocidas como la fiducia y el testamento mancomunado, que expresamente se prohíben en el Código. Ello evidencia que en más de una ocasión de los bienes comunes, aun para después de la muerte, se suele disponer conjuntamente por ambos cónyuges, o encomendar al otro que ordene su sucesión.

Ahora bien, ello no supone una prohibición o imposibilidad de que cada uno de los cónyuges pueda disponer para después de sus días de la parte que le pueda corresponder en el consorcio conyugal. Todo lo contrario. Si bien, para llegar a tal conclusión, no sería necesaria la aplicación de los preceptos indicados del Código civil, basta para ello con caer en la cuenta de que ninguna norma prohíbe la disposición mortis causa sobre los derechos que en esta comunidad pueda corresponder a cualquiera de los cónyuges¹⁷⁴.

— Los arts. 1.387 y 1.388 regulan los supuestos que la doctrina ha venido en denominar administración de la sociedad de gananciales en «circunstancias especiales»¹⁷⁵.

En estos supuestos se atiende a las situaciones en las que las reglas de gestión se ven alteradas en razón de las circunstancias especiales por las que atraviesa el matrimonio (ausencia, abandono de la familia, separación de hecho) o uno de los cónyuges (minoría de edad o incapacitación). A excepción del supuesto de la minoría de edad, en la que es de aplicación el art. 324 Cc., el resto de los supuestos se resuelve en una transferencia de administración a favor de uno de los cónyuges, bien por imponerlo la ley (art. 1.387) bien por resolución judicial en ese sentido (art. 1.388).

Por lo que respecta a Aragón, es evidente que no hay ninguna alteración en las reglas de gestión en razón de la edad de los cónyuges, puesto que en virtud del art. 4 Comp., estos tienen la consideración de mayores de edad¹⁷⁶.

En el resto de los casos la Compilación aragonesa no establece ninguna norma expresa que atienda a estos supuestos, con señalada diferencia respecto de lo que hacía antes de la reforma de 1985.

El derogado art. 48.3 de la Compilación disponía:

«Las funciones de administración de la comunidad pasan íntegras a la mujer, cuando el marido resulte incapacitado o desaparezca de su domicilio, aun dejando representante, y en los demás supuestos del artículo mil cuatrocientos cuarenta y uno del Código civil».

Por su parte, el derogado art. 7.1 establecía para el caso particular:

«si el ausente fuera el marido, la esposa ocupará la posición de aquél respecto del patrimonio conyugal».

En cuanto al art. 1.441 Cc. recogía casos similares a los actuales arts. 1.387 y 1.388, si bien, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, en un contexto muy distinto¹⁷⁷.

Siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA podía afirmarse que hasta 1981 se aplicaron en Aragón las causas de transferencia de la gestión del art. 1.441 Cc., con las salvedades —más favorables para la mujer— de los arts. 48.3 y 7.1 Comp. de 1967.

(174) Respecto al legado de cosa ganancial, vid. PRETEL SERRANO, *Comentario al art. 1.380 Cc.*, pp. 726 y ss. —op. cit. n. 128— y la S. TS de 28 de septiembre de 1998 que, a mi juicio con error, aplica en Aragón el art. 1.380 Cc.

(175) LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 511 y ss. (op. cit. n. 113); DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 298 y ss. (op. cit. n. 118).

(176) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 298 (op. cit. n. 118).

(177) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 298 (op. cit. n. 118).

Hasta 1985, se aplicaron los arts. 1.387 y 1.388, en virtud de la remisión dinámica que la Compilación seguía haciendo al art. 1.441, que había sido sustituido por los arts. 1.387 y 1.388¹⁷⁸.

Ahora bien, en 1985 el legislador aragonés omite tal remisión, de manera que es necesario que se analice pormenorizadamente la cuestión, ya que cualquiera de las conclusiones a las que se puede llegar en atención a este dato podría llevarnos a conclusiones erróneas.

En efecto, se podría pensar que si ahora el legislador aragonés omite la remisión a los arts. 1.387 y 1.388 del Código (sustitutos del derogado art. 1.441, al que sí remitía la Compilación en 1967), será porque los considera inaplicables, lo que no es del todo seguro.

Pero también podría pensarse que la falta de remisión no excluye la supletoriedad de esos preceptos del Código civil, pero sí su incorporación al Derecho aragonés, a través de la previsión que en este sentido establece la DF de la Compilación.

En consecuencia será necesario que analicemos cada una de las situaciones a las que se refiere el Código civil, y ver si están o no contempladas en el Derecho aragonés y si existe o no laguna legal.

En el art. 1.387 Cc. se contemplan los supuestos de transferencia legal de la administración de la sociedad de gananciales en los supuestos de incapacitación o de ausencia de uno de los cónyuges.

La solución a la que se llega con respecto a la aplicación en Aragón de este artículo como Derecho supletorio es distinta según se trate de ausencia o incapacitación.

Siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA¹⁷⁹, en los supuestos de ausencia no se aplicará el art. 1.387, y por consiguiente tampoco el art. 1.389 Cc..

La razón está en que para este caso es de aplicación el art. 7.3 de la Compilación, que como señala el autor citado, atribuirá al cónyuge en Aragón la administración de la comunidad en casos en los que el art. 1.387 no se la daría, al no exigirse en nuestro Derecho que el cónyuge administrador de la sociedad sea a su vez representante del ausente (art. 8.1 Comp.).

Sin embargo, como también afirma DELGADO ECHEVERRÍA, en los supuestos en los que un cónyuge sea tutor de su consorte sí será aplicable el art. 1.387 y por consiguiente el art. 1.389 para este caso.

En efecto, en este supuesto nos encontramos con una laguna en la legislación aragonesa no colmable a través de sus sistema de fuentes, procediendo, en consecuencia, la aplicación supletoria del Código civil.

Por lo que respecta al art. 1.388 señala DELGADO ECHEVERRÍA que en cuanto al abandono de familia y a la separación de hecho, casos que no están contemplados expresamente en la legislación aragonesa, no es seguro que se esté en presencia de una laguna en la Compilación, que deba cubrirse con la citada norma del Código, pues ninguna necesidad hay de regular específicamente tales supuestos para hacer derivar la transferencia de la gestión.

Señala este autor que el supuesto del abandono de familia podría reconducirse al art. 50 o en su caso a los desacuerdos en la gestión hipotizados en el art. 49.

Por lo que respecta a la separación de hecho, si dura más de un año, se podrá proceder a disolución de la comunidad, por aplicación del art. 1.393.3º, reclamado por el art. 52. 2º Comp.

(178) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 298 (op. cit. n. 118).

(179) DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 299 (op. cit. n. 118).

Si en ese caso hay una remisión por parte del legislador que tiene en cuenta dicho caso, ello sirve como argumento, para negar la entrada del Código civil cuando no es reclamada por el legislador.

Todavía señala, que mientras no transcurra el año, basta con tener en cuenta los amplios poderes de endeudamiento y administración separada que confiere a cada cónyuge el art. 48.2¹⁸⁰.

A lo que creo, lo argumentos de DELGADO son irrefutables, al demostrar la inexistencia de lagunas.

Ahora bien, aun cuando comparto plenamente la postura del maestro en lo que respecta al abandono, y me convence su postura respecto de la separación de hecho, no siendo aplicable el art. 1.388 Cc., creo que de *lege ferenda* sí sería conveniente que se atendiera a esta última cuestión expresamente, pues no me parece muy oportuno que la única vía sea la disolución de la comunidad, aunque evidentemente es la que ahora ofrece el texto compilado.

— Los arts. 1.390 y 1.391 del Código civil, creo que no son aplicables en Aragón, pues la finalidad que pretenden se encuentra prevista en la Compilación aragonesa en los arts. 41.5, 42 y 47 Comp.

Además, el art. 1.393. 4º, siguiendo la argumentación que para el art. 1388 sugiere DELGADO, señala la vía de actuación en estos casos: la disolución de la comunidad, y no otro recurso.

E) *Liquidación y disolución de la sociedad de gananciales. Aplicación supletoria en Aragón*

La disolución, liquidación y división de la sociedad legal aragonesa es previsiblemente la materia que más auxilio requiere de la supletoriedad que le brinda el Código civil, fundamentalmente en materia de liquidación.

En concreto, los Tribunales aragoneses consideran que son aplicables en Aragón como normas sustantivas todas las que contiene el Código civil en los arts. 1.392 a 1.410 del mismo¹⁸¹.

Aun cuando es verdad que algunos de estos preceptos del Código civil tienen en esta sede aplicación supletoria, conviene fijar en qué casos sí es aplicable el Código y en qué casos no lo es, puesto que no es cierto, como así vienen a señalar los Tribunales aragoneses, que todo el régimen que ofrece el Código civil en estas materias sea aplicable en Aragón. Es más, y a lo que creo, su supletoriedad es más reducida de lo que a primera vista pudiera parecer.

a) *Disolución de la comunidad legal aragonesa*

En materia de disolución, la Compilación presenta una regulación casi completa, ofreciendo las causas y consecuencias de la disolución.

Los arts. 52 a 54 establecen un régimen completo, si bien conviene recordar que la remisión que hace a los arts. 1.392 y 1.393 del Cc. es estática, tal y como se deduce de la DF de la Compilación. De manera que la aplicación de estos preceptos no supone supletoriedad, sino aplicación de norma aragonesa.

Con todo, los Tribunales aragoneses aplican también el art. 1.394 del Código civil,

(180) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *La gestión...*, p. 299 y ss. (op. cit. n. 118).

(181) En este sentido es constante la jurisprudencia aragonesa, así y entre otras las SS. APZ (sec. 2º) de 14 de noviembre y 15 de diciembre de 1994; S. APZ (sec. 5º) de 26 de octubre de 1994; S. APH de 4 de febrero de 1991.

al que no se remite la Compilación, a los efectos de determinar la fecha de liquidación del consorcio¹⁸², de manera que en los casos de separación judicial es la firmeza de la sentencia que la acuerda la que ha de tenerse en cuenta a efectos de liquidación.

En este caso, considero que los Tribunales aragoneses tienen razón al aplicar el art. 1.394 en Aragón, al no establecer la ley aragonesa nada al respecto, y es evidente que la determinación de dicho momento es esencial a efectos de liquidación del consorcio.

Ahora bien, dicho precepto se aplicará supletoriamente, pero no como norma aragonesa, lo que es conveniente advertir dada la declaración de diversas sentencias en las que parece que se afirma la aplicación directa del art. 1.394 del Código.

Por lo demás, el art. 1.395 no es aplicable en Aragón. Se tendrá en cuenta tan sólo el art. 95 Cc., que en el momento presente sí resulta aplicable.

b) *Liquidación y división*

Es en esta materia en la que el Código civil encuentra un mayor grado de aplicación supletoria, y por regla general se consideran aplicables en Aragón los arts. 1.396 a 1.410 del Código civil.

La razón que se alega es, en parte, la gran similitud entre ambos regímenes económicos así como la concurrencia de iguales criterios, de tal manera que los Tribunales aragoneses aplican conjuntamente los preceptos del Código y la Compilación, señalando que los del primero regulan con más detalle dicha materia¹⁸³.

De cualquier manera, aun admitiendo en esta sede la aplicación supletoria del Código civil, sin embargo es necesario matizar mucho más y caer en la cuenta de que en ocasiones la regulación del Código es contradictoria con la aragonesa, lo que evita, en consecuencia, la aplicación supletoria de dicho cuerpo legal.

a') Arts. 1.396 a 1.399 C.c.

Estos preceptos, como ya hemos señalado son aplicados por los Tribunales aragoneses de forma reiterada, así por ejemplo son objeto de aplicación por el TSJA en S. de 23 de marzo de 1993.

Sin embargo, y pese a la deficiente regulación del inventario en la Compilación aragonesa, creo que no son de aplicación supletoria en Aragón, al menos en toda su literalidad, puesto que los bienes que se han de incluir en el mismo se indican en el art. 55 y se deducen de la regulación del activo y pasivo en la Compilación. Con estas normas de la Compilación, a lo que creo, no es necesario recurrir al Código civil.

Además, es necesario apreciar que la composición de activo y pasivo en el Código civil no responde a los mismos criterios que en la Compilación aragonesa y, por lo tanto, la aplicación supletoria de estos preceptos habrá de articularse en función de los principios aragoneses.

(182) STSJA de 23 de marzo de 1993.

(183) Vid. en este sentido las SS citadas en las notas 181 y 182 y Auto del Presidente de TSJA de 24 de diciembre de 1992, que aun cuando señala la existencia de diferencias entre ambos sistemas comunitarios, considera que en el fondo ello carece de relevancia, y que por lo tanto es posible la aplicación conjunta de normas del Código civil y de la Compilación. Con todo, y lo que creo, cuando la compilación regula la materia objeto de la litis basta con aplicar ésta, sin ser necesario recurrir al Código aun cuando diga lo mismo, pues si hacemos esto, más bien parece que el Cc. tiene un argumento de autoridad sobre nuestro Derecho, y es seguro que no creemos tal cosa. Si hay una laguna en nuestro Derecho basta con constatar esta realidad y aplicar el Código civil de forma supletoria, pues ello es lo que señala la CE.

En efecto, por lo que respecta al activo es cierto que el art. 1.397 en sus puntos 1º y 2º presentan gran similitud con la formación del inventario que se regula en el art. 55 Comp.

Ahora bien, por lo que respecta al punto 3º, habrá que tener en cuenta el art. 47 Comp., puesto que tan solo formarán parte del activo dichas cantidades, si acaso no han sido satisfechas antes de la liquidación, lo que es posible sin género de dudas en nuestro Derecho; razón por la cual, no recibe esta partida una expresa nominación en el art. 55.

Por otro lado, el párrafo 2º del art. 1.397 no creo que se aplique en Aragón, pues su inclusión en el activo es a consecuencia de la regulación de este tipo de enajenaciones en los arts. 1.390 y 1.391, que no se aplican en Aragón.

En consecuencia, no creo que este precepto aporte o rellene un vacío normativo involuntario en la legislación aragonesa, y por lo tanto, el art. 1397 no es aplicable en Aragón.

Los arts. 1.398 y 1.399, a lo que creo, no son de aplicación en Aragón, pues no sólo no cubren una laguna, que no existe, sino que contradicen el orden liquidatorio que impone el art. 56 de la Compilación.

En efecto, el Código civil establece como principio que la sociedad de gananciales responde, en primer lugar de las deudas sociales, y sobre este principio gira la ordenación del pasivo de la comunidad ganancial.

Por el contrario, la Compilación parte de la premisa contraria, lo primero que se ha de reintegrar son las masas patrimoniales que dan vida al consorcio aragonés.

En consecuencia, no es posible la aplicación de estos preceptos en Aragón al ser contrarios a los principios que inspiran nuestra legislación¹⁸⁴.

b') Arts. 1.400 a 1.404 y 1.410

Los arts. 1.400 a 1.404 establecen la formación del plan que se ha de seguir para llevar a cabo la extinción de las deudas y obligaciones que pesan sobre cada uno de los patrimonios en juego (el consorcial y los privativos de cada cónyuge), tomando siempre como premisa la preferencia de cobro de los acreedores del consorcio.

Ello evidencia, a mi juicio, las dificultades para aplicar estos preceptos en Aragón, pues en su caso, se deberá de respetar el orden de prelación que prevé la Compilación y de resultar alguno de ellos aplicable en Aragón, se tendrá que tener en cuenta en todo caso dicha previsión aragonesa.

— El art. 1.400 Cc. tiene como misión resolver el problema de falta de liquidez de la comunidad, permitiendo el pago de deudas a través de la adjudicación de bienes o procediéndose a su venta. La solución es aceptable para Aragón, pero dicho precepto no resulta aplicable, pues expresamente prevé tal posibilidad el art. 53.6 Comp.

— Los arts. 1.401 a 1.403. El art. 1.403, por comenzar por la parte que parece más clara, no es aplicable en Aragón, puesto que pospone los reintegros y reembolsos debidos a cada cónyuge, al pago de la deudas y cargas sociales, contradiciendo la regla aragonesa.

Ahora bien, por lo que respecta a los arts. 1.401 y 1.402 no es fácil establecer si se aplican o no en Aragón. Ambos preceptos están directamente relacionados con el art. 1.410 del Código civil, que remite, supletoriamente al régimen de la partición y liquidación de la herencia, ya que los primeros artículos mencionados son en verdad la apli-

(184) Vid. en relación a esto RAMS ALBESA, *Comentario al art. 56 Comp.*, pp. 322 y ss. (op. cit. n. 116).

cación a la comunidad de gananciales de la reglas que prevé el Código civil en los arts. 1.082 a 1.084¹⁸⁵.

Por su parte, la Compilación se remite para la formación del inventario a lo que prevenga la ley de enjuiciamiento civil, y sólo a través de ésta tendrán en su caso entrada las reglas de la partición de la herencia, y en su caso la aplicación supletoria del art. 1.410 Cc.

Pues bien, creemos que estos preceptos son aplicables supletoriamente.

Con todo, y por lo que respecta al art. 1.401 cuando se aplique supletoriamente, habrá que tener en cuenta, en todo caso, lo que prevé el art. 43 de la Compilación. Así, si las deudas son de las que enuncia el art. 41.1 quedarán afectados todos los bienes consorciales, aun cuando no estén en poder del cónyuge deudor y hayan sido ya adjudicados al otro; estableciéndose un régimen más favorable que el previsto en el propio tenor literal del art. 1.401 Cc.

Por el contrario, en el resto de las deudas no creo que se pueda ver afectado al cónyuge no deudor, pues según el art. 43.2, contra él no tienen acción directa los acreedores, salvo que redundando la deuda en beneficio de la comunidad, puedan ejercer por vía subrogatoria la *actio in rem verso* que prevé dicha norma, pero entonces, sólo podrán exigir del otro cónyuge al mitad de lo que le hubiera correspondido pagar al deudor. Con estos condicionantes, sí resultará aplicable supletoriamente dicho precepto.

c') Arts. 1.404 a 1.409

No son aplicables en Aragón

— El art. 1.404 no se aplica en Aragón, pues la previsión acerca de la división del consorcio se contempla expresamente en el art. 58.1 de la Compilación.

— Art. 1.405 Cc. regula la relación existente entre los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges estableciendo la posibilidad en favor del cónyuge acreedor de aplicar en pago de la deuda que tiene frente al otro cónyuge bienes comunes. Tal posibilidad parece recogerse en la Compilación en el art 56.3 de la misma.

— Los art. 1.406 y 1.407 del Código civil establecen dentro de las reglas de división o partición de la sociedad de gananciales una reglas especiales de las que no existía con anterioridad antecedente alguno en el Derecho anterior y que configuran en favor de ambos cónyuges (o del sobreviviente, en su caso), una serie de derechos de atribución preferente respecto de ciertos bienes comunes para que se incluyan en su haber y hasta donde éste alcance¹⁸⁶.

Pues bien, a lo que creo estos preceptos no son aplicables en Aragón, puesto que tales Derechos se reconocen en el art. 58.2 de la Compilación.

Con todo, es cierto que la Compilación sólo reconoce el derecho de adjudicación preferente para el caso de que la sociedad se disuelva por muerte de uno de los cónyuges, pero dada la realidad social de los tiempos y la finalidad de la norma, creo que es posible aplicar tal previsión en los casos de disolución de la sociedad por otras causas, sin necesidad de recurrir a la aplicación del Código civil como Derecho supletorio.

Por otro lado, la Compilación no dice nada acerca de la adjudicación preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge superviviente, y ello podría hacer pensar que los art. 1.406 y 1.407 se aplican supletoriamente, y a estos efectos, en Aragón.

(185) Vid. en este sentido LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 533 y ss. (op. cit. n. 113); DE LOS MOZOS, *Comentario a los arts. 1.399 a 1.403 Cc.*, pp. 487 y ss. (op. cit. n. 105).

(186) Vid. en relación con estos derechos, LACRUZ, *Elementos*, IV, pp. 534 y ss. (op. cit. n. 113); DE LOS MOZOS, *Comentario a los arts. 1.404 a 1.407 Cc.*, pp. 504 y ss. (op. cit. n. 105).

Con todo, creo que no es necesario el auxilio del Código civil para garantizar el Derecho a la vivienda del viudo, puesto que en Aragón tal objetivo se atiende a través del instituto de la viudedad.

— El art. 1.408 tampoco es aplicable en Aragón, puesto que la materia que regula dicho precepto encuentra expresa regulación en el art. 53 de la compilación.

— Otro tanto cabe afirmar en relación al art. 1.409 del Código civil, pues la liquidación de varias comunidades es atendida por el art. 59 del texto aragonés.

En consecuencia, aun cuando esta materia ofrece una mayor permeabilidad a la aplicación del Código civil, sin embargo, su aplicación no es tan incondicionada y necesaria como a primera vista pudiera parecer. No obstante, es evidente que en una próxima reforma del Derecho de familia aragonés está ha de ser una de las materias que requieren una mayor regulación y especificación por parte del legislador aragonés.

4. El régimen económico matrimonial paccionado y la aplicación supletoria del Código civil

A) *Los capítulos matrimoniales*

La Compilación del Derecho civil de Aragón regula expresamente esta materia en los arts. 25 a 35 de la misma, si bien la regulación que establece no es del todo completa y requiere de la supletoriedad del Código civil en ciertos supuestos.

Así, y a lo que creo resultan aplicables en Aragón los siguientes artículos del Código civil:

— el art. 1.330, puesto que la Compilación no prevé el supuesto de incapacitación judicial de uno cualquiera de los esposos o cónyuges, observándose, en consecuencia, una laguna que ha de ser colmada a través del Código civil.

— Igualmente son aplicables en Aragón como Derecho supletorio los arts. 1.332 y 1.333 Cc, en orden a la inscripción de estos pactos en el Registro.

El resto de los preceptos del Código civil sobre capítulos matrimoniales no son aplicables en Aragón¹⁸⁷.

B) *Algunas consideraciones en relación al régimen de separación de bienes*

En primer lugar hemos de advertir, como por lo demás ya lo hemos hecho, que la razón de que en Aragón no se regule la separación de bienes no supone la existencia de una laguna, puesto que el legislador de forma voluntaria deja esta materia a la determinación y regulación de los particulares (art. 23 Comp.). Igualmente, conviene señalar que en su caso esta regulación, a falta de otra previsión en capítulos por parte de los contrayentes, se aplicará supletoriamente, y siempre tras la previa autointegración de las normas aragonesas (art. 23.2 Comp.).

Con todo, hay algunas normas en el régimen de separación de bienes sobre las que conviene hacer alguna precisión.

a) *El art. 1.435*

En particular la duda puede venir principalmente por las previsiones de este precepto en sus puntos 2º y 3º. Pues bien, a lo que creo, no es necesaria la aplicación suple-

(187) En relación con esta materia vid. BAYOD LÓPEZ, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, ed. Institución "Fernando el Católico", DPZ, Zaragoza, 1995.

toria de este precepto, pues la separación de bienes regirá en Aragón cuando así lo acuerden los cónyuges o se disponga en la Compilación (vid. art. 49.2 Comp.).

b) *El art. 1.436 Cc.*

Sí resulta aplicable en Aragón, pero no por ser una norma de régimen matrimonial, sino de publicidad de la separación judicial.

c) *Arts. 1.437, 1.438 y 1.440*

No son aplicables en Aragón. Por lo que respecta al art. 1.437, porque a tal deducción se llega a través del art. 51 Comp. Respecto del art. 1.438 me remito a lo ya expuesto¹⁸⁸. La afirmación del art. 1.440 también es deducible del sistema aragonés, en concreto, y *a fortiori*, del art. 51 Comp.

d) *Art. 1.439*

Podría ser aplicable en Aragón pues no contradice los principios del Derecho aragonés. Pero obsérvese a las mismas conclusiones se llega a través de la gestión de negocios ajenos sin mandato, por lo que respecta a la primera proposición; y respecto a la segunda parte del precepto es posible encontrar respuesta en el art. 53.4 de la Compilación.

e) *Art. 1.441 y 1.442*

Creo que no hay problema en aplicarlos supletoriamente en Aragón.

d) *Arts. 1.443 y 1.444*

El primero es de aplicación supletoria en Aragón, pues además coincide con el sistema previsto por el legislador aragonés en materia de viudedad (vid. art. 78 Comp.); por lo que respecta al art. 1.444 Cc., no parece que sea aplicable supletoriamente, puesto que no hay laguna en el Derecho civil de Aragón, al disponer tal posibilidad el art. 23 Comp.

C) *Algunas consideraciones en relación al régimen de participación*

Al igual que hemos dicho con respecto al régimen de separación, no parece que, en principio, podamos afirmar que existe laguna legal en la regulación aragonesa, al no regular la Compilación la participación en la ganancia, puesto que serán los cónyuges los que, en su caso, y si quieren, pueden establecer un sistema semejante que rija su economía matrimonial (art. 23 Comp.).

Ahora bien, adoptado este régimen por parte de los cónyuges aragoneses en sus capítulos matrimoniales sin especificar ninguna regulación, sino sólo su nombre, es evidente que procede la previa autointegración a través del régimen legal aragonés (art. 23.2 Comp); de manera que si no han dicho nada los capitulantes, resultarían aplicables los arts. 41.1 y 43.1 Comp., además del art. 51 de la misma. Pero es evidente también, que la supletoriedad del Código civil en esta materia será total, a los efectos de integrar los capítulos matrimoniales en los que se haya optado por este régimen económico.

(188) Sobre el art. 1438 Cc. me parecen de especial interés las matizaciones que sobre el mismo ofrece JAVIER PALAZÓN. No las expongo aquí, pues las mismas se encuentran en la transcripción del coloquio; en concreto, en la contestación que, sobre éste precepto, ofrece el componente al Sr. Calatayud Sierra.

COLOQUIO

Moderador: D. Daniel BELLIDO DIEGO-MADRAZO

Agradeciendo la intervención de la profesora Bayod, y agradeciendo su exquisito respeto al tiempo, se abre este turno de coloquio. Les ruego pues, recordando mis primeras palabras, que las personas que deseen dirigir preguntas a la mesa, o hacer consideraciones, antes de su intervención digan su nombre para que quede registrado. Gracias.

Si me permite la ponente, yo quería hacer de salida una cuestión, que a mí me ha provocado mucho su intervención. De su intervención en general, me ha parecido que es poco menos que imposible el que puede existir algo que yo creía que sí es posible, que eran las lagunas sobrevenidas. De su intervención, me ha parecido colegir llevando al límite el argumento de que la novedad legislativa de 1981 no puede crear "per sé" una laguna sobrevenida, esta categoría de una laguna legal sobrevenida no cabría, es teóricamente imposible, que pueda sobrevenir una laguna legal, o en nuestro sistema normativo aragonés.

Carmen Bayod. Ponente

Bueno, la premisa es simplemente que estamos ante dos legisladores distintos, en consecuencia, no puede haber lagunas que provoque otro ordenamiento jurídico.

Daniel Bellido. Moderador

¿No sería imaginable un escenario de reforma de Derecho civil general, que pudiera producir en el ámbito aragonés alguna laguna?

Carmen Bayod. Ponente

Bueno, las relaciones entre el Código Civil, en cuanto norma estatal, y la Compilación aragonesa, una reforma general, ésa solamente cabe en el ámbito de las competencias del legislador estatal. No tendríamos laguna ni colisión en el ordenamiento aragonés, puesto que si el legislador estatal legisla en el ámbito de sus competencias, señaladamente esas de las que habla el artículo 149.1.8.º en su punto segundo, no hay colisión con la norma aragonesa. Razón: porque nosotros no tenemos competencia. Es que eso es legislación general del Estado español. Y entonces no entra en colisión con ninguna norma aragonesa. Se aplican directamente a razón del principio de competencia.

José Ramón San Román. Magistrado

Pienso que la Ponente, a la que felicito por su brillante exposición, en la forma y en el fondo, ha olvidado tratar un tema que es verdaderamente importante. Me estoy refiriendo a la posibilidad, que desde luego existe, de aplicar en Aragón el artículo 1.317 del Código Civil, que, como sabemos, forma parte del llamado régimen económico matrimonial primario. La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, al examinar el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, considera que este sistema de fuentes, en las materias reguladas en la Compilación, es un sistema completo, de suerte que el Ordenamiento jurídico aragonés es un sistema completo (art. 1.1 de la Compilación), aunque dinámico y vivo (art. 149.1.8.º de la Constitución y art. 35.4.º del Estatuto). Esto elimina, como muy bien ha dicho la Ponente, la posibilidad de aplicar supletoriamente el Derecho del Código Civil, en numerosísimos casos en los que antes se pensaba de otra manera. En cambio, entiendo que el principio que esta-

blece el art. 1.317 del Código Civil, dentro del régimen económico matrimonial primario, no encuentra, a mi juicio (no sé si estaré equivocado), su correspondencia en la Compilación, ni puede, en mi criterio, integrarse ni con la costumbre ni con los principios generales tradicionales del Derecho aragonés. Mi pregunta es ésta: ¿qué ocurre con el artículo 1.317 en Aragón?

Carmen Bayod. Ponente

Bueno, la materia como ven, toda ella es muy vidriosa, y verdaderamente opiniones hay para todo. Yo creo, creemos los tres, porque lo discutimos, discutimos todos los artículos, y más o menos llegamos a conclusiones coincidentes, que el artículo 1.317 no se aplica. Exactamente dice: "la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio no perjudicará, en ningún caso, los derechos adquiridos por terceros". Creemos que no se aplica porque el artículo 26 de la Compilación, señala lo siguiente: "los capítulos matrimoniales pueden otorgarse, y modificarse antes del matrimonio, y durante él, en este último caso, puede darse a sus estipulaciones efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros". Es cierto que este artículo 26 dice que cuando los capítulos matrimoniales se les dé efecto retroactivo, no perjudicarán a terceros, claro, y entonces, si leemos la norma restrictivamente, parece que únicamente, cuando constante matrimonio cambiemos el régimen económico; y a esos capítulos y a ese régimen le damos efecto retroactivo al día de la celebración del matrimonio, será exactamente cuando no podrá perjudicar a terceros. Pero a nuestro juicio, la teología de esta norma, es que justamente el que, aún cuando entendamos por el efecto retroactivo, que desde ese primer día del matrimonio, nos hemos regido por este régimen económico, aún en ese caso, no se puede perjudicar a terceros. Consecuencia, cualquier modificación que incluso no tenga efectos retroactivos, señaladamente, tampoco podrá perjudicar a terceros. Esto es lo que pensamos. Es discutible, y no se si con esto lo respondo.

Luis Murillo. Letrado de la D.G.A.

Mi pregunta va dirigida al señor Juez y al señor Notario, como aplicadores del Derecho civil. En primer lugar, felicitar a la ponencia por la brillantez, tanto de fondo como de exposición de todas las ideas, pero yo entiendo que la tesis estudiada por (NO SE ENTIENDE) es excesivamente arriesgada. Y en cuanto a aplicadores (NO SE ENTIENDE) ¿no es más sencillo y quizá más claro y tiene mayor seguridad jurídica el aplicar un texto que ya nos da una solución a una realidad social, una realidad social común española, que el legislador estatal probablemente la regulaba de un modo completo? ¿No es más adecuado aplicar el Código Civil en el caso que nos dé una respuesta segura a un problema concreto, que realizar una integración de normas aragonesas que dependen, en todo caso, de un criterio subjetivo jurídico del aplicador en concreto? Es decir, ¿no es mucho más sencillo atender a esto?, porque yo creo que puede haber un cierto error, puesto que, cuando nos hemos referido a la legislación del año 1981, no es que el año 1981 el Código Civil dando una nueva regulación, genere lagunas en el Derecho aragonés. Lo que sucede es que había una previa situación social, no contemplada por el Código Civil desde antes del año 1975, y no contemplada por la Compilación aragonesa desde el año 1967. No hay una respuesta legislativa y el Código Civil la da el año 1981. Yo entiendo que entonces, en la Compilación aragonesa, hasta el año 1985, existe una situación de laguna, porque no se da respuesta, a la realidad social. En aquel momento es más sencillo, entiendo desde mi punto de vista, aplicar una legislación que ya da respuesta a una sociedad similar a la aragonesa, que practicar una integración de principios de una Compilación del año 1967. Mi pregunta va más bien dirigida a los coponentes por su situación de aplicadores del derecho, y también, naturalmente a la ponente principal, que ha realizado una exposición brillantísima en la materia.

Javier J. Palazón. Coponente

Te contesto yo, Luis. El hecho de que en muchos casos digamos que el Código Civil no se aplica supletoriamente en Aragón, no quiere decir necesariamente que la solución al caso concreto sea diferente a la que establece el Código Civil. Es decir, perfectamente con las normas de la Compilación se puede llegar a la misma solución.

Con lo que tú dices, que es más sencillo y más adecuado aplicar directamente el Código Civil, si bien seguramente será lo más cómodo, no me atrevería a decir que sea precisamente lo más adecuado. Lo más adecuado es sujetarse al sistema de fuentes, y el sistema de fuentes nos exige, y así lo creo yo, integrar en la medida de lo posible las normas de la propia Compilación, aunque ello nos suponga un esfuerzo más. Yo no creo que con ello se caiga en el subjetivismo; simplemente, repito, es un esfuerzo más. También es cierto que hay soluciones a algunos problemas en los que el Código Civil, que con la reforma de 1981 es muy casuístico, no hace más que aplicar a un caso concreto una regla general; incluso, en algún caso, poniendo fin con ello a algún tipo de polémica doctrinal. Por ello, sí que de "lege ferenda" podría decirse, bueno, pues que estos casos puedan contemplarse en la Compilación en una futura reforma legislativa, pero esto no implica necesariamente que exista una laguna.

Y en cuanto al caso concreto que me planteas, el del artículo 1.334, yo no sé hasta qué punto hay una necesidad social para que se estableciese un plazo de caducidad de las capitulaciones matrimoniales. Si mal no recuerdo, con anterioridad ya lo contemplaba el Código Civil; simplemente decía que si el matrimonio no se contraía, lo estipulado quedaba nulo y sin efecto. ¿Por qué un plazo?, ¿por qué es necesario?, ¿por qué el plazo de un año? En Aragón podemos afirmar que las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio son válidas, si bien les falta una "conditio iuris" para su eficacia: la celebración del matrimonio. También en los testamentos, la muerte del testador es una "conditio iuris" para su eficacia; y sin embargo no se plantea que los testamentos, por lo menos los comunes, caduquen transcurrido cierto plazo. ¿Con eso te contesto algo o no?

Luis Murillo. Letrado D.G.A.

No, desde luego la contestación es completa. Pero yo entiendo fundamentalmente que hay casos concretos, como este del plazo en las capitulaciones, que me parece perfecta la solución a que habéis llegado en la ponencia; pero partir como criterio general del hecho de que en el año 1981 en Aragón, no hay lagunas en estas materias me parece un poco excesivo. Es decir, el Código Civil no ha creado unas lagunas, el Código Civil desde el punto de vista del legislador, ha intentado dar solución a unas lagunas ya existentes. Ahora yo lo que, desde luego coincido contigo, es en que de "lege ferenda" el legislador aragonés debe completar una regulación que todavía es bastante parcial. Pero vamos, me parece que sí, que me has dado cumplida respuesta.

Adolfo Calatayud. Notario

Yo lo que no veo tan claro es ¿por qué no se aplica en Aragón el artículo 1.438? En general, todo el régimen de separación de bienes, de hecho en la práctica, las capitulaciones matrimoniales más habituales en las que se acuerda el régimen de separación de bienes, es con sumisión expresa al régimen del Código Civil, es el criterio más frecuente, pero aunque no se contuviera esa solución, ¿dónde vamos a acudir si no? ¿dónde tenemos un régimen de separación de bienes que nos resuelva las cuestiones que plantea este régimen? Dejando aparte lo discutible que puede ser, que dos cónyuges decidan hacer un régimen de separación de bienes o de cualquier otra naturaleza "ad hoc", la cantidad de problemas que puede generar eso no quiero ni pensarlos. Entonces, una separación de bienes habitual en Aragón, ¿por qué no se va a regir por el

Código Civil?, al menos, en aquellas normas donde no haya contradicción con ninguna norma aragonesa, que en principio no se me ocurre, donde pueden existir, incluso, el primer precepto de separación de bienes, el 1.435 que nos dice en qué casos se aplica, por qué no es aplicable en Aragón, incluso el supuesto de los cónyuges reconciliados, sería un supuesto interesante a plantearse; los cónyuges separados y posteriormente reconciliados. El Código Civil prevé la separación de bienes para esos supuestos. Yo he defendido, vamos, he pedido el caso de la práctica, y partido de la base de que esa norma era aplicable en Aragón. ¿Por qué no?

Javier J. Palazón. Coponente

La verdad es que el régimen de separación de bienes en su conjunto, no se ha tratado en la exposición por razones de tiempo; si bien en la ponencia concluimos que algunos de los artículos del Código Civil en materia de separación de bienes son aplicables en Aragón; en particular el supuesto que plantea del artículo 1443, caso de reconciliados, sí que lo entendimos aplicable.

Ahora bien, vamos a ver el supuesto de pactarse en unas capitulaciones matrimoniales la separación de bienes en general; en cierto modo tú dabas respuesta a la pregunta: es decir, si en las capitulaciones matrimoniales los otorgantes se remiten al régimen del Código Civil, como en principio se estará al pacto, se les aplicará el Código Civil en bloque, los cónyuges lo quieren. El problema se plantearía en el caso de que pactasen únicamente un régimen de separación de bienes, y no indicasen nada más. El artículo 23.2 de la Compilación establece que en defecto de tales capitulaciones y pactos, o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se regirán por las normas del régimen legal. En un principio nos puede parecer chocante el hecho de que un régimen de comunidad se pueda aplicar a un régimen de separación. Ahora bien, creo que hay algunos artículos de la Compilación en esa sede, que se pueden aplicar a un régimen de separación en que no se diga nada.

En primer lugar, el artículo 51 según el cual "corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes", precepto bajo la rúbrica de "Gestión de los bienes privativos". Parece que es un artículo perfectamente compatible con relación al régimen de separación de bienes, independientemente que la solución sea la misma del Código Civil.

En segundo lugar, y ahí sí que podría haber cierta diferencia, la cuestión de cómo contribuyen los cónyuges a las cargas del matrimonio en defecto de pacto. El Código Civil, en el artículo 1.438 establece que "proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos"; la Compilación en el artículo 43.1, dice que "los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1º del artículo 41" -es decir, lo que en cierto modo se consideran las cargas del matrimonio, similar al artículo 1.362 del Código Civil- "si bien en la relación interna contribuirá cada uno por la mitad". Creo que se podría defender la aplicación de este precepto a unas capitulaciones en las que se pactase la separación de bienes sin especificar más y que, por tanto, contribuyesen los cónyuges a las cargas del matrimonio por mitad, y no en proporción a los respectivos recursos económicos, como resultaría de aplicar el artículo 1.438.

El resto de los preceptos, me parecen en su mayoría supletoriamente aplicables. La cuestión planteada en el artículo 1.441 difícilmente se podría solucionar de otro modo.

En último término, me gustaría referirme al último inciso del artículo 1.438, el relativo al trabajo para la casa. Y o distinguiría dos cuestiones en ese precepto. Una primera parte que dice que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas. Entiendo que el legislador estatal pues igual no tendría por qué haberlo dicho; es decir, si los cónyuges contribuyen en proporción a sus respectivos recursos económicos, será con cualquier actividad susceptible de generar recursos económicos, y el trabajo para la casa lo es. Igualmente podría haber

incluido, por ejemplo, los servicios de gestoría que presta un cónyuge a otro, o bien la casa en la que viven, si es de uno de ellos. Es decir, el trabajo para la casa, ¿por qué está aquí?. No tanto como un detalle minucioso sino tal vez como un recordatorio, para que se tenga en cuenta. Pero podría extraerse de los principios generales. Pienso por tanto que también en Aragón, aunque no se aplique este precepto, el trabajo para la casa, podría ser computado como contribución a las cargas del matrimonio; lo podrían tener perfectamente en cuenta. La segunda parte hace referencia a que este trabajo para la casa dará derecho, además, a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción de régimen de separación. Este precepto ha sido criticado por los propios comentaristas del Código Civil; Lacruz, se ha llegado a plantear el caso de que uno de los cónyuges trabaja para la casa, el otro no ha obtenido ganancias durante el matrimonio, y el primero aún tiene derecho a pedirle una compensación económica. Es lo que se ha venido a denominar el "salario diferido", y en la propia doctrina del Código Civil se han propuesto criterios para moderar su aplicación. En definitiva, que tampoco veo que esta aplicación en Aragón nos beneficiase precisamente; y en todo caso, es un criterio concreto de política legislativa, que podría establecer el legislador, pero que no lo está haciendo.

Isabel de Salas. Registradora de la Propiedad

Quería saber, en un caso concreto, a qué conclusión habéis llegado. Sobre las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges aceptadas por ambos, el Código Civil dice que se considerarán comunes. En Aragón, por diversas escrituras que he visto por mitad y pro indiviso me he planteado esa integración de la que hablábais, pero no llego a conclusiones muy claras. Entonces si habéis tratado este tema, a ver si me lo podéis aclarar un poco.

Carmen Bayod. Ponente

Sí, creemos que pro indiviso en función del artículo 38.1, serían bienes privativos, si no recuerdo mal. Exactamente cuando a ambos cónyuges se les dona una cosa, entonces la respuesta de la Compilación aragonesa, está en el artículo 38, y en consecuencia serán bienes privativos. En su caso pro indiviso, claro al ser una única cosa. Que por cierto, esa era la respuesta que el Código Civil daba a las donaciones antes de 1981.

Isabel de Salas. Registradora de la Propiedad

Entonces, ¿estáis todos de acuerdo en eso?

Carmen Bayod. Ponente

Creemos que por la aplicación del artículo 38.1, se gana conjuntamente una cosa, ambos cónyuges; esa donación, en principio, según este artículo 38.1 tiene que ser privativa, al ser una cosa para dos, entendemos que privativo pro indiviso.

Isabel de Salas. Registradora de la Propiedad

Sí, pero yo, la primera vez que lo oí, pensé, hay una laguna, porque en el Código Civil también es el mismo sistema, privativas las donaciones, y sin embargo conjuntamente ya le da otro sentido porque.....

Carmen Bayod. Ponente

Ya, pero qué te decía, que antes de la reforma de 1981, la solución que aportaba, si no

recuerdo mal, el artículo 1.398 debía ser antes de la reforma de 1981, la solución que adoptaba, creo que era además pro indiviso.

Fernando Solsona. Coponente

Yo creo que todo es cuestión de que el Código Civil parte de un criterio de redacción legislativa absolutamente casuista. Va describiendo, pues, casos de actos de disposición, distingue actos a título oneroso, a título lucrativo, etc. Incluso después distingue prácticamente actos inter vivos, mortis causa... etc; sin embargo la Compilación, no. La Compilación usa una técnica legislativa de regla general. Ahora bien, el hecho de que una cosa esté regulada minuciosamente, o muy pormenorizada en el Código Civil, no significa que la Compilación, a través de una regla general, no le pueda dar una solución. Esto es prácticamente una constante, nos hemos ido dando cuenta a lo largo de nuestro estudio, al ir examinando los diferentes artículos. Claro, la tendencia, es decir, lo más cómodo, (que es el tema este que planteábamos antes, el tema de la comodidad), es aplicar el precepto que concretamente regula ese caso. Pero esa no es la solución. Al Código Civil hay que ir cuando la Compilación no da una solución, pero hay que buscar primero esa solución en la Compilación. Y la Compilación lo que normalmente no hace, es pormenorizar hasta extremos tan minuciosos como lo hace el Código Civil; simplemente lo que hay que hacer es aplicar las reglas generales en este caso, el artículo que hemos dicho, que es el artículo que en principio regula el problema, y si soluciona el problema la Compilación pues no hay que darle más vueltas y buscar en ordenamientos, en cierta medida extraños, la solución.

Luis Murillo. Letrado D.G.A.

Vuelvo a insistir en el tema de la comodidad. Yo entiendo que no es que sea comodidad. Bueno podemos decir que sea comodidad, pero puede ser también seguridad jurídica. Porque depende de cada operador jurídico, como aplicamos la integración. Yo estoy de acuerdo en que hay que aplicar la integración, pero habrá supuestos en los que un operador jurídico, un determinado juez, pongamos un juez de primera instancia, decide una cosa, un juez de familia por ejemplo, decide una cosa, el otro juez de familia realizando otra integración, decide otra. Una situación que puede darse.

Fernando Solsona. Coponente

Pero eso pasa en muchísimos aspectos del derecho. De hecho es frecuentísimo que en una Audiencia Provincial se dé un criterio distinto en Secciones diferentes... Es frecuentísimo que incluso, dentro de la misma Sección, haya doctrina distinta en casos iguales...

Luis Murillo. Letrado D.G.A.

No se graba.

Fernando Solsona. Coponente

Yo pienso que las normas, como regla general, son generales y abstractas. Unas lo son más y otras lo son menos. Pero lo que no podemos pretender es, que cada caso concreto tenga una solución normativa concreta, que el legislador haya previsto cada caso concreto. La Compilación lo único que hace es hacernos pensar un poco más, pero contiene una solución.... O sea no es que siempre contenga una solución, desde luego hay casos en que efectivamente no la contiene, y en estos casos (previa autointegración de normas, por supuesto), acudimos al Código Civil.

Carmen Bayod. Ponente

Vamos a ver, es que, parece que cuando estamos refiriéndonos a esto, se trata de pedir al aplicador del Derecho que sea un héroe y que haga un poco de equilibrista, y, no. Se trata de que muchas veces la solución no es que se la tenga que inventar a través del sistema de fuentes, es que la solución se encuentra en la Compilación, el caso que decía, la compañera, es cierto que dice el 1.353 que los bienes donados, o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente, y sin especial designación de partes constante la sociedad, se entenderán gananciales siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos, y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario; o sea, cuando no se dispone lo contrario, constante la sociedad, esta donación conjunta será ganancial. El bien donado, leemos el artículo 38.1 de la Compilación que dice, "son bienes privativos de cada cónyuge; primero los inmuebles o sitios aportados al matrimonio así, así como los adquiridos durante él, a título lucrativo". Bueno, pues los adquiridos durante él a título lucrativo, dice el artículo 38.1, que son bienes privativos, pues yo creo que nos da la solución de que eso tiene que ser un bien privativo. Creo yo, a lo mejor no. Pero a mí me da la impresión de que sí.

Fernando Solsona. Coponente

La Compilación, normalmente, contiene un artículo que es una regla general, que es para todos los casos. No es el caso, sin embargo del Código Civil. Estábamos diciendo el 1.353, por ejemplo, pero a continuación, el C.C. tiene una serie de disposiciones que te refieren por los actos de disposición a título oneroso, etc. O sea, va distinguiendo; sin embargo, la Compilación lo que hace es establecer reglas generales. Es pura y dura diferencia técnica, de técnica legislativa, no es otra cosa, lo que pasa es que lógicamente se tiende a aplicar lo que da la solución más cercana al caso concreto en el que estamos. Pero, pero esa no es la solución correcta.

Honorio Romero. Notario

Soy Honorio Romero, notario. Primero felicitar a la ponente y a los coponentes, porque habéis hecho un trabajo realmente impresionante. Y esto ya casi, quiero hacer primero un reflexión. La finalidad de los encuentros, o del foro de Derecho aragonés, es profundizar en el Derecho aragonés, y aquí lo primero que tenemos que hacer, es integrar bien los propios juristas, no el propio Derecho sino los propios juristas aragoneses, somos los primeros que nos tenemos que integrar. ¿Por qué?, porque recibimos en la Facultad, en la preparación de oposiciones, pues recibimos una preparación, recibimos una formación casi íntegra, en Derecho civil común. Estamos embebidos, los principios de Derecho civil común, y ahora, pues como, cuando ante esta ponencia nos descubrí que tenemos un Derecho aragonés, que es completo, prácticamente completo, pues realmente pues puede resultar, puede resultar chocante. Pero yo, contestando a, ya habéis contestado perfectamente, pero a mi amigo, Luis ¿???? que es el ¿???? que las adquisiciones del 1.354 y 1.357 del Código Civil, son las buenas, realmente no son la buena, son criterios distintos de la atribución de privatividad o de ganancialidad. La Compilación aragonesa lo adquirido antes del matrimonio o de diferente del matrimonio, a título oneroso, ¿???? si es antes o después del título ¿??? Privativo, y si es después consorcial. Código Civil dice si es antes privativo, si es después ganancial, salvo 1.354, 1.357, son criterios distintos de atribución. Yo de todas formas, ya aprovecho la intervención, para hacer una pregunta, que tengo una duda tremenda, porque no se si voy a saber formular la pregunta.

Primero, primero, la duda la tengo. Vamos a ver. En Aragón, en Aragón, lo adquirido por uno de los cónyuges, vigente el matrimonio, es privativo. Si es a título gratuito, y si es a

título oneroso es consorcial. Si el otro cónyuge comparece en la notaría y dice que la contraprestación es privativa, o le atribuimos el carácter en el sitio, entonces se inscribe en el registro de la propiedad como bien privativo. El artículo 95 del reglamento hipotecario dice, "es un bien privativo confesado" según la terminología del Código Civil. Según el artículo 95 del reglamento hipotecario, modificado, por la reforma, no me acuerdo que reforma, del 82 o, no recuerdo cual, creo que fue de 82, pero bueno, por ahí más o menos. El artículo 95 del reglamento hipotecario dice, que para disponer de bienes privativos confesados, muerto el cónyuge confesante, el cónyuge sobreviviente necesita el consentimiento, no recuerdo bien si dice legitimarios o herederos, creo que son legitimarios. La finalidad es pues no, no perjudicar derechos de acreedores, legitimarios. Yo con ese artículo 95, =?????, yo siempre he estado en contra, porque es un artículo que es ahí meter una cuña, incluso que no tiene ninguna razón de ser, porque es parte de la finalidad, parte de la presunción de la mala fe. El cónyuge parece que la confesión, hecha por el otro cónyuge diciendo que la contraprestación con que adquiere su marido o su mujer, es privativa parece, ojo, que puede perjudicar derechos, bueno, sería mejor que en caso de que la confesión, hubiese sido en perjuicio legitimario que reclamasen luego, y no hacer al revés, que caso de que quiera disponer el cónyuge del confesante, pues necesita el consentimiento del legitimario para disponer. Ese artículo lo estamos aplicando en Aragón. Yo no se si correcta o incorrectamente. Por eso quiero saber vuestra opinión. Gracias.

Javier J. Palazón. Coponente

Para responder a esa pregunta habría que plantearse otra previamente, es decir, ¿la confesión del artículo 1.324 del Código Civil es lo mismo que los pactos permitidos por el artículo 29 de la Compilación?

Contesta Honorio Romero pero no se entiende.

Javier J. Palazón. Coponente

Debo reconocer que no me he planteado esta cuestión, pero en una primera impresión, diría que no, que son cosas diferentes y, por lo tanto, no se le aplicaría el párrafo 4º del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Pero insisto, es sólo una impresión.

Daniel Bellido. Moderador

¿Alguna cuestión más? Si Doña Gloria Labarta por favor.

Gloria Labarta. Abogada

Gracias. Estoy tratando todavía de seguir, la carambola que habéis planteado para el artículo 1.373, cuando la aplicación es tan clara; en la explicación que habéis dicho, de ir al 52.2, pero bueno es que, yo creo que es muchísimo más claro, ir al 1.373 no porque sea más cómodo, sino porque nos da una regulación clarísima, y si no tenemos que, o sea, en el momento que hay un problema de una deuda privativa tu vas al juzgado y dices, bueno que se aplique el 1.373 que se sustituya en la traba, y la parte ganancial, y que ya se disuelva la comunidad conyugal. Entonces en ese momento, vamos yo creo que todos los juzgados de Zaragoza y el, registradores lo tiene ya clarísimo, sin embargo yo no acabo de ver que sea, o sea que tengamos que ir a, a todo eso que habéis explicado. Sería una laguna. Pienso yo que sería aplicable el 1.373 directamente.

Fernando Solsona. Coponente

Vamos a ver. Precisamente lo que sostenemos, vamos, lo que se ha sostenido en la ponencia, es la aplicabilidad del 1.373, y ello, de forma directa. No se aplica supletoriamente, no hay una laguna, se aplica directamente y como parte del Derecho aragonés. Yo lo creo así, y se aplica por lo siguiente: partamos del Derecho aragonés, artículo 52.2 de la Compilación que establece que, "sin perjuicio de las causas previstas en esta Compilación, la comunidad legal se disolverá en los supuestos de los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil, salvo que disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, proceda la continuación del consorcio, con arreglo al título 5º del libro 1º de esta Compilación". Es decir, aquí el artículo 52.2 hace una remisión estática, a los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil; es decir, opta el legislador aragonés, en vez de copiar estos artículos 1.392 y 1.393, por nombrarlos. Estos artículos 1.392 y 1.393, no se aplican supletoriamente, se aplican directamente como parte del Derecho aragonés. A continuación nos vamos al artículo 1.393, y vemos que en el párrafo 4º nos hace una referencia al artículo 1.373, cuando señala que "En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código". "Lo especialmente dispuesto en este Código", hoy en día, es el artículo 1.373, que se aplicaría como parte del Derecho aragonés, o sea, no me cabe duda de que se aplica en Zaragoza y en todos sitios. Se aplica porque se tiene que aplicar, pero no supletoriamente, se aplica como parte del Derecho aragonés. Y en relación a esto, la única duda que puede existir es, si la existencia del artículo 46 de la Compilación aragonesa puede vedar la aplicación del artículo 1.373, porque prácticamente se están refiriendo a un mismo tema, o sea, los dos pretenden dar solución al mismo problema.

Siguiendo un artículo escrito por Medrano Sánchez que fue publicado en la revista de Derecho Civil Aragonés de la Institución Fernando El Católico, en el año 1995, (tampoco es que se pronuncie expresamente el autor), he llegado a la conclusión de que no hay ningún problema en que se pueda optar por una de las dos cosas. Es decir, el artículo 46 y el artículo 1.373, yo creo que no son en absoluto excluyentes, y que en principio es perfectamente factible su aplicación alternativa. Aunque la diferencia entre los dos es clara, porque en el artículo 46 de la Compilación se obliga al órgano judicial a salvar el valor, mientras que, digamos que la carga de actuación del artículo 1.373, se deja en manos del cónyuge no deudor. Además, tampoco es lo mismo "salvar el valor" de que habla el artículo 46 (en el que no se disuelve la sociedad), que lo dispuesto en el artículo 1.373 donde sí que se disuelve la sociedad. Yo creo que no habría ningún inconveniente en optar por una u otra vía, no habría ningún problema desde mi punto de vista, que esto es muy discutible porque hemos topado con uno de los, quizá, artículos más polémicos que existen en esta materia.

Gloria Labarta. Abogada

Gracias.

Daniel Bellido. Moderador

¿Alguna intervención más? Pues agradeciendo la intervención a los participantes como ponentes en esta jornada. Y además agradecérselo especialísimamente, porque este moderador tiene la convicción de que hoy han puesto, con su ponencia, posiblemente la primera pata al Código de familia, que los miembros de la Comisión de Derecho Civil y que están hoy presentes en la sala, seguro que sabrán agradecer. Muchas gracias a todos. Buenas tardes. Hasta el próximo martes.