

**LA JUNTA DE PARIENTES:
SUPUESTOS ACTUALES
DE INTERVENCIÓN. SU POSIBLE
EXTENSIÓN A OTROS**

PONENTE:

D. Ángel Bonet Navarro
Catedrático de Derecho Procesal

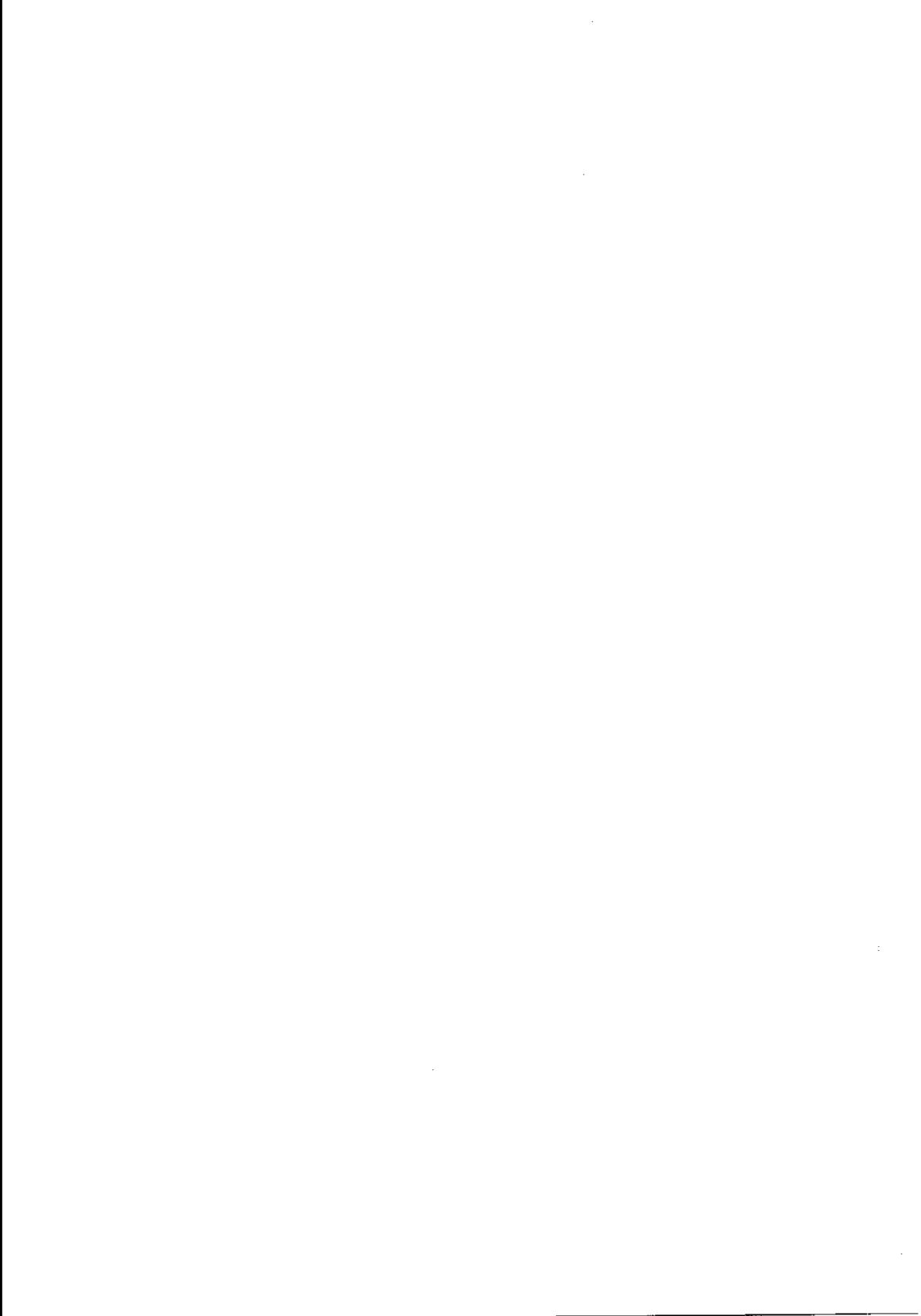
COPONENTES:

D. Antonio Pastor Oliver
Magistrado

D. Emilio Latorre Martínez de Baroja
Notario

MODERADOR:

D. Serafín Andrés Laborda
Decano del Colegio de Procuradores de Zaragoza



LA JUNTA DE PARIENTES: SUPUESTOS ACTUALES DE INTERVENCIÓN. SU POSIBLE EXTENSIÓN A OTROS

por
Ángel BONET NAVARRO (Ponente)
Antonio PASTOR OLIVER y Emilio LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA
(Coponentes)

D. Ángel Bonet Navarro:

I. INTRODUCCIÓN

Esta nueva reflexión sobre la Junta de Parientes tiene como condicionamiento una circunstancia que no se debe ocultar; doctrinalmente no partimos de cero. Y este dato es relevante desde dos perspectivas que ofrecen puntos de innegable interés. Contamos con un fundamento histórico elaborado y expuesto sobre la Institución¹, que nos ayuda a señalar los cauces de la investigación y estudio de ella en su estado actual; por otra parte, ha de servir de guía, en el ámbito sociológico y en cualquier actividad prelegislativa, y para llevar a cabo cualquier análisis de su aplicación futura; y, en el plano del tratamiento científico jurídico, sirve para desarrollar algunos supuestos que la adecuen a las necesidades actuales, o la extiendan a casos que admitan su intervención, o puedan lucrar los beneficios de su eficacia ya contrastada en supuestos de *lege data*.

Actualmente existe una amplia referencia bibliográfica², bien reveladora del interés que ha despertado, la cual se ha dedicado a explicar diversos aspectos de la

(1) Fuero *De contractibus coniugum*, de la Compilación de Huesca. Fuero único *De liberationibus et absolutioibus* (Cortes de Zaragoza, 1381). V. art. 58.3º del Apéndice de Derecho Civil de Aragón y Anteproyectos de la Compilación elaborados por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses. Una exposición de los antecedentes legislativos sobre lo que denomina círculo gentilicio, puede verse en Costa, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. (Guara Editorial. S.A.) Zaragoza, 1961, t. I, págs. 86 ss.

(2) Sainz de Varanda, *El Consejo de Parientes en el Derecho Civil Aragonés*, en: "Anuario de Derecho Aragonés" (1953-1954), págs. 8 ss.; SAPENA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (Dirigidos por Lacruz Berdejo). Zaragoza, 1984, págs. 563 ss Merino Hernández, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por Albaladejo). Madrid, 1986, t. XXXIII, vol. 1º. "Compilación de Aragón", págs. 228 ss.;

Junta de Parientes, entroncando su actual existencia con los presupuestos históricos de su nacimiento. A este respecto quiero referirme a la Ponencia que se presentó y el animado debate que siguió a ella en el Segundo Encuentro del Foro del Derecho Aragonés, celebrado en el año 1992³.

Este último estadio del tratamiento de la Institución, por lo que a mi me parece, revela dos aspectos que, sin duda, podían haber motivado la decisión de los organizadores de este Quinto Encuentro de volver otra vez sobre la Junta de Parientes: la inquietud apreciada por conseguir –dicho en términos poco precisos– una modernización de la Junta de Parientes y la utilidad de ella hasta el extremo de considerar provechosa su ampliación a nuevos supuestos.

En el Segundo Encuentro –sobre todo en el debate– se puso de manifiesto el vértigo del profundo movimiento ordenador de los principios de esta Institución, que deben tenerse en cuenta en el examen de la experiencia acontecida hasta ahora y en la preparación del futuro –¿nuevas aplicaciones? ¿reducción de su extensión competencial?– de la Junta de Parientes; las reflexiones hechas en aquella ocasión me han servido ahora de punto de partida.

Estimo que pueden determinarse tres áreas de inexcusable referencia para abordar cualquier intento de estudio científico, y de imprescindible revisión al pensar en una futura modificación o ampliación legal de la Junta de Parientes: a) el sistema de fuentes ordenador, en la Compilación, la costumbre y el acto jurídico; b) la inserción de la Institución en el ámbito de la Constitución, lo que nos sitúa ante el asunto de la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma; y c) la concurrencia existencial inevitable de dos áreas de influencia: la notarial (aspecto estático de la Institución) y la decisora de conflictos (aspecto dinámico).

Al afrontar el estudio de este tema descubrimos que inmediatamente se ciernen sobre nuestros planteamientos (hipótesis de trabajo y tesis) dos preguntas que miran o propenden a buscar respuestas en muy diversos campos: ¿ha ocurrido alguna transformación social y económica –en los modos de vida y aun de familia– en el área geográfica de aplicación de las normas que regulan la Junta de Parientes, de tal forma que haga variar los presupuestos de eficacia de la Institución? ¿la norma actual tiene el vigor propio de una regla ordenadora de la vida social, en el sentido que permite esperar de ella una revitalización de la Junta de Parientes?

Necesariamente, cada una de estas dos preguntas introduce, a modo de respuestas, planteamientos diversos que provocan nuevas preguntas: ¿pueden convergir todos esos planteamientos en una misma tesis? ¿tienen algo de virtual, de forma que habría de evitarse la exclusión de alguno de ellos? ¿hay algunos otros planteamientos instrumentales ponderables, al margen de estos, que sea preciso tener en cuenta?; en su caso ¿son innegablemente planteamientos instrumentales, o simplemente incertidumbres generadas por una falta de estudio de la Institución?; al cabo ¿son estos planteamientos los que deben presentarse para trabajar sobre ellos, o quizá son

Costa, *La libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses*. (Guara Editorial, S.A.), Zaragoza, 1981, págs. 223 ss.; *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, págs. 76 ss.; Martín-Ballester y Costea, *La casa en el Derecho aragonés*. Zaragoza, 1944.

(3) Cfr. *Actas de "Foro de Derecho Aragonés"*. Zaragoza, 1992, 10, 17, 24 de noviembre y 1 de diciembre. (Editado por El Justicia de Aragón), págs. 9 ss.

simples propuestas precipitadas, porque dejan a un lado asuntos que deben ser objeto de análisis y tratamiento previo?

No tiene cabida en este espacio dar respuestas ajenas a lo estrictamente jurídico. Pero no podemos sustraernos a lo que haya venido ocurriendo durante los años que han mediado —no iré más lejos en el tiempo— desde abril de 1967 hasta hoy, para poder conocer la eficacia real de algunos supuestos recogidos en la Compilación.

Cuando analizamos la Junta de Parientes también surge inmediatamente la cuestión que, por su persistencia, se convierte en *quaestio principalis*, y que quiere interrogarnos acerca de si buscamos ahora su identidad perdida o, por su experimentada y bien probada utilidad, en tantos diversos aspectos de la vida jurídica de los aragoneses, lanza poderosos requerimientos de búsqueda de nuevas situaciones en las que pueda desplegar su eficacia.

Estimo que, en este momento, conviene hacer dos puntualizaciones, que trataré de analizar seguidamente: es preciso tener a la vista la naturaleza jurídica de la Junta de Parientes y debe ahondarse en las posibilidades actuales que arrancan de la regulación vigente. Lo primero viene exigido por la propia naturaleza de las funciones que, en el futuro, pretenda darse a esta Junta; lo segundo no podemos esquivarlo, si queremos evitar que aquella adquiera la categoría de una institución *ad pompam vel ostentationem*, errante y poco utilizada, bien por una utilización deficiente (pensemos en el desconocimiento), por una utilización imperfecta (reparemos en el funcionamiento inadecuado que a veces se le impone), o por una utilización incompleta (consideremos las amplias posibilidades que concede su uso por acto jurídico, según el art. 20.1 de la Compilación).

Estimo que no pierdo la objetividad si afirmo que la trayectoria de la Junta de Parientes ha venido siendo decadente, pese a las luminosas perspectivas ofrecidas por COSTA⁴ y, a la vista de la poca atención que se prestó en la elaboración de la Compilación de 1967, a los frutos que SAINZ DE VARANDA⁵ auguraba en 1953 para la Institución. Ahora nos quedan los artículos 20 y 21 como testigo de lo que ha subsistido después de aquellos intentos y de alguna reforma posterior.

II. LOS JUECES, LA JUNTA DE PARIENTES Y SUS FUNCIONES EN LA COMPILACION

1. CONCURRENCIA DE LOS JUECES Y LA JUNTA DE PARIENTES

En la Compilación se defiende la decisión de determinadas controversias, de forma alternativa, indistinta o sucesivamente a los órganos de la jurisdicción y a la Junta de Parientes. Es preciso señalar los supuestos que disciplinan una distribución de competencia. Por un lado es la propia Ley la que determina los supuestos en que se atribuye competencia a un órgano o a otro, o a ambos de forma alternativa o sucesiva.

(4) Costa, *La libertad*, cit. págs. 223 ss.

(5) Sainz de Varanda, R. *El Consejo*, cit.

a) La Junta de Parientes o el Juez asisten y asienten al que no ha cumplido dieciocho años para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de responsabilidades derivadas de la misma (art. 6).

b) La divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar es decidida por la Junta de Parientes, o por el Juez de Primera Instancia a elección de los padres. Es un criterio de atribución de competencia alternativo indistinto, pero si los padres no se ponen de acuerdo sobre el órgano dirimente decidirá siempre el Juzgado de Primera Instancia (art. 9.2).

El objeto de esta decisión es determinar quién ejerce la autoridad en relación con el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos menores.

c) Cuando el hijo convive en casa y discrepa de la autoridad del cónyuge de su progenitor puede acudir a la Junta de Parientes, o al Juez de Primera Instancia pidiendo que se le exonere de dicha autoridad (art. 9.3).

En este caso el objeto del examen es la existencia de la discrepancia del hijo y de la justa causa que permita eximirle del referido ejercicio de la autoridad.

d) A la Junta de Parientes, o, en su defecto, al Juzgado de Primera instancia corresponde decidir la persona que vaya a ejercer la autoridad familiar en caso de fallecimiento de los progenitores (Art. 10.2).

e) El administrador de los bienes del menor de catorce años, al que la Compilación le atribuye el poder de disposición de estos, debe obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez en determinados casos (art. 13).

f) Si a un menor o mayor incapacitado se le han nombrado varios tutores por distintas personas y posteriormente existe discusión entre ellos para acceder a ese oficio, o cuando no existe ninguno con interés en desempeñarlo, la controversia es resuelta por la Junta de Parientes y en su defecto por el Juzgado de Primera Instancia (art. 16).

g) También a la Junta de Parientes y, si no existe, al Juzgado de Primera Instancia les corresponde resolver el conflicto surgido acerca de la proporción en que deben contribuir los distintos administradores, cuando existen varias administraciones, a las cargas de la guarda, alimentación y educación del menor o incapacitado (art. 17).

h) El artículo 20 contiene una previsión de encomendar a la Junta de Parientes, como órgano decisorio, asuntos de familia no sujetos a normas imperativas.

i) El Juzgado de Primera Instancia está prevenido para intervenir en la formación de la voluntad de la Junta de Parientes en los casos contemplados en el artículo 20.2 y 3.

j) La Junta de Parientes o el Juez pueden asistir al menor de edad, en defecto de los padres, para otorgar capítulos antes de contraer matrimonio (art. 27).

k) Cuando no existe acuerdo entre los cónyuges sobre la administración o disposición de los bienes comunes, decidirá la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia (art. 49.1).

l) Al ser desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que, sobre la explotación o administración de los bienes, le hagan los nudo-propietarios, será la Junta de Parientes o el Juzgado de Primera Instancia los que decidirán sobre dichas indicaciones concretándolas precisamente (art. 85).

m) A la Junta de Parientes se atribuye asimismo la decisión sobre la gravedad del incumplimiento de las condiciones o cargas en las donaciones hechas a una persona (art. 103).

n) La falta de acuerdo sobre la fijación de la dote a los hermanos solteros del heredero único, la resuelve la Junta de Parientes y se entiende que también el Juez (art. 109).

La intervención del Juez o de la Junta de Parientes viene determinada por un tejido de reglas competenciales para el primero y de ámbito objetivo de actuación para la segunda que se construye sobre el fundamento de unos criterios de atribución no jerárquica ni sucesiva, sino alternativa. Conoce uno u otro órgano, según las reglas de competencia objetiva o atribución, o conoce un órgano cuando no resuelve el otro.

No obstante la primera fijación de los criterios de atribución objetiva y funcional efectuada por la Compilación, ésta habitualmente deja a la voluntad de las partes la determinación del órgano que ha de decidir: Junta de Parientes o Juzgado de Primera Instancia, tal como queda expresado con el adverbio "indistintamente" o simplemente con la adversativa "o" que suelen utilizar en la dicción los diferentes preceptos (arts. 6, 9.2 primer inciso, 10.2, 13.2, 16.1, 27, 85).

En otros casos, el texto vigente señala exclusivamente la competencia de un órgano: la Junta de Parientes (arts. 103.3 y 109.2). Esto no quiere decir, a nuestro entender, que de los asuntos referidos en ambos preceptos no pueda conocer el Juzgado de Primera Instancia, en virtud del principio-derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución.

Algo parecido ocurriría en el caso de que, a virtud del art. 20.1, una persona decidiera que, determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a norma imperativa, fueran resueltos por la Junta de Parientes. El mandato no constituiría, en sí, excepción de compromiso para los afectados por esa disposición convencional o sucesoria.

La competencia objetiva de la Jurisdicción viene designada también de forma derivativa por causa de la inoperancia del órgano que inicialmente tuvo encomendado el conocimiento del asunto, como ocurre en el caso establecido en el art. 21.4.

En los supuestos de los artículos 10.2, 16.1 y 17 se previene la competencia objetiva del órgano jurisdiccional sólo cuando no existe Junta de Parientes; por tanto esta regla deberá observarse escrupulosamente: habiendo Junta de Parientes a ella corresponderá acudir; y sólo en su defecto la competencia se deferirá al Juzgado de Primera Instancia. Aunque es dudoso que no pueda acudir directamente al Juez, en virtud del principio constitucional antes mencionado.

Para conocer y resolver otros asuntos, dada la transcendencia de los mismos, el legislador ha excluido la competencia de la Junta de Parientes atribuyéndola exclusivamente al Juzgado de Primera Instancia: arts. 7.3, 9.2 último inciso, 10.3, 14.2, 20.2, 21.2, 21.3, 50, 51, 54, 55.1, 67, 71, 76.2 párrafo 2, 81, 88, 117. regla 3ª; y 118.

Por último, al Juez de Paz le corresponde decidir los empates de la Junta de Parientes en los casos en que no habiendo establecido la costumbre que decida el Párroco u otra persona determinada, además no exista en la localidad Juzgado de Primera Instancia (art. 21.1).

2. LAS RELACIONES ENTRE AMBOS ÓRGANOS: ¿SUBORDINACIÓN, COORDINACIÓN U OTRA FORMA DE CONEXIDAD?

La Junta de Parientes es un órgano no jerarquizado con el Juzgado de Primera Instancia, ni con el de Paz. Los asuntos sometidos a la Junta de Parientes no tienen un enjuiciamiento mixto –extrajudicial y judicial– en una secuencia ininterrumpida de actuaciones. Como ha dicho el TC en Auto de 20 de julio de 1993, respecto del arbitraje seguido de una actuación judicial de anulación del laudo, en este caso no hay una transferencia de jurisdicción originaria de los árbitros (FJ 1.4). En ocasiones de un asunto puede conocer la Junta de Parientes y el Juzgado de Primera Instancia como es el supuesto contemplado en los arts. 85 y 87. Pero esto –por lo que atañe a la Junta de Parientes– sucede no de otra manera como acontece en el caso de la intervención de un mediador o arbitrador que ayuda a componer el conflicto poniendo una solución que luego incumple alguno de los interesados. Además en ningún caso establece la Compilación un sistema de recursos que permita revisar una decisión dictada por la Junta de Parientes.

Antes de ser modificada la Compilación, el art. 21.2 parecía admitir algunos casos de apelabilidad de acuerdos de la Junta de Parientes. Se entendía concedida la autorización de tales apelaciones precisamente a través de la expresión de prohibición generalizada de los acuerdos de la Junta de Parientes, salvo los casos expresamente consignados en la Compilación. El art. 85 era una de esas excepciones, admitiendo el recurso de apelación contra los acuerdos adoptados por la Junta de Parientes al señalar al usufructuario las indicaciones u observaciones sobre la administración y explotación de los bienes. Al modificarse la Compilación y dar nueva redacción al art. 21.2 desapareció la referencia a la prohibición de apelar que era bastante superflua por cierto. Sin embargo los reformadores no cayeron en la cuenta de que perduraba como testigo de situaciones pasadas el texto del art. 85. Actualmente sigue admitiendo la apelabilidad de esos acuerdos.

Sin embargo cuando hay que estudiar este tema, debe plantearse de forma previa si la referencia, que el antiguo texto de la Compilación hacía en el art. 21.2 y el que ahora hace todavía el art. 85 a la apelación, constituye verdaderamente un recurso en el sentido admitido pacíficamente por la doctrina procesalista⁶; o si, por el contrario se refiere a otra suerte de actuación que genéricamente pueda denominarse apelación, reclamación, e incluso, sin demasiada precisión recurso⁷.

Podemos encontrar argumentos a favor de que estamos en presencia de un recurso y otros en contra de tal aseveración. Entre los primeros podemos resumir

(6) Sobre este asunto debe consultarse J.F. Herrero Perezagua, *La impugnación de acuerdos de la Junta de Parientes prevista en el artículo 85 de la Compilación Aragonesa: su regulación procesal*, Comunicación a la Ponencia "Hacia una Ley Procesal Civil Aragonesa" de A. Bonet Navarro, presentada en las Jornadas de derecho Aragonés, 28-30 de septiembre de 1990.

(7) V. Bonet Navarro, A. *El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral (Sobre la STC 288/1993, de 4 de octubre)*, en "Derecho Privado y Constitución". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995, n. 6, mayo-agosto, pp. 179 ss.

que el actual art. 85 constituye un residuo del anterior sistema que, al parecer, permitía recurso de apelación en algunos supuestos expresamente admitidos por la Compilación; por otra parte la circunstancia de que en todos los demás casos ajenos al art. 85 siempre se pueda impugnar ante la jurisdicción el tenor de los acuerdos, mediante la formulación de demanda en el juicio declarativo que corresponda, abona el pensamiento de que, en este caso concreto, no se puede referir a lo mismo que de forma general está autorizado. Por tanto habría que concluir que éste era un supuesto especial en el que se daría un auténtico recurso de apelación.

Sin embargo frente a estos argumentos se alinean otros que tienen mayor solvencia. De un lado hay que repetir lo dicho anteriormente acerca de la falta de establecimiento legal de jerarquía entre la Junta de Parentes y el Juzgado de Primera Instancia; por otro lado hay que señalar la circunstancia nada despreciable de que no existe establecido procedimiento alguno para admitir y proceder seguidamente en esa apelación.

De todo lo anterior preferimos los argumentos expuestos sobre la improcedencia del recurso de apelación, entendiendo que el legislador —cuando habla de ella— no se puede referir a otra cosa que a una impugnación exactamente igual a la de los restantes acuerdos de la Junta de Parentes. Se plantea, como ya hemos anotado anteriormente, un caso de criterio de competencia objetiva y funcional de primer grado a favor del Juzgado de Primera Instancia. Asunto distinto es que, en algunas ocasiones, para crear la competencia funcional del Juzgado de Primera Instancia sea preciso que se den ciertos presupuestos materiales.

En el supuesto prevenido en el art. 21.2 para legitimar la actuación del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de Paz es necesario que se haya constituido la Junta de Parentes, haya deliberado, votado y haya resultado empate en la votación. Además se establece como requisito que la costumbre no encomiende la solución del empate al Párroco de la localidad, o a otra “determinada persona”; o que, por último, existiendo costumbre y Párroco o persona determinada, éstos se nieguen a resolver el empate. Además será requisito que los interesados soliciten la intervención al Juzgado de Primera Instancia o de Paz.

También se exige la constancia de presupuestos materiales para la actuación del Juez en el caso del art. 21.3 Habráse constituido la Junta de Parentes, pero, por la razón que fuere, no habrá emitido su resolución.

En la actuación del Juzgado de Primera Instancia prevenida en el art. 21.4, también se exige el cumplimiento de presupuestos: requerimiento fehaciente para constituir la Junta de Parentes, transcurso de un mes sin constituirse, o que, constituida en ese plazo no haya resuelto la cuestión.

El caso del art. 117 plantea la necesidad de los mismos presupuestos que los señalados en los casos del art. 20.3 y 4.

III. LOS PAPELES DE LA JUNTA DE PARENTES

Cuando indagamos sobre la naturaleza jurídica de una institución, lo hacemos con el deseo de descubrir los principios que inspiran su funcionamiento y su propia existencia, para ofrecer el concepto. La naturaleza de una cosa nos lleva a descubrir

cómo es (existencia), pero también qué es; y qué se puede esperar de ella: para qué sirve; cuál es su fin (funcionamiento). Puede ser provechoso emprender el camino que nos introduzca en el examen de lo que hace o puede hacer una Junta de Parientes, para poder determinar su naturaleza. El intento supone practicar un esfuerzo y correr el riesgo del fracaso por la variadísima aplicación de las actividades de la Junta, pero evita caer en los apriorismos que, una falta de reflexión, puede urdir. El asunto a tratar es importante, porque puede advertirnos acerca de qué es de lo que disponemos y, partiendo de esto qué es lo que, en este estado de cosas, podemos pedir en el futuro a la Junta de Parientes.

Una descripción externa de la naturaleza jurídica de la Junta de Parientes la registramos en la obra de COSTA⁸ y en la de SAINZ DE VARANDA⁹. Pero estas apreciaciones ¿se corresponden con la realidad?

1. SU "JURISDICCION" VOLUNTARIA

La Junta de Parientes tiene encomendadas actividades que se insertan en la función de decisión integradora de actos y situaciones jurídicas.

La *iurisdictio voluntaria* que se presenta habitualmente como término de oposición de la *iurisdictio contentiosa*, tomando apoyo en el texto del Digesto 1.16.1 pr., atribuido a MARCIANO, alude, en las fuentes romanas, más que a la falta de controversia, a la característica peculiar que las separa. La jurisdicción voluntaria implica que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, personas que espontáneamente solicitan que intervenga en el asunto de que se trate y que están de acuerdo previamente en aceptar el resultado de tal intervención, con la particularidad de que el acuerdo debe permanecer hasta que el magistrado dicte la resolución. El magistrado sanciona, ratifica, legitima o colabora en la constitución de una situación o relación jurídica¹⁰. En la jurisdicción contenciosa la actuación se da entre litigantes (*inter nolentes, inter contententes*).

Tradicionalmente ha considerado la doctrina el concepto de jurisdicción voluntaria de manera residual afirmando que pertenece a la jurisdicción voluntaria la actividad del juez que, no consistiendo en la solución de conflictos entre partes privadas, no puede ser comprendido en la jurisdicción contenciosa¹¹. No puede emplearse método más expeditivo y posiblemente mejor, pues a este tipo de jurisdicción pertenece una diversidad de actos que presentan, a veces, pocos caracteres en común, muchas veces ningún otro que no sea el de no tener carácter contencioso.

Todos los actos que hallamos en la Compilación que no suponen cuestión entre partes pueden reputarse de jurisdicción voluntaria, tanto si vienen atribuidos al Juez de Primera Instancia, como si se asigna su conocimiento preferente o indistintamente a la Junta de Parientes¹².

(8) Costa, *La libertad*, cit. págs. 219 ss.; y *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, págs. 71 ss.

(9) Sainz de Varanda, *El Consejo*, cit., págs. 54 ss.

(10) Cfr. Fernández De Buján, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Madrid, 1986, pp. 20 ss.

(11) Santarcangelo, *La voluntaria giurisdizione nella attività negoziale*, Milano, 1985, v. I, p. 4

(12) Cfr. Merino, *Comentarios*, cit. p. 253 y Sapena, *Comentarios*, cit., p. 582.

Esta actividad tiene una finalidad esencialmente integradora que se manifiesta través de la serie de autorizaciones, consentimientos y asistencias que exige la Compilación para hacer válidos y eficaces diversos actos jurídicos. En este caso se hallan los arts. 6, 7.3, 13, 14.2, 27, 51 y 67, según hemos expuesto en otra parte¹³.

Varios preceptos someten el acto a "autorización". Esta dimana de la providencia emitida por el órgano legitimado en virtud de la cual el titular de una facultad de derecho privado es habilitado para desarrollar un acto o una actividad. Constituye un medio de control preventivo para valorar si el acto es conforme a los intereses de los sujetos interesados en orden a la conservación del patrimonio y a los intereses generales tutelados por el ordenamiento jurídico. Debe obtenerse antes de la conclusión del negocio jurídico, tanto por lo expresado por la ley, cuanto por la naturaleza de la propia autorización y por la función que despliega¹⁴.

En otros preceptos se previene la prestación de consentimiento, por considerar que el titular del derecho del que se pretende disponer es incapaz para hacerlo total o parcialmente. También es acto preventivo que ha de darse antes de llevarse a cabo el negocio.

La asistencia es el poder, atribuido por el ordenamiento jurídico a una persona u órgano, de cooperar en el plano negocial con la actividad de un sujeto parcialmente capaz¹⁵. Constituye un medio de control, supervisión y aprobación. Se precisa sucesivamente.

Estas decisiones de autorización, consentimiento y asistencia son prestadas por la Junta de Parientes o por el Juzgado de Primera Instancia con variados fines: en actos constitutivos, como la enajenación de bienes de menor (art. 13.2), en actos homologadores, como la adveración del testamento otorgado ante Capellán (arts. 91 ss), etc.

La llamada de la Junta de Parientes a integrar actos se hace habitualmente en la Compilación de manera indistinta con la del Juez de Primera Instancia. En ninguna ocasión se atribuye a la Junta de Parientes tal función de forma exclusiva. Sin embargo al Juez de Primera Instancia se le otorga tal función con carácter exclusivo, en ciertas circunstancias (arts. 7.3, 14.2, 51 y 67).

En todos los casos se actúa una misma función: de naturaleza voluntaria. El Juez en estas circunstancias no hace cosa distinta de lo que haría la Junta de Parientes.

Si tomamos en consideración el tenor de lo requerido en los arts. 6, 7.3, 13, 14.2, 27, 51 y 67 de la Compilación veremos que en todos ellos concurre el carácter de actividad administrativa en negocios de derecho privado, que es como suele reconocerse la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria¹⁶. Falta en todos los casos aludidos en tales preceptos, la litigiosidad, la coacción, la cosa juzgada negativa, el

(13) Cfr. Bonet Navarro, A., *Normas procesales civiles aragonesas*, en "Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés" (Jaca 27,28, 29 de septiembre de 1985). Zaragoza, 1986, p. 119.

(14) Cfr. Cassarino, *Approvazione*, Voz en "Enciclopedia del Diritto". T. I, p. 855; Coletti, *Sulla natura dell'autorizzazione del giudice in ordine alla gestione del patrimonio degli incapaci*, en "Giustizia civile", 1952, pp. 340 ss.

(15) Santarcangelo, *La voluntaria*, cit. pp. 353 ss.

(16) Santarcangelo, *La voluntaria*, cit. pp. 7, 8 y 10.

contradictorio; sus decisiones son revocables, el procedimiento es marcadamente inquisitivo, no hay demandante, ni demandado, sino instante, o interesado y contra-interesado.

La actuación del órgano ha de desarrollarse inscrita en el principio de legalidad; el contenido de su decisión debe regirse por los principios de buena administración y discrecionalidad. La Compilación fija el objeto de la acción, pero no determina la modalidad, sino que deja al Juez o a la Junta de Parientes libre para elegir el modo que considere más idóneo para conseguir el objeto. Esto es lo que se denomina discrecionalidad.

La discrecionalidad decisora de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia, tiene en el texto de la Compilación una doble proyección. En unas ocasiones entra dentro de la categoría señalada por los administrativistas¹⁷ como discrecionalidad técnica. Con ésta el órgano no elige el acto a adoptar, porque la decisión está ya tomada previamente por el legislador; simplemente valora si concurren los presupuestos para la adopción: una vez fijados los presupuestos, el órgano debe proveer en el modo previsto por la ley. Otras veces se le otorga la simple discrecionalidad administrativa o discrecionalidad –sin calificativos– que autoriza una valoración y ponderación de los intereses con la posibilidad de elegir la acción y graduar la intensidad.

Las decisiones adoptadas por un órgano jurisdiccional tienen la eficacia propia de los actos de jurisdicción voluntaria, incluido el efecto reflejo de su resolución considerada como hecho jurídico. Las decisiones adoptadas por la Junta de Parientes quedarán fijadas para el acto en sí, pero nada impide su discusión posterior ante los tribunales, por medio de un proceso ordinario.

2. SUS DECISIONES DE CONTROVERSIAS

A la Junta de Parientes no se le encomienda escuetamente una discreta actuación que bien pudiera insertarse en la labor propia de un consejero o como mucho en el área de la denominada jurisdicción voluntaria, no necesariamente desempeñada por un órgano judicial, ni siquiera recomendado¹⁸. Por tanto no es mero órgano de consulta, autorizante de actos, o prestadora de asistencia. Comparte con la jurisdicción facultades decisoras de conflictos. Decide cuestiones familiares y sucesorias que se someten a su acuerdo y resolución. Como se ha dicho¹⁹ actúa en calidad de Tribunal Familiar.

En estas funciones entendemos que su actuación rebasa los límites de la jurisdicción voluntaria²⁰. En alguno de los grupos de actuaciones que hemos señalado antes

(17) Cfr. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1980, p. 403. Sin embargo otros autores mantienen que la discrecionalidad técnica impide al sujeto determinar libremente el contenido del acto, puesto que el contenido del mismo debe conformarse a nociones, métodos y disciplinas de otras ciencias (Cfr. por todos Landi-Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*. Milano, 1978, p. 209).

(18) La *Recommandation* número R (86) 12 du Comité des Ministres aux États Membres relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux adoptée par le Comité des Ministres le 16 septembre 1986 lors de la 339 réunion des Délégués des Ministres, ha incorporado un catálogo de actuaciones, en la mayor parte referentes a una función jurisdiccional voluntaria, de las que se recomienda atribuir las a personas u órganos distintos de los Jueces y Tribunales.

(19) Sainz de Varanda, R., *El Consejo*, cit., p. 54.

(20) En contra de estos ver la postura de Merino Hernández, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Madrid, 1986, t. XXXIII, vol. 1.º "Compilación de Aragón", p. 238.

hallamos alguna que tiene por objeto decidir un conflicto, imponiendo una solución. Esto en términos generales, es una actividad propia de un tribunal: heterocomposición²¹

¿Este dato escueto es suficiente para afirmar que la Junta de Parentes cumple una función decisora al igual que un tribunal jurisdiccional? ¿Puede decirse que su decisión lleva a cabo una función exactamente igual, en eficacia y valor, a la que produce la sentencia de un tribunal?

En la literatura jurídica aragonesa se hallan múltiples referencias a la Junta (o Consejo) de Parentes considerándola un Tribunal Familiar²², o tradicional. Pero, cuando actualmente se da lectura a estas afirmaciones, se impone una revisión de las mismas a la luz de la Constitución de 1978 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Muchos de los estudios corresponden a un momento anterior a la Constitución, y, en cualquier caso, pertenecientes a un tiempo en que la doctrina carecía de determinados esquemas procesales impuestos por el orden de un poder judicial al que se atribuye la función (potestad) de juzgar y hacer ejecutar los juzgados (art. 117.2 CE). Y cuando no se dan estas circunstancias, en algún estudio, simplemente ha acaecido que no se ha prestado atención a los postulados de la Constitución.

Es importante no tratar de esconder la naturaleza de la Institución detrás de una terminología de innegables resabios históricos, de genuina prosapia foral aragonesa, pero hoy de desusada significación. ¿Qué se quiere decir cuando se habla de Tribunal Familiar? ¿Qué se puede querer decir o conseguir, si decidimos continuar utilizando ese nombre, concepto y supuesta naturaleza para la Junta de Parentes?

En España no existen más tribunales que los creados por Ley orgánica (art. 122 CE). A ellos ha de añadirse la reducida presencia de los "tribunales consuetudinarios y tradicionales" mencionados en el art. 125 de la Constitución. En consecuencia no cabe pensar que estemos en presencia de un tipo de tribunal jurisdiccional público. Cabría indagar si la Junta de Parentes merece la calificación de los consuetudinarios y tradicionales, como ocurre con el Tribunal de las Aguas de Valencia. El art. 19.3 LOPJ disipa inmediatamente cualquier duda porque en él se declara que tiene carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana. No se menciona ningún otro en dicho artículo.

Estimo que tampoco ha de constituir una reivindicación, en la que nos empeñemos intelectual y científicamente, el que las Juntas de Parentes deban figurar en el catálogo de los tribunales tradicionales en el sentido que a estos da la Constitución. Cuando COSTA²³ define el fundamento y naturaleza de este Tribunal está hablando de cosa distinta de lo que es el Tribunal de las Aguas. Es un Tribunal que funciona no públicamente, sino en el seno de la familia²⁴. Es un tribunal, al cabo, alejado de los esquemas modernos de la jurisdicción estatal.

(21) Cfr. Alcalá Zamora, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947.

(22) Desde Costa, J. *La libertad*, cit., p. 223, se considera la Junta (o Consejo) de Parentes como un Tribunal Familiar de carácter privado. V. asimismo Martín-Ballester y Costea, *La Casa*, cit. págs. 48 a 80 y 90 a 92; Sapeña, *Comentarios*, cit. pág. 574, negando el carácter jurisdiccional de este "Tribunal", pero reconociéndole una función arbitral.

(23) *La libertad civil*, cit. p. 221.

(24) Cfr. Merino Hernández, J.L., *Comentarios*, cit. p. 238.

En todo caso habría que buscar su identidad próxima a los órganos de arbitraje privado. Tienen estos facultades de decisión y sus resoluciones (laudos) aspiración de permanencia y de vinculación. Su función es, como dice el Tribunal Constitucional²⁵, de naturaleza jurisdiccional; equivalente jurisdiccional.

El Anteproyecto de la Compilación elaborado por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961, en su artículo 34 definía el Consejo de Parientes en funciones de tribunal familiar en estos términos: "actuando como tribunal familiar, el Consejo de Parientes dirimirá las cuestiones que sean sometidas a su juicio, con arreglo a su leal saber y entender y libertad de procedimiento". El Anteproyecto de 1962 era prácticamente idéntico en este punto al de 1961. Luego en la redacción definitiva de las Cortes (1967), desapareció esta definición y quedó plasmada la expresión rudimentaria del artículo 20 que pudimos leer en la Gaceta de Madrid de 11 de Abril de 1967.

Aunque no se exprese con la claridad que lo hacían los citados Anteproyectos, actualmente los arts. 20.1, 9.2, 10.2 hacen referencias inequívocas a actuaciones de decisión "de cuestiones", en el sentido que utiliza esta palabra la LEC; es decir, disceptación o controversia entre partes distintas. Por tanto en estos artículos no se columbra una actividad que se detiene en la mera integración de situaciones jurídicas, sino en la decisión o composición de un conflicto, definiendo una conducta que ha de seguirse por las partes.

Poco o nada importaría, a este respecto, tener que aceptar ahora que, para adoptar la decisión, la motivación o "parecer" (art. 103 de la Compilación), se apoye la Junta de Parientes en el leal saber y entender, buen juicio o equidad de los juzgadores. Hoy -excepción hecha de lo establecido en el art. 21.1.-nada se dice de cuáles deberán ser las fuentes de la Junta de Parientes para decidir la discordia. El art. 34 del Anteproyecto de 1961 definía que el juicio del Consejo de Parientes debe apoyarse en el leal saber y entender. Esta falta de apoyo jurídico para dictar resoluciones no constituye un modelo digno de ser observado como especie curiosa en nuestro ordenamiento jurídico. También se conoce un juicio de equidad, que ha de resolver el Juez ordinario, en el art. 16.2 de la Ley de propiedad horizontal y asimismo es conocido el arbitraje de equidad, género común, en el moderno arbitraje, cuando no se pacta expresamente que sea resuelto el conflicto conforme a Derecho.

Si examinamos con detenimiento algunos artículos de la Compilación descubrimos que la decisión que dé la Junta de Parientes tiene carácter decisorio declarativo en los arts. 9.2, 49.1 y 103; constitutivo en los arts. 9.3, 10.2 y 85; tiene carácter decisorio declarativo y de condena en los arts. 17 y 85. El art. 109 exige una decisión declarativa-determinativa. Categorías todas ellas que pueden atribuirse a las decisiones jurisdiccionales y que, con ese carácter que hemos expuesto, la resolución de la Junta de Parientes viene a resolver el conflicto. El papel y función decisora de la Junta de Parientes están no sólo definidos en la tradición que le designa Tribunal Familiar²⁶, sino en el reconocimiento de tal función en la regulación de la Compilación. Es importante prestar atención al espacio ambiental que se determina para la Junta de Parientes al resaltar estas funciones decisoras. El recelo que lleva a COSTA²⁷ a

(25) Cfr. STC 62/1991, de 22 de marzo.

(26) V. Costa, J., *La libertad*, cit., pág. 221.

(27) Cfr. Sainz de Varanda, R., *El Consejo*, cit. p. 34.

excluir la jurisdicción estatal de los conflictos familiares por razones económicas, hoy se ve reforzado por la corriente dominante de implantar formas de arbitraje privado para ofrecer a los ciudadanos una alternativa eficaz frente a la jurisdicción estatal²⁸.

SAINZ DE VARANDA²⁹ afirmaba que el mayor predicamento del Consejo de Parentes está en su actuación para decidir sobre cuestiones surgidas en la sociedad familiar. Citando a COSTA³⁰, añade SAINZ DE VARANDA³¹, que el prestigio del Consejo de Parentes se acrecienta en la medida que se huye de los inconvenientes de la Justicia oficial. Para conseguir que "la justicia no les entrará en la casa", los aragoneses confían en el Consejo de Parentes, cuyos fallos "son ejecutivos e inapelables, y no han menester confirmación judicial ni de ninguna otra autoridad"³².

La proximidad con las razones que fundamentan el arbitraje no puede ser mayor. Posiblemente sea éste uno de los campos donde deba hallar, en el futuro, más amplio desarrollo la Junta de Parentes³³. Pero para poder afirmar la eficacia de esta función decisora es preciso superar una serie de problemas que nos plantea la actual situación en materia de arbitrajes. De árbitros se ha calificado a los vocales de la Junta de Parentes³⁴; de compromisorias se ha configurado las clausulas pactadas³⁵; de poder de jurisdicción se ha hablado respecto a la Junta de Parentes³⁶.

Cuando SAINZ DE VARANDA³⁷ se enfrenta con el asunto de determinar la naturaleza jurídica no duda en afirmar que lo que ocurre en la Junta de Parentes es propio de un arbitraje, especie de compromiso con caracteres propios y mayor libertad de forma que en el Código civil. Para salvar el escollo que le ofrecía a su argumentación la entonces nueva Ley de Arbitraje de Derecho Privado (1953) recientemente promulgada cuyo art. 1 declaraba que esta normativa sustituía a cualesquiera normas que en el Código civil, Código de comercio, Ley de enjuiciamiento civil y disposiciones de igual naturaleza, regularan el arbitraje y la amigable composición, hábilmente considera que en esta tabla de referencias legislativas no se halla incluido el derecho consuetudinario que es el fundamento de la institución³⁸, el cual quedaba vigente tras la Ley de Arbitraje de Derecho Privado.

(28) V. Exposición de Motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de arbitraje, en la que recoge el sentido de la Recomendación. N.º R (86) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros de 16 de septiembre de 1986, en el Consejo de Europa, citados en la nota 18.

(29) *El Consejo*, cit. p. 54.

(30) Costa, *Derecho consuetudinario*, t. I, pág. 82.

(31) *El Consejo*, cit. pág. 34.

(32) Costa, *Derecho consuetudinario*, cit., t. I, pág. 76.

(33) El estudio de documentos en que se incorpora la Junta de Parentes, arroja un resultado altamente ilustrativo de los casos en que ciertas cuestiones familiares se someten a la decisión de aquella; cfr. Sainz de Varanda, ob. cit., p. 57.

(34) V. Costa, J., *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, pág. 91.

(35) Sainz de Varanda, R., ob. cit. p. 54.

(36) Sainz de Varanda, ob. cit., pág. 55 cita una conferencia de Pala Mediano, F., pronunciada en la Institución Fernando el Católico, señalando el *poder de jurisdicción* junto a otros requisitos propios de una institución arbitral para identificar con ella el Consejo de Parentes.

(37) *El Consejo*, cit. pág. 55.

(38) Cfr. Costa, *La libertad*, cit. págs. 222 ss. y *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, págs. 85 a 90.

Después de la Ley de Arbitraje de 1953 y sus derogaciones³⁹ la Ley 15/1967, de 8 de abril, de las Cortes Españolas, al promulgar la Compilación, reconoce las facultades decisoras de la Junta de Parientes y posteriormente la Ley 3/1985, de 21 de mayo de las Cortes de Aragón integra en el ordenamiento jurídico aragonés la Ley 15/1967, de 8 de abril manteniendo la figura. La Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje además de unas derogaciones expresas, inserta una clausula general derogatoria de cuantas disposiciones se opongan a esta Ley. Pero entiendo que hoy no se puede plantear la duda acerca de si esta suerte de derogación genérica alcanza al pretendido fenómeno arbitral de la Junta de Parientes en la Compilación. Una apreciación precipitada de esta cuestión podría llevar a considerar que aquí se hallan respuestas suficientes y definitivas.

Sin embargo el actual estado de la cuestión invita a indagar si estamos en presencia de una institución efectivamente arbitral con todas las consecuencias, o si por el contrario, se trata de una figura dominada por un nombre y una aspiración, pero con unas decisiones de oscura eficacia. El verdadero arbitraje tiene, en España, naturaleza jurisdiccional. Dejando a un lado aspectos netamente convencionales que operan en la formación de la voluntad de sometimiento a arbitraje, el TC ha puesto fin⁴⁰ a la polémica mantenida por algunos sectores doctrinales⁴¹ al reivindicar para el mismo una naturaleza contractual, cuando no se ha considerado que responde a una específica tipología contractual. El arbitraje pertenece a la esfera de lo jurisdiccional.

Traemos a colación esta afirmación, no con el ánimo de que no se apague la polémica entre ciertos sectores doctrinales civilistas y procesalistas en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje; tampoco para razonar o fundamentar la oportunidad –necesidad– de tal consideración. Hacemos referencia a esto porque no se puede perder de vista la precisión jurídica, cuando de una institución se predica que tiene naturaleza arbitral. Cuando alguien se ocupa en definir los elementos identificadores de la jurisdicción, como función, no halla ningún otro tan peculiar y propio como el poder de dictar resoluciones definitivas con eficacia de cosa juzgada decidiendo qué es derecho⁴². Esto no se da en ninguna otra función oficial⁴³, ni privada. A estas decisiones jurisdiccionales que denominamos sentencia definitiva mira el que ejercita una acción y –a ella se encamina– el conjunto de actuaciones de sanciones que se despliega al seguir el proceso de ejecución.

(39) "Disposición derogatoria. Quedan derogadas cuantas disposiciones regulan los arbitrajes privados y sustituido íntegramente su texto por las prescripciones de la nueva Ley"

(40) Cfr. la STC 15/1989, de 26 de enero; asimismo la STC 62/1991, de 22 de marzo: afirmando que "siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil –esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada–, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil..."

(41) Cfr. Rivero Hernández, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Coordinados por R. Bercovitz). Madrid, 1991, pág. 519.

(42) Para un examen de esta cuestión puede el lector consultar Bonet Navarro, *Una perspectiva de la sentencia civil*, en "Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad". (Edit. Institución Fernando el Católico). Zaragoza, 1981, págs. 347 ss.

(43) La STS 2.2.1978 declara que "si bien la institución de la cosa juzgada no opera en el ámbito del derecho administrativo con la misma virtualidad y eficacia que lo hace en el estricto campo procesal, por la sencilla razón de que la variabilidad y constante mutabilidad de la actuación administrativa se acomoda difícilmente con aquella institución", añadiendo la STS 28.6.1978 que la llamada cosa juzgada administrativa "es más bien una expresión metafórica, en cuanto el acto administrativo, aun el definitivo y firme, puede ser susceptible de modificación y revocación".

3. EL VALOR DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PARIENTES

En este punto no cabe otra postura que afrontar la delicada cuestión de la eficacia de lo decidido por la Junta de Parientes. Esta es una de las cuestiones más confusas, en el texto legal, en torno a la actuación de la Junta de Parientes. Nadie duda de la validez de los acuerdos de la Junta, si emanan conforme a las normas básicas del ordenamiento jurídico que disciplinan las condiciones propias de los contratos. Generalmente el tema de la eficacia viene unido al de la validez de los actos. Por tanto, en breve razonamiento, lo decidido por la Junta de Parientes es eficaz en la medida que sea válido.

El Anteproyecto de 1961 (art. 32) supeditaba la ineficacia de lo acordado por la Junta, a la presencia de vicios materiales que se denunciarían por alguna de las causas de nulidad, anulabilidad, resolución o rescisión de los contratos, o por la constancia de vicios formales. Aun hoy el tenor del art. 85 ha hecho dudar acerca de la verdadera eficacia de lo decidido. Ha hecho pensar a algunos autores que, como este artículo es la única ocasión en que se admite el "recurso de apelación" contra lo decidido⁴⁴, debe concluirse que en todos los demás casos —al no ser apelable— es por tanto ejecutivo.

Dejando a un lado la cuestión de la apelabilidad establecida en el art. 85, por remitirnos a lo que ya hemos expuesto anteriormente, hemos de poner ahora atención en la consecuencia obtenida que se sigue de mantener ese estado de opinión. La tesis puede formularse de manera resumida de esta forma: las decisiones de la Junta de Parientes, como no son recurribles, siempre son ejecutivas. No podemos precipitarnos en definiciones abstractas, ni en conclusiones vacías de contenido; no podemos andar con ilusiones propias simplemente de la bienquerencia hacia la Institución, sin fundamentos doctrinales. Primeramente quiero señalar que no es procedente dar entrada a una discusión acerca de si, esos asuntos determinados en la Compilación, después de haber conocido de ellos la Junta de Parientes, pueden llevarse a la jurisdicción. No se puede derogar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución. Por eso no hablamos de cuestiones de inconstitucionalidad de las normas reguladoras de la Junta de Parientes y de los preceptos que la regulan. Damos por sentada su constitucionalidad, porque su función no se opone a la tutela judicial efectiva que en esto se resume diciendo libre acceso a los tribunales estatales para resolver las controversias. Vamos a dilucidar si cuando se establece válidamente el funcionamiento de una Junta de Parientes y ésta actúa, sus decisiones producen efecto de cosa juzgada y además cuando procede, si son ejecutivas.

A partir de este extremo surge una variedad de cuestiones que estimo merecedoras de una reflexión que devuelva con claridad a la Junta de Parientes su identidad querida en los Anteproyectos citados. La doctrina más reciente no ha hallado un punto de acuerdo sobre cuál es la eficacia de las decisiones de la Junta de Parientes⁴⁵.

(44) Cfr. Merino Hernández, *Comentarios*, cit. p. 255

(45) Merino Hernández, J.L., *Comentarios*, cit. p. 256 distingue: a) cuando la Junta actúa con absoluta discrecionalidad los acuerdos deben ser ejecutivos y no apelables o recurribles ante la autoridad judicial; b) cuando la Junta debe ceñirse en sus acuerdos a unos determinados criterios, normas o prescripciones, tales acuerdos podrán ser objeto de recurso judicial, pero sólo para el supuesto de contravención de las indicadas normas.

Aunque COSTA⁴⁶ afirma que las Juntas de Parientes son árbitros soberanos que ejercen verdadera jurisdicción, de ello no se sigue que sus acuerdos tengan la eficacia de la cosa juzgada y el poder de ser actuados forzosamente como se conoce moderadamente en lo que atañe a la jurisdicción, su funcionamiento y los efectos de sus actos, o a los laudos arbitrales (art. 37 LA). Considerado el asunto desde la perspectiva que ofrece la Constitución y el sistema actual de derecho procesal, hay que concluir que la decisión de la Junta de Parientes no equivale a una sentencia, ni es un laudo con la fuerza reconocida en el art. 37 de la Ley de Arbitraje, porque esta decisión no se ha adoptado sometiendo a las prescripciones de esta última Ley (art. 31 LA). Para mantener esta afirmación no preciso decir que en este "arbitraje parental" falte un objeto arbitrable: la materia sometida es disponible; o que no son nombrados los árbitros por los compromitentes: existen arbitrajes en España en los que esto tampoco se observa; o que el número de árbitros no es impar; o que falta la aceptación formal; o que el laudo no se protocoliza: tampoco se exige esto último en otros arbitrajes⁴⁷. Basta pensar en la falta de independencia e imparcialidad exigida por la garantía del art. 12 de la Ley de Arbitraje y en la falta de cumplimiento de la exigencia de un sistema eficaz de evitar la intervención jurisdiccional estatal, articulando la excepción de compromiso y produciendo efecto de cosa juzgada la decisión de la Junta de Parientes.

Por eso me inclino a pensar que en todos los casos, la Compilación no crea una forma específica de arbitraje aragonés para asuntos de familia y sucesorios, no sujetos a derecho imperativo, sino que provee una determinación distinta del papel, función y efectos de la Junta. Desde la óptica del derecho procesal actual hay que concluir que su actuación, reflejada en decisiones, sólo tiene un apoyo para ser eficaz, cual es el brindado por el art. 3.2 de la Ley de Arbitraje: "el acuerdo será válido y obligatorio para las partes, si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato".

Existen razones fundamentales para poder mantener lo anterior, ya que si el legislador hubiera deseado dar eficacia ejecutiva al acuerdo de la Junta, hubiera señalado los efectos de la decisión parental, al modo como lo hace el art. 53 LA; y se determinaría sobre su eventual ejecución como previene el art. 52 LA. Nada de esto se da. La situación pienso que es poco favorecedora para potenciar el funcionamiento y la seguridad de lo acordado por la Junta de Parientes; y aún más, para excluir la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales como anhelaba COSTA⁴⁸.

Los parientes, reunidos en Junta no son árbitros decisores; son mediadores, o meros arbitradores. Ante esta situación debe plantearse, en sede de estudio y elaboración de una nueva norma, la oportunidad de introducir el correspondiente precepto que disponga el valor y eficacia que tiene lo decidido en Junta de Parientes, teniendo en cuenta la posibilidad de seguir judicialmente la ejecución de lo mandado.

(46) *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, p. 76, afirma que "en Aragón los fallos del Consejo de Familia son ejecutivos", según hemos expuesto antes.

(47) En los arbitrajes de consumo, ordenación del seguro privado, ordenación de los transportes terrestres, propiedad intelectual, etc. los laudos no precisan ser protocolizados; Disposición Adicional Primera de la Ley 36/1988, de 28 de diciembre.

(48) Costa, *Derecho consuetudinario*, cit. t. I, pág. 82.

4. LA VIGENCIA DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PARIENTES

Un tema relacionado con las resoluciones jurisdiccionales es el de su permanencia y vinculación, mientras no sean sustituidas por otra decisión del propio órgano o de otro superior suyo, a través del ejercicio ordinario de los recursos. La vinculación tiene dos manifestaciones: para el propio órgano que no puede modificar el acuerdo, si no es mediante los recursos no devolutivos (invariabilidad relativa) y para otros órganos que si no caben recursos devolutivos tampoco pueden modificarla (invariabilidad absoluta). La vinculación de lo resuelto por los tribunales está garantizada bajo un principio contenido en el art. 118 de la Constitución. Esto ha de examinarse ahora en relación con los acuerdos de la Junta de Parientes.

No existe ningún precepto en la Compilación que establezca la vinculatoriedad de lo decidido por la propia Junta de Parientes emisora del acuerdo. Por eso salvo la eficacia que pueda desplegar en este aspecto la doctrina de los actos propios, no puede mantenerse que los acuerdos de una Junta sean vinculantes e irrevocables para la misma, una vez dictados. El acuerdo es modificable por la misma Junta, si después de tomado aquél, vienen a su conocimiento datos o razones no tomadas en consideración en el "juicio" anterior. Este es un aspecto que deberá requerir atención por parte del legislador futuro.

La circunstancia ya apuntada de que la decisión de la Junta de Parientes no equivalga a una sentencia, ni pueda parangonarse al laudo arbitral, supone que las partes que se sometieron a la decisión de una cuestión por la Junta sólo quedarán obligadas en el supuesto de que, una vez emitida la decisión, la acepten expresa o tácitamente (art. 3.2 LA). Si por el contrario una de las partes no acepta la decisión, no se le podrá imponer de forma coactiva por sí misma. Quien quiera exigir su cumplimiento tendrá que acudir a un juicio ordinario planteando la pretensión sobre lo que resolvió la Junta.

Si repasamos algunos de los casos de decisiones de la Junta de Parientes, que venimos trayendo por vía de ejemplo, veremos que no existe otro medio de lograr esa exigencia: la divergencia resuelta en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 9.2), la exoneración de la autoridad familiar del cónyuge no progenitor (art. 9.3), la decisión sobre el desacuerdo en la administración y disposición de bienes comunes (art. 49), el acuerdo sobre las indicaciones precisas al usufructuario (art. 85), no producen tipo alguno de vinculación que no se pueda forzar con el simple acceso a un tribunal para plantear de nuevo el asunto.

En una posible extensión futura de las funciones de la Junta de Parientes a otros supuestos distintos de los que hoy se contemplan, debemos plantear con carácter previo, cuál es la naturaleza requerida para esa Junta: ¿la misma que tiene actualmente? ¿la que permita nuevas funciones de carácter realmente arbitral?

En relación con el futuro de la Junta de Parientes y su eventual atribución de funciones verdaderamente arbitrales, es preciso atender a un planteamiento que entronca con el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma señalado por la Constitución, por el indudable carácter jurisdiccional del arbitraje⁴⁹

(49) Esta es la consideración fundamental de la STC 62/1991, de 22 de marzo al concluir que regular el arbitraje es competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1,5 y 6 CE.

IV. EL FUTURO DE LA JUNTA DE PARIENTES

1. EL PRESUPUESTO CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO

En la Constitución se establece la competencia que las Regiones tienen para legislar en materia procesal en la medida que lo exijan "las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas" (art. 149.1.6º).

El Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en la materia de "conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo" (art. 35.1.4º).

La afirmación no pudo ser sorprendente para nadie que haya meditado acerca de la experiencia jurídica de un pueblo que está legitimado para darse a sí mismo el derecho material que ha de regular sus relaciones, mediante la concesión de facultades legislativas. Ni hoy debe admitirse discusión sobre la concesión de ello. La oportunidad de conferir facultades para legislar en materia procesal debe ir siempre unida a la concesión de facultades para legislar en materia de derecho material⁵⁰. La relación entre el derecho material y el derecho procesal es más estrecha de lo que en épocas pasadas se ha pensado, al relegar el contenido del mismo a la función simplista de determinar el procedimiento. El procedimiento es importante y debe atenderse, pero considerándolo siempre como dado en razón del proceso y éste en relación con la actuación jurisdiccional máxima a que el mismo tiende: el enjuiciamiento y el juicio jurisdiccional; la sentencia y sus efectos.

Cuando se ha señalado el carácter peduncular del derecho procesal respecto del derecho material, lejos de predicarse un desprecio de su contenido y de la importancia jurídica del mismo —como quizá alguno quiso inferir—, se ha logrado formular de manera condensada una verdad, cuyo contenido ha costado descubrir, y que sólo se ha visto con toda su claridad cuando los procesos antaño existentes se han revelado insuficientes e inútiles para acoger el enjuiciamiento y juicio de las diversas situaciones fácticas reguladas por diversas ramas del derecho en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

El derecho procesal es apéndice del derecho material en la medida y por la razón de que es instrumental de aquél. Esto supone nociones de utilidad y de adecuación del medio a los fines. Para que una y otra puedan darse plenamente es preciso acertar en la conexión que debe existir entre ambos derechos. Por tanto no se trata de aplicar indiscriminadamente cualquier procedimiento para desplegar la fuerza tuitiva del derecho, con carácter coactivo hasta sus últimas consecuencias, por medio de la actuación de sanciones que lleva a cabo la jurisdicción. Si esto se intenta, inmediatamente se recoge la experiencia molesta de que el método no sirve, de que el medio utilizado no funciona, o perjudica notablemente a la eficacia del mandato contenido en el derecho material. Mucho más se puede añadir acerca de esta cuestión, pero estimo que lo afirmado es suficiente para mostrarla con claridad en el pro-

(50) V. mi ponencia *Normas procesales civiles*, cit. pp. 110-111

pósito de este estudio. Pero no debemos quedarnos aquí. Si una vez más hemos vuelto sobre este tema es porque constituye quicio para sustentar una afirmación de mayor envergadura: quien tiene facultad para legislar en asuntos de derecho material, debe tenerla también para legislar en los de derecho procesal. De lo contrario se producirá inexorablemente una distorsión entre el derecho material que aspira a ser actuado y el medio que se concede para lograr la actuación. Cuando no se ha atendido con diligencia esta necesidad, se han producido efectos multiplicadores del perjuicio: desorientación y falta de certeza; al cabo siempre falta de justicia para resolver las cuestiones litigiosas. Por esta razón algunos Estatutos de Autonomía⁵¹, pertenecientes, en buena medida a Regiones donde existe derecho civil foral, han recogido entre las facultades de la Comunidad la de legislar en esta materia.

El art. 149.1.5º de la Constitución atribuye exclusivamente al Estado la facultad de legislar en materia de administración de Justicia. Y no existe en la actualidad otra Administración de Justicia que la estatal⁵². Por tanto todos los aspectos de las manifestaciones y órdenes de la jurisdicción no son regulables por la norma aragonesa. Cuestión distinta es lo referente a las especialidades del proceso, a cuya regulación puede acceder la Comunidad Autónoma. A este respecto es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en sentencias 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo ha afirmado una doctrina que debe tenerse en cuenta al pensar eventualmente en esas futuras funciones arbitrales (*sensu stricto*) de la Junta de Parientes. La STC de 26 de enero de 1991 afirma que "el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del artículo 149.1.5 y 6 de la Constitución, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil —esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada—, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionado, en cuanto a los efectos del laudo arbitral al sistema de recursos, con la Administración de Justicia"⁵³.

Dejando a un lado, asunto tan importante como el de la dudosa utilidad —utilización y aprovechamiento— de las funciones realmente arbitrales de una Junta de Parientes que ha de funcionar en un tipo familiar distinto de aquel para el que se creó y con una composición que hace dudar también de la imparcialidad exigible en las fórmulas de heterocomposición, hemos de considerar que la Comunidad Autónoma carece de competencias para legislar modificando las funciones de la Junta de Parientes en este sentido.

2. EL PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN CON LA JUNTA DE PARIENTES

En lo que atañe al procedimiento, alguna consideración añadida a lo anterior puede ser motivo de reflexión en una futura regulación del funcionamiento de la ins-

(51) Estatutos vasco (art. 10.6), gallego (art. 27.5) y valenciano (art. 31.3), además del aragonés.

(52) A esto me he referido extensamente en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (dirigidos por Bermejo Vera). Madrid, 1985, pp. 284 ss.

(53) Mi disconformidad con la última parte de esta cita —lo referente a la naturaleza de recurso que da al medio de impugnación del laudo arbitral— puede verse manifestada en mi trabajo *El control judicial*, cit. pág. 194.

titución. La forma es necesaria en el derecho público. Constituye un refuerzo de los actos públicos, garantía de certeza en su desarrollo y de alcanzar el fin del acto tal como está previsto por el legislador. El Anteproyecto de 1961 (art. 34) refiriéndose a la función dirimente de cuestiones sometidas al juicio del Consejo de Parientes, como tribunal familiar, preveía la libertad de procedimiento. Esto denota libertad en cuanto a los trámites a elegir, pero en modo alguno presupone supresión de las formas. Tenía que haber procedimiento y formas de los actos del mismo, aunque fueran libremente adoptadas por el Consejo de Parientes en cada caso y según las necesidades del mismo. El Anteproyecto de 1962 especificaba que "una vez constituida la Junta funcionará en la forma que los Vocales decidan". Así también lo expresa ahora el art. 21 de la Compilación. Esta aparente liberación de formas no es real, pues obliga el precepto vigente a determinar unas concretas. Esto quiere decir que, aun adoptada libremente para cada caso, se requiere un procedimiento con unas formas mínimas.

Estimo que puede ayudar a entender esto la distinción que se da en el derecho romano entre *iudicare pro tribunali* y *iudicare de plano*. Como es sabido la diferencia no se daba sólo en la posición que ocupaba el magistrado y que sirvió para denominar el *iudicio*: en la primera el magistrado se sentaba en el tribunal, situado en asiento elevado sobre el plano y en la segunda el magistrado decidía la cuestión sin subir a un lugar preminente. La diferencia radica fundamentalmente en que, mientras en el primer caso el magistrado tenía que conocer de la causa, en el *iudicare de plano* al magistrado no se le exigía *cognoscere causam*⁵⁴. Actuaba, como más tarde se diría, *sine strepitu ac figura iudiciis*.

El conocimiento exige enjuiciamiento y para ello se precisa no sólo el juicio, dictamen o parecer, sino la actividad o proceso para obtener el dictamen: la forma. Es una peculiaridad notable la formal consagración del aformalismo para el desarrollo de la actividad por parte del Junta de Parientes, aunque la aseveración merezca una matización en el sentido de que tal ausencia de formas no es total, porque no cabe pensar que ni la Junta de Parientes, ni los llamados a resolver empates o a decidir en definitiva lo hagan de plano: sin conocer la causa. En la medida que la Junta de Parientes pueda considerarse que actúa en el ámbito de su función formativa de los negocios jurídicos, no queda sometida a un excesivo formalismo, aunque en el derecho romano no se equiparó jurisdicción voluntaria y juicio de plano.

La Compilación exige pocos requisitos para la actuación de la Junta de Parientes: que la constitución se lleve a cabo en la forma admitida por la Ley (art. 20.3 y 5), que la adopción de acuerdos sea por mayoría absoluta (art. 21.1), y que se levante acta firmada por los miembros asistentes (art. 21.1). En cuanto a los requisitos de la formación interna del acuerdo no se exige más que sujeción al leal saber y entender de los parientes (art. 21.1). Una regla más para determinar la solución de los empates (art. 21.2) y otra para superar la falta de adopción del acuerdo (art. 21.3), son todas las que el legislador ha previsto. En esta escueta enumeración falta toda referencia al procedimiento e incluso a la forma como resolverá el Juez de Primera Instancia o el de Paz. Leyendo la Compilación puede dar la impresión de que entre la constitución de la Junta y la decisión de la misma no ocurre nada de importancia,

(54) Cfr. Fernández Buján, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*. Madrid, 1986, pp. 36-38.

digno de ser regulado; sin embargo, sucede algo muy importante: el enjuiciamiento. Y pueden suceder hechos graves: la falta de audiencia de las personas afectadas por la decisión (arts. 6, 13.2 y 27, entre otros), e incluso la falta de acuerdo a que se refiere el art. 21.4. Por eso debe preverse trámites mínimos que garanticen la observancia de los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Hay que garantizar a los interesados la posibilidad de hacer alegaciones, acreditarlas; y la documentación de todo lo actuado de forma fehaciente.

Además falta una regulación procedimental de los supuestos de actuación del Juzgado de Primera Instancia en relación con los actos de la Junta de Parientes: la intervención judicial en la constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes, en los dos casos contemplados en la Compilación de composición determinada de parientes y no determinada de parientes; dirimición judicial de los empates de la Junta de Parientes; la falta de acuerdo en la Junta de Parientes; la falta de constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes.

Intervención de D. Antonio Luis PASTOR OLIVER

(Coyonente)

LA JUNTA DE PARIENTES DESDE LA EXPERIENCIA JUDICIAL

A. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Para centrar adecuadamente el tema es preciso trazar siquiera brevemente la naturaleza esencial de dicha institución.

En primer lugar, y de lo que no cabe duda, es de que estamos ante una figura de nacimiento consuetudinario. Es decir, es la práctica real y efectiva en el Alto Aragón lo que condujo al planteamiento de su inclusión en las sucesivas normas escritas que fueron dadas a la Comunidad Aragonesa. Esta costumbre, como recoge el ilustre Costa y recuerda Sainz de Varanda, obedece a dos razones fundamentales: la aversión a la justicia oficial y la existencia de un mejor conocimiento de las circunstancias familiares por parte de los "parientes".

En segundo lugar se trata de un instituto marcado por la flexibilidad tanto en la convocatoria como en la composición.

Esto nos conduce a un tercer adjetivo de la Junta. No se trata de un Organismo estable o permanente, sino que nace y se extingue cada vez que tiene que actuar adoptando el concreto acuerdo de que se trate.

Obviamente –y en cuarto lugar– estamos ante un organismo familiar (no se admiten extraños, como pretendía Sainz de Varanda), pero dominado necesariamente por la confianza ("idoneidad" para su pertenencia) y no por la rigidez de la proximidad del parentesco.

Y, por fin, en quinto lugar no se trata de un órgano consultivo, sino decisorio; su autoridad no es moral exclusivamente, sino jurídica.

B. EXPERIENCIA JUDICIAL

La regulación de la Junta de Parientes en relación con la praxis judicial es tendencial y teleológicamente excluyente de ésta. Si examinamos atentamente los preceptos de la Compilación en que aparece recogida la intervención de la Junta de Parientes, se llega a una sencilla conclusión: la actuación de la autoridad judicial es subsidiaria o más comúnmente optativa.

La realidad es que los supuestos en que la Junta de Parientes ha aparecido en un procedimiento judicial es poco menos que testimonial. De las consultas realizadas entre mis compañeros únicamente he logrado averiguar la aplicación de esa normativa foral en tres supuestos, lo que evidencia su desconocimiento o –posiblemente– su falta de eficacia práctica.

Muestra de ese desconocimiento lo constituye el hecho de que dos de aquellos supuestos se turnaron a un Juzgado de Familia y el tercero (aunque anterior en el tiempo) lo fue a uno de Primera Instancia.

Este último tenía como finalidad la concesión de la autorización para salir al extranjero –a un viaje de estudios– a dos menores de edad huérfanos de padre y madre, que convivían con sus hermanos mayores de edad. Por la perentoriedad de las fechas (finales de julio) no podía siquiera pensarse en la constitución de una tutela. Tampoco podía acudir a la formación de una Junta de Parientes tal y como establece el Art. 20-3 de la Compilación, pues no había otros parientes “a mano” que los hermanos mayores. No obstante, y desconociendo el contenido del Art. 10 del citado texto legal (“autoridad familiar”) se procedió a constituir la Junta por los hermanos mayores, lo que fue ratificado por auto judicial, con intervención del Ministerio Fiscal.

Ni éste ni las autoridades policiales pusieron pega alguna a tan curioso documento que ni respetaba el Derecho civil común ni el foral aragonés; pero poseía los condicionantes externos de un mandato judicial (formato, sello oficial, papel de oficio...).

Las experiencias habidas en el Juzgado de Familia fueron más ortodoxas en el iter procedimental y en la comprensión de las instituciones forales. A fin de evitar que se dilapidaran las indemnizaciones a percibir por unos menores huérfanos, que perdieron a sus padres en un accidente, se nombra primero a la Junta de Parientes (un tío carnal de cada parte) y posteriormente éstos nombraron a los abuelos maternos como depositarios de la autoridad familiar (no tenían abuelos paternos). Pero, en ambos supuestos mediante resolución judicial. Y aún existió un tercer auto mediante el cual se autorizaba a los abuelos maternos (autoridad familiar) a administrar y disponer de los bienes de los menores, pero sometido a la rendición de cuentas al final del ejercicio de dicha autoridad. ¿No hubiere bastado la autorización de la Junta de Parientes, ex Art. 13 Compilación?.

C. CONCLUSIONES DE ESA EXPERIENCIA

Primera: escaso conocimiento y aplicación de la legislación foral.

Segunda: utilización exclusiva en supuestos de urgencia, cuando el nombramiento de tutores se va a dilatar más de lo necesario para solventar el problema concreto que acucia a los menores o incapaces. De lo contrario –habiendo tiempo– se prefiere la seguridad que da una resolución judicial.

Tercera: inseguridad respecto a la aceptación social y jurídica de los acuerdos y decisiones adoptados por unos familiares. por ello se quiere en todo caso la sanción judicial que da fuerza (autoritas) a aquélla resolución familiar.

Cuarta: desconfianza frente a una normativa excepcional respecto a la común de la tutela, fuertemente judicializada.

Quinta: tendencia, por tanto, a obtener una tutela foralizada, que no es exactamente una Junta de Parientes, salvo en el nombre.

D. DOGMÁTICA DEL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PARIENTES

1. Introducción General

Por algún sector doctrinal se ha querido considerar que las decisiones de la Junta de Parientes gozan o deberían de gozar de los efectos propios de un arbitraje, con elusión de la jurisdicción. Esta intención, deseo o aserto precisa de una serie de matizaciones.

Así, la jurisdicción constituye una institución de paz social encomendada –como tal– a una organización estatal, pública. En el régimen político actual, a un poder independiente; en el anterior, a una administración dependiente del poder público. Consecuentemente, con independencia del régimen político, anular u obviar esa instancia de resolución de conflictos ha de ser entendida siempre con criterio restrictivo.

La figura jurídica que conforma esa excepción a la jurisdicción es el “arbitraje”. En él entra en juego con mayor intensidad el principio de autonomía de la voluntad privada. Pero siempre bajo el control –aunque sea de límites formales– de los órganos jurisdiccionales, quienes –en todo caso– serán los competentes para la ejecución forzosa del laudo arbitral. Ello, si tenemos en cuenta el contenido del Artículo 117-3º de la Constitución, hace que se pueda considerar el arbitraje como una “a modo” de jurisdicción en cuestiones disponibles, nunca de *ius cogens* (Artículos 1 y 2 de la ley de arbitraje 36/88 de 5 de diciembre). Con mucha claridad la Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1.993 de 4 de octubre (Sala 1ª), define la naturaleza del arbitraje como “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”.

Esta trascendencia del laudo arbitral hace que se mire con recelo y cautela tanto por el legislador como por la sociedad. Aquel, estableciendo unos límites y frenos muy importantes al contenido y alcance de la función arbitral. Esta, acudiendo en escasa medida a dicha solución cuasi-jurisdiccional.

A mi entender son dos los elementos que básicamente configuran los límites de la semi-jurisdicción arbitral. Uno de índole objetiva y otro de naturaleza subjetiva. El primero hace referencia al contenido del estudio de la decisión arbitral, que nunca

podrá versar sobre normas de orden público ni sobre cuestiones que precisen de la asistencia del Ministerio Fiscal por incidir sobre personas menores o incapaces (derechos obviamente indisponibles) (artículos 1 y 2 de la ley de arbitraje citada). El segundo se contrae a la condición de los árbitros, respecto a los que se establecen idénticas causas de abstención y recusación que para los Jueces profesionales (Artículo 12 de la ley de arbitraje), buscando palmariamente la imparcialidad de aquéllos.

Estos condicionantes se pueden considerar como el mínimo indispensable para que el arbitraje pueda considerarse como "un equivalente jurisdiccional".

2. Aplicación de estos principios a la Junta de Parientes.

La mayoría de los preceptos de la Compilación que regula la actuación de la Junta de Parientes se refiere a relaciones de familia. Un buen número de preceptos son de naturaleza tuitiva de los derechos de los menores y otros hacen referencia a relaciones conyugales, con incidencia directa sobre las personas que constituyen el núcleo familiar. En tales supuestos no cabe duda de la condición de indisponibles de los derechos sometidos al acuerdo de la Junta.

En los demás supuestos, de contenido puramente económico –los menos– la situación de parentesco de los miembros de la Junta con los destinatarios de la decisión les inhabilita –según el moderno concepto de árbitro– para resolver con efecto de cosa juzgada.

En su consecuencia, no se puede hablar del cometido de la Junta de Parientes como decisión definitivamente vinculante, sino de acuerdo sustitutivo de voluntades discordantes o inexistentes (ejemplo: Artículo 49 y 13 de la Compilación foral).

Se trataría, por tanto, de un acto jurídico con sede en el denominado *derecho pacífico*, pero siempre susceptible –de no aceptarse aquel acuerdo– de ser sometido a la institución de paz social –en cuanto entre en el mundo del derecho controvertido– que es la jurisdicción. Esta decide, con obligación legal de razonar; aquélla acuerda sin exigencias de razonamientos explícitos.

Otra conclusión sobre la naturaleza de los acuerdos de la Junta de Parientes, entiendo que chocaría frontalmente con las exigencias hermenéuticas del Artículo 3-1º del Código Civil.

E. POSIBILIDADES ACTUALES DE ACTUACIÓN

Si partimos de las precedentes premisas la actuación de la Junta de Parientes estaría constreñida fundamentalmente a resoluciones de índole económico y en el ámbito principalmente del derecho sucesorio. En el ámbito familiar, como asistencia o suplencia no controvertida de consentimiento.

Así, en el primer supuesto (*relaciones sucesorias*) sería viable en los casos recogidos en los Artículos 114 a 118 de la Compilación foral (de la fiducia colectiva), pues puede suceder que no exista excesiva controversia a la hora de decidir sobre la sucesión de la casa. Sin embargo, la inexistencia actual de la "casa aragonesa" convierte tal actuación en simbólica.

De idéntica calificación de testimonial gozan las actuaciones contenidas en los Artículos 103 y –sobre todo– 109 del texto foral. Pero, además, en estos supuestos al tratarse de relaciones de controversia directa, harán ineficaz el acuerdo de la Junta.

Por lo que respecta a las *relaciones familiares* se puede considerar como factible su actuación en los supuestos del Artículo 5 párrafo primero, Artículo 6 (supuestos de suplencia o asistencia al consentimiento). No parece admisible la actuación encomendada en el Artículo 13, cuando su homónimo del Código Civil (Artículo 166) exige la actuación del Ministerio Fiscal (venta de inmuebles...).

Tampoco las relaciones de tutela –por propia definición– parecen adecuadas al actuar autónomo de la Junta de Parientes (Artículos 16 y 17).

Sería admisible, también como suplencia del consentimiento la conferida para otorgar capitulos matrimoniales por un menor (Artículo 27), pues ambos parientes lo serían del menor otorgante y no uno de un futuro cónyuge y otro del otro, lo que haría dudar sobre la eficacia de dicha asistencia.

Tampoco existe inconveniente especial en su actuación en el supuesto recogido en el Artículo 31 del cuerpo foral.

Totalmente inviable en supuestos de discordia conyugal (Artículo 49 de la Compilación).

Teóricamente admisible en el supuesto de discordancia entre usufructuario viudal y nudos propietarios (Artículos 85 y 87), pero de difícil practicidad al tratarse de una controversia sobre la administración de los bienes de la herencia.

Esta visión no excesivamente halagüeña de la situación de la Junta de Parientes tiene su raíz en los inconvenientes ya estudiados y difícilmente superables en el contexto socio-jurídico actual y en la propia constitución de la Junta. Su composición a través de la actuación jurisdiccional (Artículo 20) elimina la agilidad y extrajudicialidad que latan en la esencia de la institución. Por ello, son los supuestos de constitución “no formal” ante notario los que tienen virtualidad práctica (Artículo 20–5), siempre dentro del contexto de acuerdo pacífico.

F. LA JUNTA DE PARIENTES, ¿UN ARBITRAJE DE LEGE FERENDA?

Ello implica, necesariamente una interpretación del Artículo 149–5º y 6º de la Constitución. Una lectura independiente de dichos apartados y una exégesis a “primera vista” de la regla 1–6º pudiera llevarnos a concluir que la conversión en arbitraje de la Junta de Parientes pertenecería a la competencia de la Comunidad Autónoma. Es decir, sería una norma procesal derivada del derecho sustantivo de Aragón.

Sin embargo, a mi entender, lo que la Carta Magna está recogiendo es la posibilidad de dar cauce procedimental a las especialidades forales (entre otras especialidades legislativas de las diferentes comunidades). En este sentido parece haberse estudiado hasta ahora.

La regulación, bien en la compilación (sitio adecuado), bien en una norma autonómica independiente, de la Junta de Parientes como Junta arbitral decisoria, por lo razonado al hablar en el punto “D.-” de este trabajo, supondría necesariamente la

exclusión de "La Jurisdicción". Es decir, eliminar la posibilidad de actuación de los órganos jurisdiccionales, cuyo poder emana del pueblo y se ejercita en nombre del Rey (Artículo 117 de la Constitución).

Considero que la decisión de si la Comunidad Autónoma Aragonesa tiene o no capacidad para obviar la jurisdicción en determinadas materias no es sencilla y encontraría argumentos en ambos sentidos.

Sin embargo, pienso que la naturaleza de la jurisdicción como contenido del poder judicial, es decir, como la función que le es propia, lo aleja de la posibilidad decisoria de cualquier comunidad Autónoma, en tanto en cuanto constituye la esencia de un Poder eminentemente Estatal. Sus peculiaridades autonómicas afectan a la esfera del ejercicio de esa auctoritas, a sus formas; mas no al contenido de esa "auctoritas" e "imperium".

Todo ello en el bien entendido de que las circunstancias específicas que rodean a nuestra Junta de Parientes haría desaconsejable su conversión en comisión arbitral, pues las relaciones más íntimas (familia y sucesiones) cuando se enconan y se convierten en contenciosas exigen un claro y profundo distanciamiento emocional tanto para decidir con objetividad, como para que esas decisiones sean aceptadas en un marco de pacífica convivencia socio-familiar.

G. ESPECIAL REFERENCIA A LA VENTA DE BIENES DE INCAPACES

Constituye quizá esta una de las posibles aplicaciones prácticas que más interés suscita entre los profesionales del Derecho respecto a la Junta de Parientes, como instrumento de agilización del tráfico jurídico, obviando la actuación judicial prevista en los artículos 271 del Código Civil y 2.011 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, las dudas que pudieran existir a ese respecto las dispó el auto dictado por el Excmo. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 29 de octubre de 1992, resolviendo un recurso gubernativo contra la denegación de inscripción por parte del Registrador de la Propiedad de una escritura de compraventa de los bienes de un incapaz hecha ante notario con la presencia del tutor y de la Junta de Parientes, pero sin la precitada intervención judicial.

La resolución estudiada es amplia y fundada y realiza un estudio extenso de la situación, por lo que me remito a sus fundamentos, que como anexo a esta Conferencia me permito incorporar, dado el interés de su completo contenido.

Sin embargo, considero extraordinariamente interesante extraer la esencia del mismo. ¿Porqué no se consideró inscribible aquella compraventa?. Sencillamente, porque el sistema de fuentes que recoge el artículo 1 de la Compilación Foral de Aragón no contemplan dicha actuación de la Junta de Parientes.

Es decir, ni la Compilación, ni la costumbre, ni principio tradicionalmente observado permiten la venta de bienes inmuebles de incapaces por la Junta de Parientes, sin la autorización judicial. Por ello, se aplica el Código Civil con carácter supletorio y se acude al ya citado artículo 271 de ese Cuerpo Legal.

H. POSIBLE NORMA GENÉRICA DE ACTUACIÓN DE LA JUNTA DE PARENTES.

(de lege ferenda).

Ahora bien, la precedente conclusión plantea una duda sobre la corrección de la redacción dada a la actuación de la Junta de Parentes, dimanante del artículo 20 de la Compilación Foral, y que establece un sistema eminentemente casuístico.

En efecto, si la costumbre o los principios tradicionales nada dicen al respecto y la Compilación se limita a recoger unos supuestos de actuación muy concretos, puede darse lugar a situaciones eminentemente analógicas (en el estricto sentido del artículo 4 del Código Civil) en las que en unas sí puede actuar la Junta de Parentes y en otras no. Sencillamente porque aquella no recoge dicha participación en su articulado.

El ejemplo más característico es el del artículo 13 de la Compilación. ¿Porqué se pueden vender bienes del menor de 14 años con autorización de la Junta de Parentes y no, sin embargo, de los incapaces?.

Pero, hay más. ¿Porqué puede decidir la Junta de Parentes cómo se administran e incluso disponen los bienes consorciales si los cónyuges no se ponen de acuerdo (artículo 49) y no puede decidir cuando uno de los cónyuges esté impedido, ni siquiera en actos de administración (Artº 50)?.

Dichas contradicciones son hoy en día insalvables con la actual dicción del artº 20-1º de nuestra Compilación.

Por ello, me permito proponer una nueva redacción de tipo abierto que podría redactarse así:

“Podrá actuar la Junta de Parentes, en los supuestos específicamente recogidos en la Compilación, por la costumbre o dispuestos por acto jurídico y *en todos aquéllos de naturaleza familiar y sucesoria* que no estén sometidos a normas de orden público”.

A N E X O I EXPERIENCIAS JUDICIALES

Expediente de Constitución de Junta de Parentes

1. El expediente incluye escritura de *poder para pleitos*, cuya reproducción omitimos por innecesaria.
- 2.. Demanda.

AL JUZGADO

DOÑA-----, Procurador de los Tribunales y de los hermanos de doble vínculo DON JOSÉ ANTONIO, DON JUAN CRUZ, DON MIGUEL ÁNGEL y DON IGNACIO JAVIER, según así resulta de la escritura de poderes que, debidamente bastanteados, acompaño para que obren en autos mediante copia certificada, con devolución del original, ante el Juzgado de primera Instancia de los de Zaragoza al que por turno de reparto corresponda, comparezco y como mejor proceda en derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito y al amparo de lo establecido en el artículo 20 y ss. de la Compilación de Derecho Civil de Aragón intereso la constitución de Junta de parientes respecto a los hermanos menores DON ENRIQUE y DON ALFONSO, nombramiento que se interesa recaída en sus dos hermanos de doble vínculo mayores, DON JOSÉ ANTONIO y DON JUAN CRUZ, petición que fundamento en los siguientes:

HECHOS

Primero. Don Antonio y Doña M^a Jesús contrajeron matrimonio canónico en Oñati (Guipúzcoa), en fecha 16 de Mayo de 1959.

Segunda. De este matrimonio nacieron en Zaragoza seis únicos hijos, llamados José Antonio, Juan Cruz, Miguel Ángel, Ignacio Javier, Enrique y Alfonso en fechas 26-2-60, 3-5-61, 3-11-63, 4-8-69, 11-3-72 y 18-4-73, respectivamente. Por tanto momento presente han adquirido la mayoría de edad los cuatro primeros y siendo menores de edad los dos últimos.

Tercero. Doña M^a Jesús falleció en Zaragoza el día 17 de Agosto de 1981.

Cuarto. Don Antonio contrajo segundas nupcias con D^a M^a del Carmen en fecha 21 de Octubre de 1982, sin que de este segundo matrimonio hubiera descendencia alguna ni se hubiera producido adopción por parte de la segunda esposa respecto a los hijos habidos en el anterior matrimonio.

Quinto. Don Antonio falleció en Zaragoza el día 16 de septiembre de 1987, viviendo a vivir desde aquella época los seis hermanos juntos bien en e que había sido domicilio paterno, sito en Zaragoza, o bien en algún departamento de los que tiene la casa sita en —y donde tiene ubicado el negocio de hostelería, fuente de ingresos de la familia.

Sexto. Hasta la fecha actual no se ha instado el nombramiento de tutor, protutor o constitución de Junta de Parientes respecto de los dos hijos menores habidos del matrimonio — Don Enrique y Don Alfonso.

Séptimo. Como se ha dicho no hay constituida ninguna Junta de Parientes, interesándose en este momento la constitución de la misma, y designando por unanimidad y de común acuerdo tanto de los hermanos mayores como de los menores como vocales de dicha Junta a Don José Antonio y Don Juan Cruz, haciéndose constar que la premura de tal solicitud viene motivada por la necesidad de los dos hermanos pequeños de salir de España con motivo de la realización de viaje de estudios y de realizar curso de verano en Inglaterra.

Así mismo debemos hacer constar que la causa de solicitar que la Junta de Parientes esté compuesta tan solo por los hermanos de doble vínculo, se fundamenta en que no existen ascendientes de segundo grado, a excepción de un abuelo materno el cual, a su elevada edad, une la circunstancia de residir en un aislado caserío del País Vasco, con una escasa relación con la familia —, por ello se entiende y considera que las personas más idóneas para ostentar el cargo de vocales son las que se proponen, siendo además quienes se han hecho cargo de la atención y cuidado de los menores desde el fallecimiento de los padres.

Octavo. Para justificar cuando antecede se acompaña unido en cuerda floja libro de familia — del que se desprende con toda exactitud cuanto hasta aquí se ha manifestado, de la misma manera comparecerán voluntariamente a presencia judicial los seis hermanos de doble vínculo a ratificar lo expuesto en la presente solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Son de aplicación en cuanto a competencia, procedimiento y fondo del asunto los artículos 20 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y concordantes del mismo texto legal y del Código Civil.

Suplico al juzgado: Que teniendo por presentado este escrito en la representación que acredito, y junto con los documentos que le acompañan, se digne admitirlo, acordar la unión del poder de la forma interesada con devolución del original y en su virtud por interesada la constitución de Junta de Parientes y previos los demás trámites legales, incluso la ratificación de los seis hermanos de doble vínculo, dicte auto por el que se constituya la Junta de Parientes que se interesa y se designen como vocales integrantes de la misma y respecto de los menores Don Enrique y Don Alfonso, a dos de sus hermanos de doble vínculo y concretamente a Don José Antonio y Don Juan Cruz, los cuales, por otra parte, vienen ocupándose de sus hermanos menores desde el fallecimiento de sus padres.

Zaragoza, a 29 de junio de 1989.

3. El expediente incluye, igualmente, copias de la *certificación literal de matrimonio* de Don Antonio y Doña María Jesús, *certificación literal de posteriores nupcias* entre Don Antonio y Doña María del Carmen y *literales de nacimiento* de Don Antonio, Don Juan Cruz, Don Miguel Angel, Don Ignacio Javier, Don Enrique y Don Alfonso. Omitimos su reproducción por considerarla innecesaria.

4. *Providencia.*

En Zaragoza a treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Dada cuenta; por repartido a este Juzgado el anterior escrito y documentos que al mismo se acompaña, así como escritura de poder y copia debidamente bastanteadada, por el que se insta Constitución de Junta de Parientes sobre los hermanos menores D. Alfonso y D. Enrique, solicitado por D. José Antonio y otros, a quién se tiene por parte en el mismo y con quién se entenderán las sucesivas diligencias en la forma señalada por la Ley, y cítese a comparecencia, señalándose para el día de hoy, los cuales comparecerán voluntariamente.

Lo mando y firma S.S^a., de lo que doy fé.

Notificación. En el mismo día notifique la anterior providencia y le hago entrega del poder original a la Procuradora Sra. —, quién queda enterada y firma; doy fé.

5. *Comparecencia.*

Comparecencia. En Zaragoza a treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Ante S.S^a., con mi asistencia comparecen la Procuradora Sra.—, D. José Antonio, D. Juan Cruz, D. Miguel Ángel, D. Ignacio Javier, D. Enrique y D. Alfonso.

Que manifiestan que se ratifican en el escrito inicial del expediente y que la finalidad del mismo es autorizar a los dos hermanos menores a que salgan de viajes de estudios fuera de España, ante la ausencia de padres y de tutores. Que todos ellos conviven en el mismo domicilio, siendo los parientes más cercanos.

Con lo cual se da por terminada la presente, firmando los comparecientes después de S.S^a., de lo que doy fé.

6. *Auto.*

DÑA. ELENA...., SECRETARIA EN FUNCIONES DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CUATRO DE ZARAGOZA.

Doy fe: Que en este Juzgado se siguen autos de Constitución de Junta de Parientes nº 770/89, del siguiente tenor literal:

AUTO NÚM. 618

En Zaragoza a treinta de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º. Que la Procuradora de los Tribunales Dª —, instó expediente de Constitución de Junta de Parientes por las razones expuestas en el escrito inicial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1º. Que dichas razones han sido confirmadas en la comparecencia judicial celebrada y conducen, a tenor del Art. 20 de la Compilación Foral de Aragón a la Constitución formal de la Junta de Parientes.

2º. Que a los efectos solicitados se considera que los dos hermanos mayores son los más idóneos para formar parte de la citada junta.

Visto el artículo citado y demás de general y pertinente aplicación.

S.Sª DIJO: Que debía constituir y constituía Junta de Parientes, a fin de autorizar la salida de España de los menores de edad D. Enrique y D. Alfonso, formando parte de ella sus hermanos mayores de doble vínculo D. José Antonio y D. Juan Cruz.

Así lo acordó mando y firma—, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº — de esta ciudad.

1. Auto

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por Dª Isabel ... se presentó escrito solicitando se acordase por el Juzgado que por turno correspondiera, la constitución de la junta de parientes que previene la compilación de Derecho Civil de Aragón, y posteriormente tras ser oídos éstos, se nombrase a las personas designadas en el escrito para ejercer la autoridad familiar respecto de la menor Joana ..., acompañándose certificado literal de nacimiento de ésta, así como certificados de defunción de ambos padres, y haciendo constar en el indicado escrito: que los padres biológicos de la menor, D. José Luis ... y Dª María Jesús ..., fallecieron el 14 de enero de 1.990, sin que conste hayan dejado previsión alguna sobre posible tutela de la hija, y que fallecidos los abuelos paternos, la solicitante y su esposo con los abuelos maternos son los llamados a ejercer la autoridad familiar debiendo designar previamente como componentes de la junta de parientes a Dª Ana Cristina ... y a Dª Ana María ..., parientes ambas dentro del cuarto grado de la menor.

Segundo. Que habiendo correspondido en reparto el escrito y documentos relacionados a este Juzgado, se acordó su admisión previa ratificación de la solicitante, citando posteriormente a las personas designadas, quienes mostraron su conformidad con el nombramiento, bien para formar la Junta de parientes o para ejercer la autoridad familiar, practicándose información testifical con el resultado favorable y que consta en autos, pasando a continuación al Ministerio Fiscal para el pertinente informe, quien lo emitió en el sentido de que procedía ordenar la constitución de la Junta de Familia y la subsidiaria designación de los solicitantes, como personas llamadas a ejercer la autoridad familiar,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Que en la tramitación del expediente realizada conforme a lo dispuesto en el art. 1811 y siguientes de la L.E.C. , se ha puesto de relieve la necesidad y conveniencia que para la menor... ha de representar el nombramiento de la autoridad familiar pretendida, debiendo previamente y por venir así perpetuado en el art. 10/2 de la compilación del Derecho Civil de Aragón, de nombrar la Junta de Parientes que a su vez ha de designar a las personas que

vayan a ejercer la autoridad familiar de dicha menor, cuyo nombramiento deberá recaer en ... y ... , al cumplir ambas los requisitos exigidos por la Ley.

VISTOS...

Su S.S.^a DIJO : Acuerda constituir la Junta de Familia respecto de la menor... que estará formada por Doña ... y Doña ... notifíquese esta resolución y cítese a ambas para que en comparencia ante este Juzgado que se celebrará el día... designen a las personas que han de ejercer la autoridad familiar.

2. Auto

En Zaragoza, a veintisiete de Abril de mil novecientos noventa.-

Dada cuenta,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que en expediente de jurisdicción voluntaria tramitado en este Juzgado a instancia de D^a Isabel ... y de acuerdo con lo establecido en el art. 1.811 y s.s. de la L.E.C., se dictó auto de fecha 5 de abril de 1.990, en el que se acordaba nombrar a D^a Ana Cristina ... y D^a Ana María... para formar la Junta de Familia respecto de la menor, Joana ...

Segundo. Que una vez firme dicha resolución, se convocó a la Junta de Familia, para que decidieran lo procedente sobre las personas que iban a ejercer la autoridad familiar, celebrándose la comparencia en fecha 20 de abril de 1.992 y designando de común acuerdo a D. José ... y a D^a Isabel ..., abuelos maternos de la menor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que habiéndose acreditado la necesidad y conveniencia que para Joana ... ha de representar el nombramiento de la autoridad familiar, procede de acuerdo con lo preceptuado en el art. 10-2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, tener por designados de común acuerdo por la Junta de Parientes los abuelos maternos, que ejercerán la autoridad familiar con los mismos derechos y obligaciones que correspondería a los padres, art. 10-1 del mismo cuerpo legal.

VISTOS los artículos citados y demás de general pertinente aplicación

S.S.^a DIJO:

Acuerda tener designados por la Junta de Familia, a D. José ... y D^a Isabel..., abuelos maternos de la menor, Joana ... , quienes ejercerán la autoridad familiar respecto de ésta con los mismos derechos y obligaciones que corresponderían a los padres.

Así lo manda y firma D. ... , Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. ... de los de esta ciudad.

3. Auto

En la ciudad de Zaragoza a veintidos de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Dada cuenta; y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que por D^a Isabel ... y D. José ... , se presentó escrito en este Juzgado formulando expediente de jurisdicción voluntaria para administración de los bienes de la menor Joana ...

sobre la que ejercen la autoridad judicial, en el que tras exponer los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimaron pertinentes, suplicaban al Juzgado se concediese la libre disposición de los bienes de dicha menor.

Segundo. Que habiéndose acordado la ratificación de los solicitantes en su escrito de demanda, se les requirió para que manifestasen qué actos de libre disposición pretendían realizar, presentándose escrito de fecha 21 de junio de 1.994 en el que exponían sus pretensiones, que fue ratificado a la presencia judicial.

Tercero. Con fecha 23 de junio de 1.994, se acordó librar exhorto al Juzgado de lo Penal núm. 2 de esta Capital para que expidiesen testimonio de particulares del procedimiento núm. ... y cumplimentado se acordó, remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, que lo evacuó con fecha 3 de agosto de 1994 en el sentido de reproducir su dictamen de fecha 17 de enero de 1994 obrante en los referidos autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Que la autoridad familiar, tiene como la patria potestad, en el Código Civil, a la que equivale un componente personal y patrimonial.

La compilación regula los aspectos personales en los art. 9 y 10, estableciéndose que en los supuestos previstos en los art. 10, cuando se den dentro del ámbito de la comunidad, las personas designadas como autoridad familiar, bien por la junta de parientes o por el Juez de Primera Instancia, la ejercerán con los mismos derechos y obligaciones que corresponderían a los padres.

Respecto al aspecto patrimonial, y dentro de él en cuanto a la administración de los bienes, el art. 12 hace una distinción consistente en: a) administración por los padres conjuntamente; b) por las personas designadas por quien transmitió al menor bienes a título lucrativo; c) administración por quienes sean llamados al ejercicio de la autoridad familiar.

A partir de la reforma de 1.985, cuando la autoridad familiar sea concedida a cualquiera de las personas que faculta el art. 10, -abuelos, hermanos, etc.- dichas personas tendrán al igual que si de los padres se tratará la plena administración de los bienes del menor, bajo su autoridad; debiendo estarse a la hora de disponer los bienes a lo que establece el art. 13 y no existiendo otras trabas o limitaciones, que las que previene el apartado segundo del art. 12, es decir, la prestación de fianza o rendir cuentas cuando existan fundados motivos para ello.

Segundo. En el presente supuesto, D. José ... y D^a Isabel ... , abuelos maternos de la menor Joana ... , sobre la que ejercen la autoridad familiar, en virtud de resolución dictada por este Juzgado de fecha 27-4-90, solicitando con carácter general la libre disposición de los bienes de la menor con los mismos derechos y obligaciones que correspondería a los padres y con carácter particular la libre disposición en cuanto al cobro de las indemnizaciones señaladas en la ejecución de la sentencia que se sigue en el Juzgado de lo Penal dos de Zaragoza, con el núm. ...

Preensión que de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento de derecho anterior debe estimarse con carácter general, sin que sea necesario particularizar aspectos concretos, por cuanto tanto la administración como la libre disposición que se concede, los engloban, y sin que por ahora, exista base para aplicar la primera de las limitaciones, es decir, prestar fianza, pero por el contrario, si establecer la obligación de rendir cuentas al extinguirse la autoridad familiar, bien por alcanzar la mayoría de edad de la menor, o por cualquier otra causa, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 13 de la citada compilación.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación

S. S^ª DIJO: Se autoriza a D. José ... y a D^ª Isabel ... para poder administrar y disponer libremente de los bienes de la menor Joana ... sobre la que ejercen la autoridad familiar, con los mismos derechos y obligaciones que corresponderían a los padres, y sin más limitación que la obligación de rendir cuentas al terminar la autoridad familiar, al margen de lo dispuesto en el art. 13 de la citada compilación.

Notifíquese a las partes la anterior resolución, y al Ministerio Fiscal.

Así por este mi Auto, lo pronuncia, manda y firma el Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. ... de esta ciudad.

ANEXO II AUTO DE 29 DE OCTUBRE DE 1992

En la ciudad de Zaragoza, a veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Con fecha 1 de septiembre del año en curso, Don Pedro, Notario del Iltr. Colegio de Zaragoza, presentó en la Secretaría del Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón el escrito que encabeza el presente recurso gubernativo, interpuesto al amparo de los arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, solicitando la revocación de la nota del Sr. Registrador de la Propiedad número trece de Zaragoza, mediante la que se deniega la inscripción de la escritura de compraventa, autorizada por dicho Notario, el día 25 de enero de 1992, con el núm. 33 de su protocolo y cuya nota dice textualmente: "REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ZARAGOZA NUMERO TRECE.- Denegada la inscripción del precedente documento, por infringir lo dispuesto en el artículo 271, 2^º del Código Civil de Aragón.- No procede tomar anotación preventiva de suspensión.- Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Excelentísimo Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir ante los Tribunales de Justicia para que declaren la validez e inscribibilidad del presente documento, a tenor de lo previsto en el primero del presente documento, a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados.- Zaragoza, 28 de mayo de 1992.- y suplicando, igualmente, la inscripción del título calificado en el Registro de la Propiedad competente.

Segundo. Incoado el oportuno expediente, se le dio el trámite establecido por el Reglamento Hipotecario, emitiéndose por el Sr. Registrador de la Propiedad el informe prevenido en el art. 115, en el sentido de mantener íntegramente la nota de calificación extendida por el mismo, por las razones expuestas en el referido informe, cuya unión al expediente, una vez devuelto éste, se acordó por resolución de fecha 29 de septiembre del corriente año.

Tercero. En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El problema debatido en el presente recurso, es una cuestión puramente jurídica que se residencia en la elección o selección de la norma o el Derecho aplicable a un supuesto de venta de una finca propiedad de una persona mayor de edad, declarada incapaz judicialmente, con vecindad civil aragonesa, en cuya escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Zaragoza D. Pedro, intervinieron, además del tutor de la incapacitada, la Junta de Parientes, constituida al efecto; presentado el documento público a inscripción en el Registro de la Propiedad, dio lugar a la nota de calificación del Registrador denegatoria de la inscrip-

ción interesada "por infringir lo dispuesto en el artículo 271.2 del Código Civil, en relación con el artículo 1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón".

Segundo. Aunque se haya debatido y esté vigente la problemática que plantea el tema de las fuentes del derecho en el Derecho Civil aragonés, del texto del art. 1º.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón aprobado por la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985 ha de partir el intérprete para indagar y ofrecer la solución correcta de la cuestión planteada, que es difícil, en tanto en cuanto que concurren concepciones distintas en orden a la manera de integrar las disposiciones de la Compilación con la costumbre y los principios generales en los que se inspira el ordenamiento jurídico aragonés y, en su defecto, la aplicación supletoria del Código Civil, como se dispone en el art. 1º.1 y 2 de la Compilación, según el cual, "las fuentes jurídicas" las constituyen: 1. Las disposiciones de esta Compilación 2. La Costumbre y 3. Los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico, entre los que se destaca el principio "Standum est chartae", hoy elevado al rango normativo por el art. 3 de la Compilación. Para agregar en el número 2 que "En defecto de tales normas, regirán el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español".

Y ya que estamos planteando el problema de las fuentes de Derecho civil aragonés, importante es decir, que el fundamental tema de las fuentes del Derecho civil de Aragón es una cuestión que la Constitución española de 1978 define y refiere al legislador aragonés, cuando dispone que es competencia de las Comunidades Autónomas "la conservación, modificación y desarrollo... de los derechos civiles, forales y especiales, allí donde existan": así como "la determinación a las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial" (art. 149.1.8ª de la Const. esp.). Norma constitucional que es recogida como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en el art. 35. Cuarta del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, y que dio lugar a la nueva redacción del artículo 1º.1 de la Comp. introducida por el legislador aragonés, texto que, con otras modificaciones, fue aprobado por la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985.

Tercero. Expuesto el cuadro normativo institucional establecido en el uso de sus competencias por el legislador aragonés, único órgano constitucional y estatutario legítimo para la creación del Derecho civil de Aragón, en materia de disposiciones escritas, por cuanto que la costumbre que emana del pueblo es, también, fuente de creación del mismo (arts. 2º.1 y 1º.1 de la Comp.), sólo le queda al intérprete en tanto en cuanto le corresponda la aplicación del Derecho, moverse dentro del marco del sistema de fuentes previamente establecido por el legislador; ya que la aplicación del Derecho es una función o potestad posterior a la creación del Derecho y subordinada al mismo (art. 117.1 de la C.E.); si bien en la aplicación de las normas sirvan de pautas de orientación al intérprete otras reglas como pueden ser la frecuente remisión de la Compilación a "la costumbre" y/o a los "usos locales", como normas de interpretación de determinadas instituciones forales (arts. 33, 57.1, 99 y 107, entre otros, de la Comp.) o la jurisprudencia que es fuente de cierre en el ordenamiento jurídico español (art. 1º.6 del C.c. que, como se ha dicho, es fuente supletoria del derecho aragonés).

Cuarto. Establecido el marco dentro del cual puede y debe moverse el juzgador para la resolución de la sugestiva y trascendente cuestión planteada con motivo del otorgamiento de la escritura pública de venta de una finca rústica por el tutor de la incapaz mayor de edad, con intervención en unidad de acto de la Junta de Parientes constituida notarialmente para este concreto otorgamiento y de la nota denegatoria de la inscripción por parte del Registrador de la Propiedad, es llegado el momento de decidir el Derecho aplicable a este caso concreto, desde el único punto de vista que legitima la función del juzgador, al declarar el Derecho aplicable, ya creado por el legislador, considerando, en primer lugar, el problema concreto objeto de su resolución, desde el prisma de las fuentes del Derecho aragonés e interpretando, en segundo lugar, si fuere necesario, la normativa de las fuentes del Derecho arago-

nés, a la luz de los antecedentes históricos y legislativos y de la realidad social de nuestros días, teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de las normas en conflicto.

Quinto. La Compilación dedica a la regulación "de la tutela", el Capítulo primero (arts. 15 a 18, ambos inclusive), del Título III que se abre bajo el epígrafe "De las relaciones parentales y tutelares", que forma parte del Libro I "De la persona y de la familia"; en esa tan exageradamente parca regulación positiva de la tutela, es evidente que dentro de esa normativa no existe precepto alguno que imponga o permita la posibilidad de la intervención de la Junta de Parientes, en sustitución de la autorización judicial, para los supuestos de venta de bienes inmuebles de personas incapacitadas, sujetas a tutela; por la obvia razón de que el art. 15 se refiere a la delación de la tutela, el art. 16 la pluralidad de designaciones; el art. 17 a la contribución a las cargas y el 18 al protutor, de manera que no existe precepto alguno que regule el ejercicio de la tutela, salvo el párrafo 2 del art. 16, referido a un supuesto muy específico. En cambio, la autorización judicial previa se exige en el art. 271.2 del Código Civil, desde la modificación del Título X, introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que representó en el sistema del Código civil una transformación de la tutela desde el espíritu que la informaba como institución de marcado carácter familiar, en la que el Consejo de Familia tenía una muy importante intervención en el ejercicio de la tutela, a un sistema de tutela de autoridad, con desaparición de ese órgano familiar que se decía inoperante y su sustitución por una acentuada intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal (ver art. 232 del Cód. civ.). Pues bien, la tutela en el sistema de la Compilación, sigue teniendo ese espíritu de institución familiar o del Derecho de familia, que tradicionalmente le ha caracterizado, como lo pone de relieve no sólo la colocación de su regulación en el Libro Primero y dentro de él, en el Título III dedicado a la reglamentación "De las relaciones parentales y tutelares", si que, también, el hecho de que la actual regulación de la tutela proceda de la Compilación aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril, en cuyo texto muy pocas modificaciones importantes introdujo la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985, que al tiempo que la suprimía el Capítulo II dedicado al "Consejo de Familia" (art. 19, ahora sin contenido), introducía "ex novo" una concreta actuación de la Junta de Parientes en el art. 16; pero que en nada ha cambiado el tratamiento legal de la institución tutelar ni su carácter familiar, que ya en su parquedad, informaba los arts. 8 y 9 del Apéndice de 1925, referidos sólo al nombramiento de tutor.

Sexto. Si desde el ámbito del derecho positivo (la Compilación), pasamos a examinar el derecho histórico plasmado en los Fueros y Observancias, bien puede decirse que tampoco éstos ofrecen una regulación sistemática de la tutela, de suerte que de los Fueros y Observancias es posible que uno de los principios que pueda extraerse es el de que los tutores y, en su caso, los curadores, en el ejercicio de su oficio o cargo, han de proceder bien y lealmente, procurando el bien, provecho y utilidad de sus pupilos (Fuero 2 De Tutoribus). Tanto en los Fueros como en las Observancias y en la doctrina tradicional aragonesa, se distingue entre la tutela (aplicable a los menores de edad) y la curatela (que es la institución propia de los incapacitados e incluso de los pródigos en determinados supuestos); pero sin que se aprecien o establezcan diferencias en cuanto al ejercicio de una y otra figura. Y por lo que se refiere al poder de disposición de los bienes del pupilo por el tutor, tan sólo existe una fuente que se ocupe del problema —la observancia 6ª del Libro V, que dedica sus nueve Observancias a los "tutores, curadores y cabezaleros"— y en cuya Observancia 6ª se establece la necesidad de la autorización del Juez para la venta de bienes inmuebles del pupilo: "Item observatur, quod tutores non possunt vendere bona inmobilia pupillorum sine auctoritate Judicis, et Juez debet cognoscere si necessario bona debent vendi antequam prestat suam auctoritatem". De ahí que la doctrina entendiéndose unánimemente que el tutor o curador precisará de la autorización judicial para disponer válidamente de los bienes inmuebles de su pupilo.

Si la promulgación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y la vigente de 1981 produjeron un vivo debate sobre si tales leyes habían supuesto la derogación o no del Cuerpo de los Fueros y Observancias de Aragón, es lo cierto que de una manera cada vez más intensa, sobre todo después de la promulgación del Código Civil, se puede observar una penetración

y recepción del Derecho del Código en materia de tutela y que a pesar de los importantes proyectos que se elaboraron hasta la promulgación del Apéndice de 1925, esa corriente no cristalizó en esa norma que al propio tiempo que derogaba el Cuerpo de los Fueros y Observancias (Disp. final art. 78), tan sólo dedicaba a la tutela los arts. 8 y 9. Lo que motivó el hecho de que salvo esas dos particularidades se continuara aplicando el Derecho común en materia de tutela. Y aunque en varios proyectos anteriores a la Compilación de 1967 se efectuaba un tratamiento más sistemático de la tutela, en cuanto a su delación, pluralidad de designaciones, contribución a las cargas, protutor y Consejo de familia y alguna otra particularidad, sin que en ninguno de esos proyectos ni en la Compilación, como hemos visto, se haya abordado el tema del ejercicio de la tutela, deferido tácitamente a la regulación del Código Civil, como en otras épocas, salvo en las muy concretas particularidades o referencias que en algún otro artículo de la Compilación, fuera del Capítulo de la tutela, se hacen a algún aspecto de ésta, como veremos.

Séptimo. Si a ello se añade la exigüidad de las normas reguladoras de la tutela hace sumamente dificultosa la tarea de encontrar no sólo el espíritu que inspira esa regulación, si que también la finalidad que la preside, esa dificultad se acrecienta cuando se trata de indagar la costumbre y los principios generales del Derecho para integrar la peculiar normativa aragonesa, que nos permita superar algunas de las numerosas lagunas que presenta la regulación de la tutela y sobre todo, su ejercicio, en la Compilación. Y respecto del ejercicio de la tutela, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 16 de la Compilación, creemos que en el ejercicio del poder de disposición del tutor sobre los bienes inmuebles de su pupilo, únicamente podrá ejercerlo en los casos y formas establecidos en la tutela deferida en testamento o en otro instrumento público (art. 15 de la Comp.), por aplicación del principio " *Standum est chartae* ", sancionado en el art. 3 de la Comp., por cuanto no existe norma imperativa que lo impida; antes al contrario, se halla expresamente permitido en el párrafo 2 del art. 16 ya citado. Fuera de ese principio, creemos que no se conoce costumbre vigente en Aragón ni principio tradicionalmente observado o inspirador del Derecho histórico aragonés que permite la venta de bienes inmuebles del incapaz sin autorización judicial, al contrario, los usos sociales y familiares ponen de relieve que la recepción del Derecho del Código Civil en Aragón y la falta de normativa a este respecto, que se aceptaran la disposiciones del Código Civil, que antes de la reforma introducida por la Ley 13/ 1983, de 24 de octubre, requería la previa autorización del Consejo de Familia para la venta por el tutor de bienes inmuebles pertenecientes a su pupilo (art. 269.5º del C.c., vigente hasta esa reforma) y ahora requiere la autorización judicial conforme a lo dispuesto en el art. 271.2º del C. c., suprimido como ha sido el Consejo de Familia, al igual que ha desaparecido de la Compilación (art. 19 sin contenido), después de la Ley autonómica de 1985, que introdujo " *ex novo* " la regulación de la Junta de Parientes en el Capítulo III, que muchas concordancias o semejanzas tiene con el suprimido Consejo de familia.

Octavo. No obstante lo dispuesto en el anterior fundamento jurídico, si consideramos la cuestión planteada desde la óptica de la Junta de Parientes, de las facultades y funciones que legalmente corresponden a este órgano parental surgido del pacto y de la costumbre, en íntima vinculación con la Casa aragonesa, de tanto abolengo y arraigo hasta tiempos recientes en las regiones pirenaicas y hoy regulada, por primera vez, de una manera que se pretende sistemática en los artículos 20 a 22, ambos inclusive, de la Compilación, dado que el Apéndice se limitó a aludir a la intervención de dos parientes de los cónyuges -"los más cercanos y de más edad"- para un supuesto determinado (art. 58 párrafo 3º del Apéndice de 1925), tampoco ni de la normativa legal ni de sus precedentes históricos, obtenemos disposición o costumbre alguna directamente aplicable al supuesto controvertido.

Legalmente, porque el Capítulo III (arts. 20 a 22 de la Compilación) que regula la Junta de Parientes en cuanto a su llamamiento, composición, constitución y funcionamiento (arts. 20 y 21), contempla tres supuestos distintos de llamamiento de ciertos parientes: a) por disposición de la Compilación (arts. 5,6,9,10,13, 16, 17, 27, 31, 49, 85, 87, 103 y 117 de la

Compilación); b) por costumbre y c) por acto jurídico; parientes que reunidos en Junta interpondrán en aquellos asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas (art. 20.1º de la Comp.). Ya hemos dicho que no existe disposición alguna que prevea la intervención de la Junta de Parientes en los actos de disposición de los bienes de un incapaz otorgados por el tutor, pues ni lo previsto en el art. 13.2 ni lo dispuesto en los artículos 16.1º y 17 de la Compilación parecen ser directamente aplicables al supuesto a que se contrae el presente recurso. El primero de ellos, porque se está refiriendo a los administradores de los bienes del menor de 14 años y ni menciona al tutor —aunque comúnmente sea “administrador”— ni cabe aplicar esa particular norma, por analogía, al tutor del incapaz mayor de edad, que ha sido nombrado judicialmente y no en testamento o escritura pública. Y no cabe confundir, en cualquier caso, la asistencia para los actos de disposición de bienes de menores de edad, con las facultades del tutor que sólo pueden estar definidas en testamento o escritura pública (arts. 15 y 16.2 de la Compilación) o, en su defecto, en el Código Civil.

Consuetudinariamente, tampoco se ha constatado la existencia de una costumbre que prevea la intervención de la Junta de Parientes en los supuestos de venta de bienes de incapacitados efectuada por el tutor, lo que parece lógico si se considera que la Junta o Consejo de Parientes es una institución aragonesa que surgió en íntima vinculación con la Casa, aragonesa, a cuyo amparo se desarrolló la Junta de Parientes, que es de carácter típicamente familiar, aunque también se le atribuyan funciones en materia sucesoria. Y aun cuando se ha dicho que toda norma consuetudinaria o costumbre requiere un primer acto inicial que dé origen a la misma, no parece sea el acto más adecuado para iniciar una costumbre normativa, un resolución, de la naturaleza de la presente, cuando no existe precedente alguno que se conozca y cuando los usos sociales y familiares aparentan ser muy diferentes.

Noveno. Tampoco, creemos, que pueda extraerse un posible principio normativo desde el reiterado llamamiento que a la intervención de la Junta de Parientes efectúa la Compilación con preferencia a la autoridad judicial, porque esos llamamientos de la Junta de Parientes tienen una finalidad muy diversa en la propia Compilación y es muy variada la eficacia que a esa llamada reconocen los distintos preceptos que la imponen, siempre que tales actos no se hallen “sujetos a norma imperativa” (art. 20º.1 de la Comp.). Tales actos en los que la Compilación llama a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez de Primera Instancia, podemos clasificarlos de la siguiente manera: a) actos relativos al ejercicio de la tutela, son los previstos en los artículos 5, 16, 17 y 27 de la Compilación; b) actos que pueden estar relacionados o no con el ejercicio de la tutela (arts. 6 y 13.2 de la Comp.); c) actos relacionados con el ejercicio de la autoridad familiar carentes de contenido económico (arts. 9º.2 y 3 y 10º de la Comp.) y d) otros actos de familia o sucesorios que no tienen relación con el ejercicio de la tutela ni de la autoridad familiar (arts. 31, 49, 85, 87, 103 y 117 de la Comp.).

Décimo. A los efectos perseguidos en la resolución de este recurso gubernativo, tan sólo ofrecen interés aquellos que se ha incluido en los apartados a) y b) de la clasificación que son los que con un contenido económico, se refieren o pueden referirse al ejercicio de la tutela del menor de edad (arts. 5, 6 y 13 de la Comp.), ora a la tutela en general, con inclusión tanto de los menores como de los mayores de edad declarados incapaces (arts. 16 y 17 de la Comp.). Pues bien, sin necesidad de acudir a la diferenciación doctrinal entre tutela “ad bona” (arts. 5, 6 y 17 de la Comp.) y tutela “ad personam” (art. 16), bastaría decir que ni de la hermeneútica de los preceptos que directamente se refieren al ejercicio de la tutela y que estamos examinando ni desde la exégesis más favorable a la búsqueda de un espíritu o principio informador de esas normas, pueden fundadamente extraerse un valor jurídico uniforme que no ya sólo hunda sus raíces en lo que el art. 1º.1 de la Compilación denomina “principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico”, sino que ni siquiera, en criterio del Juzgador, puede considerarse que ese conjunto de normas cuyo examen estamos realizando, estén inspiradas por un principio general que permita fundar el llamamiento o intervención de la Junta de Parientes, con preferencia a la del Juez, en toda clase de actos de disposición de bienes inmuebles por parte del tutor de la persona sometida a tutela, ya se trate de un

menor de edad, ora de un mayor de edad incapacitado; puesto que ni legalmente ni doctrinalmente es reducible a los mismos términos y limitaciones la capacidad de obrar de un menor, por razón de su edad, que la de una persona mayor de edad que sido declarada judicialmente incapaz. De ahí que entienda el Juzgador que no cabe confundir la asistencia exigida en los arts. 5 y 6 de la Comp. con las facultades de disposición de tutor ni con la asistencia de la Junta de Parientes; ni pueda ser materia de interpretación extensiva o análoga a la tutela lo dispuesto en el núm. 2 del art. 13 de la Compilación que faculta al "administrador" (y no cabe duda que el tutor del incapaz declarado judicialmente, es administrador, salvo que haya sido designado otra persona como administrador de quien dispuso a título gratuito de bienes a favor del pupilo, según el art. 16.2 de la Comp.), para disponer de los bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos "con autorización de la Junta de Parientes o del Juzgado de Primera Instancia; pues no parece legítimo que ante la casi total ausencia de normas reguladoras de la tutela en la Compilación y su precedente legislativo más inmediato - el Apéndice de 1925 -, la heterogeneidad que en esta materia se observa en Fueros y Observancias e, incluso, la parcial regulación de la tutela que se pone de manifiesto en los diversos proyectos de Compilación surgidos, antes y después del Apéndice hasta la promulgación de la Compilación, no permiten, a nuestro juicio, a partir de estos preceptos, que de forma sistemática y tan específica se refieren al tutor de los menores de edad, sean trasladables, sin más, a la tutela del incapacitado, con base solamente en la llamamiento de la Junta de Parientes para prestar su autorización a un acto de disposición de bienes raíces y construir todo un sistema o principio general de obligada observancia, función que si ciertamente corresponde investigar y decidir al intérprete obligado a aplicar el Derecho, ha de estar, en todo caso, fundada sobre bases sólidas, sobre principios generalmente aceptados por la doctrina y que no resulten extraños a la letra o al espíritu de la ley, sobre los que se asienta el principio de la seguridad jurídica que es un principio constitucional (art. 9.2 de la Const. esp.), de obligatoria observancia, ni avalado por los usos o prácticas sociales o familiares aragoneses. De ahí que entendamos, pues, que este caso concreto no regulado en la Compilación, sin posibilidad legal de que pueda decirse que se halla amparado por la costumbre o por los principios generales que tradicionalmente inspiran el ordenamiento jurídico aragonés, haya de aplicarse el Código Civil con carácter supletorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º1 y 2 de la Compilación y exigiendo el art. 271 de dicho Cuerpo legal, la autorización judicial para que el tutor pueda enajenar bienes raíces de su pupilo mayor de edad declarado incapacitado, procede con desestimación del recurso, confirmar la nota calificadora del Registrador de la Propiedad.

Undécimo. Que conforme a lo previsto en los arts. 118 y 130 del Reglamento Hipotecario, no procede efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación de este recurso; y sin que contra esta resolución quepa recurso, con arreglo a lo dispuesto en el art. 29 Uno e) de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo preceptuado en la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados.

El Excmo. Sr. D. José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

ACORDÓ: La desestimación del recurso gubernativo interpuesto por el Notario D. XXX contra la calificación del Registrador de la Propiedad núm. Trece de Zaragoza, de fecha 28 de mayo de 1992, por la que se denegaba la inscripción de la escritura de compraventa otorgada por D^a XXX a favor de D. XXX sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación del recurso y sin que contra la presente resolución proceda la interposición de recurso de alzada.

Así lo acordó, mandó y firma el Excmo. Sr. Presidente en la fecha inicialmente expresada.

Intervención de D. Emilio LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA
(Coponente)

LA JUNTA DE PARIENTES DESDE LA ACTUACIÓN NOTARIAL

A diferencia de la constitución de la Junta de Parientes con intervención judicial, que no ha tenido mucha aceptación, su constitución notarial con arreglo a lo establecido en el artículo 20.5, ha sido muy efectiva y útil en la sociedad aragonesa, tanto es así que es raro el día que no se constituya alguna en las notarías aragonesas. Las razones que han llevado a esta efectividad son dos: La economía y la agilidad, elementos imprescindibles en la sociedad del último tercio de siglo.

Sin embargo y antes de entrar en el estudio de la constitución mediante fe pública de la Junta de Parientes permítanme un inciso sobre la historia de la Institución que considero imprescindible para probar lo asertado.

La Junta de parientes nunca ha tenido un carácter pacífico en nuestro derecho, nace como simple pacto en testamentos y capitulaciones matrimoniales al amparo de los fueros "de contractibus coniugum" y "de liberationibus et absolutionibus" y de la Observancia 1ª "de iure dotium" y donde se establecían las fórmulas para la intervención de los parientes.

Cuando la promulgación del código Civil impelió a los juristas aragoneses a plantearse un código de leyes aragonesas, se procedió a una serie de reuniones de juristas aragoneses que cubrieron el espacio de tiempo desde el 4 de Noviembre de 1880 a 7 de Abril de 1881 y que, previo formulario, se determinarían las instituciones consuetudinarias aragonesas que tendrían que formar parte del nuevo código de leyes. No se introdujo de entrada en el cuestionario la junta de parientes o consejo de familia, fue como tema adicionado y a propuesta de Joaquín Costa la posibilidad de introducir en el Código Civil aragonés el consejo de Familia. Se dividieron los criterios para su aceptación o no y al final esta cuestión fue olvidada.

De ello se deduce que no había unanimidad de criterios acerca de la valía de la institución con autonomía propia y sólo como cláusula consuetudinaria en algunos heredamientos y capitulaciones matrimoniales del alto Aragón sin que en el resto de la región fuera demasiado conocida. Tampoco se puede decir que el Apéndice de 1925 lo regule pues sólo el artículo 58, párrafo 3º se refiere accidentalmente a la intervención de cuatro parientes, dos por cada rama, pero ello refiriéndose a las capitulaciones matrimoniales, y lo más seguro por imposición aragonesa de los fueros antes indicados.

La Institución comienza a tener un tratamiento autónomo a partir del estudio que sobre el tema escribió Sainz de Varanda en el Anuario de Derecho Aragonés en el que comienza a determinarse la adaptación de la Junta de Parientes a la sociedad del siglo XX y estudia las posibilidades que se plantean en la sociedad aragonesa y su posible aplicación.

Los anteproyectos de Compilación elaborados por la comisión de jurisconsultos aragoneses pretendieron la puesta al día y para ello se basaron no solo en la institución puramente aragonesa sino también en la Junta de Parientes o Código de Familia que recoge el Código Civil Alemán-B.G.B. adaptándolo a las necesidades del

Derecho aragonés y estableciendo una más minuciosa regulación sin perjuicio de mantener la Junta formada por actuaciones consuetudinarias. Con ello se recogen dos fórmulas distintas de la institución: la basada en el derecho consuetudinario que postulaban Costa y sus seguidores, y una fórmula más moderna cuya actuación queda incorporada a derecho positivo en situaciones de Derecho de Familia y Sucesorio.

La Compilación de 1967 recoge lo expresado y establece una serie de casos en su articulado en los que puede nacer la Junta de Parientes, sin olvidar su actuación y composición consuetudinaria; pero ha sido la reforma de 1985 la que ha dado a la institución una mayor utilidad con la incorporación de los artículos 9, 10, 16, 49 y la modificación del 20.

Una vez expuesto el sentido en que se puede interpretar la situación actual de la Junta de Parientes, y para tratar de su efectividad voy a relacionar los requisitos que para constituir la notarialmente se precisan y un estudio de los mismos:

El propio número 5 del artículo 20 impone que haya unanimidad de los parientes en su decisión de constituir la Junta y esta unanimidad debemos hacerla extensiva a las personas que solicitan su constitución, cuando ésta está basada en las normas positivas, y así lo recoge el artículo 9,2 sobre la crianza y educación de los hijos, y el artículo 49,2 en los desacuerdos conyugales referentes a la administración del patrimonio. Luego en los casos en que no haya unanimidad no se podrá constituir la Junta de Parientes y habrá que acudir al procedimiento judicial correspondiente.

Otro requisito imprescindible es la idoneidad de los miembros que van a constituir la Junta y que deberá determinar el Notario, bien por su propio conocimiento, bien por las declaraciones de cualesquiera de los interesados legitimados; la colisión de intereses, la animadversión entre miembros de la misma familia o dudas sobre su capacidad mental serán razones para que el notario pueda vetar a un miembro. Sin embargo esta cuestión fue tratada ya por la Comisión de Jurisconsultos de los años 1.980-1.981.

Al suprimirse en la reforma de 1.985 la necesidad de que la actuación notarial de la Junta de Parientes tendría que realizarse de una sola vez y para un asunto determinado ampliando el texto a "asunto o asuntos determinados", da pie para entender que la misma Junta puede entender de varios asuntos puntuales en una sola actuación o en varias con la misma composición de la Junta, pues, lo único que se exige es que sean asuntos determinados y no genéricos.

La constitución de la Junta de Parientes con arreglo a lo establecido en el artículo 20.1 de la Compilación podrá derivarse de una de estas tres posibilidades:

1. Los actos que expresamente establece la Compilación en su articulado, bien con carácter optativo, bien exclusivo, aunque hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos se establece una posibilidad opcional, salvo en el art. 5 que por su propia idiosincrasia no recoge la actuación de la autoridad judicial, aunque entiendo que la falta de acuerdo siempre permitirá acudir a los tribunales.

2. La costumbre. Esta referencia al derecho consuetudinario es imprescindible si se entiende que con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la Compilación, la costumbre tiene el carácter de elemento integrador del derecho positivo y además actúa como fuente; la necesidad de su prueba dará lugar a que quede reducida su actua-

ción, dada su novísima redacción al propio derecho histórico de poca relevancia en la actualidad dado que:

Los heredamientos y capitulaciones matrimoniales de institución contractual de heredero están casi en desuso por la pérdida de la unidad familiar constituida por la "casa".

La explotación agraria que era la razón de su mantenimiento se encuentra en estado agónico ya que las normas europeas van en contra de ese tipo de explotaciones agrarias y subvencionan su abandono.

Los pueblos Altoaragoneses, donde se aplicaba la costumbre de invocar la Junta de Parientes, se han vaciado, como resultado de lo expuesto anteriormente y los que se mantienen han tenido que reciclar a los vecinos hacia una economía de servicios.

3. Acto Jurídico. Se puede entender en dos sentidos: en una interpretación restringida se referiría a los actos en que una familia aragonesa, basándose en el "Standum est Chartae", así lo previniere, es decir, testamento o capitulaciones matrimoniales. Pero si se entiende en una interpretación amplia, como admiten muchos juristas, bastará que así lo decidan de común acuerdo los miembros de una familia para que puedan acudir a una notaría y formalizar la constitución de una Junta de Parientes para cualquier asunto dentro de los límites de "imperatividad" establecidos en el artículo 20.

Las actuaciones de la Junta de Parientes, recoge el artículo 20 de la Compilación, deberán referirse exclusivamente a asuntos familiares y sucesorios, refiriéndome al ámbito de las relaciones familiares, recogidas en la Compilación las voy a desglosar en dos parcelas: paterno-filiares y conyugales.

Las actuaciones notariales de la Junta de Parientes en relaciones paterno-filiares son las que se emplean con asiduidad en las notarías y son recogidas con más profusión en el articulado de la Compilación, a vía de ejemplo:

- Artículo 5.2 asistencia a mayores de 14 años, se establece una jerarquía que termina en la Junta de Parientes.
- Artículo 6 rendición de cuentas del menor, mayor de 14 años.
- Artículo 9.2 discusiones en la crianza y educación de los hijos.
- Artículo 10.2 nombramiento de quien va a ejercer la autoridad familiar.
- Artículo 13.2 disposición de bienes de menores, la que más se emplea por economía y agilidad.
- Artículo 16.2 determinación de tutor, que debería ser objeto de estudio independiente.
- Artículo 27 capitulaciones matrimoniales por parte de menores.

Estas normas de derecho positivo no producen el cierre de la actuación de la Junta de parientes en actuaciones paterno-filiares pues siempre que haya colisión entre padres e hijos se podrá constituir, bien se trate de oposición de intereses econó-

micos, como donaciones de padres a menores sin capacidad para aceptarlas, u oposición personal, como otorgar poderes para pleitos.

No puedo decir lo mismo en cuanto a la actuación de la Junta de Parientes en relaciones conyugales, parece que se mira con cierto recelo en la Compilación, debido presumiblemente a la propia idiosincrasia de sus relaciones y ello se comprueba con sólo leer su articulado:

– Artículo 49 que a falta de acuerdo entre los cónyuges se remite al procedimiento judicial.

– Artículo 51 se remite al procedimiento judicial para la venta de la vivienda familiar.

– Artículo 76.2 la extinción del derecho expectante de viudedad queda adjudicada a la autoridad judicial.

– Artículo 7, referido a la ausencia de un consorte.

Por ello entiendo que la actuación de la Junta de Parientes en las relaciones conyugales no está en el ánimo del legislador y en realidad no se lleva a efecto de una manera continuada, son escasísimos los casos que se dan precisamente por las colisiones entre los parientes de las dos ramas que atenderán más a intenciones afectivas respecto a sus propios parientes que respecto a la equidad del acuerdo a tomar, estos parientes no tendrán demasiados lazos de unión entre sí lo que producirá desavenencias y recelos que se evitan en el procedimiento judicial.

En las relaciones sucesorias en cuanto son previstas en instrumento previo, habrá que regirse por el principio de libertad recogido en el “*Standum est Chartae*” y el contenido de la Compilación actuará como complemento, en el caso de que sea preciso, de lo establecido por las partes o testadores.

CASOS EN QUE SE PUEDE AMPLIAR LA JUNTA DE PARIENTES

Sin perjuicio de hacer constar que se trata de una institución viva, en pleno desarrollo y vigencia en el tiempo entiendo que sería beneficioso estudiar la ampliación de la actuación de la Junta de Parientes a casos que si bien rayan al principio de limitación establecido por las normas imperativas, nos llevarían a una situación beneficiosa, y me estoy refiriendo a la ampliación que recoge la Compilación para los menores, a los incapacitados ya que el principio es el mismo y los resultados serían beneficiosos para aquello: cabría legislar la posibilidad de que el tutor, nombrado por el Juez competente, pudiera enajenar bienes del incapacitado directamente, con la aprobación de la Junta de Parientes, sin necesidad de subasta pública ni intervención judicial, resultaría un mayor beneficio para el incapacitado que obtendría con mayor agilidad, una más justa contraprestación económica. Esta actuación está en plena vigencia debido a la gran cantidad de incapaces ingresados en instituciones de alto costo que obligan a complementar sus hipotéticas pensiones mediante venta de bienes.

Nos dirigimos hacia una sociedad gerontológica, cuyos miembros producen un alto costo a la sociedad activa y habría que legislar una mayor intervención de la

Junta de Parientes para proteger a los discapacitados en razón de la edad dejando en manos de su familia como complementaria del tutor o sin él, según su capacidad, la actuación en determinadas funciones.

Si la Compilación admite la venta de bienes de menores con el complemento de la Junta de Parientes no encuentro impedimento para que la misma actuación legal se pueda llevar a cabo con nuestros mayores e incapacitados.

Como contrapartida encuentro algunas normas de derecho positivo, recogidas en la Compilación que deberían ser suprimidas o modificadas, y con ello me refiero a los números 2 y 3 del artículo 21 por el criterio de unanimidad expuesto anteriormente ya que entiendo que en caso de empate o falta de acuerdo habrá de acudir al procedimiento judicial correspondiente. También entiendo que si por lo expresado por mi compañero, D. Antonio PASTOR, la constitución judicial de la Junta de Parientes no ha dado los resultados apetecidos, sería preciso un mayor estudio para su aclimatación a los tiempos actuales, y eso no fuera posible su desaparición.

COLOQUIO

Moderador: D. Serafín ANDRÉS LABORDA
(Decano del Colegio de Procuradores de Zaragoza)

Queda abierto el diálogo, y a cualquiera de los ponentes les podéis hacer las preguntas que deseéis; pero os pido por favor que, antes de comenzar, digáis vuestro nombre para facilitar la posterior transcripción del coloquio.

Adolfo Calatayud. Notario.

Reconozco que no domino la materia procesal con la profundidad de la mesa, pero de todos modos no acabo de entender el recelo que existe hacia la posible invasión de funciones puramente jurisdiccionales por parte de la Junta de Parientes. Desde mi relativo desconocimiento yo creo que ningún artículo de la Compilación, de los que atribuyen competencias a la Junta de parientes está invadiendo funciones jurisdiccionales. En mi modesta opinión, la Junta de Parientes es un órgano familiar, igual que lo es el padre, el tutor, o el protutor, como lo era el Consejo de Familia. Son órganos familiares a los que la Ley atribuye la adopción de determinadas decisiones en materias de índole familiar, entre las que está la administración, incluso la venta de los bienes de los hijos; y esas decisiones no se inmiscuyen en el fenómeno jurisdiccional de interpretar y aplicar normas objetivas.

Creo que en última instancia lo que hay detrás de este debate, como de hecho se ha comentado en la mesa, es la discusión sobre si este tipo de decisiones dentro del ámbito familiar se deben adoptar por órganos judiciales, que a mi juicio cuando intervienen no lo hacen en uso de sus competencias estrictamente jurisdiccionales sino más bien es un ámbito de jurisdicción voluntaria, y o si es mejor que estas cuestiones las resuelvan órganos dentro de la familia. Y yo creo que, bueno, hay una cierta desconfianza a veces, como se ha comentado, respecto de los órganos familiares que, en mi opinión es injustificada, por lo menos en la mayor parte de los supuestos. Si bien durante los años 70 y principios de los 80, se tendía a soluciones judiciales en estas materias familiares, en estos momentos la tendencia es la contraria, y de hecho podemos ver en el Código de Sucesiones de Cataluña, que se ha introducido una figura, calcada de la Junta de Parientes, porque responde a una realidad sentida, para determinadas cuestiones. Insisto en las que yo no veo que realmente se estén invadiendo competencias jurisdiccionales.

Ángel Bonet Navarro. Ponente

No hay ninguna injerencia en el mundo de lo jurisdiccional por parte de la Junta de Parientes, porque si la hubiera sería inconstitucional, o sea, que realmente yo estoy de acuerdo totalmente con Don Adolfo Calatayud. No hay ninguna injerencia, ni puede haberla, de ahí que puede ser oportuno recordar lo que decía Antonio Pastor sobre la imposibilidad de que algún día se legisle acerca de esta cuestión, pero lo que ocurre es que, en la Compilación nos encontramos con una serie de preceptos en los que no se están resolviendo sólo cuestiones, vamos a decir de jurisdicción voluntaria en ese sentido integrador que tiene la jurisdicción voluntaria. En ciertos preceptos se hallan disposiciones que tienen algo que ver con la decisión de conflic-

tos, y la decisión jurídica de conflictos es algo que tiene que ver con la jurisdicción. No es que necesariamente tengan que resolverse estos conflictos por la jurisdicción estatal, sino por la jurisdicción —que lo es— arbitral; pueden resolverse también por el arbitraje, porque también es un órgano de decisión de conflictos. En el arbitraje hay un órgano de decisión de conflictos por medio de un tercero. Y aquí es donde surge inmediatamente el problema: al examinar la función de la Junta de Parientes, ¿estamos ante un arbitraje? Y hay que responder; no. Porque, si con ocasión de regular en el futuro la función de la Junta de Parientes se le atribuyera auténtica función arbitral, se produciría una injerencia en este sentido, estaríamos también en el terreno de lo inconstitucional. Por tanto hemos de dar un paso más. Si esta institución no es una auténtica instancia arbitral, cuando nos referimos a su función, ¿de qué estamos hablando? Por medio de ella se está resolviendo un conflicto ciertamente, pero por un sistema de autocomposición, en el que indudablemente existe un órgano mediador que es la Junta de Parientes, al modo de los arbitradores que están mediando para aproximar a las partes en definitiva; para proponerles un acuerdo por el que pasarán las partes, si quieren. Pero si no lo acatan, no hay más remedio que acudir al Juzgado para exigir su cumplimiento judicialmente. No ha actuado la Junta de Parientes como órgano arbitral.

Adolfo Calatayud

Lo que pasa es que, en mi opinión, ese conflicto no es un conflicto de los que produce la necesidad de una intervención jurisdiccional. Sencillamente la Ley determina que en caso de existir un conflicto la decisión pasa a otro órgano familiar, pero no es un conflicto en el que se esté discutiendo sobre la aplicación de una norma jurídica objetiva, con unos requisitos objetivos, que el juez pueda determinar si se han cumplido o no se han cumplido, y pueda haber la correspondiente apelación para resolver si esa decisión es ajustada a derecho. Estamos dentro de las potestades familiares donde hay un amplio arbitrio, y la ley puede decir: “bueno, que lo resuelva el juez”, o puede decir, “bueno, que lo resuelva un órgano familiar”. Pero, insisto, yo no veo ahí que se esté en materia jurisdiccional.

Ángel Bonet

Respecto de la decisión de lo que es ajustado a derecho y no es ajustado a derecho, o si se está aplicando o no se está aplicando bien el derecho, a mí lo que se me ocurre simplemente es argüir con la cita del artículo 103 de la Compilación. El artículo 103 dice: podrá también el disponente revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código Civil sobre donaciones, pero el incumplimiento de condiciones o cargas habrá de ser grave, según parecer de la Junta de Parientes. Decidir sobre el grave incumplimiento de las condiciones o cargas implica un juicio sobre hechos y sobre el derecho, del que depende un efecto jurídico revocatorio de las disposiciones sucesorias paccionadas. Ese juicio decisor se atribuye a la Junta de Parientes e indudablemente es un presupuesto material de la ulterior revocación. ¿No hay aquí una actividad equivalente a la jurisdiccional?

Adolfo Calatayud

Ese es el supuesto más complicado...

Ángel Bonet

A mí me parece que aquí, en este supuesto, hay una decisión sobre el derecho.

Adolfo Calatayud

Bueno, probablemente ese es el supuesto más complicado. En ese supuesto estoy de acuerdo. Pero en los demás no veo ningún atisbo de duda.

Antonio Pastor. Coponente

Lo que pasa es que las relaciones paternofiliales, son muy cariñosas, son muy delicadas pero están reguladas por el Código Civil; de hecho se puede privar de la patria potestad, es decir, el derecho a corregir al hijo está regulado, y puede ser susceptible de inspección judicial, hasta qué límites como... Quiero decir que lo normal es que eso no acceda a la jurisdicción, pero en absoluto está vedado, y es una relación totalmente ajena a lo que se puede considerar pecuniario, pero evidentemente eso está recogido, y se puede privar de una patria potestad por un abuso del derecho a la corrección, por ejemplo. Entonces no se puede privar a las decisiones, ni del padre ni de la Junta de Parientes, el que alguien pueda llevarlas, incluso el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de sus obligaciones del Estatuto Orgánico a la jurisdicción. Claro, es fortísimo privar de una patria potestad, pero a lo mejor por actos que no tienen nada que ver con los bienes del menor o del hijo, vamos. Es una opinión, no sé si le contesto.

Antonio López Millán. Magistrado

Querría hacer alguna matización y hacer alguna sugerencia a los ponentes. En primer lugar, con respecto a Emilio Latorre, quiero decirle que por ahora la experiencia de los Juzgados, sobre todo de los Juzgados de Familia no puede ser tan optimista como la de él, porque en ocho o nueve años de actuación, prácticamente dos o tres supuestos se han visto, en tanto que tenemos cerca de 100 tutelas vivas en funcionamiento. ¿A qué se debe? Pues posiblemente los profesionales del Derecho, optan más por la tutela que por la Junta de Parientes en autoridad familiar. Primero, la primera sugerencia que quería hacer es, puesto que se trata el tema de la extensión a otros posibles supuestos, ya se trató en la última ponencia que hubo y me gustaría saber cuál es el criterio de los ponentes. Por lo que se refiere a los procedimientos de tipo familiar, el compañero ha dicho que esa no es una cuestión pacífica evidentemente, que realmente es controvertida. Yo distinguiría, en los procedimientos de tipo contencioso y en los consensuales.

Así como el principal motivo es que yo entiendo que no cabe la actuación de la Junta de Parientes en modo alguno, porque los diversos artículos del Código Civil ya los regulan. Si me parece que lo que hay aquí es lo que me gustaría poner cuál es la opinión. En los procedimientos consensuales si podría tener algún tipo de actuación la Junta de Parientes, dado que en estos casos el acuerdo de las partes, la voluntad de las partes está por encima de la norma. Y sobre todo, quitando algunos supuestos como podrían ser la privación de la patria potestad, que evidentemente no cabría en un procedimiento de tipo consensual, sí en cuanto a la regulación de pensiones, en la regulación de guarda y custodia, etc., también quería hacer por ejemplo con respecto a las funciones de la patria potestad, que si bien el artículo 156 regula como debe actuarse en caso de discrepancia, quizá eso de dejar oír a las par-

tes, y es un escuchar a los hijos y dejar a la voluntad de una de ellas que decida, algo así como la fijación de domicilio, el artículo, creo que es el 74, si sería posible, si es viable, si ven que hay alguna posibilidad de la actuación de la Junta de Parientes. Tengo noticias, a través del Grupo de Psicólogos que hay, que se está creando una serie de grupos de psicólogos no reconocidos y que tienen competencia para poder actuar, pero sí que acuden a la forma de mediación. Sería posible de la Junta de Parientes, que pudiera actuar en los procedimientos consensuales, ¿es factible eso?

Ángel Bonet. Ponente

Cuando, hace tiempo ya, me dediqué a estudiar el asunto de los procesos matrimoniales y caí precisamente en esta distinción: proceso contencioso, proceso no contencioso o consensual, rondó por mi cabeza una idea que creo que ha rondado por muchas cabezas. ¿Podríamos aquí oponer al proceso contencioso el que no es contencioso y hablar de que estamos en el mundo de la jurisdicción voluntaria?. Si las cosas son así, se nos arreglan muchos problemas. Anduve algún tiempo pensando que, en el proceso consensual, podría darse este género, a fin de cuentas era un fenómeno nuevo en España. Pero, si se examina bien el fenómeno y se examinan bien los elementos que integran el fenómeno, creo que hay que concluir necesariamente, que tanto en un caso –proceso contencioso– como en otro –proceso consensual–, estamos ante auténticos actos de jurisdicción, por tanto, proceso contencioso es jurisdicción, proceso consensuado, si se puede hablar así, es jurisdicción. Lo que no se puede hacer en uno, no se puede hacer en el otro, y lo que se puede hacer en uno se puede hacer en el otro. No sé si estoy contestando a lo que plantea Don Antonio López Millán, pero me parece que merece la pena tener en cuenta esta reflexión que hice hace algún tiempo y dejé escrita en el Comentario a la reforma del Código Civil de 1981, porque realmente, aunque es cierto que en el proceso consensuado los litigantes acuerdan sobre muchas cosas, hay algo que no se acuerda por ellos; si hablamos del divorcio, la disolución de matrimonio, a efectos civiles, por divorcio mediante sentencia. Y además, el convenio que llevan a cabo los cónyuges, también precisa la aprobación judicial.

Ahora bien, si algunas de estas cosas que se están negociando para elaborar el acuerdo o convenio, se logran por medio de la intervención de la Junta de Parientes, de alguna manera cabría pensar que se estaba introduciendo una decisión arbitral que escaparía al imperio jurisdiccional del art. 117.1 CE. Y entonces, tendríamos que decir; vuelta a empezar; planteemos las cosas desde el principio para ver si verdaderamente en estos aspectos se puede o no introducir una Junta de Parientes con funciones arbitrales. Veamos los términos de la propuesta. Si dice Don Antonio López Millán: “es que los psicólogos están actuando de mediadores”. Responderé que esto va muy bien, porque la mediación es un sistema –procedimiento– para la autocomposición. Pero su papel en el arreglo no trasciende, no va fuera, ni es la *ratio* de la exigencia de lo acordado. Porque la fuerza de obligar no depende del trabajo de los psicólogos o de esos mediadores, sino que se halla en el consenso que han logrado dos cónyuges, que es lo que, en definitiva, le proponen al juez para que, en su caso lo apruebe, porque, además, el juez tiene que examinar si eso es digno de aprobación o no.

Emilio Latorre. Coponente

Por la parte que me toca te contesto, en, por dos razones. Primero, el hecho de que los tribunales de justicia, no haya habido o no tengáis conocimiento de la constitución de muchas Juntas de Parientes, es debido al desconocimiento, al desconocimiento que hay en la institución. Precisamente con estas jornadas lo que se intenta es dar a conocer la Institución y ver las posibilidades que tiene. Pero la segunda parte que tu oponías, desde mi punto de vista, es decir aquí en esta ponencia cada uno tiene sus puntos de vista, estamos en lo siguiente: hemos hablado en el artículo 20.1 que se refiere a relaciones familiares. si precisamente dentro de una Junta de Parientes, si va a intervenir la Junta de Parientes cuando esas actividades o relaciones familiares se han roto, no entiendo su intervención. A parte que haya intervenido judicialmente, si aquí ha intervenido en teoría judicial en el nombramiento de un convenio o en la aprobación de un convenio, regulador no entraría, no sé, en la propia textura de la compilación, las facultades para modificar esa actuación judicial que se ha tenido de aprobar el convenio regulador.

Antonio Pastor. Coponente

Además, si tendemos a la naturaleza o a la raíz de la Junta de Parientes, cuya raíz es evitar el acudir a la jurisdicción oficial, evidentemente si tienen que acudir ya no es necesario. Si la pueden solucionar la Junta de Parientes fenomenal, que es lo que decía Emilio, pero si tienen que acudir a la jurisdicción, no hace falta la Junta de Parientes, vamos, es mi opinión, ¿no?, que sea jurisdicción contenciosa o consensuado.

Jesús Solchaga. Abogado del Estado

Volviendo al tema del carácter vinculante o no, de Jurisdicción o no, de las decisiones de la Junta de Parientes, yo he escuchado con muchísima atención y atendiendo a las exposiciones, creo en principio que efectivamente la Junta de Parientes en general, puesto que hay supuestos muy distintos, no se limita a integrar a un negocio jurídico, sino que incide una controversia, pero me resisto a pensar que sin carácter vinculante, cuando la compilación permite a los interesados optar de forma alternativa y en plano de igualdad, por la Junta de Parientes o la jurisdicción, o al Juez de Primera Instancia. Yo creo que efectivamente, como decía el Profesor Bonet, el principio de tutela judicial efectiva, como derecho, dificulta la concepción que en épocas históricas ha tenido, de exclusión de la jurisdicción, en un conflicto familiar, recomendado por convenio de los interesados a la Junta de Parientes, pero esto a mí me permite afirmar o concluir que en estos supuestos, el acuerdo de la Junta de Parientes no sea vinculante, no sirva para nada, porque en definitiva, cualquiera de los que no estén de acuerdo con la decisión, podrá ir al juez y el juez decidirá. A mí me parece que es una visión pesimista, es decir, puede ocurrir que sí sea difícil, por ejemplo, por seguir el ejemplo que se ha puesto antes, que en el artículo 49, en torno a una Administración o disposición de bienes, que en caso de discrepancia y acudiendo a la Junta de Parientes, los parientes tengan dificultad por parte de la independencia de llegar al acuerdo, apoyando a sus respectivos cónyuges, de cuya procedencia o tronco familiar como pertenecen, pero nosotros, en muchos casos, puede ocurrir que por las circunstancias concretas de comportamiento de las personalidades de alguno de los cónyuges, su pariente, que integra la Junta, tenga unos criterios que discrepen del suyo, que se puede llegar a acuerdo.

Pero sobre todo, lo que yo quiero decir es que, a mí me parece posible interpretar en intervención del juez posterior, que desde luego no descuido y comprendo el argumento desde la Constitución actual, puede referirse a la congruencia de los presupuestos necesarios y del procedimiento seguido, para que, incluso a la composición etc., regulada por Ley, para que intervenga la Junta de Parientes. Pero ya no es una decisión intrínseca, es decir cuando la Compilación permite optar entre un conflicto que supone aplicación de la norma objetiva, y por convenio, se someta, porque la Ley lo prevé, es una especie de arbitraje regulado por una ley específica de base consuetudinaria, debida a la Junta de Parientes, la decisión es alternativa a la jurisdicción si la Junta de Parientes atribuye a la autoridad familiar, el juez no podrá decir que había, y lo mismo en materia de Administraciones, posesión de bienes, del carácter grave o no del incumplimiento de cargas, la revocación, etc. La decisión de la Junta no podrá modificada en cuanto tal decisión intrínseca, por el orden jurisdiccional, de lo contrario, carecería de sentido el estudio, tal como está regulada. No me parecen tampoco suficientes desde luego, desde la perspectiva del oyente, y por tanto si ninguna autoridad y respetando las exposiciones expuestas, no me convence a título personal y permítanme que lo diga así, los argumentos basados en la Ley de 5 de diciembre del 88 del arbitraje, porque, partiendo de la hipótesis de que se pueda salvar como institución, que por naturaleza parece que se va a salvar, efectivamente, por naturaleza, es decir, como el que decide una controversia, como el que decide ese, objetivo y por acuerdo de los interesados en que se decida por la Junta de Parientes, regulada por la ley, con una estructura específica de base consuetudinaria, insisto, y teniendo en cuenta que no sea con carácter vinculante. Entonces, digo que los argumentos devengados de los requisitos de que sea lo que haya disponible, de que permita la excepción de cosas juzgada etc., podría ser aplicables, porque es objetivo de regulación específica, o con un poco de imaginación podrían también aplicarse, es decir, yo creo que nos falta el convenio de que sea la Junta de Parientes con los criterios que la Ley prevé, y pienso que puede por ejemplo invocarse la extinción de cosas juzgadas, perdón, quiero decir la extinción de arbitraje, y traducido, como extinción procesal cuando la Junta de Parientes ha decidido, precisamente porque creo que se puede interpretar así. Un símbolo de objeción, es una especie de prevención del principio, con todo esto. Yo creo que en principio, tal como está, si tiene algún sentido en la regulación histórica y actual, había que encomendar a la Junta de Parientes la facultad de decidir, como decisión alternativa, por tanto definitiva, no solucionable después intrínsecamente y de contenido intrínseco, a la jurisdicción y en ese sentido sí participa de una jurisdicción arbitrada.

Ángel Bonet. Ponente

Yo estoy de acuerdo y ciertamente ya he hecho referencia al asunto de la Ley de diciembre de 1988, por vía de ejemplo y no porque esté convencido de que sea aplicable, puesto que estamos en un campo distinto. Si se preguntara cuál es la fuerza de lo acordado por la Junta de Parientes, yo no podría decir que es la que le da el artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje; tendría que decir que es la que le da el artículo correspondiente de la Compilación que consagra el principio "*standum est chartae*": el art. 3. Porque en definitiva, cualquier actuación o pacto de carácter arbitral, aunque realmente tiene una función y una eficacia jurisdiccional, su nacimiento y origen es convencional, y ahí es donde ha estado siempre la lucha entre civilistas y procesalistas.

Por tanto, creo que hay que asentarse en la Compilación, para llegar a concluir que lo que dice Don Jesús Solchaga es totalmente cierto. Yo participo de esta opi-

nión. Y es suficiente además este apoyo legal, porque si verdaderamente dos partes o alguien ha dicho que se pasará por lo que diga la Junta de Parientes, esto vincula como vincula un contrato. Estoy de acuerdo con Don Jesús Solchaga acerca de que, cuando un juez se encuentre con un acuerdo logrado en una Junta de Parientes, no debe quebrantarlo, pero no debe quebrantarlo simplemente porque todos hemos aprendido que los contratos tienen fuerza de Ley, o son ley entre las partes, y si a ese contrato se ha llegado, ese acuerdo se ha logrado por medio de la intervención de la Junta de Parientes, que es la que, en definitiva ha dictado lo que tiene que ser ahí, difícilmente un juez va a poder cambiar esto. No lo debe cambiar, porque estaría actuando en contra del derecho, pero esto no quiere decir que lo que ha acordado la Junta de Parientes, produzca el efecto de cosa juzgada y que por eso debe respetarlo el Juez como debe respetar un laudo arbitral. Aún quiero añadir otra consideración. Para mí, es decisivo en este punto decir que, cuando se habla de la eficacia de la cosa juzgada, se habla primero respecto del propio juez; el juez está sometido al principio de invariabilidad de sus resoluciones. Pero la cosa juzgada también habla de la eficacia respecto de otros órganos jurisdiccionales. Si consideramos la Junta de Parientes como órgano cuyas decisiones tuvieran efectos de cosa juzgada, me podría preguntar, ¿después de que la Junta de Parientes ha adoptado un determinado acuerdo en una cuestión concreta, no puede aquella persona que esté interesada formar otra Junta de Parientes y tomar otro acuerdo distinto? Si lo sentado por la primera Junta de Parientes fuera un acto jurisdiccional, fuera un laudo arbitral, esto sería absolutamente imposible. Pero como no lo es, esto es perfectamente posible, desde mi punto de vista; lo que no quiere decir que esto sea querer burlar el derecho, o darle la vuelta a las cosas. Pero si se tiene en cuenta esto —por eso he insistido, no sé si con la suficiente fuerza o pesadez, no lo sé—, es importante volver a mirar la necesidad de plantear la naturaleza jurídica de la Junta de Parientes, para poder sacar las consecuencias acerca de hasta dónde puede llegar la función de la Junta de Parientes, o en definitiva, qué es lo que se está diciendo cuando se están afirmando determinadas cosas. Poníamos antes el ejemplo del artículo 103, pero hay algunos otros artículos que he citado antes y que podrían volverse a examinar también aquí. Al leerlo da la sensación de que verdaderamente sea la Junta de Parientes la que decida como decide un juez y esto yo creo que en la Compilación no está previsto, sin necesidad de echar mano de la Ley de Arbitraje. Por lo demás totalmente de acuerdo con Don Jesús Solchaga.

Serafín Andrés Laborda. Moderador

¿Alguna intervención más? Parece ser que no. Sólo me resta agradecer a los ponentes, Don Angel Bonet, Don Antonio Pastor y Don Emilio Latorre su intervención, pero sí que quisiera añadir, aunque sea de mi propia cosecha, una frase de Don Emilio Latorre acerca de que nos queda mucho que seguir estudiando sobre este mismo tema, y debemos poner nuestros conocimientos en común para que esto llegue un día a ser una realidad dentro de nuestro propio territorio aragonés. Muchas gracias a todos, y buenas tardes.