Relación de Títulos
publicados en la Colección

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
   José Luis Merino

2. El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés.
   Carmen Sánchez-Friera González

3. La Protección Internacional de los Derechos del Niño
   Natividad Fernández Sola.

4. Informes del Seminario (1954-1958).
   Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés.

5. La Edad en el Derecho Civil Aragonés.
   Francisco Marín Rivas

6. El Testamento Mancomunado: estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad.
   Elena Bellod Fernández de Palencia

7. La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés.
   Rafael Bernad Mainar

8. Los Antecedentes Históricos de la Justicia Constitucional en el Reino de Aragón.
   José Iglesias Gómez

9. De la Protección de la Infancia a la Prevención de la Delincuencia.
   María José Bernuz Beneitez

10. Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado.
    María del Pilar Diago Diago

11. El Consorcio foral después de la reforma introducida por Ley 1/1959, de 27 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte
    Carmen Sánchez-Friera González

ESTUDIOS SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

-BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN 1997-2002

Javier RODRÍGUEZ ALONSO
Cristina MAYNAR BONACHO
Rebeca MELÚS SEBASTIÁN
Sergio RUIZ RUIZ
Juan Antonio MARTÍNEZ BLÁZQUEZ
Vanessa LAYED GÓMEZ
Diana LÁZARO LAGUARDIA
Ana Belén AUNES GONZÁLEZ
Vanesa VIÑOLA VERA

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2003

<Ninguno>Título: Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés.
Autores: Javier Rodríguez Alonso, Cristina Maynar Bonacho, Rebeca Melús Sebastián, Sergio Ruiz Ruiz, Juan Antonio Martínez Blázquez, Vanessa Layed Gómez, Diana Lázaro Laguardia, Ana Belén Aunes González, Vanesa Viñola Vera.
Colección: El Justicia de Aragón
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z-3198-2003
I.S.B.N. Obra completa: 84-89510-55-5
I.S.B.N. Tomo I: 84-89510-57-1
Imprime: Gorfi, s.a. Menéndez Pelayo, 4. Teléfono 35 22 22 • 50009 ZARAGOZA

ÍNDICE

TOMO I

El Derecho es la aportación más notable de Aragón a la cultura occidental. Puede afirmarse que Aragón no se entiende sin su Derecho, que se configura como elemento definidor de su ser. Joaquín Costa lo plasmó con apasionada admiración: "Jamás la palabra humana ha sido cincelada para expresar más altos conceptos jurídicos con inmediata aplicación a la realidad; jamás cristalizó el derecho en formas más diáfanas y puras de materia: jamás el humano albedrío ha tenido ni tendrá más alta consagración".

Es bien sabido que el Derecho aragonés público fue derogado a comienzos del siglo XVIII por los Decretos de Nueva Planta del Rey Felipe V (IV para los aragoneses), quedando sólo subsistentes las normas de derecho privado aunque petrificadas ya que la desaparición de las instituciones políticas aragonesas impedía cualquier posibilidad de evolución.

La Constitución Española de 1978 ha transformado la situación al permitir el desarrollo del Estado Autonómico. En su virtud, los aragoneses disponemos no sólo de la capacidad de desarrollar el viejo Derecho Civil fosilizado desde la Nueva Planta, sino también la posibilidad de crear normas de Derecho Público.

Una de las misiones que el Estatuto de Autonomía atribuye al Justicia de Aragón es la de tutelar el ordenamiento jurídico aragonés velando por su defensa y aplicación. La Ley reguladora del Justicia de Aragón nos encomienda la realización de actividades que favorezcan la difusión, conocimiento, estudio e investigación del ordenamiento aragonés.

Estas actividades de estudio y difusión del Derecho aragonés constituyen un eje fundamental de la acción de nuestra Institución ya que estamos convencidos de que sólo conociendo algo se puede llegar a valorarlo y quererlo.

Dentro de las iniciativas más destacadas en este campo está la concesión de becas a fin de realizar estudios sobre nuestro Derecho. Los destinatarios de las becas son los alumnos de último año de la Licenciatura de Derecho. El criterio de selección es estrictamente académico, valorando como único mérito las notas obtenidas en los últimos cursos de la carrera.

Presentamos como número 20 de la Colección del Justicia de Aragón los estudios elaborados por los becarios desde el año 1997 hasta 2002. Los trabajos realizados, bajo la dirección de Asesores de la Institución, abarcan temas muy variados. Es muy habitual que los jóvenes que acceden a las becas muestren preferencia por temas de Derecho Civil. Por ello, predominan los estudios sobre las más importantes instituciones civiles aragonesas como la viudedad ("la más amada del país" en expresión de Isábal), la Junta de Parientes, el testamento mancomunado, la sustitución legal o el derecho de abolorio. Sin embargo, también hemos procurado estimular los estudios iuspublicistas, al ser un nuevo campo muy poco explorado y de singular interés para el desarrollo de Aragón como Comunidad Autónoma. Así han surgido estudios de derecho constitucional como la supletoriedad del Derecho estatal o sobre cuestiones tan actuales como los problemas de la contaminación acústica en Aragón. Un tercer grupo de estudios se enfrenta a temas en los que se combina el Derecho público y el privado.

No hemos querido actualizarlos, salvo alguna nota o acotación puntual. Por ello, deben entenderse en el contexto temporal en que fueron elaborados.

Los estudios reflejan ilusión y talento. Sus jóvenes autores han puesto en ellos no sólo trabajo sino también profundidad, pasión por aprender y mucho amor a su tierra. La experiencia ha sido sin duda enriquecedora para ellos, pero también para nosotros, porque los becarios nos han sabido comunicar estos valores.

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

LA SUSTITUCIÓN LEGAL EN LA SUCESIÓN INTESTADA

Cristina Maynar Bonacho
(Beca 1997/1998)

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se centra en una de las tradicionales instituciones civiles aragonesas: La sustitución legal. Actualmente se encuentra regulada en el art. 141 de la Compilación aragonesa entre las "Normas comunes a las diversas clases de sucesión".

Con la denominación "sustitución legal" se hace referencia a un mecanismo sustitutorio de gran simplicidad: Al fallecimiento de una persona, los designados herederos, o en su defecto los que vengan determinados por la Ley[1], deberían sucederle de acuerdo con las reglas generales de sucesión universal mortis causa. Sin embargo, esta dinámica normal se ve alterada porque en alguno de dichos herederos, o en todos, concurre alguna de las circunstancias previstas en el vigente art. 141 de la Compilación: premoriencia, incapacidad para heredar o renuncia.

1. Iremos viendo a lo largo de este trabajo las matizaciones que deben hacerse a esta afirmación.

Así, cuando se presenta alguna de estas tres situaciones, entra en juego este mecanismo sustitutorio consistente en que, en lugar de la persona designada (voluntariamente o por ley), que debería haber heredado, le sustituyen, ocupando su lugar y sólo en la porción de herencia que le hubiese correspondido, sus hijos o ulteriores descendientes.

La sustitución legal es una de las instituciones más tradicionales en Aragón. Encuentra sus raíces ya en la Observancia 6ª *De Testamentis*. Los textos legislativos posteriores a este Cuerpo también han recogido entre sus regulaciones sucesorias este mecanismo sustitutorio, aunque utilizando diferentes fórmulas en la redacción del precepto, así como otorgando diferente alcance a los efectos del mismo.

Esta institución, pese a la brevedad del precepto en el que se encuentra regulada, plantea numerosos problemas y los diferentes elementos que forman parte de su estructura (elementos subjetivos, condiciones objetivas de aplicabilidad,..) han sido constantemente punto en el que se ha centrado la polémica doctrinal.

Como iremos analizando en los diferentes epígrafes del trabajo, nos encontramos ante una institución con aspectos carentes de una adecuada regulación. Este vacío legislativo origina una doble problemática: Por una parte, la dificultad de dar un sentido unívoco al mecanismo sustitutorio en sí mismo, individualmente considerado; por otra parte, el problema de conseguir un correcto encaje y una completa coordinación del mismo con las restantes figuras que integran el sistema sucesorio aragonés.

No sólo existe el obstáculo de una gran falta de normas reguladoras de la sustitución legal, sino que aquellos aspectos que sí están contemplados dan lugar a una difícilmente superable polémica doctrinal. En este sentido, son muchos los puntos, y alguno de ellos referidos a aspectos básicos de esta institución, en los que la doctrina diverge.

Antes de pasar a exponer el análisis de alguno de estos puntos controvertidos, he de confesar que la complejidad de esta institución ha resultado ser mayor que la esperada al inicio del mismo por lo que me ha sido imposible abordar todos y cada uno de los aspectos problemáticos que presenta. Por ello he tenido que realizar una selección de algunos de los que, tras la lectura de los diferentes trabajos que se han escrito sobre la sustitución legal, he considerado más relevantes. Los criterios en base a los cuales he llevado a cabo esta selección son los siguientes:

En primer lugar, he centrado el estudio en dos de los elementos básicos que componen la estructura actual de la sustitución legal como son su ámbito subjetivo y la facultad de exclusión (de este mecanismo sustitutorio) que tiene el causahabiente.

En segundo lugar, he tenido en cuenta la conexión que los problemas que he tratado tienen entre sí. Así, como veremos al analizar el problema de la facultad de exclusión del causahabiente, este punto está íntimamente relacionado con el tema de la renuncia.

Un tercer criterio que he manejado ha sido el nivel de polémica que rodea a los diferentes elementos que integran esta institución. Es decir, si bien la sustitución legal plantea numerosos interrogantes, considerada como una unidad, hay algunos de sus elementos sobre los que todavía existe una mayor oscuridad, que provoca la imposibilidad de llegar a una tesis unánimemente aceptada por todos los autores en esos concretos puntos. Éste es el caso del problema de cómo coordinar la sustitución legal con otros mecanismos sustitorios específicos (como el previsto en el art. 105 de la Compilación aragonesa), o el tema de la aplicabilidad o no de la sustitución legal a la sucesión legal.

Quiero insistir, por tanto, en que este trabajo sólo pretende ser una nueva aproximación a alguno de los muchos problemas que encierra esta institución aragonesa. Han quedado fuera del

mismo aspectos como la naturaleza del mecanismo sustitutorio, que son también de gran interés pero en los que no he entrado a analizar por desbordar los mismos los planteamientos inicialmente fijados.

También debo señalar en estas primeras líneas que este trabajo se limita al análisis del párrafo primero del art. 141 de la Compilación aragonesa. No comprende, en cambio, el párrafo segundo, que si bien plantea algún punto de interés, no entraña una dificultad asimilable al primero.

Aprovecho también estas primeras palabras para manifestar mi sincero agradecimiento a la Institución "El Justicia de Aragón" que, a través de la concesión de una beca, me ha ofrecido la oportunidad de estudiar más en profundidad la figura aragonesa de la sustitución legal y de esta forma conocer mejor y aproximarme un poco más al Derecho aragonés.

Si esta posibilidad de investigar sobre una de las instituciones aragonesas ha sido muy interesante, no menos enriquecedor ha resultado la experiencia de trabajar con profesionales, integrantes de esta Institución, con cuyos amplios conocimientos jurídicos y experiencia he tenido la suerte de ser ilustrada.

Agradezco también la colaboración del Colegio Notarial de Zaragoza y de cada uno de los profesionales pertenecientes al mismo que, de forma desinteresada y con gran diligencia, han participado en la encuesta realizada en el presente trabajo. Su experiencia ha sido decisiva para introducir en este trabajo datos provenientes de la vida real, ámbito en el que, en definitiva, despliega sus efectos el Derecho. Su aportación ha permitido que este trabajo no quedase en un plano meramente teórico y desligado por completo de lo que realmente ocurre y se demanda en el exterior.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL.

Una de las primeras cuestiones a examinar al analizar una institución es la relativa al ámbito subjetivo en el que va a desplegar sus efectos. Este elemento plantea una especial dificultad en el caso de la sustitución legal aragonesa básicamente por dos razones: En primer lugar, existe divergencia de criterios entre los seguidos en los antecedentes legislativos de esta institución y los consagrados en la regulación vigente; en segundo lugar, nos encontramos con la ausencia de claridad que preside, desgraciadamente, todos los aspectos concernientes a la sustitución legal.

Siendo ésta la situación, y como primera aproximación, el intento de introducir mayor precisión al problema del ámbito subjetivo de la sustitución legal exige dar respuesta en dos planos distintos.

1.- Relación entre el causante y el llamado sustituido.

2. - Sujetos que tienen derecho a sustituir al llamado que finalmente no llega a heredar.

El primero de los planos supone determinar qué vínculo de parentesco debe existir entre los dos sujetos citados; el segundo, implica estudiar dos cuestiones: (1) qué relación debe existir entre el llamado-sustituido y las personas que tienen derecho a sustituirle; (2) cuáles son los posibles límites de grado que pueden establecerse a los descendientes, que (como veremos) son los que ostentan el derecho a sustituir[1].

1. Ver explicación dentro del presente apartado.

1. RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE CAUSANTE Y SUSTITUIDO.

La vigente redacción del art. 141 de la Compilación aragonesa sobre la sustitución legal no requiere la existencia de una relación de parentesco entre el causante y el sustituido. La expresión utilizada en este precepto, en concreto, es "al heredero o legitimario", pudiendo ser éste no sólo un pariente del causante sino también un extraño.

Desde una perspectiva histórica, todos los antecedentes legislativos han limitado la eficacia de la sustitución legal a los parientes del causante.

La Observancia 6ª "*De Testamentis*" limitaba los efectos del mecanismo sustitutorio a la línea recta descendente y contenía la regla de ausencia de representación en la línea colateral.

El art. 275 del Proyecto de 1904, en sede de sucesión intestada, disponía: "El derecho de representación no tiene lugar en Aragón mas que en la sucesión de los descendientes sin límite alguno. En la de los parientes colaterales y dentro de cada una de las líneas paterna y materna, se observará con todo rigor el principio de que el más próximo de aquellos en grado excluye al más remoto".

La regulación del Apéndice de 1925 se contenía en los artículos 35.2 y 39.3, apartado segundo, los cuales decían respectivamente que en lugar de los descendientes de primer grado "que hayan fallecido o estén incapacitados, heredarán por derecho de representación los descendientes suyos, sin que en esta línea recta descendente tenga límite la representación".

En relación con la línea colateral, establecía lo siguiente: "Para suceder abintestato, los hermanos del causante que hayan fallecido o sean incapaces estarán representados por sus propios e inmediatos hijos, sin que este derecho de representación, en caso al-

guno, se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante".

Como puede observarse, en estos textos legales la sustitución legal sólo jugaba en la línea recta descendente, sin límite de grado; y en la colateral, sólo en favor de hermanos, en la sucesión intestada, desde el Apéndice de 1925.

En la misma línea se encuentran los diversos Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, en los cuales también se exigía, para que operase la sustitución, un parentesco entre causante y llamado a la herencia.

En concreto, el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1961, en su art. 91, decía: "Derecho de representación. No habiendo sustitución, los hijos o ulteriores descendientes de un heredero o legitimario que le premuera, sea incapaz o renuncie a la herencia de un ascendiente o hermano, le representarán en la porción que se le hubiere asignado por ley, testamento, contrato sucesorio o disposición de comisario".

Una redacción muy parecida tienen los Anteproyectos de la misma Comisión de 1962 y 1963[2].

En la redacción de 1967 se regulaba esta institución en los siguientes términos: "Salvo previsión del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes".

2. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 141 de la Compilación" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, edit. Revista de Derecho Privado, p.164. Este autor recoge la redacción de los preceptos que se refieren a la sustitución legal en estos Anteproyectos.

Como se observa, la sustitución legal jugaba en la línea recta descendente, manteniendo de esta forma el criterio seguido en los precedentes legislativos; y en la colateral, sólo entre hermanos (sigue la línea del Apéndice de 1925 pero suprime la referencia a la sucesión intestada).

La supresión del vínculo de parentesco en el art. 141 de la Compilación procede de la Reforma de la Compilación de 1985.

Si analizamos la regulación legal del derecho de representación[3] de otras CCAA como Cataluña y Navarra, observamos que también exigen una relación de parentesco entre causante y llamado-sustituido. En concreto, los citados derechos forales exigen que el causante sea ascendiente o hermano del sustituido.

En Navarra, es la ley 309 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra la que especifica la relación de parentesco que debe existir entre causante y llamado. Así, en el segundo párrafo se dice: "A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará...., a favor de sus descendientes sin limitación de grado, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante".

El art. 328 del Código de Sucesiones catalán dispone en su párrafo segundo que " El derecho de representación sólo se aplica a los descendientes del causante, sin límite de grado, y a los hijos de hermano, pero no se extiende a los descendientes de los hijos de éste".

Este mismo ámbito subjetivo es el contemplado en el derecho común. Según el art. 925 del Código Civil, " El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero

3. Ésta es la denominación que recibe esta institución en el Código Civil y en algunos derechos forales.

nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar a favor de los hijos de hermano, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado".

Un análisis de la regulación de las mencionadas normas, tanto autonómicas como del derecho común, sobre el derecho de representación permite hacer las siguientes observaciones:

1.- En todas ellas se exige una relación de parentesco entre el causante y el llamado a la herencia que va a ser representado o sustituido.

2.- En ninguna de ellas opera este derecho en la línea recta ascendente.

3.- Este derecho juega en la línea recta descendente, sin límite de grado, y, en algunos ordenamientos, también en la línea colateral. En este último caso, las regulaciones varían entre la extensión al segundo grado (Código Civil), o al cuarto (Compilación navarra).

CALATAYUD[4] aporta una primera razón a la exigencia de esta relación de parentesco entre causante y llamado a la herencia argumentando que "Únicamente dentro de este ámbito se juzga razonable presumir que el testador habría llamado a los descendientes del primeramente designado si lo hubiera pensado mejor".

Razón ésta que personalmente comparto ya que no parece tener mucho sentido el dejar abierta la posibilidad de que opere también este mecanismo cuando es un extraño al causante el llamado a heredar.

---

4. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", en *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 165.

Ésta es también la opinión unánime en la doctrina, que defiende la necesidad de introducir de nuevo la exigencia de un vínculo de parentesco entre el causante y el llamado que es sustituido.

CALATAYUD, insistiendo en esta propuesta, afirma[5] que "era mejor la solución de limitar la sustitución al ámbito familiar próximo, ya que ello es más acorde con los demás derechos existentes en España y con la voluntad más frecuente de los testadores.".

También GARCÍA ALMAZOR[6] se muestra favorable a la redacción de la Compilación aragonesa de 1967 en este punto. En este sentido, sostiene que "debe modificarse el art. 141 y volver a la redacción original en el punto de que solamente pueda utilizarse cuando se trata de descendientes o colaterales del causante".

La exigencia de un vínculo de parentesco entre el causante y sustituido tiene otro fundamento para CALATAYUD como es el evitar los absurdos a los que se llegaría, en sede de sucesión intestada, si la sustitución legal jugase en favor de cualquier "heredero o legitimario" (pudiendo, en consecuencia, ser éste un extraño al causante). Absurdos que son tratados de forma contundente por CALATAYUD en su intervención en las Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta, por un lado, no sólo los precedentes legislativos aragoneses sino también el resto de las diferentes regulaciones de las CCAA y del Código Civil sobre el derecho de representación; y por otro, la opinión unánime de la doctrina, **defiendo la necesidad de introducir nuevamente en la redacción del art. 141 de la**

---

5. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., p. 169.
6. J. GARCÍA ALMAZOR, *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 217.

Compilación aragonesa la exigencia de un vínculo de parentesco entre el causante y el llamado-sustituido. En concreto, la sustitución legal sólo debería jugar en la línea recta descendente y nunca en la ascendente; y en la colateral, únicamente en relación con los hermanos del causante.

Por consiguiente, a mi juicio, **la expresión del vigente art. 141 "al heredero o legitimario" debe considerarse referida a un descendiente o hermano del causante.**

Este concreto ámbito subjetivo es el que se recoge en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, el cual está siendo objeto de tramitación en las Cortes de Aragón[7]. Dentro del título primero, capítulo tercero, cuya rúbrica es "Sustitución legal", el art. 20 precisa el ámbito subjetivo de esta institución en los siguientes términos: "La sustitución legal tiene lugar en la línea recta descendente, pero no en la ascendente. En la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los descendientes de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado".

2. SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A SUSTITUIR AL LLAMADO.

En este segundo punto, el problema se centra en precisar quiénes tienen derecho a sustituir a la persona llamada que finalmente no va a heredar y que, como hemos visto, ha de ser un descendiente o hermano del causante.

En el análisis de este punto hay que tomar en consideración, nuevamente, diversos elementos como los precedentes legislativos aragoneses, la regulación prevista por otros ordenamientos

7. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón. Número 208 – 18 de septiembre de 1998.

dentro del territorio español y el vigente sistema sucesorio aragonés -y en concreto, el régimen de la sucesión troncal y no troncal-, marco dentro del cual ha de ser interpretada esta particular cuestión. Así mismo, no podemos olvidar la regulación propuesta en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte.

A este respecto, si observamos en primer lugar la regulación aragonesa anterior a la vigente, podemos afirmar que tanto el Apéndice de 1925 como los distintos Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, como la Compilación de 1967, otorgan a los descendientes del llamado el derecho a sustituir a éste.

Del mismo modo, los distintos ordenamientos existentes en España coinciden en designar a los descendientes del llamado como sustitutos. Puede verse a estos efectos el art. 924 del Código Civil[8]; el art. 328 del Código de Sucesiones catalán, que establece que "Por derecho de representación, los descendientes de una persona premuerta, declarada ausente o indigna, son llamados a ocupar su lugar"; la ley 308 de la Compilación de derecho civil foral de Navarra, según la cual "Derecho de representación es el de subrogarse en lugar de un ascendiente que hubiera sido llamado a adquirir....".

Tomando como argumento de apoyo las citadas regulaciones, se puede sostener una primera afirmación en esta tarea de precisar los sujetos que ostentan el derecho a sustituir al llamado: **Sustitutos en la institución "sustitución legal" sólo pueden serlo los descendientes del llamado.**

Una vez hecha esta inicial aproximación, es necesario afrontar una serie de interrogantes: ¿Todos los descendientes tienen a

8. En este precepto se habla de forma técnicamente incorrecta de "parientes" pero esta expresión debe entenderse referida a los "descendientes".

su favor el derecho a sustituir al llamado?, o, ¿existe algún límite de grado?; de existir tal limitación, ¿opera ésta de igual forma en la línea recta descendente y en la colateral?, ¿debe hacerse distinciones entre la sucesión voluntaria y paccionada y la legal?....

Todas estas cuestiones se plantean porque no existe unanimidad entre las distintas regulaciones, tanto las precedentes como las vigentes, en lo relativo al alcance de la sustitución legal. Esta falta de homogeneidad plantea la necesidad de tener que optar por una solución concreta, ya sea reflejando en su totalidad una de las presentes, ya realizando una mezcla de las mismas, o incluso, introduciendo una nueva y diferente del resto.

Vamos a ver, como posible punto de referencia para configurar la nueva estructura de la sustitución legal, en lo que al ámbito subjetivo se refiere, las distintas opciones legislativas que han precedido a la actual así como las contempladas por algunos ordenamientos españoles.

- Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos y Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses.

En estos Anteproyectos se concede el derecho a sustituir al llamado a los "hijos o ulteriores descendientes". Son dos los aspectos a destacar de esta regulación: En primer lugar, no se establece ninguna limitación de grado, es decir, el mecanismo de la sustitución legal se produce de forma indefinida entre los sucesivos descendientes del sustituido. Además, la ausencia de limitación beneficia tanto a los descendientes de un descendiente del causante como a los descendientes de un hermano de éste.

En segundo lugar, no se contempla ninguna distinción entre la sucesión voluntaria y paccionada y la legal. Muy al contrario, al estar ubicado el precepto relativo a la sustitución legal dentro de la rúbrica "Normas comunes a las diversas clases de sucesión", se

puede concluir que el funcionamiento es el mismo para las distintas modalidades sucesorias.

- Código Civil.

Del art. 925 de este Código se desprende la inexistencia de límites respecto de los descendientes de un llamado-descendiente, pero la limitación a los hijos cuando el llamado es un hermano del causante.

Sí encontramos, en cambio, en el derecho común, diferencias de tratamiento entre la sucesión testada y la intestada. Así, mientras que, como hemos visto, en la sucesión intestada el derecho a sustituir lo ostentan tanto los descendientes de un descendiente-llamado como los descendientes del hermano del causante (en este caso con el límite citado); en la sucesión testada, con base en el art. 814, sólo tiene lugar el derecho de representación en la línea recta descendente pero no en la colateral.

- Fuero Nuevo de Navarra.

Es el párrafo segundo de la ley 309 el que contiene el alcance del derecho de representación. Según el mismo, no se distingue entre la sucesión voluntaria o legal; no se establece límite de grado en relación con los descendientes del llamado-descendiente, y se fija el de cuarto grado respecto de los descendientes del hermano del causante.

- Código de Sucesiones catalán.

El ámbito subjetivo se regula en los arts. 328 y 329 en relación con el art. 339.

LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en la obra "Comentarios al Código de sucesiones", expone con precisión las características de este mecanismo en la regulación catalana en estos términos: "En la línea recta descendente el derecho de representación se

aplica "sin límite de grado", es decir, a los nietos y a los ulteriores descendientes. En cambio, en la línea colateral llamada privilegiada, el derecho de representación se aplica a "los hijos de hermano" y a los "sobrinos". Por consiguiente, los nietos de hermano, que están en el cuarto grado, no tienen derecho de representación".

En el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte se propone otra regulación distinguiéndose entre la sucesión voluntaria y la legal.

Por lo que respecta a la sucesión voluntaria (art. 21), no existe limitación de grado para los descendientes sustitutos independientemente de que lo sean de un descendiente o de un hermano del causante.

Coinciden, en este caso, con la regulación contenida en los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses.

La sustitución legal en la sucesión legal se regula en el art. 23 del Proyecto introduciendo una diferenciación según se trate de los descendientes de un descendiente del causante o de los de un hermano del mismo. Así, en el primer caso, no se prevé ninguna limitación de grado; mientras que en el segundo se consagra el de cuarto grado en los siguientes términos:"la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y siempre que no concurran solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido".

Como puede observarse de la exposición de las distintas regulaciones del mecanismo de la sustitución legal, son muchas las posibles soluciones que pueden tener cabida en la configuración del ámbito subjetivo de esta institución. Siendo, por tanto, todas ellas admisibles, la elección de una u otra, o incluso una combinación de ellas, es una opción de política legislativa.

Planteada en estos términos la cuestión, el aspecto decisivo, a mi juicio, a tener en cuenta en la nueva configuración de la sustitución legal, y en lo referente al ámbito subjetivo, lo constituye el respeto por **salvaguardar una cierta coherencia dentro del sistema sucesorio aragonés**. Conceder primacía a este valor va a implicar un necesario descarte de algunas de las soluciones posibles y la aceptación de otras, y entre ellas, de una definitiva.

Desde mi punto de vista, en esta búsqueda debemos tener presentes las restantes normas que componen el derecho de sucesiones aragonés actualmente. Esta última matización es importante puesto que ya hemos visto que las regulaciones de la sustitución legal precedentes y las vigentes difieren en este aspecto en elementos sustanciales.

Entrando ya en la exposición de la concreta estructura que planteo sobre el ámbito subjetivo de la sustitución legal, son tres los puntos centrales a examinar:

1.- Sustitución legal respecto de los descendientes de un llamado-descendiente.

En relación con estos beneficiarios del mecanismo sustitutorio no existen discrepancias ni entre las regulaciones precedentes con las vigentes ni entre éstas. En todas ellas se consagra, sin excepción, el juego de la sustitución legal **sin limitación de grado.**

Ésta es también, como hemos visto, la solución que se propone en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte, y que personalmente comparto.

2.- Sustitución legal respecto de los descendientes de un llamado-hermano.[9]

9. Tanto en esta segunda cuestión como en la primera, el punto de referencia es el causante.

Constituye éste uno de los puntos donde hay mayor divergencia de criterios: desde la limitación de grado consagrada en las regulaciones precedentes a la redacción actual, pasando por el límite del cuarto grado (Fuero de Navarra), hasta la limitación del Código Civil y del Código de Sucesiones catalán.

Ya he adelantado que la elección de una solución u otra es una cuestión de política legislativa, puesto que el mecanismo sustitutorio no queda desfigurado por el hecho de otorgar una mayor o menor extensión al ámbito subjetivo en el que opera. No habría, por tanto, ningún inconveniente en recuperar la ilimitación de grado para la línea colateral siguiendo la configuración tradicional de Aragón.

Sin embargo, y (insisto) siendo consciente de la ruptura con nuestra regulación histórica, **considero que debe prevalecer en este punto el valor de la coherencia y armonización con las restantes normas vigentes, con la finalidad de introducir mayor claridad en la regulación de la sustitución legal.**

La citada coordinación obliga a tener presentes, por una parte, el régimen de la sucesión troncal, cuyo art. 132.3 establece para la línea colateral el cuarto grado; y por otra, la remisión que el art. 135 de la Compilación hace, en sede de sucesión no troncal, al Código Civil[10].

Esta solución de establecer el límite del cuarto grado respecto de la línea colateral es acorde con la regulación de la sucesión troncal y no troncal, en sede de sucesión intestada.

Éste es el criterio mantenido en una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de marzo de 1997 y que paso a trans-

10. Esta remisión nos conduce, a estos efectos, al art. 954 del Código Civil, donde se consagra también el límite del cuarto grado en relación con los colaterales.

cribir. En el fundamento de derecho cuarto se afirma: "Una última cuestión surge en orden a la limitación de llamamientos en la línea colateral. El art. 141 de la Compilación no efectúa ninguna limitación, sin embargo, ese silencio no debe entenderse en el sentido de que puede ser aplicada la sustitución legal indefinidamente, lo que supondría que nunca se produciría la delación de la herencia a favor de la CCAA, que establece el art. 137 de la Compilación".

En esta misma sentencia se recoge una solución, que apoya la postura defendida en este trabajo, sobre el límite a establecer en la línea colateral. Se afirma en la sentencia que "habrá que acudirse al art. 135 de dicho texto legal que remite a las disposiciones contenidas en los artículos 935 al 955 del Código Civil cuando se trata de la sucesión intestada en bienes no troncales. En consecuencia, dados los términos en que se halla redactado el art. 954 del Código, mas allá del cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada. Solución ésta acorde con la seguida por la propia Compilación en el art. 132.2[11], cuando se trata de la sucesión troncal".

Como se observa, la sentencia se refiere a la sucesión intestada, ámbito en el que se ubican los citados preceptos limitativos. Este hecho obliga a considerar el tercero de los puntos centrales de esta polémica.

3.- <u>¿Debe existir diferencia de tratamiento entre la sucesión voluntaria y paccionada y la legal?.</u>

Nos encontramos, a mi juicio, con uno de los puntos mas difíciles de resolver puesto que existen argumentos sólidos en favor de ambas posturas (homogeneidad/diferencia de tratamiento).

11. Parece que existe un error y debería referirse al apartado tercero de este artículo.

Nuevamente la discusión se centra respecto de los descendientes de un llamado-hermano del causante, es decir, en la línea colateral. No existe, en cambio, discrepancia en relación con la línea recta descendente puesto que la doctrina unánimemente defiende la ilimitación de grado tanto en la sucesión testada o paccionada como en la legal.

Dejando a un lado, por tanto, la línea recta descendente, las dos posturas divergentes en torno a la línea colateral son:

A)- Extender la limitación del cuarto grado a la sucesión testada.

Esta opción supone conceder primacía al reiterado valor de la coherencia y coordinación del sistema sucesorio aragonés. Es así mismo favorable a una mayor claridad en la regulación de una institución compleja como es la sustitución legal, en la medida en que estaríamos dando un tratamiento uniforme a las dos clases de sucesión (voluntaria e intestada).

Estos dos motivos son los que me llevan a decantarme por esta solución.

No obstante, soy consciente de las críticas que pueden hacerse a la misma y que constituyen los argumentos de apoyo de la postura contraria, que paso a exponer.

B)- Mantener la diferencia de tratamiento entre los dos tipos de sucesión.

Éste es el criterio propuesto en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte. En él se establece la ilimitación de grado en la línea colateral en la sucesión voluntaria y paccionada (arts. 21 y 22), mientras que se fija el del cuarto grado en la sucesión legal (art. 23).

En la Memoria que el Profesor SERRANO GARCÍA ha elaborado sobre un primer borrador de Anteproyecto del referido Proyecto de Ley, explicaba la razón de esta diferencia de tratamiento con estas palabras: "En la sucesión voluntaria la sustitución legal opera en favor de los hijos y descendientes sin limitación de grado. No hay razón para establecer límites similares a los de la intestada en la línea colateral".

Además de no existir un motivo de peso para extender las limitaciones de grado de la sucesión intestada a la voluntaria y paccionada, podrían esgrimirse otras dos razones para defender la diferenciación.

Por una parte, el hecho de que las normas limitativas (art. 132.3 y 135 de la Compilación) en las que se apoya el criterio restrictivo de la sucesión intestada se circunscriben precisamente a esta clase de sucesión. Sería contrario al principio jurídico general sobre la no extensión de limitaciones defender una solución extensiva de las mismas.

Por otra parte, la solución extensiva del límite del cuarto grado en la línea colateral supondría una ruptura radical con los precedentes legislativos aragoneses, en los que imperaba un sistema de ilimitación absoluta.

Encontramos aquí tres razones de gran fuerza contrarias a la extensión del límite del cuarto grado a la sucesión testada (y siempre en relación a la línea colateral). Sin embargo, **personalmente considero que en este punto debe prevalecer la primera de las opciones, extensiva de la limitación del cuarto grado a la sucesión voluntaria en la línea colateral. A mi juicio, razones de homogeneidad y coherencia de todo el sistema sucesorio aragonés lo justifican.**

3. PROPUESTA DE REDACCIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO.

La sustitución legal tiene lugar en la línea recta descendente pero no en la ascendente. En la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los descendientes de hermanos, bien sea de doble vínculo, bien de un solo lado.

A falta de disposición del causante, la sustitución legal se dará, tanto en la sucesión voluntaria como en la paccionada y en la legal, a favor de los descendientes del descendiente sustituido, sin limitación de grado y aunque concurran solos; mientras que la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y siempre que no concurran solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido.

III. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL CAUSAHABIENTE.

Las reflexiones que voy a exponer en este epígrafe se van a centrar en la facultad que el vigente art. 141 de la Compilación aragonesa otorga al causahabiente, consistente en la posibilidad de excluir el juego de la sustitución legal prevista en el mismo.

Bajo la fórmula "*Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente*", se consagra, por primera vez, en la regulación de la sustitución legal un régimen de gran flexibilidad puesto que, además de mantener el criterio tradicional de ser el causante el que pueda ordenar un destino de la herencia distinto al establecido en este artículo, se otorga también al propio causahabiente[1] una posibilidad de decisión.

1. A pesar de que la redacción del precepto utilice la conjunción "o", realizada la previsión en contrario por el causante, debe prevalecer sobre la hecha por el causahabiente ya que es la sucesión del primero de la que se está tratando.

Constituye, en efecto, una novedad ya que, desde los primeros trabajos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses en 1962 la estructura de esta institución permite en exclusividad al causante el impedir que se produzcan los efectos propios de la sustitución legal, siendo este esquema el que se plasma definitivamente en la Compilación de 1967[2] cuyo art. 141 comienza con la expresión "*Salvo disposición del causante*".

El objetivo de este epígrafe es poner de manifiesto la contradicción que, a mi juicio, encierra la vigente regulación de la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa al conceder al causahabiente la referida facultad de poder excluir que entre en juego el mecanismo sustitutorio.

Con esta pretensión, es preciso hacer referencia a un primer aspecto que no se puede perder de vista en ningún momento en el intento de configurar la estructura de la sustitución legal. Se trata de un elemento que se va a convertir en el eje de la misma: La **finalidad** perseguida con la introducción de dicho mecanismo.

Así mismo, tampoco debe olvidarse a lo largo de toda esta exposición que **la sucesión de la que vamos a tratar es la del causante y que, en virtud del principio que proclama que la voluntad de éste es la ley en la sucesión[3], el punto de referencia ha de ser siempre la voluntad del mismo.**

Entrando ya en el análisis concreto, y por lo que respecta a la **finalidad** perseguida con la introducción de la institución "sustitución legal" en la Compilación aragonesa, hay que comenzar diciendo, como ha indicado Adolfo CALATAYUD[4], que ésta no es sino

2. Más adelante expondré los motivos que llevaron al legislador aragonés a introducir la facultad de exclusión del causahabiente a través de la Ley de reforma de la Compilación de 21 de mayo de 1985.

3. Este principio no es sino una manifestación y aplicación al ámbito sucesorio del Principio de libertad civil, consagrado en el art. 3 de la Compilación aragonesa.

4. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., p. 165.

suplir la presumible voluntad del testador. En consecuencia, todas las previsiones legales han de ir orientadas precisamente a tratar, en la medida de lo posible, de reflejar cuál sería esa voluntad.

Esta primera determinación no resulta nada sencilla puesto que las circunstancias particulares de cada caso concreto pueden dar lugar a tantas voluntades diferentes como causantes.

Por ello, y ante la imposibilidad de establecer una regulación que se ajuste a los deseos de todos y cada uno de los causantes, la única vía posible es tratar de llegar a una fórmula que satisfaga a la mayoría de los causantes. En esta tarea, de gran complejidad pero a la vez de enorme trascendencia, no tenemos más remedio que acudir a la aplicación de reglas de la lógica. Es decir, ante la imposibilidad de atender a todas y cada una de las demandas individuales, habrá que intentar plasmar qué es lo que, con carácter general, desearían la mayoría de los causantes en los supuestos de no haber hecho previsiones para cuando los llamados a heredar[5] no pudieran o no quisieran hacerlo.

Si atendemos a la redacción del art. 141 de la Compilación observamos que el legislador aragonés ha optado por una solución específica, entre las varias posibles, que es la de entender que en estos casos de imprevisión por el causante, su voluntad habría

5. En este sentido debe interpretarse el concepto "causahabiente" utilizado en el art. 141 de la Compilación, como afirma mayoritariamente la doctrina.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en su estudio titulado "Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Barcelona, 1992, edit. José Mª Bosch, editor, S.A., pp. 559 y ss., explica la razón de la mayor corrección de este término. Afirma que "Es preciso interpretar la palabra causahabiente en un sentido distinto, que excluya a quienes son causahabientes en sentido estricto, e incluya a quienes no lo son". Concluye explicando que "causahabiente habrá de ser quien estando llamado a adquirir la herencia no llega a hacerlo por alguna de las causas que el propio artículo establece".

sido que la parte del llamado que finalmente no llega a heredar pase a sus hijos o ulteriores descendientes.

En concreto, la fórmula empleada es "al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes".

Por tanto, y tomando como base la propia fórmula recogida en el vigente art. 141, **el análisis de la regulación de la institución "sustitución legal" debe tener como punto de mira que el destino final de esa parte de la herencia que el llamado no ha llegado a adquirir sea su entrada en el patrimonio de los hijos o ulteriores descendientes de éste**.

El respeto a esta solución por la que se ha inclinado el legislador (que sean los hijos o ulteriores descendientes los que reciban por sustitución la parte que no quiere o puede adquirir su ascendiente), conlleva necesariamente un tipo de regulación determinada (que expondré a continuación) y excluye, por el contrario, otras posibilidades jurídicas que, sin embargo, con otro punto de partida serían igualmente válidas.

Es decir, si la opción del legislador aragonés en la configuración de la sustitución legal hubiera sido distinta, la regulación tendría que ser así mismo diferente. En este sentido, el legislador podría haber entendido que lo que desearían la mayor parte de los causantes no es que la parte del llamado vaya, en su caso, a sus hijos y descendientes, sino que fuese el propio llamado el que decidiese el destino de la parte que él no quiere o no puede heredar.

El tomar como punto de inicio esta otra presunta voluntad del causante exige necesariamente otorgar al causahabiente la facultad de excluir el mecanismo de la sustitución legal, puesto que sólo de este modo podrá decidir el destino de la parte de herencia a él deferida: Si decide que vaya a sus hijos y descendientes, no

ejercitará esta facultad de exclusión; si, por el contrario, prefiere que esa parte acrezca la de sus coherederos, hará uso de esta facultad.

Esta opción a favor de conceder al causahabiente la facultad de excluir el juego de la sustitución legal es apoyada, en estos momentos, por autores como CALATAYUD. Son varias las razones que da este autor para defender el mantenimiento de esta facultad[6], que pueden sintetizarse así:

- La experiencia práctica demuestra que esta solución ha dado un mayor grado de flexibilidad.

- Este mecanismo se encuentra ya asimilado.

- En la sucesión testada, si los testadores, habiendo sido previsores, pudieran elegir entre destinar la parte que el llamado no quiere o no puede heredar a los descendientes de éste; o que esa parte acrezca a los coherederos del llamado; o que sea el propio llamado[7] el que decida el destino de esa parte, la mayoría de los causantes preferirían esta última opción.

De las ideas expuestas hasta ahora se desprende que nos encontramos, en consecuencia, ante dos posibles formas de entender el contenido de la presunta voluntad del causante:

A)- Que la parte del llamado, que finalmente no adquiere la porción de herencia a él deferida, pase a sus hijos y descendientes.

B)- Que sea el propio llamado el que decida el destino de la parte de herencia que él no quiere o no puede heredar.

---

6. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., pp. 173 y 174.

7. CALATAYUD se refiere sólo al renunciante, no a los otros dos supuestos contemplados en el art. 141.

A)- Analicemos primeramente el supuesto contemplado por el legislador aragonés: Se presume que la voluntad del causante es que la parte vacante vaya a los descendientes del sustituido.

La cuestión a examinar es si con este punto de referencia tiene cabida o no la facultad de exclusión del causahabiente del mecanismo de la sustitución legal.

La respuesta necesariamente ha de ser la negativa. Me serviré, en este caso, del argumento que expone MARTÍNEZ DE AGUIRRE y con el que personalmente estoy de acuerdo: La facultad del cusahabiente de poder excluir el juego de la sustitución legal implica que éste puede decidir sobre el destino de la parte vacante, decantándose por que la misma vaya a sus descendientes, o bien, que siga el destino que la ley marque (generalmente será el acrecimiento a favor de los coherederos, por entrar en juego el art. 981 del Código Civil como derecho supletorio). Es obvio que tal facultad interfiere, de ser ejercitada, la voluntad inicial del causante de la que hemos partido.

No hay que olvidar, por lo demás, e insisto en esta idea, que la sucesión de la que se está tratando es la del causante y no la del llamado y que, como expusimos al comienzo de este epígrafe, existe un principio en el derecho sucesorio aragonés que proclama que la voluntad del causante es la Ley en la sucesión.

En palabras del propio MARTÍNEZ DE AGUIRRE[8]: "el causahabiente que excluyera la sustitución estaría contraviniendo esa (presunta) voluntad del causante sobre la que reposaría la figura.".

8. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa" en *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 210.

En conclusión, y con base en las razones expuestas, sumándome a la postura sostenida por el citado autor, considero que, presumiendo la Ley que la voluntad del causante sería que la parte vacante fuera a los descendientes del llamado, todo mecanismo legal, -como es en este caso la facultad de exclusión del juego de la sustitución legal por el causahabiente-, que permita la posibilidad de desvirtuar este destino no puede tener cabida.

Por consiguiente, con base en las precedentes consideraciones, estimo prudente poner de manifiesto que, a mi juicio, la **regulación del vigente art. 141 de la Compilación aragonesa contiene una contradicción al tomar como referencia la primacía de la voluntad del causante, entendida en el sentido de favorecer a los descendientes del llamado que no llega a heredar, y permitiendo, sin embargo, dejar en segundo plano tal presunta voluntad a través de la concesión al causahabiente de la facultad de exclusión de la sustitución legal. En este sentido, bastaría que el causahabiente ejercitase dicha facultad para que la presunta voluntad del causante se viese desplazada.**

B)- Vamos a examinar ahora cómo quedaría la regulación de la sustitución legal si entendiésemos que la presumible voluntad del causante, ante la falta de previsiones específicas establecidas por él, es que sea el propio llamado, que no llega a adquirir su parte de la herencia, el que decida el destino de la misma.

La pregunta que hay que responder nuevamente es si encaja, con esta concreta presunta voluntad del causante, la facultad de exclusión del causahabiente.

Nos encontramos en este caso con una postura claramente favorable a la utilización de tal facultad puesto que, a pesar de que el causahabiente ejercitase la misma, se estaría cumpliendo el deseo del causante.

En este supuesto no valdrían los argumentos mantenidos por MARTÍNEZ DE AGUIRRE en las Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés, en los que concluye que esta decisión supondría una intromisión en la esfera propia del causante puesto que es éste mismo el que habría dejado (siempre presumiblemente) dicha decisión al arbitrio del llamado.

Planteado el problema en estos términos, parece que **la conveniencia o no de otorgar al causahabiente la facultad de excluir la operatividad de la sustitución legal depende exclusivamente de cuál sea la voluntad que el legislador aragonés considere que habría sido la del causante**. Ya que, como acabo de exponer, los resultados a los que se llega son muy distintos si se parte de una presunta voluntad o de otra.

Una vez expuestas las dos posibilidades que estimo más convincentes como constitutivas de la voluntad presunta del causante para estos supuestos de imprevisión en caso de que el llamado no llegue a heredar, se trata ahora de examinar qué argumentos apoyan cada una de las dos versiones para, finalmente, decantarse por uno de ellos.

En esta decisión es cuando ha de tenerse presente el principio básico que informa todo el derecho sucesorio aragonés: El Principio de libertad civil, consagrado en el art. 3 de la Compilación bajo la rúbrica "*Standum est chartae*".

No obstante, conviene adelantar ya que en dicha decisión va a estar viva la pugna entre aspectos estrictamente técnicos y conveniencias de la praxis jurídica.

1. REFORMA DE 1985.

Antes de abordar este tema de la conveniencia o no de mantener en nuestra regulación la facultad de exclusión de la sustitución legal por el causahabiente, considero necesario hacer unas re-

flexiones sobre los motivos que llevaron al legislador aragonés a introducir en la Reforma de 1985 dicha facultad, ya que pueden ser de gran utilidad para entender la posición que defiendo en este aspecto de la sustitución legal.

Como es sabido, esta posibilidad de exclusión por parte del causahabiente se introdujo en atención a una constatación práctica como era el deseo de los renunciantes de que su parte de la herencia acreciera a sus coherederos antes de que pasase a sus hijos y descendientes.

En palabras de MERINO HERNÁNDEZ: "..el verdadero motivo de la introducción de esta segunda posibilidad, no contemplada en el texto foral del 67: fundamentalmente, evitar que en Aragón la renuncia de herencia supusiera el pase necesario de la porción renunciada a los descendientes del renunciante, partiendo de la base de que muchas de estas renuncias van acompañadas normalmente del deseo, por parte del heredero renunciante, de que su porción hereditaria acrezca al resto de los coherederos[9]."

Se trataba, por tanto, de evitar que la renuncia tuviera como consecuencia inexorable, por el juego de la sustitución legal, el paso de la parte renunciada a los descendientes del renunciante, siempre y cuando el causante no hubiera hecho previsión específica.

Respecto a la finalidad que constituye el motor de esta reforma hay que hacer dos matizaciones:

- Detrás de la misma se encuentran motivos fiscales. Es decir, el renunciante que pretendía que el destino de su parte renunciada fuera el beneficiar a sus coherederos, debía aceptar su parte de la herencia y luego transmitirla a los mismos. Dado que estas ope-

9. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 171.

raciones suponían elevados costes fiscales por el pago de los respectivos impuestos, se consideró como una buena solución la inclusión de esta facultad del causahabiente. Sobre todo, considerando la imposibilidad de suprimir el supuesto de la renuncia como uno en los que jugase la sustitución legal, por falta de acuerdo en la doctrina.

MERINO HERNÁNDEZ, en sus Comentarios al artículo 141 de la Compilación[10], pone de manifiesto toda esta problemática fiscal, terminando con la conclusión siguiente: "se obligaba a todos los interesados a unos pagos fiscales innecesarios, no queridos y, en algunos casos, gravemente onerosos".

La inclusión de esta facultad de exclusión por parte del causahabiente es un claro ejemplo de cómo el Derecho no puede estar desconectado de la realidad práctica. En este caso, son cuestiones de naturaleza fiscal las que han impulsado a modificar la regulación originaria de 1967.

- El motivo de la incorporación de esta facultad contiene en sí mismo una contradicción con relación a lo que constituye la presunta voluntad del causante imprevisor.

La base de la que el legislador aragonés ha partido al establecer el concreto contenido de la sustitución legal es, como he indicado en párrafos precedentes, el destino de la parte vacante a los descendientes del llamado, como voluntad presunta del causante.

En cambio, la inclusión de la facultad de exclusión se debe a una presunta voluntad del causahabiente, no del causante. Por tanto, al dar entrada a esta facultad se está haciendo primar una voluntad distinta a la de la persona de cuya sucesión se trata, vulnerándose de esta forma la reiterada máxima de que la voluntad

10. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 166.

del causante (en este caso, la presunta tal y como la entiende el legislador) es la Ley en la sucesión.

Es precisamente esta última reflexión la que refuerza la postura sostenida sobre la incompatibilidad de conservar la facultad de exclusión del causahabiente con la presunta voluntad del causante entendida en los términos elegidos por el legislador (que sean los descendiente los destinatarios de esa parte vacante de la herencia).

La reforma de la Compilación aragonesa de 1985 estuvo impulsada, como hemos visto, por el deseo de un sector de la doctrina, entre ellos MERINO, de suprimir el mecanismo de la sustitución legal respecto del supuesto de renuncia[11].

Esta propuesta sigue la línea vigente en el Código Civil (arts. 923 y 928), así como en el Derecho Sucesorio catalán (art. 328) y el Navarro (ley 308), cuyas regulaciones no incluyen la renuncia como una de las circunstancias en las que deba jugar el derecho de representación[12].

Como puede observarse, existe una estrecha relación entre el problema de mantener la facultad de exclusión que el vigente art. 141 de la Compilación concede al causahabiente y la conservación o eliminación del supuesto de la renuncia del mismo.

---

11. El propio MERINO explica en la obra referida la enmienda que propuso él mismo dirigida a suprimir el supuesto de la renuncia de la fórmula del art. 141 en la redacción de 1967. Con ello pretendía hacer frente al problema fiscal que existía en la práctica.

Sin embargo, esta enmienda fue rechazada por los representantes de los demás Grupos Parlamentarios con base en que "en algún caso puede interesar al renunciante de una herencia el que su porción en la misma pase a sus descendientes", op. cit., p. 167.

12. Ya vimos en el epígrafe anterior cómo ésta es la denominación que recibe el mecanismo de la sustitución legal en los citados textos legislativos.

Personalmente, considero que el supuesto de la renuncia no debe desaparecer de la regulación de la sustitución legal, y a estos efectos, me remito a la exposición que sobre el particular hago en el epígrafe siguiente.

Esta postura favorable al mantenimiento del supuesto de la renuncia constituye otro argumento a favor de la postura de excluir la facultad que la actual redacción del art. 141 de la Compilación otorga al causahabiente. Es decir, fundándose la incorporación de dicha facultad única y exclusivamente en el intento de encontrar una solución a los deseos de la mayoría de los renunciantes en torno a favorecer con su renuncia a los coherederos, y como punto intermedio a la propuesta originaria de suprimir la renuncia del mecanismo de la sustitución legal, **la defensa del mantenimiento de este supuesto como originario de la sustitución legal conduce, necesariamente, a la negación de proporcionar al causahabiente la facultad de excluir este mecanismo.**

2. ADMISIÓN DE LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL CAUSAHABIENTE.

La exposición precedente ha girado en torno a una presunta voluntad del causante en los casos de que el llamado finalmente no pueda o no quiera heredar. Ahora bien, como he puesto de manifiesto al principio de estas reflexiones, el hecho de que el legislador aragonés se haya decantado por ese concreto contenido de la voluntad del causante no es óbice para no poder analizar otro distinto, fundado igualmente en otra presunta voluntad del causante.

Vamos, por ello, a examinar cómo quedaría la regulación de la sustitución legal si partiésemos de una voluntad del causante consistente en que fuese el llamado que no puede o no quiere heredar el que decidiese el destino de la parte de herencia vacante.

Es preciso hacer una matización previa: la decisión del llamado del destino final de la parte que él no llega a heredar no puede ser tan amplia que llegue a desvirtuar toda la lógica sucesoria. Es decir, hay que interpretar que, el hecho de que el causante deje en sus manos el destino de la herencia no significa que el llamado tenga ya un poder ilimitado de decisión. Debe entenderse, por tanto, que el causante le otorga esta facultad porque está seguro de que el llamado va a ejercitar esta confianza dentro de unos límites marcados por el parentesco.

Sería incongruente que el llamado pudiera disponer de esa parte en favor de extraños puesto que, en buena lógica, no sería ésta la voluntad del causante.

Por ello, la posibilidad que vamos a analizar es la que limita al llamado la facultad de decisión a la exclusión o no del mecanismo de la sustitución legal. Es decir, el único margen de maniobra que tiene el llamado es el de excluir la sustitución legal y dejar operar la determinación establecida para este caso por la Ley.

Éste es el sentido que MARTÍNEZ DE AGUIRRE da a la facultad de exclusión que el art. 141 de la Compilación aragonesa otorga al causahabiente: "El contenido de la previsión en contrario del causahabiente es puramente negativo: se limita a ser una previsión contraria a la sustitución legal, que impide que ésta tenga lugar, pero no determina directamente el destino de la porción hereditaria que queda vacante; éste seguirá el camino que marca la Ley".[13]

Teniendo, por tanto, ahora como referencia el deseo del causante de que sea el causahabiente el que pueda decidir sobre si

13. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Algunas consideraciones sobre la sustitución legal .....", op. cit., p. 601.

debe operar la sustitución legal o si por el contrario deben entrar en juego los correspondientes mecanismos legales, son dos las cuestiones que podemos examinar:

1.- Qué ventajas ofrece esta posibilidad.

2.- A qué supuestos de los previstos en el art. 141 de la Compilación resulta aplicable.

1.- En relación con el primer aspecto, referido a las ventajas que la conservación de la facultad de exclusión por el causahabiente del mecanismo de la sustitución legal puede suponer, puede reflejarse la opinión que al respecto mantiene CALATAYUD[14]. Este autor pone de manifiesto que esta facultad ha introducido una gran flexibilidad en el régimen sucesorio desde un punto de vista práctico, sobre todo porque, como el mismo CALATAYUD explica, a través del ejercicio de esta posibilidad, los renunciantes ven cumplidos sus deseos acerca del destino de esa parte de la herencia que repudian (acrecimiento a favor de sus coherederos). Consiguen de este modo evitar unos mayores costes fiscales eliminando transmisiones intermedias gravosas para ellos.

Por otra parte, como afirma el mismo autor, esta regulación refleja con bastante proximidad los deseos reales de muchos causantes, quienes, con carácter general, no pueden prever situaciones de este tipo y, ante la falta de disposición al respecto, no tendrían inconveniente en dejar la decisión en manos de la persona a la que, inicialmente, ellos voluntariamente han designado como heredero. Tampoco parece que en la sucesión intestada los planteamientos varíen demasiado con relación a lo comentado, sobre todo si tenemos presente que en este caso el propio causante no ha

14. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., p. 173.

realizado ninguna previsión en concreto que determine el destino de su herencia.

2.- Respecto a la segunda de las cuestiones, nos encontramos nuevamente con falta de criterio común entre los autores. En efecto, no existe acuerdo unánime en la doctrina acerca de los supuestos concretos a los que debe alcanzar la facultad de exclusión del causahabiente. CALATAYUD y MERINO, entre otros, lo limitan al renunciante. Así, por ejemplo, éste último afirma que "sólo en el caso de heredero renunciante puede darse esa exclusión de la sustitución legal por parte del propio causahabiente. A ello se refiere fundamentalmente el inciso "en su caso" del precepto"[15].

Otros autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE defienden su extensión a los tres supuestos recogidos en el art. 141 de la Compilación aragonesa (premoriencia, indignidad y renuncia)[16].

Existen argumentos de gran fuerza a favor de ambas posturas doctrinales, detalladamente analizados por los citados autores en diversos trabajos y exposiciones doctrinales[17]. Por ello, siendo consciente del absurdo que sería la reiteración de todas estas argumentaciones en estas reflexiones, me voy a limitar a explicar, sirviéndome de las mencionadas exposiciones doctrinales, las razones por las que **me adhiero a la posición defendida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE.**

He de comenzar señalando que el foco de discrepancia se centra en los supuestos de premoriencia e indignidad, puesto que

15. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 171.

16. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., pp. 206 y ss.

17. Véase obras citadas en las notas precedentes correspondientes a cada uno de los autores mencionados.

toda la doctrina acepta que la facultad de exclusión de la sustitución legal pueda ser ejercitada por el renunciante.

En el caso de la **premoriencia**, la polémica únicamente versa sobre la eficacia que deba darse a una previsión, en el sentido de excluir la sustitución legal, hecha por el que cree va a ser llamado a una herencia, antes de abrirse ésta.

CALATAYUD y MERINO defienden que este tipo de previsión sólo surte efectos cuando se realiza tras la apertura de la sucesión por lo que, consecuentemente, el que premuere no puede realizarla; mientras que MARTÍNEZ DE AGUIRRE estima que esta exigencia no se desprende del texto del precepto.

Personalmente, considero que puede ser de aplicación en apoyo de esta segunda postura, la vigencia del Principio de libertad civil que impregna el derecho sucesorio aragonés así como el carácter no restrictivo de las normas que conceden facultades a los sujetos jurídicos.

Con base en el primero de los dos principios, puede defenderse que, puesto que la previsión del premuerto excluyendo la sustitución legal no contradice ninguna norma imperativa ni lesiona ningún derecho adquirido por los descendientes del mismo, no hay obstáculo para no otorgar a dicha previsión efectos desde que se realice, incluso aunque esto ocurra antes de la muerte del causante.

Por su parte, el carácter expansivo y no limitativo de las normas que autorizan posibilidades de actuación a los sujetos jurídicos, apoya la concesión de esta facultad al que premuere.

La posibilidad de ejercitar la facultad de exclusión de la sustitución legal por el **indigno** resulta, a mi juicio, todavía más evidente.

En este sentido, me adhiero por completo a los razonamientos expuestos por MARTÍNEZ DE AGUIRRE y, en especial al que se apoya en la incorrección de aplicar el argumento *a maiori*.

A las argumentaciones defendidas por el citado autor cabe añadir otra basada en la naturaleza misma de la indignidad. Así, un sector de la doctrina concibe la indignidad no como una incapacidad jurídica propiamente dicha sino como una circunstancia que, si bien permite al indigno adquirir la condición de heredero, le impide retener la herencia siempre y cuando los sujetos legitimados hagan valer tal causa de indignidad. En consecuencia, si esta impugnación no se produce, el indigno debe ser considerado heredero con los mismos derechos que éste tendría. Con base en esta interpretación doctrinal de la naturaleza jurídica de la indignidad se destruye el argumento de la incapacidad del indigno como fundamento para sostener la imposibilidad de que el mismo pueda ejercitar la facultad de exclusión de la sustitución legal.

3. CONCLUSIONES.

Una vez realizada esta exposición, que pone de manifiesto la gran diversidad de criterios defendidos por los distintos autores en prácticamente todos los aspectos que rodean la actual facultad de exclusión otorgada al causahabiente, paso a exponer mi opinión personal en esta problemática en torno a la regulación de la sustitución legal en Aragón.

La cuestión de fondo, a mi modo de ver, se centra en la polémica de elegir y considerar como punto de referencia, al que se de un respeto reverencial, uno u otro contenido concreto como presunta voluntad del causante. Y este debate trae como consecuencia el de la conveniencia de mantener o eliminar la facultad de excluir la sustitución legal por parte del causahabiente.

Conviene, no obstante, recordar una advertencia inicial: Estamos partiendo, en todo caso, del supuesto de falta de previsiones

expresas hechas por el causante para cuando el llamado a la herencia o a una parte de la misma no quiera o no pueda llegar a heredar por haber premuerto, ser indigno o haber renunciado a ella.

Como he expuesto en las reflexiones, esta alternativa la constituyen las dos siguientes posibilidades:

- Entender que la presunta voluntad del causante es que la parte que el llamado no llega a heredar pase a sus descendientes directamente.

- Interpretar que el causante hubiese preferido en estos casos que fuese el propio llamado el que decidiese el destino de esa parte, siempre teniendo presente que esta facultad se limita a excluir, en su caso, la sustitución legal.

Nos movemos en una pugna entre una línea rigorista y tradicional frente a corrientes que proponen una regulación más flexible y acorde con la realidad práctica.

Es decir, si defendemos una regulación rígida, en la línea seguida en el propio Código Civil español, el Código catalán o el Fuero navarro, y de otras legislaciones extranjeras como la Italiana, la voluntad del causante no admitiría ninguna interpretación que dejase a otro sujeto (por más que éste sea el propio llamado), decidir, aun con límites, el destino de su sucesión. Esta postura defendería la primera de las dos opciones.

En cambio, si damos importancia a la realidad práctica y tratamos de adaptar el derecho a las exigencias que ésta va mostrando a través de los supuestos de hecho concretos que en la vida real se van planteando, no hay inconveniente en defender la segunda de las posibilidades.

Personalmente, me inclino por la primera vía.

Antes de manifestar la razón de mi postura, no quiero dejar de hacer unas breves consideraciones en favor de la segunda que

tiene, así mismo, gran fuerza. En este sentido, considero de vital importancia defender que el Derecho no puede mantenerse aislado de la evolución socio-económica sino que, muy al contrario, debe estar atento a las tendencias y aspiraciones de la sociedad. El moverse en un plano estrictamente técnico apoyándose fundamentalmente en una tradición jurídica continuada, si bien puede ofrecer mayores dosis de seguridad jurídica, también es posible que defraude más a menudo los deseos reales de los sujetos jurídicos.

En esta línea, estimo que el Derecho y, en concreto toda institución jurídica como es la sustitución legal, debe estar al servicio de las necesidades de la sociedad.

Considero bastante razonable la afirmación de que dejar la decisión del destino de la parte de la herencia vacante al causahabiente será, en muchos casos, lo que desearían los causantes. Así, introducir la facultad de exclusión por parte de los mismos permitiría satisfacer al mismo tiempo tres aspiraciones: Por una parte, se estaría cumpliendo una presunta voluntad razonable del causante; en segundo lugar, muchos llamados podrían dejar su parte a los coherederos y, por último, conseguiríamos dar una mayor flexibilidad al mecanismo de la sustitución legal.

Sin embargo, a pesar de las razones expuestas en favor de la segunda vía, personalmente defiendo la regulación correspondiente a la primera de ellas con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, esta regulación contiene el valor, imprescindible en Derecho, de la **seguridad jurídica**. Efectivamente, la supresión de la facultad de exclusión de la sustitución legal por el causahabiente supone que en todos los casos de premoriencia, indignidad y renuncia del llamado, la parte de herencia correspondiente irá a parar a sus descendientes, salvo previsión en contra expresa del causante.

En segundo término, considero que **la sustitución legal**, configurada en favor de los descendientes del llamado que no llega a heredar, **tiene un fundamento familiar, social e incluso humanitario**[18] **al que se debe dar prioridad**. Me estoy refiriendo a la injusticia que supondría para los descendientes del premuerto que la parte de la herencia que le hubiese correspondido a él tuviese como destinatarios a los coherederos. No parece defendible, desde mi punto de vista, y siempre bajo una perspectiva moral, que estos descendientes sumasen a la desgracia del fallecimiento de su padre la de quedar excluídos de su parte en la herencia del causante.

En el supuesto del que repudia la herencia podría pensarse, como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en los casos en que la enemistad entre padres e hijos es la motora de la exclusión de la sustitución legal a favor de estos últimos. ¿Puede quedar el destino definitivo de una parte de la herencia que en principio está pensada para beneficiar a unos determinados familiares (descendientes) al arbitrio de un sentimiento enfrentado entre los sujetos intervinientes en este mecanismo?. A mi juicio, no. Por lo demás, no podemos considerar esta posibilidad como meramente hipotética y casi inexistente sino muy al contrario como razonablemente posible y frecuente.

Además de estos dos motivos, que si bien admito son partidarios no por ello carentes de sentido, creo que hay una razón de fuerza, relacionada con el origen del problema, que apoya de forma contundente la eliminación de la facultad de exclusión del causahabiente.

---

18. J. CASTÁN TOBEÑAS, "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1992, p. 161.

Como ya he explicado en las reflexiones, esta facultad tiene su origen en una transacción entre posturas doctrinales que se inclinaban por la supresión de la renuncia como uno de los supuestos en los que no debía jugar la sustitución legal, y aquellos otros sectores que defendían su aplicación también al renunciante. Desde mi punto de vista, y como anteriormente he expuesto, estimo que la sustitución legal debe seguir jugando en los supuestos de renuncia. Consecuentemente, si el fundamento de la introducción de la citada facultad de exclusión está en los deseos de parte de la doctrina (CALATAYUD, MERINO) de eliminar la renuncia del art. 141 de la Compilación, y ésta a mi juicio debe ser mantenida, desaparece todo apoyo para la conservación de esta facultad.

No obstante, independientemente de la opción que se elija como contenido de la presunta voluntad del causante, eje de toda esta problemática, lo que sí considero absolutamente necesario es ser consecuentes, hasta el final, con esa concreta vía escogida como punto de partida de la regulación.

Con ello quiero decir que lo que no sería admisible, desde mi punto de vista, es tomar como referencia una presunta voluntad del causante consistente en que sean los descendientes del llamado que no llega a heredar los directamente beneficiados, y tratar de hacerla compatible con el mantenimiento de la facultad de exclusión del causahabiente. Tal regulación es la existente en estos momentos en el vigente art. 141 de la Compilación, y encierra en sus propios planteamientos una evidente **contradicción interna**: Por una parte, se está protegiendo un presunto deseo del causante y, por otro lado, se está desvirtuando totalmente dicha protección puesto que basta la voluntad del llamado para que, mediante la exclusión de la sustitución legal, esos descendientes no reciban la parte de la herencia vacante. Claramente se está incumpliendo la voluntad del causante.

4. TENDENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN.

El concepto de sustitución legal que recoge el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte elimina la facultad concedida por el vigente art. 141 de la Compilación aragonesa al causahabiente.

Comienza su art. 19, cuya rúbrica es "Concepto", diciendo: "Salvo disposición en contrario del disponente". Como se observa, se ha modificado así mismo la denominación introduciéndose el término "disponente" en lugar de "causante".

Se vuelve, con ello, a la fórmula tradicional consagrada en la Compilación de 1967.

5. PROPUESTA DE REDACCIÓN.

Como he puesto de manifiesto en este apartado, personalmente me inclino por la desaparición de la facultad concedida al causahabiente.

En consecuencia, defiendo en este concreto punto la redacción de la Compilación de 1967: "Salvo previsión en contrario del causante".

Así mismo, prefiero el término "causante" al de "disponente" porque el primero es más genérico que el segundo. Con el término "disponente" parece que sólo se incluye a los causantes que realizan previsiones sucesorias y se exlcuye, en cambio a los que fallecen sin haber hecho estas previsiones.

IV. EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA.

Una de las cuestiones más controvertidas que suscita la regulación del vigente art. 141 de la Compilación aragonesa sobre la sustitución legal es si este mecanismo legal debe jugar también en el supuesto de la renuncia.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

La renuncia estaba prevista desde el inicio de los trabajos del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses como uno de los casos en los que debía jugar el mecanismo de la sustitución legal. Tanto la expresión "o renuncie a la herencia", utilizada hasta el Anteproyecto de la Comisión de 1963, como la actual "o renunciante a la herencia", variante introducida en el Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación en 1965 y mantenida en la redacción definitiva de la Compilación de 1967, son incisos constantes en la fórmula de esta institución.

La problemática en torno a la conveniencia o no de mantener esta circunstancia en la redacción del art. 141 de la Compilación surge tras la entrada en vigor de la Compilación de 1967[1], siendo los profesionales del Derecho en el ámbito práctico (básicamente Notarios), los que ponen de relieve las dificultades que este supuesto planteaba.

Considero muy ilustrativo reproducir, a estos efectos, las palabras de MERINO HERNÁNDEZ que reflejan las voces de queja

1. Así lo constata MARTÍNEZ DE AGUIRRE en su trabajo "Algunas consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 593, en estos términos: "Tras la entrada en vigor de la Compilación aragonesa se comenzó a formar una opinión crítica respecto a la inclusión como uno de los presupuestos de la sustitución legal, de la renuncia del primer llamado".

provenientes de este sector profesional, sacando a la luz el verdadero problema que subyace en torno al supuesto de la renuncia:

"Cuando un heredero aragonés quiere renunciar en beneficio de sus hermanos, los notarios tenemos que acudir a un subterfugio; aconsejamos al posible renunciante que, en lugar de renunciar, acepte su porción de herencia y una vez verificado ello transmita dicha porción a sus hermanos"[2].

Como se desprende de esta queja formulada por MERINO, el fondo de la cuestión estaba en los problemas que producía en la práctica este supuesto de la renuncia.

Se generó, en consecuencia, una división en la doctrina entre dos posturas contrapuestas: Los autores que defendían la supresión de la renuncia del juego de la sustitución legal (MERINO, entre otros) se basaban en la constatación práctica de que en la mayor parte de los supuestos de renuncia, el renunciante tenía la intención de que su parte acreciese a los coherederos, antes de que pasase a sus propios descendientes. En cambio, el sector doctrinal que se inclinaba por mantener la renuncia, argumentaba que en algunas ocasiones también podía interesar a los renunciantes que esa parte beneficiase a sus descendientes.

Entre los autores que se muestran a favor de mantener el supuesto de la renuncia se encuentra GARCÍA ALMAZOR[3] quien sostiene que "debe mantenerse también el supuesto para el caso de renuncia, es decir, incluir la renuncia dentro de los supuestos a que da lugar la aplicación de la sustitución del artículo 141...".

---

2. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978, pp. 151 y ss.
3. J. GARCÍA ALMAZOR, op. cit., p. 213.

Este debate trajo como consecuencia la plasmación en el vigente art. 141 de la Compilación de una postura transaccional entre las dos corrientes doctrinales contrapuestas[4]: el legislador aragonés optó por otorgar al propio renunciante la facultad de decidir, mediante la posibilidad de excluir el mecanismo de la sustitución legal, el destino de esa parte vacante (en favor de los coherederos, o para sus descendientes por sustitución legal).

2. PLANTEAMIENTO INICIAL.

Antes de exponer la posición personal sobre la conveniencia o no de mantener la renuncia como supuesto en el que debe operar la sustitución legal, quiero poner de relieve una cuestión que, a mi juicio, resulta indudable: **No parece tener ningún sentido la regulación vigente del art. 141 de la Compilación si tenemos en cuenta que, por una parte se está permitiendo al llamado repudiar su parte de la herencia y, por otro lado, se le está otorgando la facultad de decidir sobre esa parte de herencia que él no quiere.**

A mi juicio, existe en esta facultad a favor del renunciante una vulneración de las reglas de la lógica, que impiden a alguien que renuncia a una herencia decidir sobre el destino de la misma.

Por otro lado, no hay que olvidar que el motivo que ha llevado a introducir dicha facultad es la discrepancia que en torno al mantenimiento de la renuncia existía entre la doctrina.

---

4. La introducción de la facultad de exclusión del causahabiente es debida precisamente a esta polémica doctrinal y tiene su origen en esta solución transaccional.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en la obra "Algunas consideraciones sobre la sustitución legal.....", plasma esta relación causa-efecto: "La reforma del art. 141 Comp.Ar. intenta dar satisfacción, simultáneamente, a quienes querían suprimir la renuncia como determinante de la sustitución legal, y a quienes preferían mantenerla. Para ello, se ha dispuesto de un mecanismo peculiar, de tipo transaccional, que deja a la voluntad del causahabiente la decisión sobre si procede o no la sustitución ", op. cit., p. 596.

Por ello, **considero que la solución a la regulación de la sustitución legal en este concreto aspecto no puede encontrarse en una postura transaccional como la vigente, puesto que conduce a una contradicción intrínseca desde un punto de vista lógico.**

Con base en lo dicho hasta ahora, **el problema se reduce**, desde mi punto de vista, **a tomar una opción tajante a favor o en contra de mantener la renuncia como supuesto incluído en la sustitución legal** y, una vez elegida una de las dos vías, a establecer una regulación consecuente con ella.

Esta decisión va a depender del valor que le demos a la praxis puesto que la supresión de la renuncia no tiene otro fundamento que la mencionada constatación práctica de los deseos reales de algunos renunciantes en el momento de renunciar: que la parte de herencia que ellos no quieren acrezca a sus coherederos.

En el supuesto de que demos prioridad a estas intenciones de los renunciantes, por entender que las mismas son el motor de la inmensa mayoría de las renuncias, la regulación legal debería eliminar el supuesto de la renuncia de la sustitución legal.

Con esta supresión, al impedir que opere la sustitución legal, entrarían en juego los siguientes mecanismos legales, y en concreto, el derecho de acrecer a favor de los coherederos[5].

Desde el punto de vista de las repercusiones prácticas, se conseguiría reducir los gastos fiscales que se tendrían en el caso de que, manteniéndose la renuncia pero no la facultad de exclusión del renunciante, éste siguiese deseando que su parte renunciada acreciese a los coherederos.

---

5. MERINO HERNÁNDEZ explica la entrada de la normativa del Código Civil como derecho supletorio: "al quedar excluída la sustitución foral, deberá entrar en juego la norma supletoria, que no es otra que el Código Civil en su artículo 981, determinando el derecho de acrecer", "Comentario al art. 141.....", op. cit., p. 171.

En efecto, ya vimos en el apartado anterior[6] cómo antes de introducirse la facultad de exclusión del renunciante, éste debía aceptar la herencia para luego transmitirla, en su caso, a los coherederos. Ello suponía una doble tributación fiscal.

Como puede verse, subyacen en este problema de mantener o suprimir la renuncia motivos fiscales de gran peso.

Planteada en estos términos la cuestión, sólo resta decidir si el Derecho, como instrumento jurídico, debería atender de forma especial a estas realidades prácticas, básicamente de carácter fiscal, o si, por el contrario, puede desconocer las mismas.

Desde mi punto de vista, por tanto, a la hora de determinar si la sustitución legal debe ser aplicada también al supuesto de la renuncia, hay que moverse entre dos polos claramente diferenciados, ambos igual de legítimos, pero irreconciliables. Me estoy refiriendo a la confrontación, a la que antes he aludido, entre régimen estrictamente jurídico o prelación de un sistema más flexible y, quizá, más acorde con la realidad práctica.

Son dos los ámbitos en los que se puede indagar para inclinarse al final por una vía o por la otra:

1.- Se trata de proyectar la finalidad de la institución "sustitución legal" al análisis del supuesto de la renuncia.

2.- Es preciso contemplar cuáles pueden ser los supuestos de la vida real en los que un llamado renuncie a su parte en la herencia en favor de sus coherederos.

---

6. Véase el apartado 1 de este epígrafe, p. 48.

3. LA FINALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL Y EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA.

A riesgo de insistir una vez más en la idea expuesta en el epígrafe III, la decisión clave también en esta materia es la de decantarse por uno u otro contenido de la presunta voluntad del causante.

A) - Su voluntad habría sido la prevista por el legislador aragonés: destino de la parte de la herencia vacante a favor de los descendientes del llamado.

Con este punto de partida de respeto absoluto a la voluntad del causante de que sean los descendientes del llamado los que adquieran, en su caso, la parte vacante de éste, y por lo tanto prescindiendo del presunto deseo del llamado (me refiero en concreto al tema del renunciante antes comentado), no cabe duda alguna sobre el encaje perfecto del supuesto de renuncia en cuanto a la aplicación del mecanismo de la sustitución legal.

Son varias las argumentaciones que pueden apoyar esta postura.

1.- Pensemos en un supuesto de sucesión intestada. Si la sustitución legal no fuese de aplicación a la renuncia, se daría la siguiente incongruencia y falta de lógica: si el causante tiene dos hijos legítimos, ambos a su vez con descendientes, y uno de ellos renuncia a su parte de la herencia, entra en juego el derecho de acrecer en favor del otro hijo legítimo de tal forma que los descendientes del renunciante no recibirían nada. En cambio, si el causante sólo tuviera un hijo legítimo y éste a su vez tuviera descendientes, éstos, ante la renuncia de su ascendiente no recibirían nada por sustitución pero sí por derecho propio como descendientes legítimos del causante.

No parece congruente esta diferenciación de efectos de la renuncia dependiendo de si los llamados son varios o bien uno solo[7].

La inclusión de la renuncia como circunstancia en la que juega el derecho de representación está contemplada por el Código italiano de 1942 en su art. 467.1.

2.- El motivo en el que se apoya la doctrina para suprimir la renuncia del mecanismo de la sustitución legal (la constatación práctica de la presunta voluntad de los renunciantes a favor del acrecimiento a los coherederos), carece totalmente de fuerza ante la presunta voluntad del causante que, no hay que olvidar, constituye la ley en su sucesión.

3.- La interpretación de la presunta voluntad del causante en el sentido de la preferencia hacia los descendientes del llamado que no llega a heredar implica una apuesta del legislador por proteger los vínculos de familia con un criterio igualitario entre las diferentes estirpes. Ante esta finalidad, no parece que del mero hecho de la renuncia del llamado pueda deducirse que la voluntad del causante cambiaría en el sentido de no querer ya favorecer tampoco a los descendientes del renunciante.

Vuelvo a insistir en que **una cosa es la voluntad (o presunta) del causante y otra muy distinta los motivos (frecuentemente fiscales) que pueden llevar al llamado a renunciar su parte de la herencia**. El deseo del causante debe seguir interpretándose del mismo modo que al inicio, es decir, en el sentido de favorecer a los descendientes del llamado que no llega a heredar.

4.- En línea con la razón precedente, es interesante analizar el supuesto de la indignidad para, a través de un criterio comparati-

7. Este ejemplo está tomado del trabajo del autor J. CASTÁN TOBEÑAS, titulado "El derecho de representación y .....", op. cit., p. 163.

vo, sostener la aplicación de la sustitución legal al caso de renuncia.

La indignidad del llamado es una circunstancia que todas las legislaciones y la doctrina admiten como supuesto indiscutible en el que juega la sustitución legal. Así, el Código Civil, en su art. 929; el Código de Sucesiones catalán, en su art. 328; la ley 308 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra; Código Civil italiano en su art. 467.1- "en todos los casos en que éste no puede o no quiere aceptar la herencia o legado-".

La indignidad es una sanción civil que el ordenamiento impone al llamado como consecuencia de la realización por éste de conductas tipificadas expresamente como ilícitas. La indignidad supone una verdadera infracción jurídica culpable y, por tanto, imputable al sujeto. Se fundan en una presunción iuris tantum consistente en que el causante habría excluido de la sucesión al indigno de haber tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad.

Entre las causas de indignidad, tipificadas en el art. 756 del Código Civil, se encuentran actos tan reprobables socialmente como atentar contra la vida del testador; intentar captar con amenaza, fraude o violencia la voluntad del testador, etc.

Si comparamos este supuesto de la indignidad con el de la renuncia, nos encontramos con que en el primero el llamado no puede llegar a adquirir su parte de la herencia por un acto ilícito que él mismo y de forma voluntaria ha realizado; mientras que en el caso de la renuncia, si bien es así mismo un acto voluntario del llamado, no existe ninguna conducta reprobable al mismo.

En un sentido amplio, se puede considerar que el indigno, con su conducta ilícita está renunciando a la herencia, máxime cuando esta actuación es plenamente consciente y voluntaria. La única diferencia con el supuesto de la renuncia en sentido estricto

radicaría en que el indigno renuncia a través de un comportamiento ilícito, mientras que el renunciante lo hace mediante una declaración de voluntad expresa.

Si aplicásemos el mismo criterio que en el supuesto de renuncia según el cual el que renuncia lo hace por sí y por sus descendientes, deberíamos llegar a la conclusión de que el indigno, poniéndolo de manifiesto con su conducta, está excluyendo así mismo a sus descendientes de la parte de herencia que a él se le priva.

Sin embargo, a pesar de esta voluntariedad en la actuación del indigno, la legislación sigue presumiendo que la voluntad del causante no varía y que deben ser los descendientes del indigno los que sustituyan a éste en la parte que no puede heredar por la sanción civil.

¿Existe algún elemento en el supuesto de renuncia que lleve a pensar que la voluntad del causante variará en detrimento de los descendientes del repudiante?. Parece que, al igual que en el caso de indignidad el legislador se ha inclinado por la negativa. Esta debe ser la respuesta para el caso de renuncia, sobre todo teniendo en cuenta que también el indigno es el que no "quiere" heredar.

Considero, con base en estas razones y teniendo como referencia la primacía de la presunta voluntad del causante sobre la del llamado, que **el mecanismo de la sustitución legal debe aplicarse también al supuesto de la renuncia.**

Del mismo modo, con este concreto punto de referencia, no estimo defendible la supresión del supuesto de la renuncia como uno en los que juega la sustitución legal y ello porque, como he expuesto en las reflexiones anteriores, nada indica que la mera renuncia del llamado implique el cambio de voluntad del causante, voluntad que debe ser en todo caso respetada.

B) - La voluntad del causante es que el propio llamado[8] que no llega a heredar decida el destino de la parte de la herencia que le correspondía.

Ya he adelantado al inicio de este epígrafe mi postura totalmente desfavorable a admitir la compatibilidad entre el mantenimiento del supuesto de la renuncia y la facultad del renunciante de decidir el destino de la parte de la herencia que él finalmente rechaza.

En consecuencia, **defendiendo, como hago, la conservación del supuesto de la renuncia en la redacción del art. 141 de la Compilación, no encuentro viable el seguir manteniendo la facultad de exclusión de la sustitución legal al causahabiente.**

En el epígrafe III del presente trabajo he puesto de manifiesto cómo un sector de la doctrina, representada por autores como CALATAYUD y MERINO, se muestran favorables a mantener la facultad de exclusión del causahabiente pero reduciéndolo al supuesto del renunciante, no a los otros dos (premoriencia e incapacidad) previstos en el art. 141[9].

Incluso el propio MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien no apoya la conservación de la referida facultad del causahabiente, incluiría al renunciante como titular de la misma, en el supuesto de que finalmente triunfase la tesis de no eliminar esta facultad del art. 141 de la Compilación[10]. Pues bien, a mi juicio, y por las razones ex-

---

8. Por "llamado" hemos de entender en este caso al renunciante a la herencia.

9. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en el trabajo "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 206, refleja esta posición de ambos autores:"como patrocinan algunos autores (Merino Hernández, Calatayud Sierra), tal facultad debe ser reconocida únicamente al renunciante".

10. En la misma intervención que la anterior, expone su postura diciendo: "Desde el punto de vista puramente gramatical, no veo razones para restringir la facultad de exclusión al renunciante", op. cit., p. 206.

puestas al comienzo de este epígrafe, estas posturas doctrinales, en el caso específico del renunciante, vulneran las reglas de la lógica, y por consiguiente, insisto, **me pronuncio contrariamente a seguir consagrando la compatibilidad entre la facultad de exclusión del causahabiente y el supuesto de la renuncia.**

Estimo que esta pugna debe vencerse del lado de la conservación del supuesto de la renuncia.

4. SUPUESTOS DE RENUNCIA MÁS FRECUENTES.

La finalidad de analizar cuáles son los supuestos de renuncia que se dan con mayor frecuencia en la vida real no es otra que la de configurar el régimen de la sustitución legal de forma que el mismo pueda satisfacer los deseos del mayor porcentaje de causantes.

Y ello porque, a mi juicio, **si bien el Derecho debe estar atento a las exigencias de la realidad práctica, también es cierto que el mismo no puede consagrar una regulación que no refleje un porcentaje elevado, mayoritario, de supuestos de hecho reales que resulten beneficiados con esa regulación.**

Por otra parte, personalmente considero que otro aspecto que el legislador debe valorar para decidirse por una alternativa u otra (mantenimiento/eliminación de la renuncia) es la naturaleza de los motivos que respaldan cada una de las dos posturas enfrentadas.

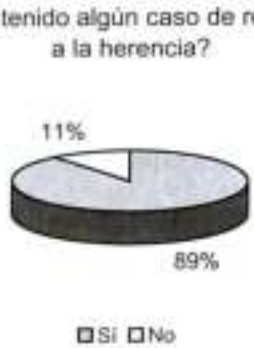
Con el objeto de plasmar, de la forma más fiable, los supuestos de renuncia que han tenido lugar en Aragón en los últimos años, realizamos una encuesta consistente en seis cuestiones que fue enviada a través del Colegio Notarial de Zaragoza a Notarios del territorio.

Aprovechamos la ocasión para obtener así mismo datos sobre la facultad de exclusión del causahabiente, aspecto íntimamente ligado, como hemos tenido oportunidad de comprobar, al problema de la renuncia y fuente también de polémica entre los autores.

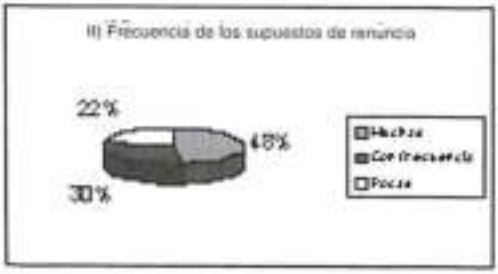
Adelanto ya que el motor de este análisis lo constituye el examen de los datos que nos proporcionan las encuestas realizadas para descubrir si los motivos que son favorables a la postura de la conservación de la sustitución legal tienen la suficiente consistencia como para que el Derecho los tenga en consideración.

Quiero advertir, no obstante, que, como podremos comprobar en las siguientes líneas, los resultados obtenidos no son favorables de forma contundente a una u otra de las posturas, lo que hace más complejo el análisis de los datos.

Un factor muy positivo, a la vez que satisfactorio, es que el número de Notarios que nos han contestado ha sido muy elevado, en concreto 27. Ello ha permitido jugar con una gran cantidad de información de gran valor para nuestra finalidad de reestructurar el esquema de la sustitución legal.



Gráfica 1



Gráfica 2

Gráfica 3

Un primer dato a destacar lo es el elevado número de supuestos de renuncia que han tenido lugar en Aragón. Como se refleja en la Gráfica Número 1, un 89% de Notarios ha atendido, alguna vez, casos de renuncia. Este porcentaje puede entenderse todavía en un nivel más alto si tenemos en cuenta que la causa por la que los dos Notarios que han respondido negativamente a la primera pregunta es, en el primer caso, por el escaso tiempo de ejercicio como Notario (este Notario comenzó en diciembre de 1997); y en el segundo caso, si bien no ha intervenido en ningún caso de renuncia en Aragón, sí lo ha hecho en el resto de España.

Por lo que respecta a la frecuencia con la que se han enfrentado a este tipo de supuestos, observamos (Gráfica 2) cómo un

78% (48%+30%) lo han hecho en numerosas ocasiones. Más de un Notario, incluso, ha participado en más de 100 actos de renuncia.

Del resultado que refleja la tercera Gráfica, se desprende que la mayor parte de los causantes (un 81%) no realizan previsión alguna en el testamento sobre el destino de la herencia en caso de que la persona designada como heredero por él no quiera heredar.

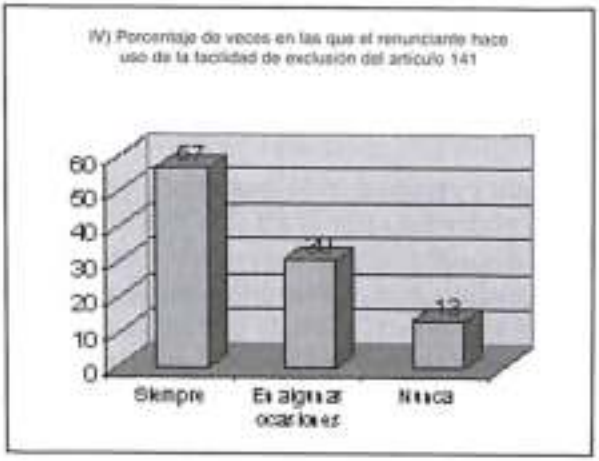
De este dato se deduce una consecuencia, a mi juicio bastante próxima a lo que de hecho ocurre en la realidad:

El hecho de que la mayor parte de los causantes no prevean ulteriores destinos a su herencia para el caso de que el primero (heredero designado) falle puede deberse a que el causante, al dejar su herencia a una persona/s determinada/s (generalmente sus hijos), lo que realmente desea es que esa porción quede integrada en el patrimonio de cada hijo, de tal forma que, si estos no llegasen a adquirirla (por renuncia en este caso), no salga de la línea, descendente, que él ha elegido.

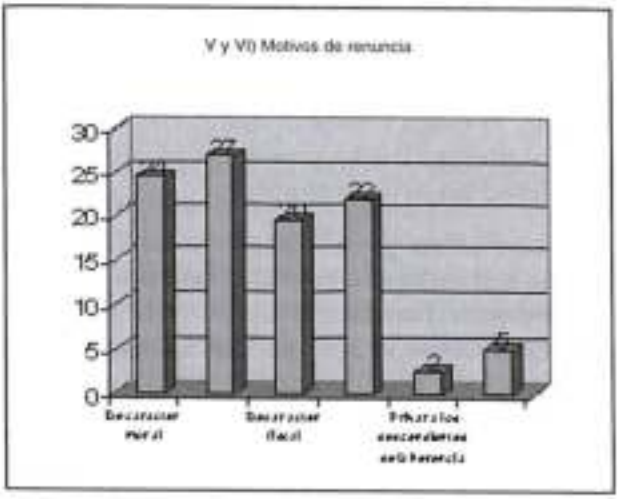
Si la mayor parte de los causantes, por el contrario, previeran que en el caso de que el llamado renuncie no opere la sustitución legal, nos encontraríamos con que sólo desearían que la herencia fuese a parar al llamado por ellos designados, pero no estarían conformes con que esa herencia siguiese descendiendo entre los hijos, nietos, etc. de aquéllos.

El resultado de esta tercera gráfica **apoya la tesis de que el contenido más probable de la presunta voluntad de los causantes es que la parte de herencia que el llamado finalmente no llega a heredar, pase a sus ulteriores descendientes.**

Las gráficas siguientes reflejan datos relativos a dos de los puntos más polémicos de la sustitución legal: la utilización de la facultad de exclusión por parte del causahabiente y los motivos de renuncia, respectivamente.



Gráfica 4



Gráfica 5

Los datos reflejados en la Gráfica 4 corroboran la afirmación hecha por CALATAYUD[11] referente a la facultad de exclusión del causahabiente "el mecanismo se encuentra ya asimilado". Esta es una de las razones por las que este autor considera que debe conservarse esta posibilidad.

Sin embargo, y reconociendo que el porcentaje de aceptación de esta facultad concedida por el art. 141 es muy elevado (un 57% de los Notarios encuestados ha respondido que los renunciantes a los que han atendido han utilizado siempre esta facultad), **me mantengo firme en la convicción de que no es coherente que una persona que renuncia a una herencia pueda tener en sus manos el destino de la misma.**

Por otra parte, no resulta extraño que los renunciantes, en su mayoría, hagan uso de esta facultad puesto que es una posibilidad muy generosa que el ordenamiento les concede sin que ellos se vean gravados de ningún modo. Es decir, una vez que el llamado decide renunciar a la parte de herencia correspondiente, ¿qué perjuicio puede ocasionarle dirigir esa parte de herencia a donde él considere?. Ninguno.

En este caso, la única voluntad que podría quedar desvirtuada es la del causante y ya me he pronunciado sobre cómo, a mi juicio, esta posibilidad no debe permitirse.

En suma, **considero que el simple hecho de que esta facultad de exclusión sea utilizada ampliamente por los renunciantes no es suficiente para justificar su mantenimiento puesto que debe prevalecer siempre el respeto por la más lógica presunta voluntad del causante**, como parece deducirse de los datos de la Gráfica 3: **que la parte renunciada vaya a los descendientes del renunciante**.

---

11. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., p. 173.

Las dos últimas preguntas de la encuesta realizada iban dirigidas a conocer cuáles son los motivos de renuncia que con más frecuencia se producen en Aragón. El total de las razones dadas sumaba 41, reiterándose muchas de ellas, lo que ha permitido agrupar las contestaciones en seis categorías diferentes:

1. De carácter moral (24%).

Dentro de este grupo se encuentran diferentes supuestos, alguno de ellos gratamente sorprendente aunque, he de reconocer, personalmente no esperado.

Por una parte, se incluyen los supuestos en los que uno de los hijos, generalmente hija y soltera, se ha ocupado del cuidado de los padres durante los últimos años de enfermedad de éstos y, al fallecimiento de los padres, el resto de hermanos renuncian a su parte de la herencia en favor de este hijo.

Más sorprendente, en cambio, resulta el otro supuesto:(Sic)"el o los renunciantes entienden que otro u otros coherederos lo necesitan más o lo merecen moralmente más que ellos y desean que su parte renunciada les acrezca".

Esta contestación, con otras palabras, se ha reiterado en cuatro ocasiones. Es decir, según estos datos, parece ser que un porcentaje, si bien no muy alto (un 10%, aprox.), de llamados renuncian porque consideran que moralmente no deben aceptar la parte de herencia que les toca, sin otro tipo de impulsos.

Ya he adelantado que personalmente me sorprende, a la vez que me alegra, conocer que todavía hay casos de renuncia puramente altruista. Desde luego que, a mi juicio, si fueran estos los motivos predominantes de renuncia, podría incluso pensarse en admitir que este concreto renunciante pudiera hacer uso de la facultad de exclusión del vigente art. 141, si entendiese que sus co-

herederos realmente necesitan más la herencia que sus propios descendientes.

No obstante, **tanto los datos reflejados como la propia realidad me hacen pensar que, lamentablemente, estos supuestos serán cada vez menos frecuentes, y en consecuencia, no considero que tengan la fuerza suficiente, por supuesto en número que no en calidad, como para justificar la conservación de la facultad de exclusión del art. 141.**

Soy, no obstante consciente de que constituye ésta una reflexión muy negativa sobre la condición humana. Quizá resulte un tanto extremista esta posición reveladora de tan poca fe en la humanidad. Aceptando por consiguiente esta posible crítica que se me puede hacer, sólo quiero recordar que en este trabajo estoy exponiendo una interpretación (la que más me convence, eso sí) de las muchas posibles.

2. Pactos internos entre coherederos (27%).

Éste es el motivo de renuncia que se produce en mayor número de ocasiones quedando encubiertos, generalmente, estos pactos entre coherederos.

El supuesto de hecho puede ser variado (venta encubierta anterior, donaciones previas, etc.) pero el común denominador es el mismo: el renunciante se considera ya satisfecho en vida en virtud de lo recibido y ahora "renuncia" a favor de los restantes coherederos.

Uno de los Notarios encuestados afirma que "Formalmente es una renuncia pura y simple, pero internamente los herederos a quienes va a favorecer esa renuncia han llegado a un acuerdo para pagar al renunciante una cantidad por esa renuncia".

Otras fórmulas que se reiteran en las contestaciones que nos han aportado los Notarios son "haber recibido por otras vías lo que le correspondía", "haber recibido bienes en vida". Nos encontramos, por tanto, con unos negocios entre coherederos (generalmente hermanos), que han tenido lugar con carácter previo a la aceptación o repudiación de la herencia. Tales negocios son, en principio, perfectamente legítimos. Sin embargo, ¿justifican el poder que se otorga a estos llamados-coherederos de privar de esa parte a sus descendientes?. A mi juicio, no. Sigo considerando que, para mantener la coherencia del sistema sucesorio, la voluntad del causante debe estar por encima de estos posibles pactos internos.

Podemos pensar, en este sentido que, en el ámbito de la sucesión testamentaria, el testador podría conocer la existencia de estos negocios entre sus futuros herederos y, a pesar de ello, realizar un testamento en el que distribuyese su herencia a partes iguales. ¿Debería darse más fuerza también en estos casos al empeño de un coheredero de renunciar por entender que él ya ha recibido lo suyo a través de estos pactos internos?, ¿o debería prevalecer la voluntad del causante aunque el resultado del reparto fuera más injusto?. Personalmente considero que **no podemos perder nunca de vista que es el causante el que debe decidir el destino de su herencia, lleve a resultados más o menos equitativos.**

Podría pensarse que esta afirmación contradice la conclusión expuesta en relación con los motivos de carácter moral, sin embargo no es así puesto que, personalmente, sólo admitiría que el renunciante utilizara la facultad de exclusión del art. 141 por entender que otro hermano está en estado de mayor necesidad que él (por razones como la expuesta sobre la dedicación al cuidado de los padres enfermos, por ejemplo).

En este caso de pactos internos entre coherederos, y sobre todo existiendo un testamento, se produciría la pugna entre las voluntades de los coherederos y la del causante, siendo ésta la pre-

valente en todo caso, en mi opinión, como vengo defendiendo a lo largo de este trabajo.

3. De carácter fiscal (20%).

Constituye este motivo una de las causas por las cuales se introdujo, como vimos, la facultad de exclusión del causahabiente en el art. 141 de la Compilación. Se trataba de evitar de esta forma una doble tributación.

He de admitir que los motivos de carácter fiscal constituyen un porcentaje importante en número como para poder ser tenidos en cuenta por el legislador. Sin embargo, personalmente, **considero que el deseo de reducir pagos de impuestos no puede ser finalmente atendido por el Derecho en este concreto caso puesto que, a mi juicio, deben primar otros factores como la voluntad del causante y la protección de los descendientes de los renunciantes**.

Estos dos últimos valores son de mayor peso, desde mi punto de vista, que la circunstancia de poder eludir una carga fiscal mayor.

Como ya he señalado, el porcentaje que representa este motivo es bastante elevado. Por ello, al estimar que las razones fiscales no deben ser protegidas en la regulación de la sustitución legal, en la tesis que sostengo queda desvirtuado el apoyo que este porcentaje alto de renunciantes podría dar al mantenimiento de la facultad de exclusión del art. 141 de la Compilación.

4. Desinterés por la herencia (22%).

El supuesto de hecho más característico es aquel en el que la herencia tiene cuantiosas deudas de tal forma que no sale rentable aceptarla.

En estos casos, los efectos de la sustitución legal harán que esa misma herencia renunciada sea deferida a los descendientes del renunciante. Pues bien, en este caso, considero que no habría problema alguno por que estos descendientes renuncien a su vez si no les interesa tampoco la herencia.

Parece que en estos supuestos no tendría sentido que el renunciante lo hiciese "en favor de sus coherederos" y ello porque el mismo argumento que sirve para defender que no quiere perjudicar a sus descendientes, se puede utilizar para decir que, en buena lógica, tampoco querrá el renunciante perjudicar a sus coherederos, máxime cuando, en la mayoría de los casos, éstos serán hermanos suyos.

Con base en estas razones, tampoco en este caso tendría sentido mantener la facultad de exclusión del renunciante.

- 5. Privar a los descendientes de la herencia (2%).

Como se desprende del reducido porcentaje que representa este motivo de renuncia, son escasos los supuestos en los que los llamados renuncian movidos por enemistades familiares.

Afortunadamente, no parece que la causa motor de la renuncia sea perjudicar a sus descendientes.

Dado el escaso número de supuestos reales de este tipo, no considero que sea representativo como para modificar la regulación de la sustitución legal.

6. Conseguir un único heredero (5%).

Este motivo de renuncia se da fundamentalmente en los ámbitos rurales y tiene como finalidad que las tierras no se dividan entre los coherederos puesto que ello reduciría, frecuentemente, su valor.

Uno de los Notarios lo explica con estos términos: "En casos de fincas rústicas suelen quedar éstas para aquel de los herederos que vivan en la localidad donde radican aquellas, originándose esta situación mediante la renuncia de los demás".

Nos encontramos en este caso con un factor añadido, la protección de la tierra, que justifica la renuncia a favor del heredero que la trabaja. Muy probablemente la voluntad del causante no diste mucho de esta idea de protección de los terrenos por lo que, éste es otro de los casos en los que, a mi juicio, podría sostenerse la facultad de exclusión del renunciante.

No obstante, nos encontramos con el mismo problema que en el supuesto de los motivos de carácter moral: **La escasa representatividad de estos supuestos hace que no tengan la fuerza suficiente como para justificar la conservación de la facultad de exclusión del art. 141 por parte de estos renunciantes.**

5. CONCLUSIONES.

El debate sobre la conveniencia de mantener o suprimir el supuesto de la renuncia de la regulación de la sustitución legal está totalmente abierto, como se puede apreciar de la exposición del presente epígrafe.

Son muy distintos los puntos de vista que se defienden por los diferentes autores y en todos ellos se puede encontrar argumentaciones muy sólidas para sostener sus posturas.

Este problema está íntimamente relacionado con el tema de la facultad de exclusión del causahabiente y ello hace que las opciones legislativas se amplien todavía más.

Hemos visto, a través de los datos de la encuesta, cómo los motivos de renuncia son muy variados y no a todos ellos se les

puede otorgar la misma fuerza para conseguir la finalidad de configurar la estructura de la sustitución legal.

Ya he puesto de manifiesto mi postura personal sobre los mismos. Considero, a riesgo de ser reiterativa, que únicamente en los supuestos de renuncia por motivos de carácter estrictamente moral y en los supuestos de renuncia para proteger la unidad de la tierra, objeto central ésta de la herencia, podría defenderse la opción de que el renunciante excluyera los efectos de la sustitución legal.

Si bien, insisto, el escaso porcentaje que representan impide, a mi juicio, el que sean tenidos en cuenta como factores determinantes para la nueva regulación de la sustitución legal.

Por otra parte, también hemos podido apreciar cómo los motivos de carácter fiscal, y en concreto, el hecho de evitar una doble tributación, son los que predominan como motores de la renuncia. Constituyen estos motivos un porcentaje elevado (20%), que puede considerarse incluso mayor si tenemos en cuenta que detrás de los pactos internos entre coherederos (por diversas razones como ventas encubiertas previas, donaciones anteriormente hechas, etc.) muchas veces se esconden también motivos de naturaleza fiscal.

Así mismo, son argumentos de naturaleza práctica, como la gran incomodidad que suponen todos los trámites de una doble tributación, los que se encuentran en el origen del debate mantenido sobre la conservación o no de la renuncia, y los utilizados por el sector de la doctrina que se inclina por la eliminación de la renuncia de la configuración de la sustitución legal.

Sin embargo, y a pesar de esta tendencia doctrinal a suprimir el supuesto de la renuncia que, como veremos, es la que ha triunfado en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte, desde mi punto de vista, y siendo consciente del alcance de estas palabras, sigo defendiendo la tesis de que **el mantenimiento de la**

renuncia es la solución más respetuosa y acorde con la naturaleza real de la sustitución legal y, sobre todo, con la voluntad del causante, eje constante a tener presente en la configuración de esta institución.

No considero que, por una parte, la circunstancia de poder evitarse unos costes económicos y, por otra, de reducir tramitaciones, tenga entidad suficiente como para supeditar a las mismas la configuración de la sustitución legal, por muy tentadora, tanto desde el punto de vista económico como práctico, que esta vía pueda parecer.

Con base en las razones expuestas, **considero que la renuncia debe mantenerse como supuesto en el que debe ser de aplicación la sustitución legal. Así mismo, estimo que debe suprimirse la facultad de exclusión del causahabiente.**

En todo caso, lo que sí debe tenerse presente es que, de mantenerse la postura contraria, **la supresión de la renuncia del vigente art. 141 de la Compilación exige necesariamente dar entrada al siguiente mecanismo legal en defecto de sustitución legal: el derecho de acrecer a favor de los coherederos del renunciante.**

6. TENDENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN.

El Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte se ha decantado claramente por la eliminación de la renuncia como supuesto en el que debe jugar la sustitución legal.

Este Proyecto dedica un precepto, el art. 26, para excluir expresamente la renuncia. Los términos empleados son los siguientes: "En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal".

V. RELACIÓN ENTRE EL ART. 141 Y EL ART. 105 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA.

La sucesión paccionada[1], regulada en el título III de la Compilación aragonesa, constituye una especialidad de nuestro derecho sucesorio.

Los pactos sucesorios[2] son negocios jurídicos por causa de muerte. No son, con carácter general, revocables (siendo esta nota una de sus principales características); vinculan y dejan fijada la voluntad sucesoria del instituyente desde que se perfeccionan. Puede haber un único instituyente o pueden ser ambas partes los disponentes.

Dentro del régimen de la sucesión paccionada, el legislador aragonés ha previsto, en el art. 105, un derecho de transmisión específico limitándolo al supuesto de la premoriencia.

Esta previsión plantea el problema de cómo encajar en este tipo de sucesión la sustitución legal del art. 141 de la Compilación y en qué medida es posible defender la compatibilidad entre la misma y el derecho de transmisión del art. 105.

Este problema sería más fácil de resolver si la ubicación sistemática del art. 141 no fuese el título VII cuya rúbrica es "Normas comunes a las diversas clases de sucesión". En principio, con base en un entendimiento literal de este título, **el art. 141 debe ser aplicado**, con la correspondiente adaptación, **a todas las clases de sucesión**.

---

1. Los contratos sucesorios están prohibidos en el régimen general del Código Civil (art. 1271.2); sin embargo, sí están admitidos y regulados tanto en el Derecho foral catalán (art. 83 Código de Sucesiones), como en el Navarro (ley 180).

2. Estos pactos se admiten en Aragón desde antiguo. Se refleja en el Fuero 4° y las Observancias 7° y 18° contemplaban ya la donación mortis causa.

La existencia de una norma específica como es el art. 105 en la sucesión paccionada, obliga a examinar hasta qué punto ésta excluye cualquier otro mecanismo que implique dar entrada en la herencia del causante a personas distintas de la inicialmente instituída.

1. CUESTIONES PREVIAS.

Antes de pasar a estudiar el tema de la compatibilidad del art. 105 con el art. 141, considero de gran utilidad para la exposición de este epígrafe el aclarar varios extremos de importancia en la explicación del juego art. 105-art. 141:

1.- Modalidad de pacto sucesorio a que se refiere el art. 105.

2.- Cuándo se entiende adquirido el derecho por parte del instituido en un pacto sucesorio.

3.- Delimitación del supuesto de hecho contemplado en el art. 105.

1.- Modalidad de pacto sucesorio a que se refiere el art. 105.

Dentro de la sucesión paccionada, caracterizada porque la voluntad del disponente queda vinculada a otra voluntad, deviniendo por ello irrevocable de forma unilateral el pacto[3], la sucesión contractual se configura como una especialidad.

La nota básica de la sucesión contractual es la institución de heredero o legatario por parte del disponente. A su vez, puede distinguirse dentro de la misma, dos supuestos:

Que el cocontratante sea el favorecido con la institución.

3. J.L. LACRUZ BERDEJO. "Derecho de sucesiones", *Elementos de Derecho civil, V*, Barcelona, 1993, 5ª edición, edit. José Mª Bosch editor, S.A., p. 328.

Que el favorecido sea un tercero distinto del cocontratante.

La diferenciación entre estos dos supuestos tiene una gran relevancia a efectos de la adquisición de derechos en el momento de la perfección del pacto sucesorio. Así, mientras que en el primer caso el instituido adquiere la condición de sucesor contractual electo desde la perfección del pacto; en el segundo, el tercero llamado, no cocontratante, no adquiere todavía ningún derecho sino que sólo tiene una expectativa de llegar a ser heredero o legatario del instituyente. En este último caso, sería perfectamente posible que las partes contratantes resolviesen de mutuo acuerdo el pacto, en cuyo caso el tercero llamado no podría reclamar ningún derecho adquirido.

Una vez hecha esta importante distinción, se trata ahora de examinar el supuesto contemplado en el art. 105 para determinar si se está refiriendo a los pactos contractuales en los que el cocontratante es el favorecido, o si por el contrario, se trata de un pacto a favor de un simple llamado que no concurre al pacto.

La respuesta a esta cuestión la encontramos en los propios términos empleados en el art.105 cuando dice "...transmite a ellos su derecho". Tal y como he indicado arriba, sólo cuando el cocontratante es el favorecido adquiere derechos[4] ya con la perfección del pacto.

Por tanto, con base en este razonamiento, el término "favorecido" del art. 105 únicamente puede referirse al instituido que concurre a la perfección del pacto sucesorio.

En conclusión, **el art. 105 se está refiriendo a los pactos contractuales en los que el disponente instituye heredero o legata-**

4. En el pacto post mortem, sólo se adquiere la condición de sucesor contractual electo; en el pacto de presente, se adquiere esa condición y la titularidad de los bienes del instituyente.

rio al cocontratante; no se extiende a los pactos de institución de heredero o legatario en favor de un tercero llamado que no concurre a la perfección del pacto sucesorio.

2.- Cuándo se entiende adquirido el derecho por parte del instituido en un pacto sucesorio.

Voy a considerar sólo el supuesto de que sea instituido el cocontratante del instituyente, puesto que al mismo es al que se refiere exclusivamente, como acabo de indicar, el art. 105.

Ya he adelantado la opinión personal en este punto, favorable a la postura de entender que **los derechos** (condición de sucesor contractual electo, en el pacto post mortem; y además la titularidad de los bienes, en el de presente), **los adquiere el instituido desde el momento de la perfección del pacto**. Tanto en el pacto de presente como en el pacto post mortem, la delación tiene lugar en vida del causante y en el momento de perfeccionarse el pacto. En este momento se entiende emitida por el instituido la aceptación, adquiriendo éste un derecho personal, inalienable e inembargable. Ahora bien, será a la muerte del instituyente cuando el instituido se convertirá, automáticamente (sin volver a aceptar ni poder repudiar), en heredero o legatario virtual. Este mecanismo, insisto, no impide la adquisición de la condición de sucesor electo y, en su caso, de la titularidad de los bienes transmitidos, desde el momento mismo de la perfección del pacto sucesorio.

Esta interpretación es la que mantiene PALÁ[5], quien se expresa en estos términos: "el derecho a suceder nacido para el instituido por el pacto sucesorio, no es ni un derecho actual, ni un derecho eventual o condicional, sino un derecho a la adquisición de

5. J.L. MERINO HERNÁNDEZ. "Comentario al art. 105 de la Compilación", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol 1.º, Madrid, 1987, edit. Revista de Derecho Privado, p. 231.

una herencia, personalísimo, inalienable e intransmisible, que se convierte en efectivo y actual si el heredero o sus descendientes viven al tiempo de la apertura de la sucesión del instituyente". Se pone de manifiesto con estas palabras el juego entre la adquisición de la condición de sucesor contractual electo, desde la perfección del pacto; y la condición de sucesor virtual, una vez fallecido el instituyente.

Otro autor defensor de esta interpretación de los pactos sucesorios es CRISTOBAL MONTES[6], como se desprende de estas afirmaciones en su exposición sobre el pacto de presente: "Y tal cosa ocurrirá no sólo respecto a los bienes cuyo dominio nudo hubiese adquirido el heredero *en el momento en que tuvo lugar la institución,.....*".

Sin embargo, esta postura es discutida por autores como CALATAYUD[7]. Para este autor, el derecho a la herencia o legado no tiene lugar hasta que se abre la sucesión: Niega, por ello, que se produzca una transmisión de un derecho ya adquirido a los descendientes y califica el fenómeno del art. 105 de sustitución vulgar tácita: "en mi opinión nos encontramos con una sustitución vulgar tácita, ya que una cosa es que el pacto sucesorio sea irrevocable y otra cuándo se adquiere el derecho a la herencia o legado, que en el contrato sucesorio puro no se produce hasta la apertura de la sucesión, no habiendo por tanto transmisión de un derecho ya adquirido sino sustitución en el sucesor".

Personalmente, considero que **el instituido adquiere los derechos correspondientes, según se trate de pacto post mortem o de presente, desde el momento de perfeccionarse el pacto. Esta adquisición es la que precisamente le permite, en caso de pre-**

6. A. CRISTOBAL MONTES, "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón". Vol. III, Zaragoza, edit. Diputación General de Aragón, p. 332.
7. A. CALATAYUD SIERRA, op. cit., p. 181.

moriencia, transmitir esos derechos ya adquiridos a sus descendientes.

Esta interpretación es la que se ajusta mejor a los términos empleados en el art. 105 "transmite a ellos su derecho".

Este criterio es el acogido en legislaciones forales como la de Cataluña y Navarra. Así, el art. 83 del Código de Sucesiones catalán regula el derecho de transmisión en los siguientes términos: "....el heredero[8], cuando premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, ..., su derecho o calidad de heredero contractual.". En la misma línea, la ley 179 de la Compilación navarra, al establecer los efectos del pacto sucesorio post mortem dice: "..confieren únicamente la cualidad de heredero contractual..".

La postura defendida por CALATAYUD pugna con el sentido literal del precepto comentado, que se refiere al "derecho de transmisión"; y deja sin sentido todo el mecanismo al privar al instituido de todo derecho que pudiera se objeto de transmisión. No parece, por otra parte, desde mi punto de vista, que la tesis de la sustitución vulgar tácita, mantenida por este autor, sea sostenible teniendo en cuenta el funcionamiento de estos pactos de institución de heredero o legatario a los que me he referido, caracterizado por la adquisición de derechos por parte del instituido desde la perfección del pacto.

Por otra parte, la calificación del fenómeno previsto en el art. 105 como una sustitución vulgar tácita no parece defendible si tenemos en cuenta la fórmula empleada en la regulación de esta figura en el art. 774 del Código Civil. Efectivamente, la atribución de la facultad de nombrar a uno o varios sustitutos al testador, indica que la sustitución vulgar es una figura propia de la sucesión testamentaria donde es el propio causante el que realiza la previ-

8. Obsérvese que ya ha adquirido tal condición en virtud del pacto sucesorio.

sión. Es decir, la sustitución vulgar, consistente en "el nombramiento de una persona que sustituirá al heredero si éste no ingresa en la herencia", exige, por definición, una disposición voluntaria del causante.

En cambio, el mecanismo del art. 105 va a entrar en juego únicamente en defecto de previsión de las partes intervinientes en el pacto, ("Salvo lo establecido en el pacto sucesorio").

Existe, por tanto, una incompatibilidad entre la sustitución vulgar, que exige previsión expresa del causante, y el art. 105, que tiene como presupuesto de su aplicación la ausencia de la misma.

3.- Delimitación del supuesto de hecho contemplado en el art. 105.

Una vez expuestas las anteriores cuestiones, podemos pasar a determinar en concreto el supuesto de hecho específico que regula el art. 105 de la Compilación.

El primer inciso "salvo lo establecido en el pacto sucesorio", pone de manifiesto el carácter dispositivo de la norma, por lo que, siempre prevalecerá la concreta disposición que los intervinientes en el pacto hayan establecido.

Por lo que respecta a **la expresión "el favorecido"**, como he explicado en los dos apartados anteriores, **sólo puede hacer referencia al interviniente en el pacto a cuyo favor el instituyente hace la disposición mortis causa.**

Siguiendo con el análisis de los elementos subjetivos exigidos para que opere el derecho de transmisión, es preciso que el instituido sea un descendiente del instituyente, cualquiera que sea el grado. Quedan fuera de esta norma, por tanto, como pone de ma-

9. J.L LACRUZ BERDEJO, op. cit., p. 291

nifiesto MERINO HERNÁNDEZ[10], los supuestos en que el instituido no sea descendiente.

Por otra parte, los derechos adquiridos ya por el instituido que premuere han de pasar a los descendientes de éste, no a sus herederos, diferenciándose en este punto del derecho de transmisión del art. 1006 del Código Civil. Existiendo varios descendientes y no habiendo sido designados ninguno de ellos como sucesor, bien por el instituido, bien por el instituyente, sucederán a partes iguales[11].

El art. 105, a diferencia del art. 141, únicamente contempla el supuesto de premoriencia del instituido como supuesto en el que juega el derecho de transmisión. Por tanto, a pesar de ser el instituido un descendiente del instituyente, y a pesar de que el primero tenga descendientes, no se producirá transmisión de ningún derecho si el instituido deviene indigno[12].

Por último, los derechos a que alude el art. 105 y que han de pasar a los descendientes del instituido premuerto, son la condición de heredero contractual electo, en el pacto post mortem; y dicha condición más la titularidad de los bienes del instituyente comprendidos expresamente en el pacto.

Así lo entiende MERINO, en su Comentario al art. 105, donde trata el objeto del derecho de transmisión afirmando que "en el pacto de futuro lo que se transmite a los descendientes del instituido es justamente la cualidad de heredero.

---

10. J.L MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 105.....", op. cit., p. 234.

11. Así lo entiende MERINO en su obra "Comentario al art. 105.....", op. cit., p. 237.

12. El supuesto de renuncia no puede tener lugar puesto que al tratarse de un pacto sucesorio, irrevocable de forma unilateral con carácter general, el instituido ya no puede renunciar a los derechos adquiridos con la perfección del pacto.

Por el contrario, en el pacto de presente los descendientes del instituido premuerto adquieren, además de la cualidad personal correspondiente, la misma titularidad dominical que tuviera el instituido[13].".

2. DERECHO DE TRANSMISIÓN- SUSTITUCIÓN LEGAL.

Como hemos visto, el derecho de transmisión del art. 105 de la Compilación exige unos presupuestos muy específicos para producir los efectos que le son propios:

Que el favorecido sea precisamente el interviniente.

Que el instituido sea descendiente, en cualquier grado del instituyente.

Que dicho instituido premuera al instituyente teniendo descendientes.

Siendo éste el ámbito en el que opera el derecho de transmisión, vamos a concretar en qué supuestos, por no estar cubiertos por el art. 105, podría, en principio, ser de aplicación la sustitución legal del art. 141, siempre, por supuesto, salvo previsión en contrario del causante e intervinientes del pacto sucesorio:

1.- Cuando el favorecido con el pacto es un tercer llamado no interviniente en el mismo.

En este caso no puede jugar el art. 105 puesto que, como se ha explicado, este tercer llamado no ostenta la condición de sucesor electo, sino que sólo tiene una expectativa que se verá cumplida en el momento de fallecer el instituyente.

13. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 105.....", op. cit., p. 236.

Respecto de este tercero, el art. 141 podría operar en los tres supuestos que recoge: premoriencia, incapacidad y renuncia.

2.- Cuando el instituido, interviniente en el pacto, no sea descendiente del instituyente.

En este punto, y puesto que la finalidad es poner en relación este art. 105 con el art. 141, es preciso concretar qué parentesco, distinto de la línea recta descendente, debe haber entre el instituyente y el instituido para que, a pesar de no operar el derecho de transmisión, pueda ser aplicable la sustitución legal.

Un análisis conjunto del art. 141 con el art. 132, sobre sucesión troncal; con el art. 135, para la sucesión no troncal, y con los preceptos del Código Civil sobre el derecho de representación, llevan a la conclusión de que el único supuesto en que, quedando excluido el art. 105, podría operar la sustitución legal es cuando el instituido interviniente sea hermano del instituyente. Conclusión que se apoya por las regulaciones que de la sustitución legal ha habido anteriormente a la Compilación actual[14].

Debe matizarse, igualmente, que de los tres supuestos a que se refiere el art. 141 (premoriencia, incapacidad y renuncia), hay que excluir el supuesto de la renuncia puesto que, al tratarse de un pacto sucesorio en el que el propio interviniente es el favorecido, la aceptación de la herencia se entiende ya hecha al perfeccionarse el pacto, sin posibilidad de renunciar unilateralmente.

3.- Cuando el instituido interviniente sea descendiente pero sea indigno o desheredado justamente.

Del mismo modo que en el caso anterior, el supuesto de la renuncia incluido en la sustitución legal, no es de aplicación en este

14. Sobre este tema, véase el epígrafe II sobre el Ámbito Subjetivo.

caso puesto que este instituido ya ha aceptado la condición de sucesor electo (al menos), desde el momento mismo de la perfección del pacto, siendo imposible la renuncia unilateral.

Si se produce alguna de estas dos circunstancias (indignidad o desheredación justa), hay que tener presente la regulación de la revocación del pacto sucesorio, recogida en los arts. 103 y 104 de la Compilación. En concreto, el art. 103.2 permite al instituyente, y como excepción a la regla general de irrevocabilidad, revocar unilateralmente el pacto si el instituido deviene indigno o es justamente desheredado. Estas causas de indignidad y desheredación justa, para cuya regulación se aplica supletoriamente los artículos correspondientes del Código Civil -art. 756 y 853 respectivamente-, no operan automáticamente por lo que deberán ser hechas valer, en su caso, por el propio instituyente. De tal modo que si, a pesar de haber incurrido el instituido en alguno de estos supuestos, el instituyente no toma la iniciativa de revocar el pacto, éste seguirá siendo válido y eficaz. En consecuencia, no quedaría alterada la posibilidad de que operase la sustitución legal del art. 141.

Estos son los tres únicos supuestos a los que se puede circunscribir el problema de la compatibilidad o incompatibilidad de los arts. 105 y 141.

A favor de la primera postura (compatibilidad) están autores como MERINO o MARTÍNEZ DE AGUIRRE.

MERINO matiza que "cuando se trate de pacto sucesorio habrá que tener en cuenta las especialidades previstas para éste por el art. 105 de la Compilación[15]".

En contra se pronuncia CALATAYUD quien, a lo sumo, admite la aplicación de la sustitución legal para el caso de incapaci-

15. J.L MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 141.....", op. cit., p. 169.

dad; no aceptando de ningún modo su juego en el supuesto de premoriencia por considerar que el art. 105, al referirse específicamente a este supuesto, está excluyendo en este ámbito cualquier otro mecanismo.

Afirma el citado autor que "Ello supondría aplicar el art. 105 para el supuesto que regula, es decir, el de premoriencia, y el art. 141, en los de incapacidad y renuncia. Pero tal solución no lleva a resultados muy coherentes[16]".

Se trata ahora de analizar qué argumentaciones se aducen a favor de una y otra postura y de aportar, en la medida de lo posible, otros puntos a considerar, con la finalidad de llegar a una posición definitiva en este concreto problema.

1.- Argumentos en contra del juego del art. 141 en la sucesión paccionada.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE[17], a pesar de ser favorable a la aplicación del art. 141 en este tipo de sucesión, pone de manifiesto uno de los principales obstáculos que existen para conjugar ambos preceptos. Así, expone cómo la previsión específica sobre la premoriencia que el legislador de 1985[18] ha hecho en la sucesión paccionada parece excluir la aplicación de cualquier otro mecanismo de sustitución, en particular, el art. 141.

Personalmente, considero que este argumento da una gran consistencia a la postura excluyente. Se parte, en este sentido, de una presunción de racionalidad del legislador aragonés en el momento de llevar a cabo la reforma de 1985. Así, se podría entender que, habiéndose introducido la norma del art. 105 en esta reforma,

16. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal.....", op. cit., p. 182.
17. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., pp. 202 y 203.
18. Es en esta fecha cuando se introduce por primera vez este mecanismo.

sin precedente en nuestro ordenamiento jurídico aragonés, y habiendo sido el art. 141 objeto específico de atención en la misma, los términos empleados en la formulación del art. 105 deben ser interpretados estrictamente y de forma excluyente. Y ello porque la introducción de este supuesto tan específico en el art. 105 debe conducir a entender que el legislador de 1985 no quiso extender, en la sucesión paccionada, la transmisión de los derechos del instituido a otros supuestos distintos al de premoriencia. Si el legislador hubiera querido extender este supuesto, lo habría hecho sin dificultad.

Por otra parte, el hecho de que el art. 141 también fuera objeto de la reforma de 1985 apoya la tesis de que el legislador aragonés no olvidó la concreta regulación, abierta a más supuestos, de este precepto.

Otra de las razones que se aducen a favor de esta postura y que también resalta MARTÍNEZ DE AGUIRRE[19] es la sencillez del sistema resultante al operar cada mecanismo (art. 105 y art. 141) en campos distintos y perfectamente delimitados sin interferencias de ninguna clase entre ellos.

2.- Argumentos a favor del juego del art. 141 en la sucesión paccionada.

Hemos visto cómo el hecho de que el art. 105 y el art. 141 fueran objeto específico de atención del legislador de 1985 constituye uno de los principales argumentos para mantener una separación estricta entre estos preceptos. Sin embargo, a esta argumentación cabe oponer otras razones que desvirtúan en gran medida la fuerza de la postura excluyente.

19. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 203.

Así, podría igualmente pensarse que, teniendo el legislador de 1985 los dos preceptos como dos de los puntos centrales de su atención, la previsión específica del art. 105 sobre la premoriencia debe ser entendida en el sentido de que no se quiso ampliar más los supuestos de la transmisión puesto que ya existía el art. 141 para cubrir el resto de los supuestos (incapacidad y renuncia).

Es decir, el hecho de que el legislador diese un tratamiento específico al supuesto de la premoriencia, no conlleva necesariamente que estuviese excluyendo la aplicación de la sustitución legal para los restantes casos.

Dos son las razones que apoyan esta afirmación. En primer lugar, si el legislador hubiera querido que el art. 141 no operase en la sucesión paccionada, habría ubicado sistemáticamente dicho precepto, objeto de la reforma, bajo una rúbrica distinta a la actual ("Normas comunes a las diversas clases de sucesión"). En segundo lugar, no existe ningún obstáculo material que se oponga a la entrada del art. 141 en los supuestos no previstos por el art. 105. La alegada complejidad del sistema sustitutorio no es razón suficiente, a mi juicio, para impedir esta coordinación puesto que ambos preceptos tienen bien delimitados los supuestos en los que resultan de aplicación sin que exista entre ellos una zona concurrente. Como hemos visto en el apartado de la delimitación del supuesto contemplado en el art. 105, su ámbito de aplicación (instituido interviniente, descendiente, que premuere), deja un espacio muy amplio al art. 141.

¿La aplicación del art. 141 a los supuestos distintos al concretamente regulado en el art. 105 perjudica O interfiere de algún modo el funcionamiento de éste?. Desde mi punto de vista, no. No encuentro ninguna incompatibilidad en la aplicación de ambos preceptos siempre que ambos se limiten a su concreto ámbito, y siempre que el art. 141 respete el límite de no entrar en el del art. 105.

Esta postura es la defendida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien afirma que "en la sucesión paccionada, los casos de premoriencia serían resueltos conforme al art. 105; y a los casos de indignidad, renuncia y desheredación, así como a los de sucesión en línea ascendente o colateral, resultarían aplicables las previsiones del art. 141 de la Compilación aragonesa".

De todas las argumentaciones a favor del juego del art. 141 en la sucesión paccionada, la que fundamenta con más fuerza esta compatibilidad es la localización sistemática del art. 141 entre las normas comunes a las diversas clases de sucesión. Esta ubicación permite hablar, como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE[20], de una tendencia expansiva del art. 141.

MERINO señala así mismo la consecuencia de la inclusión del art. 141 bajo al actual rúbrica de normas comunes, con las siguientes palabras: "por el hecho de incluirse el precepto entre las "normas comunes a las diversas clases de sucesión" y hacer referencia, por consiguiente, tanto a la sucesión testada, cuanto a la intestada y a la contractual,..[21]".

Recientemente, la Audiencia Provincial de Huesca, en el Auto nº 24, de 20 de marzo de 1997, declara la aplicación del art. 141 de la Compilación aragonesa a la sucesión intestada sobre la base de la ubicación sistemática de este precepto. En el fundamento de derecho tercero se dice: "se ha de estimar que la sustitución legal es de aplicación, no sólo a la sucesión testada, sino, asimismo a la que aquí se contempla, dado que el art. 141 se halla incluido en el título VII del libro II que lleva como epígrafe "normas comunes a las diversas clases de sucesión", sin que el texto de dicho artículo establezca distinción alguna".

---

20. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 205.

21. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 141.....", op. cit., p. 169.

3. CONCLUSIONES.

Una vez expuestas todas las argumentaciones a favor y en contra de la aplicación del art. 141 a los supuestos distintos al específicamente previsto en el art. 105 sobre la premoriencia del instituido interviniente descendiente, **me inclino por la compatibilidad de ambos preceptos, que deben ser aplicados en sus respectivos ámbitos de aplicación respetando siempre el art. 141 el del art. 105, más específico.**

4. TENDENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN.

Es la tesis defendida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE la que se ha recogido en el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte. Así, en su art. 22, cuya rúbrica es "Sucesión paccionada" se dice: "Las reglas del artículo anterior (referido a las sucesiones voluntarias) son de aplicación a la sucesión paccionada, salvo en el caso de premoriencia del instituido al instituyente en el supuesto regulado en el artículo 71 (dedicado éste al derecho de transmisión)".

Como he puesto de manifiesto en la exposición de este epígrafe, creo que esta solución es la más acorde con el carácter expansivo, proveniente de su ubicación sistemática, del art. 141 de la Compilación aragonesa.

VI. LA SUSTITUCIÓN LEGAL EN LA SUCESIÓN INTESTADA.

La compatibilidad de la sustitución legal en la regulación de la sucesión intestada constituye otro de los grandes problemas que esta institución plantea. No sólo en lo relativo a la aplicabilidad o no, en su conjunto, de la misma, sino también en lo referente al ámbito en el que ésta pueda tener cabida, habida cuenta de los mecanismos sustitutorios específicos expresamente previstos dentro del régimen de la sucesión intestada.

En una primera aproximación, por tanto, pueden reducirse a dos los puntos objeto de análisis:

1.- ¿ Es de aplicación la sustitución legal en la sucesión legal?

2.- En caso afirmativo, ¿cómo se coordina el mecanismo del art. 141 con los otros expresamente previstos dentro de la sucesión intestada (art. 129.2; art.132.1; art. 135 Compilación aragonesa).

1. EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL.

Desde un punto de vista histórico, todos los textos legales aragoneses han dado entrada a la sustitución legal en el régimen de la sucesión intestada, diferenciándose unos de otros únicamente en el mayor o menor alcance de este mecanismo sustitutorio.

Así, la Observancia 6ª *De testamentis* mediante la fórmula "cuando de tres hermanos muere uno, quedando otro y un hijo de otro que ya murió, le sucede el que quedó, o pariente más próximo, y no el hijo del muerto", si bien excluía la sustitución legal respecto de los colaterales, la mantenía en relación con la línea recta descendente.

En la misma línea se mueve el Proyecto de 1904, que dispone en su art. 275 que "el derecho de representación no tiene lugar en Aragón más que en la sucesión de los descendientes y sin límite alguno.

En la de los parientes colaterales y dentro de cada una de las líneas paterna y materna, se observará con todo rigor el principio de que el más próximo de aquellos excluye al más distante o remoto".

El Apéndice de 1925 extendió, en el art. 39.3, este mecanismo sustitutorio a la línea colateral si bien limitándolo a los hijos del

hermano del causante que hubiese fallecido o fuese incapaz para heredar.

El Anteproyecto preparado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses , en su art. 91, extiende la sustitución legal[1] a la sucesión intestada al establecer que ".. los hijos o ulteriores descendientes de un heredero o legitimario que premuera, sea incapaz o renuncie a la herencia de un ascendiente o un hermano, le representarán en la porción de ella que se le hubiere asignado por ley, testamento, contrato sucesorio o disposición del comisario".

Esta misma fórmula es la consagrada en el Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962, en su art. 92, y en el de 1963 (art. 88)[2].

Se mantiene la sustitución legal en el art. 139 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación de 1965 y en el art. 141 del de 1966 pero, a diferencia de los textos legales anteriores, la formulación no contiene el último inciso sobre las distintas fuentes sucesorias (ley, testamento, contrato sucesorio o disposición del comisario). No obstante, la ubicación de este precepto dentro del título VII cuya rúbrica es "Normas comunes a las diversas clases de sucesión", permite sostener la aplicación de la sustitución legal a la sucesión intestada.

Si tomamos como referencia las dos redacciones de la Compilación aragonesa más recientes, la de 1967 y la de 1985, se observa que ninguna de las dos hace mención expresa, dentro de la formulación de la sustitución legal (art. 141), a las fuentes sucesorias, como hemos visto que lo hacía el Anteproyecto del Seminario

1. La denominación es "Derecho de representación".
2. Aparece ya la denominación "sustitución legal".

y los de la propia Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962 y 1963.

En principio, esta ausencia obliga a acudir a la ubicación sistemática del art. 141 para poder defender una postura favorable a la aplicación de la sustitución legal dentro de la regulación de la sucesión intestada. En efecto, la rúbrica bajo la que se encuentra situado dicho precepto "Normas comunes a las diversas clases de sucesión" constituye el principal argumento en el que se apoya un sector de la doctrina para afirmar el encaje de la sustitución legal en esta clase concreta de sucesión.

En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE[3], "En virtud de su ubicación sistemática está claro que el art. 141 tiene una cierta vocación expansiva, o de omnicomprensividad: tiende, por ser norma común, a ser aplicable allí donde no hay regla especial directamente aplicable.".

Apoyaría esta tesis, como pone de manifiesto Adolfo CALATAYUD[4], el hecho de que tanto en la redacción del art. 141 en la Compilación de 1967 como en la vigente tras la reforma de 1985 se habla del "causante" y no del "testador".

GARCÍA ALMAZOR[5] realiza una exposición de tres posibles interpretaciones del juego del art. 141 en relación con la sucesión legal: (1) "Entender que el derecho de representación o la sustitución legal no se aplica a la sucesión intestada; (2) "entender que el art. 141 se aplica a todos los supuestos de sucesión"; (3) "el artículo 141 es aplicable a la sucesión intestada, salvo cuando, de pre-

3 C.MARTÍNEZ DE AGUIRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 202.

4 A. CALATAYUD SIERRA, "La Sustitución legal en Aragón", *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 120 de 1 de enero de 1991, edit. Colegio de Abogados de Zaragoza, p. 15.

5. J. GARCÍA ALMAZOR, op. cit., p. 214.

tender su aplicación, se vulnerarían los principios fundamentales que rigen esta clase de sucesión".

De estas tres interpretaciones, este autor se decanta por la tercera. Una de las razones en las que basa su postura está conectada precisamente con el supuesto de la renuncia, que, según él, debe ser mantenido. Argumenta este autor lo siguiente:"la pretensión de la no aplicación del artículo 141 a la sucesión intestada obliga a que, en el caso de renuncia, se de distinto tratamiento si la renuncia procede de un heredero que ha sido llamado en testamento o, por el contrario, de una persona que ha sido llamada por sucesión intestada; y esto a mi juicio no tiene explicación y no tiene explicación porque el derecho al que se renuncia es el mismo...".

Un argumento adicional en favor del juego de la sustitución legal lo encontramos en el marco del derecho comparado español. Así, el Código Civil regula este mecanismo, si bien con ciertas diferencias respecto a la regulación aragonesa, bajo la denominación "Derecho de representación" en los arts. 924 y ss. dentro del capítulo III titulado "De la sucesión intestada". También la Compilación de Derecho civil foral de Navarra ha previsto expresamente el derecho de representación[6] en la ley 309.2 bajo la fórmula "A falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria,...". En el caso de Cataluña es el art. 329 del Código de Sucesiones el que hace referencia al derecho de representación en la sucesión intestada.

En suma, y a la vista de estas regulaciones, tanto desde un punto de vista histórico como sistemático como desde la perspectiva del derecho comparado, **no hay obstáculo alguno a la aplicación de la sustitución legal en el ámbito de la sucesión intestada.**

6. Denominación que recibe esta institución en la legislación navarra.

No obstante, hecha esta afirmación, es preciso entrar en un problema que se plantea a raíz de la supresión de la relación de parentesco entre causante y llamado con motivo de la reforma de la Compilación en 1985.

En la redacción de la Compilación de 1967, así como en los anteriores textos legislativos, se exigía que el causante fuera ascendiente o hermano del llamado a la herencia, para que operase el mecanismo de la sustitución legal. Sin embargo, una de las novedades que trajo consigo la reforma de 1985 fue la supresión de dicha relación de parentesco.

Tras esta reforma, un sector de la doctrina, y entre ellos MARTÍNEZ DE AGUIRRE y MERINO, siguen defendiendo la aplicación de la sustitución legal a la sucesión intestada. En concreto, el primero plantea tres posibles interpretaciones del juego de este mecanismo con la regulación en concreto de la sucesión intestada en Aragón[7].

La postura negativa está representada por CALATAYUD. Este autor pone de manifiesto el absurdo al que se llegaría de aplicar la sustitución legal en el marco de la sucesión intestada tras la desaparición de la exigencia del parentesco. En sus propias palabras, "Esta supresión hace que la sustitución legal pueda aplicarse respecto de cualquier sucesor, y consecuencia de ello es que el juego de la sustitución legal en la sucesión abintestato lleve a resultados absurdos.". Sigue diciendo CALATAYUD más adelante que "El resultado no sólo es absurdo sino también contradictorio con el sistema de sucesión intestada del Código Civil, que es aplicable en Aragón a la sucesión no troncal por la remisión del art. 135 de la Compilación".[8]

---

7. Véase el apartado segundo de este epígrafe.

8. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", *Actas de los V Encuentros*....., op. cit., p. 179.

Personalmente, y aceptando en su totalidad la crítica realizada en este punto por Adolfo CALATAYUD, considero que, **desaparecida la exigencia del parentesco entre causante y llamado, con la fórmula vigente del art. 141, no puede defenderse la aplicación de la sustitución legal en la sucesión intestada.**

En este sentido, la remisión que el art. 135 de la Compilación, en sede de sucesión no troncal, hace a la regulación del Código Civil, exige respetar con absoluto rigor el orden de suceder establecido en el mismo. Esta remisión debe entenderse referida a los arts. 935 y ss. según los cuales ha de respetarse el siguiente orden, a falta de hijos y descendientes: ascendientes, cónyuge, parientes colaterales.

Pues bien, la aplicación de la sustitución legal, habiendo desaparecido la exigencia del parentesco, supondría, como indica CALATAYUD[9], que "todos los colaterales se antepondrían al cónyuge viudo..". En consecuencia, quedaría totalmente desvirtuado el orden sucesorio del Código Civil cuyo respeto exige, insisto, el art. 135 de la Compilación.

Este problema encuentra fácil solución en la introducción nuevamente de la exigencia de una relación de parentesco entre el causante y el llamado. En concreto y, siendo fieles a la tradición aragonesa, **debería exigirse para que entrase en juego la sustitución legal que el causante fuera ascendiente o hermano del llamado a la herencia**. Sólo limitando el mecanismo sustitutorio dentro de este ámbito familiar pueden tener sentido los efectos que el mismo despliega y sólo de esta forma se evita el absurdo que se produce actualmente en el campo de la sucesión intestada[10].

---

9. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", *Actas de los V Encuentros*....., op. cit., p. 179.

10. Véase el apartado "Ámbito subjetivo".

MARTÍNEZ DE AGUIRRE propone "la vuelta a la redacción del art. 141 anterior a la reforma de 1985, de manera que ...se exigiera nuevamente la concurrencia de relación de parentesco entre el causante y el "heredero" o legitimario que no llega a adquirir la herencia[11]".

2. APLICABILIDAD DEL ART. 141 DENTRO DE LA SUCESIÓN INTESTADA.

Una vez respondido en sentido afirmativo el interrogante sobre la posible aplicación de la susitución legal en el régimen de la sucesión intestada y, hecha siempre la salvedad de la necesaria incorporación de una relación de parentesco entre causante y llamado a la herencia, queda por analizar cuál es el campo de acción en el que el art. 141 puede desplegar sus efectos.

Este problema se plantea porque dentro de la sucesión intestada aragonesa existen unas instituciones particulares, como son el recobro de dote y firma de dote (art. 129 Compilación) y la sucesión troncal y no troncal (arts. 132 y 135, respectivamente), que han previsto mecanismos sustitutorios específicos[12]; y otras instituciones, como el recobro de liberalidades (art. 130 Compilación), que no han incorporado ninguno.

Ante esta regulación vigente, y en una primera aproximación, cabría pensar que el art. 141, como norma genérica, sólo es de aplicación a los supuestos de recobro de liberalidades, puesto que ésta es la única institución que no contiene un mecanismo sustitutorio específico.

---

11. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 212.

12. Véase el correspondiente apartado dentro de este epígrafe.

Esta opción supondría entender que el legislador aragonés, en el momento de configurar el régimen de las restantes instituciones dentro de la sucesión intestada (recobro de dote y firma de dote, sucesión troncal y no troncal) pretendió consagrar un único mecanismo sustitutorio, con exclusión de cualquier otro, en relación con cada una de las instituciones.

De aceptar esta tesis, la efectividad del art. 141 como norma común, que le otorga su ubicación sistemática, quedaría completamente desvirtuada, y por consiguiente, desde mi punto de vista, debe ser rechazada.

El problema que se plantea dentro de la sucesión intestada es análogo al que se producía respecto a la sucesión contractual[13], en la que el legislador ha previsto un derecho de transmisión para un supuesto muy específico (art. 105 Compilación).

Al igual que ocurría en ese caso, se trata aquí, en sede de sucesión abintestato, de analizar cada una de las instituciones con su particular mecanismo sustitutorio para determinar en qué medida y con qué alcance puede ser aplicado el art. 141.

A).- Recobro de dote y firma de dote.

Esta institución, al igual que las reguladas en los artículos siguientes, exige para desplegar sus efectos, como condición *sine qua non*, la ausencia de descendientes comunes.

El supuesto de hecho que contempla, en su párrafo segundo, es el siguiente: Habiendo fallecido en primer lugar el cónyuge que asignó dote o firma de dote, el cónyuge receptor fallece sin que haya descendientes comunes y sin que este último hubiera dispuesto expresa y singularmente de lo recibido por este concepto.

13. Véase el correspondiente apartado dentro de este epígrafe.

En este caso, el precepto prevé que sean los herederos del primer cónyuge fallecido (el asignante), en el momento del recobro, los que reciban esa dote o firma de dote.

Nos encontramos aquí, a mi juicio, no tanto ante un mecanismo sustitutorio, puesto que los herederos no sustituyen, a los efectos de la recepción, al primer cónyuge fallecido, sino ante un **derecho de transmisión**. Es decir, la utilización del término "herederos" más bien parece indicar que, dándose las concretas circunstancias del supuesto de hecho específicamente contemplado, al fallecer el cónyuge receptor sin descendientes comunes, la dote o firma de dote entra de nuevo en el patrimonio del cónyuge asignante y de ese patrimonio pasa, vía sucesión mortis causa, a los herederos de éste.

Conviene, por tanto, de cara a determinar qué espacio le queda a la sustitución legal del art. 141 dentro de esta institución, diferenciar el derecho de transmisión del mecanismo sustitutorio en sentido estricto del art. 141.

Como he expuesto más arriba, el derecho de transmisión se caracteriza porque el objeto transmitido entra, en primer lugar, a formar parte del patrimonio del transmitente, que en este caso sería el cónyuge asignante de la dote o firma de dote; y son los herederos de éste los que finalmente lo reciben como sucesores mortis causa. En cambio, en la sustitución legal en sentido estricto, es decir, en la regulada en el art. 141 de la Compilación, el cónyuge asignante sería sustituido por sus "hijos o ulteriores descendientes".

En este caso de recobro de dote o firma de dote no podemos hablar de fenómeno sustitutorio puesto que, en primer lugar, no existen descendientes comunes que ocupen el lugar de sustitutos del cónyuge asignante; en segundo lugar, el legislador aragonés ha dispuesto que sean los herederos de éste los que reciban en último extremo esa dote o firma de dote, como solución específica.

Realizada esta interpretación del art. 129, ¿en qué medida puede ser de aplicación el art. 141 de la Compilación?.

En lo referente exclusivamente al supuesto de premoriencia, que es el único contemplado en el art. 129, cabría pensar en las siguientes hipótesis:

- Una primera posibilidad sería entender que, si bien no existen descendientes comunes, el cónyuge receptor tiene descendencia no común, la cual, por aplicación de este precepto, sustituye a su ascendiente.

Esta opción debe quedar totalmente descartada ya que el propio legislador aragonés ha previsto una solución específica para el supuesto de hecho de ausencia de descendencia común (que sean los herederos del cónyuge asignante los que reciban la dote o firma de dote).

- Una segunda posibilidad consiste en dar entrada a la sustitución legal del art. 141 una vez que el mecanismo del art. 129.2 ha desplegado todos sus efectos. Es decir, habiendo recibido los herederos del cónyuge asignante la dote o firma de dote, éstos se encuentran en alguno de los supuestos previstos en el art. 141 de la Compilación.

En este caso, a mi juicio, no existe ningún impedimento para admitir la aplicación sucesiva de ambos mecanismos.

Esta vía ha sido contemplada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE[14] quien, en relación con la sucesión no troncal del art. 135, afirma que "se trataría de una suerte de *aragonesización* del orden de suceder abintestato en el Código Civil.".

---

14. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 204.

Este autor, pese a admitir que se trata de la posibilidad que más margen de acción permitiría al art. 141 como norma general, rechaza esta aplicación porque, en sus propias palabras, "es capaz de provocar consecuencias notablemente perturbadoras".

Es cierto que la complejidad a la que se puede llegar con esta tesis es grande, sin embargo, no creo que la dificultad que implica este juego del art. 141 deba ser convertida en un obstáculo insalvable que deje a un lado este precepto.

Más bien, de lege ferenda, la solución debería buscarse en una reforma en profundidad de toda esta materia que estableciese con claridad el ámbito en que cada uno de los mecanismos previstos puede desplegar sus efectos. Pero, entre tanto, la opción más coherente con el carácter de norma general del art. 141 es la de su aplicación extensiva.

En concreto para el caso de premoriencia, **la compatibilidad entre el art. 141 y el art. 129 de la Compilación debe traducirse en la aplicación sucesiva de los respectivos mecanismos previstos en cada uno de los preceptos.**

Queda pendiente la posible aplicación del art. 141 para los otros dos supuestos regulados en este precepto, incapacidad y renuncia, no contemplados, en cambio, por el art. 129.2. ¿Puede darse entrada a la sustitución legal del art. 141 si, habiendo fallecido el cónyuge asignante, el cónyuge receptor en lugar de fallecer es incapaz o renuncia a la dote o firma de dote?.

Ésta es una de las cuestiones más polémicas y sobre la que no existe una postura unánime en la doctrina.

Personalmente, y siguiendo la línea defendida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE[15] ya he adelantado mi posición favorable a la

15. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 204

aplicación del art. 141, como norma general que es, en todos aquellos espacios que no estén específicamente cubiertos por otros mecanismos.

No veo que exista incompatibilidad alguna en permitir al art. 141 desplegar sus efectos en los casos de incapacidad o renuncia del cónyuge receptor.

No obstante, reconozco que son muchos los problemas y los interrogantes que surgen inmediatamente de seguir esta postura. Algunas de estas cuestiones han sido puestas de manifiesto por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien admite que "esta interpretación da lugar a un sistema considerablemente más complicado que la anterior[16]; Sería además un sistema en cierta medida confuso, ..., ya que introduciría dentro de una misma clase de sucesión diferencias de tratamiento (quizá no suficientemente justificadas)[17]".

Nuevamente llegamos al mismo problema antes expuesto sobre la complejidad de la regulación resultante y, nuevamente, cabe hacer el mismo tipo de reflexión que vence la balanza a favor de la aplicación del art. 141 de la Compilación en todos los espacios no expresamente regulados por el legislador aragonés.

B).- Recobro de liberalidades.

Es el art. 130 el que regula esta institución aragonesa. A diferencia de lo que ocurría para el recobro de dote y firma de dote, el legislador no ha previsto ningún mecanismo sustitutorio específico.

---

16. Este autor expone tres posibles estadios de relación entre el art. 141 y los supuestos específicamente previstos por el legislador aragonés, como es este caso.

17. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 204.

Este hecho evita todo problema de coordinación y permite defender, como lo hace un sector de la doctrina, **la plena aplicación del art. 141.**

BELLED HEREDIA, en su trabajo titulado "La sucesión intestada en el derecho aragonés", en el comentario a este precepto, y en concreto en el aspecto referente a las personas en cuyo favor se establece el recobro, afirma que "El único problema es determinar si en esta especial sucesión debe admitirse también el derecho de sustitución que establece el art. 141. Con LACRUZ me inclino por la respuesta afirmativa[18]".

C).- Sucesión troncal.

A la sucesión troncal dedica la Compilación los arts. 132 y 133, referido este último a los bienes troncales de abolorio, constituyendo una de las peculiaridades de la sucesión aragonesa.

Si analizamos estos dos preceptos, nos encontramos con que también en este caso el legislador aragonés ha incorporado una sustitución legal específica en relación con los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, llamados en primer lugar. Y, al igual que ocurría con el recobro de dote y firma de dote, únicamente ha sido regulado el supuesto de fallecimiento. No existe previsión, en cambio, respecto de los llamados en segundo y tercer lugar (padre o madre; y los más próximos colaterales hasta el cuarto grado).

Son tres, por tanto, los llamamientos que, de forma sucesiva, prevé el art.132 de la Compilación:

1.- Por lo que respecta al supuesto del número 1 del art. 132 (hermanos por la línea de donde procedan los bienes), y teniendo en cuenta que el caso de fallecimiento ya está expresamente con-

18. JMª. BELLED HEREDIA, "La sucesión intestada en el Derecho aragonés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril, 1968, p. 490.

templado, el problema se reduce a determinar si el art. 141 puede o no ser de aplicación a los otros dos supuestos (incapacidad y renuncia).

Antes de entrar en esta cuestión, únicamente hay que decir respecto del supuesto de fallecimiento, corroborando la voz dominante en la doctrina, que la previsión específica de la sustitución de los hermanos fallecidos por sus descendientes constituye una reiteración innecesaria precisamente por la aplicación directa que tendría en este caso el art. 141, como norma general.

Así lo ha puesto de manifiesto el profesor LACRUZ afirmando que "La referencia al derecho de representación en ese apartado es inútil, y no la contenía el proyecto aragonés, consciente de la existencia de una norma al respecto de alcance más general, el art. 141, común a la sucesión testamentaria y a la intestada"[19].

En la misma línea se pronuncia BELLED HEREDIA[20] cuando critica "la referencia al derecho de representación que si necesario en el Apéndice, es inútil en este apartado, al estar establecida con carácter general la sustitución legal en el art. 141".

En relación con los **supuestos de incapacidad y renuncia**, y reafirmando una vez más mi postura sobre el particular, **considero plenamente aplicable el art. 141**.

No obstante, el hacer jugar el art. 141 con este número primero del art. 132 lleva consigo una complejidad adicional que puede ser utilizada como argumento negativo por los autores que no son partidarios de compatibilizar, en la medida de lo posible, este artículo con la sucesión intestada.

---

19. J.L. LACRUZ BERDEJO, "Obligaciones y sucesiones" *Estudios de derecho privado común y foral*, t. II, Barcelona, 1992, edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y José Mª Bosch editor, S.A., p. 443.

20. JMª. BELLED HEREDIA, op. cit., p. 497.

Me estoy refiriendo a lo siguiente: En el supuesto de premoriencia, el legislador aragonés no sólo ha reiterado el mecanismo sustitutorio del art. 141 sino que ha establecido una particularidad al respecto. Así, el último inciso de este número primero del art. 132, que recuerda al del art. 927 del Código Civil, dice:"Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.".

En consecuencia, nos encontramos con que, de concurrir sólo hijos o nietos de hermanos, en el supuesto de fallecimiento éstos heredarán por cabezas; mientras que, en los otros dos supuestos del art. 141 (incapacidad y renuncia), lo harán por sustitución dividiéndose entre todos la porción correspondiente.

Como se puede observar, la aplicación del art. 141 en este caso conduce a una diferencia de tratamiento, en principio no justificada y constituye un argumento en contra de dicha aplicación.

2.- Los segundos llamados a los bienes troncales, en defecto de hermanos y ante la ineficacia de la sustitución legal, son "el padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan".

Resulta evidente **la imposibilidad de aplicación del art. 141 a este segundo grado de llamamiento** puesto que éste les llega precisamente porque no existen hermanos del causante, es decir, descendientes del padre o madre.

3.- Sucesión en favor de los más próximos colaterales.

La redacción actual del apartado tercero del art. 132 constituye uno de los apartados más complejos y polémicos puesto que, al consagrar dos órdenes sucesorios conduce, en ocasiones, a soluciones no del todo equitativas.

Se distinguen, por tanto, dos tipos de llamamiento que operan de forma jerarquizada excluyendo el primer orden sucesorio al segundo. En el primer grupo se incluyen los más próximos parientes

colaterales del causante (exceptuando a los hermanos y sobrinos, que tienen grado preferente por el número primero del art. 132), hasta el límite del cuarto grado; se exige, además que sean descendientes de un ascendiente común con el causante, propietario de los bienes. Dentro de este primer grupo, se atiende a la proximidad de parentesco con el causante, no al origen de los bienes.

En defecto de estos parientes, la Compilación llama a "los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo el causante a título gratuito".

Este esquema previsto por el legislador aragonés, y en concreto, el segundo orden sucesorio, puede tener como resultado, como han puesto de manifiesto autores como LACRUZ, MERINO, o BELLED, que hereden, dentro de la misma rama, parientes más lejanos del causante pero más próximos a la persona de la que proceden los bienes, en perjuicio de los más cercanos[21].

Estos mismos autores señalan como solución al problema precisamente la aplicación de un mecanismo sustitutorio. Afirma al respecto BELLED HEREDIA que "la solución al problema hubiera sido admitir en estos supuestos una representación ilimitada o sistema de parentelas". Así mismo, LACRUZ, en relación con un ejemplo en concreto, indica que "con la representación ilimitada, ambos herederos tendrían el mismo grado respecto del origen de los bienes, y los partirían por mitad, lo cual basta para que la solución sea suficientemente equitativa[22]".

---

21. J.L. LACRUZ BERDEJO "Obligaciones y sucesiones", op. cit., p. 445; J.L. MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario al art. 132 de la Compilación aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, edit. Revista de Derecho Privado, p. 118; JMª. BELLED HEREDIA, "La sucesión intestada ..", op. cit., p. 500.

22. Véase obras antes citadas.

Siendo ésta la estructura del número tercero del art. 132 de la Compilación aragonesa y habiendo apuntado como posible solución al resultado no equitatitvo al que lleva el juego de los dos órdenes sucesorios la aplicación de un mecanismo sustitutorio, es preciso determinar la conveniencia o no de introducir nuevamente la sustitución legal, ya sea expresamente o a través de la extensión de la eficacia del art. 141.

A estos efectos, nos encontramos con dos factores que, en principio, nos llevarían a negar el juego de la sustitución legal en estos llamamientos a colaterales.

En primer lugar, la posibilidad de introducir un sistema de representación ilimitada fue contemplada por el Seminario que trabajó sobre el texto de la Compilación aragonesa, siendo descartada finalmente esta incorporación.

Así lo pone de relieve el profesor LACRUZ en su comentario a este apartado del art. 132: "Esta consecuencia de la fórmula adoptada no escapó a la consideración del Seminario que preparó los trabajos de la Comisión aragonesa y creo recordar que se pensó en corregirla mediante una admisión amplia del sistema de parentelas, introduciendo a través de una representación ilimitada, sin que luego se volviera sobre el asunto, por olvido, al regular la sustitución legal[23]".

También alude a esta intención BELLED HEREDIA[24] con estas palabras "se trató de ello (refiriéndose a la introducción de una representación ilimitada) en las reuniones del Seminario, aunque luego no se tuvo en cuenta al regular la sustitución legal, y así quedó también en los textos del Proyecto y de la Compilación".

23. J.L. LACRUZ BERDEJO, "Obligaciones y sucesiones", op. cit., p. 446.
24. JMª. BELLED HEREDIA, op. cit., p. 500.

A la vista de estas manifestaciones, podría argumentarse para negar la aplicación de la sustitución legal respecto de los colaterales que el legislador aragonés, tras estudiar la posibilidad de darle entrada, consideró que no era conveniente introducir este mecanismo sustitutorio.

En segundo lugar, podríamos encontrar otro argumento contrario a la aplicación de la sustitución legal utilizando un criterio comparativo. Es decir, así como en el número primero del art. 132 está expresamente prevista la sustitución legal, no ocurre lo mismo en el apartado tercero. Podría pensarse, por ello, que esta ausencia es intencionada y no debida a un olvido del legislador.

Estas dos argumentaciones, no obstante, y a mi juicio, carecen de la fuerza suficiente para poder sostener con firmeza la inaplicabilidad de la sustitución legal dentro de los órdenes sucesorios establecidos en este número tercero del art. 132. Y ello básicamente por lo siguiente:

Por lo que respecta al primer argumento, puede observarse de los términos utilizados por el profesor LACRUZ que más bien la no incorporación de la representación ilimitada se debe a un olvido del legislador aragonés. Esta misma consecuencia parece traslucirse de las palabras de BELLED HEREDIA cuando dice "aunque luego no se tuvo en cuenta al regular la sustitución legal".

No es defendible, desde mi punto de vista, la idea de que el legislador aragonés tuviera la intención clara y terminante de excluir la sustitución legal respecto de los llamados en este tercer lugar.

El segundo apoyo de la tesis negadora de la aplicación de la sustitución legal es más fácil de derribar si tenemos en cuenta la crítica que la doctrina, de forma prácticamente unánime, ha realizado de la mención expresa del mecanismo sustitutorio del apartado primero del art. 132.3. Esta crítica se sustenta en la existencia del art. 141 que, como norma general, tiene vocación expansiva.

Recordemos, a modo de ejemplo, las palabras de BELLED HEREDIA a este respecto: "criticar la referencia al derecho de representación que si necesario en el Apéndice, es inútil en este apartado, al estar establecida, con carácter general, la sustitución legal en el art. 141[25]".

A estas dos contra-argumentaciones hay que añadir, ya como criterios en favor de la aplicación de la sustitución legal al apartado al que nos estamos refiriendo, los siguientes puntos básicos:

Primeramente, y aun a riesgo de insistir, no puede olvidarse la vocación expansiva que la sustitución legal del art. 141 tiene en virtud de su ubicación sistemática. Este carácter obliga a optar entre las diferentes posibilidades, y siempre que el resultado al que se llegue sea coherente, por aquella que conduzca a la aplicación de este mecanismo sustitutorio.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, entre otros autores, recuerda esta función del art. 141 con estas palabras: "En virtud de su ubicación sistemática está claro que el art. 141 tiene una cierta vocación expansiva, o de omnicomprensividad: tiende, por ser norma común, a ser aplicable allí donde no haya regla especial directamente aplicable[26]".

Un segundo apoyo lo encontramos si apelamos a lo que podría llamarse "una mayor justicia o equidad". En efecto, autores como LACRUZ o BELLED[27] explican cómo la introducción de un sistema de representación ilimitada conduciría a resultados más equitativos puesto que impediría que un pariente más próximo al

25. JMª. BELLED HEREDIA, op. cit., p. 497.

26. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 202.

27. J.L. LACRUZ BERDEJO, "Obligaciones y sucesiones", op. cit., p. 446; JMª. BELLED HEREDIA, op. cit., p. 500.

causante quedara excluído por otro más alejado por el hecho de ser más cercano a la persona de la que proceden los bienes.

El apartado tercero del art. 132 puede plantear, en ocasiones, el problema de tener que optar entre un pariente más próximo a la persona de la que proceden los bienes y aquel que, a pesar de pertenecer a la rama de donde proceden los bienes y aun siendo más cercano al causante, sin embargo, no está vinculado a un ascendiente común propietario de los bienes.

Siguiendo literalmente el texto de este apartado del art. 132 y no dando entrada a la sustitución legal del art. 141, hemos visto cómo tendría preferencia el primero sobre el segundo.

Sin embargo, y teniendo siempre presente el carácter expansivo de la sustitución legal del art. 141, a mi modo de ver, ambas personas deberían repartirse la herencia en plano de igualdad básicamente porque:

- Ambos tienen un vínculo, más o menos estrecho, con los bienes: si bien el primero sería más próximo en grado a la persona de la que proceden, el segundo también pertenece a la rama de la que proceden éstos.

- El segundo, que queda apartado, es pariente más próximo al causante, basándose su exclusión únicamente en el hecho de no descender de un ascendiente común propietario de los bienes.

Personalmente, no considero que este segundo dato tenga relevancia suficiente como para relegar a este pariente a un segundo puesto, máxime si tenemos en cuenta que concurren en él las otras dos circunstancias (mayor cercanía al causante y pertenencia a la rama de la que los bienes proceden).

En suma, considero que, dándose en el pariente en principio excluido las condiciones mencionadas, el mero hecho de que el

otro pariente esté un grado más próximo a la persona de la que proceden los bienes, no es suficiente como para concederle una prioridad absoluta.

Estamos barajando criterios muy parejos en importancia dentro de la sucesión intestada como son la proximidad al origen de los bienes y al causante. Ambas condiciones deberían se tratadas, a mi juicio, en plano de igualdad, máxime si tenemos en cuenta que estamos jugando con grados alejados en ambos casos (5º y 6º grado, en la mayoría de los casos).

La solución, en consecuencia, para conseguir esta equiparación entre estos parientes colaterales es, como señalan los autores citados anteriormente, y a cuya postura me sumo, dar entrada a la sustitución legal.

No es preciso, sin embargo, introducir este mecanismo sustitutorio expresamente en el apartado tercero del art. 132, sino que es suficiente con acudir directamente al art. 141, como norma general.

La nueva interpretación aquí propuesta del art. 132 de la Compilación eliminando la referencia expresa que su apartado primero hace a la representación pero dando entrada a la sustitución legal por la vía del art. 141 no coincide con el texto del Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte.

En efecto, se mantiene en el art. 208, dedicado a la sucesión troncal, la referencia expresa al mecanismo de la sustitución[28] en el número primero así como la fórmula del apartado tercero, con la única novedad de refundir la regulación de los bienes troncales de abolorio.

28. La única variación respecto a lo vigente es la utilización del término "representado" por "sustituidos".

D) Sucesión en bienes troncales de abolorio.

El art. 133 de la Compilación se remite, respecto al orden sucesorio, a lo establecido en el artículo anterior.

En consecuencia, y a los efectos de determinar la aplicabilidad o no de la sustitución legal, me remito al comentario expuesto en el punto C de este mismo epígrafe, defendiendo, por tanto, su eficacia también dentro de esta especialidad sucesoria.

E) Sucesión no troncal.

La sucesión no troncal está regulada en el art. 135 de la Compilación comprendiendo no sólo los supuestos de bienes no troncales sino también aquellos en los que, aun siendo los bienes troncales, no existe heredero troncal.

En estos casos, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada, disponía el citado precepto que "se deferirá con arreglo al Código Civil". Nos encontrábamos, por tanto, ante una remisión al régimen general.

La remisión hecha por el art. 135 de la Compilación al Código Civil planteaba un primer problema consistente en determinar el alcance de la misma. Es decir, ya hemos visto cómo el sistema sucesorio aragonés difiere y presenta peculiaridades respecto del régimen del Código Civil. Así, por una parte, tiene instituciones específicas inexistentes en el sistema civil general como el recobro de dote y firma de dote y el recobro de liberalidades; y, por otra parte, tampoco hay una coincidencia exacta entre las regulaciones de instituciones como la sustitución legal (denominada en el Código Civil "derecho de representación").

A este respecto, parece existir en la doctrina una postura unánime sobre dos excepciones a esta remisión del art. 135: el régimen establecido en los arts. 129 a 131 relativo a los recobros, y la regulación del art. 136 sobre el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

MERINO, en sus Comentarios al art. 141 de la Compilación[29] afirma "dos excepciones, sin embargo, existen en la Compilación aragonesa respecto de los llamamientos indicados: una, la que se deriva de los arts. 129 a 131 y otra, la contenida en el art. 136, todos ellos del texto foral".

De esta misma opinión es CALATAYUD, como se desprende de los términos utilizados en la exposición contenida en el trabajo "La sustitución legal en Aragón[30]": "..en la remisión general que en cuanto a la sucesión intestada establece la Compilación al Código Civil, salvo en los aspectos que regula expresamente (arts. 128 y 135)".

Entrando ya en el análisis de la institución de la sustitución legal del art. 141 de la Compilación, es preciso comenzar señalando las diferencias que este régimen presenta en relación con el derecho de representación, declarado en los arts. 924 y ss. del Código Civil.

A estas diferencias se refiere el propio CALATAYUD en la obra mencionada anteriormente[31] con estos términos: "Las consecuencias prácticas de aplicar el art. 141 a la sucesión intestada se

29. J.L. MERINO HERNÁNDEZ, "Comentarios a los arts. 127 a 135 de la Compilación", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, Edersa, edit. Revista de Derecho Privado, p. 130.

30. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", *Boletín de los Colegios de Abogados*....., op. cit., p. 15.

31. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", *Boletín de los Colegios de Abogados*....., op. cit., p. 15.

encontrarían en que ello marcaría dos diferencias de régimen en la sucesión intestada en Aragón respecto del Código Civil".

Son, por tanto, dos las peculiaridades que esta institución presenta en la Compilación:

- La sustitución legal se aplica al supuesto de la renuncia[32]; mientras que el derecho de representación, con base en el art. 929 del Código Civil, sólo opera, entre vivos, en los casos de desheredación o incapacidad.

- En cuanto al ámbito subjetivo, el art. 925.2 del Código Civil establece que "En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado". En cambio, en el régimen de la Compilación, no existe esta limitación puesto que el art. 141 habla de "hijos o ulteriores descendientes" sin establecer ninguna excepción[33].

Ante esta dualidad de regímenes sobre este mecanismo sustitutorio se planteaba el interrogante de su posible coordinación y del alcance de esta remisión del art. 135 de la Compilación aragonesa.

A mi juicio, se podían distinguir tres posibilidades o formas de entender esta remisión:

1.- Remisión absoluta al Código Civil.

Esta primera opción suponía interpretar la remisión como una aceptación del régimen del derecho de representación del Código Civil en términos absolutos. Es decir, implicaría eliminar

32. Ya vimos en el apartado correspondiente que este supuesto no es admitido por toda la doctrina de forma unánime.

33. La ley 309 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra lo extiende a todos los descendientes de hermanos hasta el cuarto grado.

el supuesto de la renuncia y admitir la limitación subjetiva del art. 925.2 de este Código.

En suma, se habría tratado de olvidarnos de nuestro art. 141 y aplicar en su totalidad los arts. 924 y ss. del Código Civil.

Resultaba obvia la imposibilidad de sostener esta alternativa si tenemos presente que el derecho aragonés es un sistema completo. Ello hace que las remisiones a otros cuerpos legislativos deban interpretarse en su sentido más estricto y nunca expansivo. Se estaría incurriendo, además, en la consagración de un sistema caótico al tener que aplicar la sustitución legal del art.141 para el resto de la sucesión intestada, y los arts. 924 y ss. del Código Civil para la sucesión no troncal.

2.- Remisión al Código Civil interpretada conforme a la Compilación.

Esta segunda vía implicaría la remisión al régimen del Código Civil pero conservando la plena vigencia del art. 141 de la Compilación e interpretando el texto en sus términos literales, sin admitir posibles ampliaciones provenientes de la regulación del Código Civil.

Esta solución se mantiene fiel al sistema aragonés, y por tanto, podría ser defendible. Sin embargo, constituiría un sistema cerrado a las posibles mejoras introducidas en el régimen del derecho de representación del Código Civil, salvo que, por vía de reforma legislativa, fueran así mismo incorporadas a la Compilación.

Este carácter restrictivo es el que hace que, personalmente, me incline por la tercera opción.

3.- Remisión al Código Civil de carácter expansivo.

Se trataría, en este caso, de aplicar la sustitución legal del art. 141 de la Compilación manteniendo sus peculiaridades (supuesto

de la renuncia, ámbito subjetivo ilimitado), pero dando entrada a las ampliaciones, ya vigentes y posibles futuras, que contiene el derecho de representación del Código Civil.

Actualmente, existe en concreto un supuesto contemplado en el art. 929 del Código Civil para el derecho de representación que no existe, en cambio, en el régimen de la sustitución legal. Me estoy refiriendo al supuesto de la desheredación

A esta diferencia se refiere CALATAYUD en su trabajo de las Actas de los V Encuentros del Foro de derecho aragonés[34] planteándose el interrogante sobre su aplicación o no en Aragón: "...surge la duda de qué sucede en Aragón en el caso de la justa desheredación de uno de los descendientes que luego son llamados a la sucesión intestada. A diferencia de lo que sucede en la regulación que el Código Civil hace del derecho de representación, el art. 141 de la Compilación no se refiere a este supuesto..".

Este autor se inclina por su aplicación en Aragón, y yo me uno a esta postura. Considero, en este sentido, que, si bien es bueno conservar nuestro derecho propio y específico, no debemos mantenernos al margen de posibles ampliaciones y mejoras que puedan venir de otras regulaciones (no sólo de la común sino incluso de otros derechos forales como el catalán o el navarro).

La aceptación de estas novedades no va en detrimento del derecho aragonés sino que, muy al contrario, lo enriquece y le proporciona una mayor consistencia.

Sería deseable, eso sí, que poco a poco, en sucesivas reformas de la Compilación fueran introduciéndose en su texto todas estas ampliaciones de forma que no fuese necesario acudir, mediante remisiones, a otros textos legislativos.

---

34. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", en *Actes de los V Encuentros.....*, op. cit., p. 178.

No obstante, y a pesar de que, como he indicado, esta tercera opción es la que más me convence, es preciso señalar que la misma plantea un problema. En efecto, de aceptar esta interpretación nos encontramos con que en la sucesión no troncal se aplicaría la sustitución legal también en los supuestos de justa desheredación; mientras que en el resto de las instituciones de la sucesión intestada (recobros y sucesión troncal), en principio no entraría en juego, al no existir ninguna remisión al Código Civil en relación con estas instituciones que permitiese su aplicación

Creo que la única solución, en este caso, era la incorporación dentro del art. 141 de la Compilación del término "desheredación". Sólo de esta forma se haría extensible a todo tipo de sucesión.

En este punto, es otra la posición de CALATAYUD, para quien no existiría problema en aplicar la sustitución legal en los supuestos de justa desheredación también en las restantes instituciones de la sucesión intestada. En defensa de su postura apela este autor a la referencia que el art. 132 hace al derecho de representación y a la remisión del art. 135 de la Compilación.

En sus propias palabras, "En mi opinión, aunque se parta de la idea de que este precepto se aplica en la sucesión intestada, la referencia que el art. 132 hace en sede de sucesión troncal al derecho de representación y la remisión que el art. 135 realiza para la sucesión no troncal a las normas del Código Civil, impondrían la misma solución dispuesta en éste y por tanto, la aplicación del derecho de representación para este caso".

Especifica este autor, y en ello estoy de acuerdo, que la justa desheredación de la que se estaría tratando es la regulada en los arts. 852 y 853 del Código Civil[35].

35. A. CALATAYUD SIERRA, "La sustitución legal en Aragón", en *Actas de los V Encuentros.....*, op. cit., p. 178.

La reforma llevada a cabo por la ley 4/1995, de 29 de marzo, a la que me he referido al comienzo de este punto E, sustituyó la remisión genérica que el art. 135 hacía al Código Civil por una remisión concreta a los arts. 935 a 955 de este Código. Este cambio elimina los problemas a los que me he estado refiriendo sobre la compatibilidad o no compatibilidad de la sustitución legal y el derecho de representación del Código Civil, puesto que este mecanismo sustitutorio está regulado en los arts. 924 y ss.; es decir, queda fuera de la remisión actual.

Encontramos, por tanto, ahora tras esta reforma de 1995, un argumento adicional para defender la aplicación de la sustitución legal a la sucesión legal: Han desaparecido alguno de los obstáculos que dificultaban su aplicación.

3. CONCLUSIONES.

El análisis de la aplicación de la sustitución legal a la sucesión intestada pone de manifiesto, una vez más, la complejidad que este precepto tiene.

Hemos visto cómo no sólo existen divergencias de regulación entre las instituciones de la propia Compilación sino que, además, las remisiones al Código Civil obligaban a tener que conjugar regímenes distintos con la dificultad añadida de que tampoco estaba claro el alcance de las mismas.

Por una parte, la ubicación sistemática del art. 141 entre las "Normas comunes a las diversas clases de sucesión" otorga a la sustitución legal el carácter de norma general y obliga a tenerla presente también en la sucesión intestada y en todas y cada una de las instituciones que la integran; pero, por otra parte, la previsión específica de mecanismos sustitutorios o la referencia expresa en algunos supuestos, plantean, inevitablemente, la duda sobre si el deseo del legislador aragonés fue la de no aplicar en los otros casos la sustitución legal.

El problema de la aplicación de la sustitución legal dentro de la sucesión intestada se agudiza porque entran en juego dos valores, dignos de protección ambos, como son la defensa y mantenimiento de un sistema sucesorio aragonés propio, conservador de sus peculiaridades y tendente a la admisión de nuevas aportaciones que enriquezcan su base; y la necesidad de preservar la coherencia del mismo haciendo compatibles todas las instituciones y dando un sentido unitario a sus concretas regulaciones.

Coordinar en pie de igualdad ambos valores resulta muchas veces complicado precisamente por la falta de claridad que rodea toda esta materia.

No se trata de dejar a un lado el art. 141 por la simple razón de la dificultad de coordinarlo con todas las instituciones aragonesas, pero tampoco de empeñarnos en darle entrada en todo caso sin considerar las consecuencias a las que puede conducir su aplicación.

Tras la reforma de 1995 los problemas han disminuido, pero siguen planteándose dudas acerca de cómo juega exactamente la sustitución legal en la sucesión legal.

De lege ferenda, la solución tenemos que buscarla, a mi juicio, en una reforma en conjunto de la sustitución legal. Reforma que no sólo debe alcanzar a la propia redacción del precepto, sino también a los efectos que la misma va a desplegar en las instituciones que conforman el sistema sucesorio aragonés.

Pero esta reforma que se propone, y a la que aspiran con unanimidad todos los autores que han estudiado esta institución, exige previamente un análisis en profundidad, al detalle, de todas las peculiaridades de cada figura aragonesa para, respetándolas, dar al art. 141 el alcance necesario.

Creo así mismo conveniente que en la futura nueva regulación de la sustitución legal, y muy especialmente en sede de sucesión intestada, se deje la puerta abierta a las posibles novedades que se vayan introduciendo en los restantes textos sucesorios, común y forales, ya que éstas pueden contribuir al enriquecimiento de la sustitución legal.

También de lege ferenda, sería deseable conseguir que toda la regulación de la sucesión intestada estuviese en la Compilación aragonesa sin la existencia de remisiones a otros cuerpos legislativos.

A estos efectos, cabe destacar la propuesta que el profesor SERRANO GARCÍA hacía en el borrador del Proyecto de Compilación. En el mismo, ha incorporado los preceptos del Código Civil a los que se remite nuestro art. 135, tras la reforma de 1995, estructurándolos en sucesivos capítulos, adaptándolos a las peculiaridades aragonesas.

Esta unidad sistemática proporciona claridad y seguridad al régimen sucesorio aragonés y facilita se entendimiento y aplicación.

Las reflexiones aquí expuestas no son sino una reiteración de las apelaciones que toda la doctrina hace a la llegada de tan deseada reforma de la sustitución legal. MARTÍNEZ DE AGUIRRE lo expresa con estos términos: "Creo que sería necesario replantearse, cara a una eventual reforma, no sólo su redacción actual, sino su sentido y función en el Sistema sucesorio aragonés, a fin de hacer ganar a éste en claridad y sencillez[36]".

36. A modo de ejemplo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal.....", op. cit., p. 205.

VII. CONCLUSIÓN.

La sustitución legal es una de las instituciones aragonesas que entraña una mayor complejidad, y ello a pesar de la brevedad del precepto en la que se encuentra regulada.

Como hemos podido ir viendo a lo largo de la exposición de los distintos epígrafes, son muchos los problemas que plantea esta institución y demasiados los interrogantes que exigen una respuesta inmediata.

Una primera consideración que quiero hacer es que, a mi juicio, está fuera de toda duda la **necesidad de mantener este mecanismo sustitutorio entre el régimen sucesorio aragonés** y ello por varias razones: Primeramente, porque nos encontramos ante una de las instituciones que han formado parte del ordenamiento jurídico aragonés desde las más antiguas regulaciones (Observancia 6ª *De Testamentis)*, y en consecuencia cuenta con un arraigo que le otorga el peso suficiente como para persistir en la vigente normativa sucesoria aragonesa; en segundo lugar, porque este mecanismo otorga una protección a una parte de la familia (la más directa) del causante (los descendientes de su descendiente o hermano) que, en la mayoría de las ocasiones, serán los más necesitados de la misma.

Si tuviese que destacar una primera nota para caracterizar la sustitución legal, en su conjunto, ésta sería, sin duda alguna la de ser una **institución flexible**, bien entendido este término. Me explicaré. La sustitución legal es una institución que, a diferencia de lo que ocurre con otras muchas, admite en un principio una gran variedad de regulaciones alternativas, todas ellas ajustadas a Derecho.

En el análisis de los distintos elementos que componen la estructura de la sustitución legal hemos visto cómo son varias las regulaciones que tienen cabida. Así, en el tema del ámbito subjetivo,

y a pesar de que en este trabajo he defendido un concreto alcance de este mecanismo sustitutorio, existen argumentos para extender los efectos de la sustitución legal más allá del cuarto grado en relación con los descendientes del hermano del causante.

La misma reflexión puede hacerse sobre la conveniencia o no de mantener la facultad que el vigente art. 141 de la Compilación aragonesa concede al causahabiente. Personalmente considero que esta facultad, en el contexto de la concreta regulación actualmente vigente, no puede ser mantenida. Sin embargo, también he puesto de manifiesto que no se trata de una opción totalmente rechazable siempre y cuando se partiese de un punto de referencia diferente al que parece ha adoptado el legislador aragonés.

Al estudiar el problema que el supuesto de la renuncia planteaba, también se reflejaron los distintos puntos de vista existentes en la doctrina. Tanto los autores que se muestran favorables a la conservación del supuesto de la renuncia como uno en los que debe jugar la sustitución legal, como aquellos otros que claramente se oponen a este mantenimiento, basan sus posturas en argumentos sólidos y razonables. Éste es el motivo por el que decantarse por una de las dos opciones resulta tan difícil.

Así, la diversidad de tesis defendidas por los distintos autores que han trabajado sobre la sustitución legal, por una parte, y por otra, la propia complejidad que encierra esta institución, dejan una puerta abierta a diferentes posibles regulaciones conformes a Derecho.

La fórmula final que he propuesto en este trabajo contiene elementos de las distintas vertientes doctrinales. Pero, esta afirmación no debe entenderse en el sentido de haber adoptado, como solución intermedia, una tesis integradora de las varias existentes. No ha sido así. Muy al contrario, las propuestas de regulación que he planteado en este trabajo son fruto de una reflexión personal, sobre los distintos problemas que he tratado. Insisto, por ello, en

que el objetivo de este trabajo no era, necesariamente, llegar a una regulación ecléctica y que si el resultado final se aproxima a ella, es porque considero que es la versión que más se ajusta, por las razones que he ido exponiendo, a la función que desempeña esta institución.

En concreto, **el eje central de todas las decisiones que se han plasmado en estas páginas ha sido el respeto más absoluto por la voluntad del causante. Así mismo, he propuesto, en relación con los diferentes elementos que componen la estructura de la sustitución legal, la fórmula que he considerado más acorde con la naturaleza y finalidad real de esta institución.**

No obstante, esta amplitud de posibles regulaciones de la sustitución legal y el hecho de que todas ellas, en principio, sean igualmente válidas en Derecho, conduce, necesariamente, a dejar la concreta decisión en manos del legislador aragonés. Por ello, en muchas ocasiones he puesto de manifiesto que, si bien personalmente me he decantado por una de estas soluciones, se trata en definitiva de una cuestión de política legislativa.

Si, por un lado, la existencia de posturas doctrinales divergentes provenientes de autores de la talla de BELLED HEREDIA, CALATAYUD SIERRA, CASTÁN TOBEÑAS, CRISTOBAL MONTES, GARCÍA ALMAZOR, LACRUZ BERDEJO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, MERINO HERNÁNDEZ, RIVAS MARTÍNEZ, SERRANO GARCÍA, entre otros, me ha exigido profundizar lo más posible en los argumentos defendidos por ellos y me ha planteado la dificultad a la que me acabo de referir, también ha tenido un efecto muy positivo: Ha sido una satisfacción, a la vez que altamente enriquecedor, el poder estudiar las aportaciones de unos juristas tan brillantes y, sobre todo, con tan amplios conocimientos del derecho foral aragonés.

Otra de las notas que caracterizan la sustitución legal, y que preside toda su regulación es la **heterogeneidad** de la misma. No

sólo ha sido objeto esta institución de fórmulas muy diferentes, incluso a veces contrapuestas, a lo largo de los textos legislativos aragoneses, sino que estas divergencias siguen existiendo entre las regulaciones actuales.

Éste ha constituido otro de los grandes problemas que ha habido que afrontar a la hora de optar por una u otra solución. Efectivamente, esta divergencia entre las regulaciones históricas precedentes y las vigentes, contenidas en otros cuerpos legislativos, me ha exigido realizar una tarea de comparación entre ellas con el objetivo de, tras analizar los aspectos beneficiosos y los desfavorables de cada una de ellas, conseguir una regulación que superase los múltiples problemas que la vigente redacción ocasiona.

Pero, no sólo ha sido preciso estudiar las distintas regulaciones de la sustitución legal existentes en España, sino que también ha sido necesario encajar este mecanismo sustitutorio con el resto de las instituciones que componen el derecho de sucesiones de Aragón.

Me he encontrado nuevamente con una gran dificultad debido, sobre todo, a que existe un gran caos en la regulación vigente de esta institución. Por una parte, hay algún aspecto de la misma que se encuentra todavía hoy carente de precisión. Es el caso de la sucesión paccionada. Es decir, ¿debe jugar o no la sustitución legal en este tipo de sucesión?. Como argumento favorable hemos visto el hecho de la concreta ubicación de esta institución entre las normas comunes a las diversas clases de sucesión. Sin embargo, no existe actualmente un precepto que de forma expresa lo autorice.

Afortunadamente, el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte, que está siendo objeto de tramitación en las Cortes de Aragón, ha dado respuesta de forma expresa a este aspecto decantándose por la aplicación de la sustitución legal a esta clase de sucesión.

Por otra parte, surge un problema de coexistencia entre la sustitución legal y otras instituciones del derecho sucesorio aragonés más específicas que prevén también mecanismos sustitutorios como, por ejemplo, el derecho de transmisión del art. 105 de la Compilación. En este caso, la polémica se centra en decidir si cada uno de estos mecanismos son incompatibles con los otros o, si como he defendido en este trabajo, puede intentarse una cierta compatibilidad respetando siempre la norma más general (art. 141 de la Compilación), a la más específica (art. 105 de la Compilación).

En tercer lugar, todo este panorama incrementaba el grado de confusión por la remisión genérica que, en sede de sucesión intestada, hacía la Compilación aragonesa al Código Civil. Dicha remisión obligaba a dar entrada al derecho de representación, vigente en el derecho común, cuya regulación difiere en puntos esenciales con la sustitución legal aragonesa.

El resultado era una insostenible confusión y una constante ausencia de claridad en todos los aspectos que constituyen la estructura de la sustitución legal.

Ya hemos visto en el epígrafe VI que la modificación introducida por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, a través de la sustitución de la remisión genérica por una concreta, ha eliminado alguno de los problemas que suscitaba esta institución.

Para finalizar estas conclusiones, y como reflexión última, he de unirme a la opinión unánime de la doctrina sobre la necesidad de afrontar en serio una reforma en profundidad de esta institución. Una reforma que, en la medida de lo posible, recoja en un solo cuerpo legislativo, (la Compilación aragonesa), la normativa reguladora de esta institución. Sólo de este modo se superarán los problemas que provienen del mero hecho de tener que recurrir a otros cuerpos legislativos. En concreto, personalmente considero que deberían transcribirse, si es preciso, los artículos favorables de

estos otros cuerpos legislativos. Ésta es la vía que ha adoptado el Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte.

El citado Proyecto constituye un avance muy importante en la reestructuración de la sustitución legal. No sólo se ha atendido a la demanda de la doctrina dedicándole un capítulo entero sino que se ha hecho un gran esfuerzo en regular de forma clara y concisa los diferentes elementos que integran esta institución. Así, el Proyecto, como hemos visto, dedica un artículo diferente para regular el juego de la sustitución legal en cada una de las diferentes clases de sucesión (voluntaria, paccionada y legal), incluyendo otro artículo referido a los efectos de la misma en relación con la legítima.

Personalmente ya he manifestado a lo largo de los distintos epígrafes del trabajo que no comparto todas las opciones legislativas que finalmente se han recogido en este Proyecto. En particular, por una parte, considero que la sustitución legal sí debería desplegar sus efectos en el supuesto de la renuncia; por otra parte, el ámbito subjetivo que he propuesto también difiere al contemplado en el Proyecto.

Otras decisiones, en cambio, son, a mi juicio, más acertadas. Me estoy refiriendo a la eliminación de la facultad que el vigente art. 141 concede al causahabiente, y a la regulación expresa de la aplicación de la sustitución legal a la sucesión paccionada.

En todo caso, cualquiera que sea la regulación que finalmente se adopte como configuradora de la estructura de la sustitución legal, hay un parámetro que, a mi juicio, siempre debe estar presente: **Todos y cada uno de los elementos que integran esta institución deben guardar la coherencia necesaria para que el resultado global no sea una regulación con contradicciones internas o con respecto a las restantes figuras que componen el derecho sucesorio aragonés.**

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

BELLED HEREDIA, José Mª, "La sucesión intestada en el Derecho aragonés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril, 1968, pp. 469 y ss.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, "La sustitución legal en Aragón", *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 159 y ss.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, "La sustitución legal en Aragón", *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 120 de 1 de enero de 1991, edit. Colegio de Abogados de Zaragoza, pp. 7 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, José, "El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1992, pp. 137 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, t. 6, vol. III, pp. 244 y ss.

CRISTOBAL MONTES, Ángel, "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón", Vol. III, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echevarría, Zaragoza, edit. Diputación General de Aragón, p. 327 y ss.

GARCÍA ALMAZOR, José, *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 213 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Obligaciones y sucesiones", *Estudios de Derecho Privado común y foral*, t. II, Barcelona, 1992, edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y José Mª Bosch, editor, S.A., pp. 432 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de sucesiones", *Elementos de Derecho civil, V*, Barcelona, 1993, 5ª edición, edit. José Mª Bosch editor, S.A., pp. 291 y 328.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa", *Actas de los V Encuentros del foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 195 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, "Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del art. 141 de la Compilación aragonesa", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Barcelona, 1992, edit. José Mª Bosch, editor, S.A., pp. 581 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978, pp. 151 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Comentario al art. 105 de la Compilación", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 1.º, Madrid, 1987, Edersa, edit. Revista de Derecho Privado, pp. 230 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Comentario al art. 141 de la Compilación", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, Edersa, edit. Revista de Derecho Privado, pp. 163 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Comentario a los arts. 127 a 135 de la Compilación", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, Edersa, edit. Revista de Derecho Privado, pp. 75 y ss.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, "Derecho de sucesiones común y foral", t. I, 2ª edición, Madrid, 1997, edit. Dykinson, pp. 707 y ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, Borrador del Anteproyecto del Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte.

LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

Javier Rodríguez Alonso
(Beca 1997/1998)

1.- Introducción

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la cláusula de supletoriedad contenida en el artículo 149.3 de la Constitución. Se trata de un tema que tiene gran importancia práctica, y que ha sufrido una evolución importante en los últimos tiempos, ya que las sentencias del Tribunal Constitucional 118/1996 y 61/1997 han consolidado la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia 147/1991, y suponen la inversión de lo que fue la primitiva jurisprudencia constitucional.

A nivel doctrinal, como era de esperar, esta nueva tendencia en la interpretación de la cláusula de supletoriedad ha provocado numerosas reflexiones, y aunque la mayor parte de ellas se muestran contrarias y son bastante críticas con dicha interpretación, sin embargo, cada día son más los autores que comparten la nueva doctrina del Tribunal Constitucional. Evidentemente, esta cuestión transciende a lo que es la interpretación de una cláusula contenida en un artículo de la Constitución, ya que las consecuencias que se derivan de la adhesión a una u otra postura conllevan, en definitiva, una concepción diferente sobre la estructura y la orga-

nización del Estado español. Así, un entendimiento amplio de la cláusula de supletoriedad, supone la defensa de un Estado con un carácter centralista y "paternalista" respecto de las Comunidades Autónomas, las cuales no tendrían la "madurez" suficiente para desarrollar las competencias asumidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Por otra parte, un entendimiento más restrictivo de dicha cláusula, implica el reconocimiento de un mayor grado de autonomía para las Comunidades Autónomas, que, de esta manera, deben desarrollar las competencias estatutariamente asumidas con mayor celeridad, al carecer de norma estatal de cobertura de su posible inactividad legislativa.

Es difícil encontrar soluciones originales a la cuestión de la supletoriedad del derecho estatal, siendo tanta la cantidad y la talla de los autores que han tratado sobre la misma, pero lo que sí se ha pretendido en este estudio es defender la postura que consideramos correcta de una manera coherente, desarrollándola hasta sus últimas consecuencias. Para ello, tras una breve referencia a la distribución de competencias efectuadas por la Constitución española de 1978 y al origen de la cláusula de supletoriedad en la misma, hemos realizado un estudio detenido tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como de las diferentes opiniones doctrinales existentes sobre esta cuestión. Finalmente, y tras decantarnos por un entendimiento restrictivo de la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución, exponemos de una manera sistemática todas las consecuencias que dicho entendimiento conlleva.

Esta cuestión, como fácilmente se puede deducir, tiene gran importancia para cualquier Comunidad Autónoma, por un lado, existen gran cantidad de leyes estatales que son potencialmente inconstitucionales, con los problemas de seguridad jurídica que eso plantea, y por otro lado, y más importante todavía, existen gran cantidad de competencias asumidas por las Comunidades Autónomas y todavía no ejercidas, y la nueva jurisprudencia constitucional impide al Estado legislar en esas materias al ser incom-

petente. Un simple repaso al artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Aragón resulta significativo, ya que demuestra que la mayor parte de las competencias legislativas asumidas por la Comunidad todavía no han sido ejercidas. Esta situación va a tener que cambiar si se consolida la línea doctrinal de las sentencias 118/96 y 61/97, y las Comunidades Autónomas deberán legislar en aquellas competencias estatutariamente asumidas, para evitar que la legislación aplicable en sus territorios quede desfasada.

2.- *La distribución competencial en el Estado español y su relación con la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E.*

La organización territorial del Estado español conlleva ineludiblemente la existencia de un sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en virtud del cual se organizan los distintos ordenamientos jurídicos autonómicos, diferenciados del ordenamiento jurídico estatal. Como señala AJA, "del Estado como globalidad se produce un reparto de poder que conlleva, para las Comunidades Autónomas, el dotar de contenido a su autonomía.[1]"

La Constitución de 1978 estableció un sistema de listas y cláusula residual para efectuar la distribución de competencias sobre las distintas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, son los artículos 148 y 149 de la Constitución los que realizan ese reparto competencial, si bien, el artículo 148 en realidad se configura como un límite temporal para aquellas Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Es especialmente relevante en esta construcción la cláusula de cierre del artículo 149.3 de la Constitu-

1. Eliseo AJA; TORNOS, Joaquín; PERULLES, Juan Manuel; ALBERTÍ, Enoch, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 118.

ción, en virtud de la cual, por una parte, las competencias no previstas en la Constitución podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, y por otra, el Estado asumirá la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía. Completa dicho artículo 149.3 CE las cláusulas de prevalencia y supletoriedad del Derecho estatal.

La doctrina administrativa ha ofrecido diversas clasificaciones de los diferentes tipos de competencias existentes en los artículos 148 y 149. Entre esta diversidad de modelos de clasificación, en este trabajo seguiremos la clasificación desarrollada por AJA[2], quien distingue los siguientes tipos de competencias

- Competencias absolutas o integrales, que son aquellas en que "se posee toda una materia y todas las funciones que inciden en su ordenación y ejecución"[3].
- Competencias exclusivas limitadas, en las que o bien "sólo se posee competencia sobre parte de una materia" o bien "aún sin poseer todas las funciones de actuación, se poseen todas las competencias normativas, o todas las ejecutivas[4]".
- Competencias compartidas, que son aquéllas en que "dos entes diversos ejercen una misma función sobre idéntica materia[5]", es decir, aquéllas en que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten el ejercicio de la función normativa o de la función ejecutiva.

2. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124
3. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124
4. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124
5. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124

- Competencias concurrentes, que son aquéllas que siendo distintas, "deben actuarse sobre un mismo espacio físico y con cierto grado de interdependencia que puede llegar a la identidad procedimental"[6].

- Competencias indistintas, en las que "una misma función sobre idéntica materia está atribuida de forma indistinta a dos o más entes, cada uno de los cuales puede ejercitar su competencia sin desplazar a los restantes"[7].

Una vez examinada la diferente tipología de competencias existentes en los artículos 148 y 149 de la Constitución, vamos a centrarnos fundamentalmente en las competencias exclusivas limitadas y en las competencias de carácter compartido, ya que la evolución doctrinal y jurisprudencial en la cuestión de la supletoriedad del Derecho estatal gira en torno al distinto tratamiento que se ha dado a estos tipos de competencias[8]. Una correcta comprensión de las diferencias fundamentales entre estos dos tipos de competencias nos permitirá posteriormente comprender las reticencias que tuvo en el Tribunal Constitucional para extender su nueva interpretación sobre la supletoriedad del Derecho estatal a las competencias compartidas, y también para entender los problemas prácticos que se derivan de la aplicación de dicha doctrina a estas competencias de carácter compartido, principalmente los problemas derivados de la inactividad legislativa que afecte directamente a la eficacia de la normativa básica estatal.

En cuanto a las competencias de carácter exclusivo limitadas hay que señalar que el término "exclusivo" ha sido utilizado de

6. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124
7. AJA, TORNOS, PERULLES, ALBERTÍ, *El sistema jurídico...*, cit, p.124
8. El diferente tratamiento que el Tribunal Constitucional dispensó a las competencias exclusivas y a las compartidas finalizó con la sentencia 118/1996, de 27 de junio.

forma equívoca tanto en la Constitución como en los distintos Estatutos de Autonomía, por lo que se trata de un término confuso que puede dar origen a equivocaciones, como señalan RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y ÁLVAREZ BARBEITO[9], "lo que caracteriza a la exclusividad, es como quiere expresar el propio término, la exclusión de otros poderes, el dominio total por el titular de una competencia concreta de manera que ningún otro poder puede intervenir en relación con la misma si el titular de la competencia exclusiva no lo autoriza expresamente. Este dominio absoluto se produce en dos supuestos fundamentales: primero cuando se monopoliza una materia [lo que AJA denomina competencias absolutas o integrales], y segundo cuando se monopoliza una función (la legislativa o la ejecutiva) [lo que AJA denomina competencias exclusivas limitadas]".

Este concepto de competencia de carácter exclusivo fue el punto de partida del Tribunal Constitucional en su cambio de concepción sobre el significado de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución, ya que el Tribunal a partir de la sentencia 147/1991 entendió que si todas las Comunidades Autónomas habían asumido una determinada competencia en un mismo grado de homogeneidad, y por tanto, todas ellas monopolizaban esa determinada competencia, el Estado había quedado desapoderado para legislar sobre la misma, por lo que no estaba ni siquiera facultado para dictar legislación de carácter supletorio en esa materia.

Por otra parte, en relación con las competencias compartidas, el supuesto más frecuente de este tipo de competencias es aquél en

9. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y Francisco Javier ALVAREZ BARBEITO, *Competencia básica estatal y competencias exclusivas autonómicas*, en Actualidad Administrativa, núm.19, (1997), p.365.

que el Estado tiene atribuida la facultad de dictar la normativa básica[10] de la materia en cuestión y las Comunidades Autónomas son competentes para desarrollar dicha normativa básica. El concepto de bases ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estableciendo más en la sentencia 25/1983 que éste es susceptible de un entendimiento positivo y otro negativo, así "el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; el sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto les dejan así limitadas." Por tanto, las bases constituyen un mínimo común denominador aplicable en todo el territorio nacional, que deja a las Comunidades Autónomas un espacio suficiente para que éstas puedan desarrollar su normativa.

Es en este desarrollo de las bases estatales donde surgen los problemas de las competencias compartidas en relación con la cláusula de supletoriedad, el entendimiento amplio de dicha cláusula permitía al Estado dictar junto con las normas básicas, las normas de desarrollo de esas normas básicas. Sin embargo, esta si-

10. Como señalan RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y ÁLVAREZ BARBEITO, *Competencia básica estatal...*, cit, par.357, en el artículo 149 esa facultad de dictar normativa de carácter básico se establece de diversas maneras, "así, establece la competencia para la "regulación de condiciones básicas" (1ª "regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"), formulación de "bases" (8ª "bases de las obligaciones contractuales", 11ª "bases de la ordenación del crédito, banca y seguros", 13ª "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica", 16ª "bases y coordinación general de la sanidad"), "normas básicas" (27ª "normas básicas de prensa, radio y televisión" y 30ª "normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE")".

tuación finalizó con la sentencia 118/1996 que amplió la doctrina establecida para el caso de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas a las competencias de carácter compartido. Como se señalará en el epígrafe correspondiente a las competencias compartidas, esta ampliación ha sido uno de los puntos más polémicos de la nueva jurisprudencia constitucional, siendo criticada por numerosos autores, ya que la inactividad legislativa de las Comunidades Autónomas implicaría la ineficacia de la normativa básica estatal.

3.- *Génesis constitucional del artículo 149.3 C.E.*

Pese a la importancia, en las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos autonómicos, de las tres reglas que contiene el artículo 149.3 (doble cláusula residual, reglas de prevalencia y de supletoriedad), sin embargo no existió, en el periodo constituyente una excesiva preocupación por la redacción definitiva de este precepto. CANOSA USERA[11], refiriéndose a la tercera de las cláusulas (la de supletoriedad) afirma "no hubo una discusión profunda de la supletoriedad que todos entonces parecieron ver imprescindible, ni su redacción, casi fija desde el principio, centró debates de enjundia", y REGO BLANCO[12] añade que "para su redacción se siguió la estrategia del consenso político, como garantía de una resolución pacífica de la cuestión del nacionalismo y del tránsito del centralismo a la descentralización de España." Esta ausencia de un verdadero debate sobre la supletoriedad en el proceso constituyente, dificulta cualquier intento de averiguar la intención del constituyente al introducir ésta en el

11. Raúl CANOSA USERA, *Contribución al estudio de la supletoriedad*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 35 (1993), p 52.

12. María Dolores REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución*, en Revista andaluza de Administración Pública, núm.32 (1997), pp.73-113.

texto constitucional y es responsable, en parte, de las contradictorias posturas mantenidas por la doctrina y por la jurisprudencia en relación con la mencionada cláusula.

La tramitación parlamentaria del artículo 149.3 siguió el siguiente proceso[13]:

El Anteproyecto de Constitución (B.O.C. 5 de enero de 1978), tras establecer en el artículo 137 la doble cláusula residual, ("La regulación y administración de las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución, podrá corresponder a los Territorios Autónomos en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los respectivos Estatutos por el Territorio Autónomo se entenderán, en todo caso, como de la competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir las facultades por medio de una ley") recogía en su artículo 140.3 las reglas de prevalencia y de supletoriedad ("El Derecho del Estado prevalece sobre el de los Territorios Autónomos en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstos. Será, en todo caso, supletorio del Derecho propio de los Territorios Autónomos"). Entre los votos particulares que se presentaron al Anteproyecto, tanto el de Alianza Popular como el del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso hacían referencia al artículo 140.3. El voto particular de Alianza Popular, aunque englobaba la totalidad del Título sobre Territorios Autónomos, sin embargo, no contenía ninguna referencia a la cláusula de supletoriedad (la regla de prevalencia sí era abordada en el artículo 7 de la redacción del Título VIII: "El Derecho nacional tiene rango superior al de las regiones y es el único que puede regular todo lo relativo a relaciones exteriores, defensa, orden público, política mo-

13. Las referencias acerca de los debates constituyentes se encuentran en los estudios de Fernando SAINZ MORENO, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones, Cortes Generales, 1980,Tomos I a IV.

netaria y crediticia, sistema fiscal general, política arancelaria, política de rentas y precios, régimen laboral y planificación socioeconómica a nivel nacional"). Por su parte, el voto particular al Anteproyecto de Constitución del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso incluía en el artículo 138.4 la cláusula residual (Las materias no expresamente asignadas a la competencia de los órganos centrales o a los Territorios Autónomos se atribuirán de acuerdo con lo dispuesto en el número 2ªA [del artículo138, el cual hacía referencia a competencias compartidas entre los órganos centrales y los de los Territorios Autónomos, teniendo las Cortes la legislación exclusiva y correspondiendo a los órganos de la Administración Central, a los de los Territorios Autónomos o a ambos, según lo determine la ley, su ejecución]) y en el artículo 138.5 la referencia a la supletoriedad ("En las materias que sean competencia exclusiva de los órganos de los Territorios Autónomos son aplicables subsidiariamente las normas emanadas de los Órganos centrales del Estado").

Junto a los votos particulares, fueron presentadas tres enmiendas al artículo 140.3, la primera, la número 245, fue presentada por Don Antón Cañellas Balcells, diputado del Grupo Parlamentario Minoría Catalana, que proponía la siguiente redacción: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 137, el Derecho del Estado prevalece sobre el de los Territorios Autónomos en todo lo que no esté atribuido a la competencia de éstos. Será, en todo caso, supletorio del Derecho propio de los Territorios Autónomos", el objeto de esta enmienda era establecer una adecuada concordancia con el artículo 137, debido a otra enmienda presentada a ese artículo. La segunda enmienda, la número 572, fue presentada por Don Manuel Sánchez Ayuso y Don Raúl Morodo Leoncio, diputados del Grupo Parlamentario Mixto, quienes proponían la sustitución, en el apartado tercero del artículo 140, de la expresión "El Derecho del Estado" por "El Derecho de ámbito estatal", justificando dicho cambio por razones técnicas. La tercera de las enmiendas, la número 691, formaba parte de una serie presentada

por el diputado López Rodó, y que haciendo referencia a la cláusula de prevalencia, propugnaba la supresión de la expresión " En todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstos", ya que el Anteproyecto constitucional no determinaba las materias de la exclusiva competencia de los Territorios Autónomos y sólo delimitaba en el artículo 138 las materias de exclusiva competencia del Estado.

La Ponencia no aceptó ninguna de estas tres enmiendas y su Informe (B.O.C. 17 de abril de 1978), seguía separando la cláusula residual, ubicada en el artículo 141.2, ("Las materias no atribuidas expresamente en los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas serán competencia del Estado") de las cláusulas de prevalencia y supletoriedad, situadas en el artículo 144, el cual en una redacción ya semejante a la definitiva establecía "El Derecho del Estado prevalece sobre el de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Será, en todo caso, supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas".

En el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, en su sesión de 16 de Junio de 1978, se abordó el estudio del artículo 144, el diputado López Rodó defendió su enmienda, centrada en la prevalencia del Derecho Estatal[14], pe-

14. LÓPEZ RODÓ defendía que "la afirmación de la supremacía del Derecho del Estado sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas debe ser tajante y absoluta. El Derecho de las Comunidades Autónomas es, siempre, un Derecho de segundo grado y subordinado al del Estado; incluso atentaría también contra la soberanía del pueblo español que encarnan las Cortes Generales, que son la fuente del poder legislativo. Por consiguiente, esta afirmación de que el Derecho del Estado prevalece sobre el de las Comunidades Autónomas ha de ser clara y rotunda, sin que se le ponga ningún aditamento que venga a oscurecerla ni a disminuirla". En contra de la enmienda de LÓPEZ RODÓ, el diputado PECES BARBA afirmaba que "el equilibrio está logrado en el artículo 144, haciendo la afirmación general de la jerarquía superior del Derecho del Estado, salvo la excepción de aquellas normas a cuyo establecimiento tienen Derecho las Comunidades Autónomas; es decir, aquellos supuestos en que hay un poder, una facultad de producción normativa por parte de las Comunidades Autónomas".

ro ésta fue rechazada por 26 votos en contra y 2 a favor, sin abstenciones. Posteriormente se votó el texto íntegro del artículo 144 de la Ponencia, aprobándose el texto por 25 votos a favor y ninguno en contra, con 3 abstenciones. Además, por asentimiento de todos los miembros de la Comisión, el artículo 144 quedó incorporado como tercer apartado del artículo 141. Así, el Dictamen de esta Comisión de Asuntos Constitucionales (B.O.C. 1 de julio 1978), unificó, en un mismo artículo, la doble regla residual con las cláusulas de prevalencia y supletoriedad, sin embargo la cláusula residual se hallaba en el apartado segundo del artículo 143, ("Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los respectivos Estatutos por las Comunidades Autónomas se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir estas facultades por medio de leyes orgánicas"), mientras que las reglas de prevalencia y supletoriedad se enunciaban en el párrafo tercero ("El Derecho del Estado prevalece sobre el de las Comunidades Autónomas en todo lo que esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Será, en todo caso, supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas").

Esta redacción del artículo 143 fue aprobada sin ninguna modificación por el Pleno del Congreso (B.O.C. 24 julio 1978). El segundo apartado del artículo 143, que recogía la doble cláusula residual fue aprobado por 254 votos a favor, 2 votos en contra y 15 abstenciones. El tercer apartado del artículo 143, que establecía la prevalencia y supletoriedad del Derecho estatal, fue aprobado por 270 votos a favor y 1 voto en contra, sin abstenciones.

En el Senado, se presentaron tres enmiendas en relación con el artículo 143.3:

La primera, la número 85, presentada por los Senadores Progresistas y Socialistas Independientes, proponía un artículo 143

ter, el cual establecería: "1. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las materias no asumidas expresamente en los respectivos Estatutos por las Comunidades Autónomas se entenderán, en todo caso, como de competencia propia del Estado, pero éste podrá distribuir o transmitir estas facultades por medio de leyes orgánicas. 2. El Derecho del Estado prevalece sobre el de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. Será, en todo caso, supletorio del derecho propio de las Comunidades Autónomas". La segunda, la número 308, fue presentada por Juan María Bandrés Molet, del Grupo de Senadores Vascos quien pretendía la supresión de dicha cláusula por entender que ésta era "inútil constitucionalizar una norma más propia de leyes de rango inferior, sin perjuicio de que la redacción actual puede lesionar normas legítimas de derecho foral vigente[15]". En el debate de la Comisión de Constitución, el senador Ban-

15. Estas palabras de Juan María BANDRÉS MOLET reflejan la conciencia existente en el periodo constituyente de estar constitucionalizando una regla de Derecho privado, o al menos la importancia que la concepción civil de la supletoriedad tuvo en nuestros constituyentes al redactar el artículo 149.3. Como señala Paloma BIGLINO CAMPOS, *La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 50 (1997), pp.31-32., los antecedentes remotos de la supletoriedad se encuentran en la Baja Edad Media, momento en el que la existencia de unos Derechos locales junto a un Derecho común posibilitaba la suplencia de éste sobre aquéllos, como señala esta autora en ese momento histórico era aplicable el principio "ubi cessat statutum, habet locum ius civile". Esta concepción medieval entre los Derechos locales y el Derecho común influyó en la relación que se establece, desde el siglo XVIII, entre los Derechos forales y el Derecho común castellano. El antecedentes más cercano de la supletoriedad del artículo 149.3 CE se encuentra en el artículo 13.2 del Código Civil, precepto que regula la relación del Derecho común y de los Derechos forales, en el que se establece: "En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales". Esta concepción civil de la supletoriedad fue recogida en los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los cuales, como se pondrá de relieve más adelante, por su incorrecta comprensión del proceso autonómico ha condicionado negativamente toda la construcción posterior.

drés reiteró que "[la supletoriedad] puede lesionar y muy seriamente normas legítimas del derecho foral", añadiendo "yo no soy un especialista, pero si no recuerdo mal, el derecho supletorio del Derecho foral navarro es el Derecho romano y no el derecho común español[16]. Y esta norma, la parte final del número 3, estaría lesionando gravemente esa situación jurídica institucionalizada en un lugar para nosotros tan entrañable como es Navarra". La última enmienda, la número 555, fue presentada por Lluis María Xirinacs i Damian, del Grupo Mixto, quien en consonancia con su propuesta de un modelo confederal, invertía los términos de la cláusula de prevalencia, de tal manera que ésta estableciera que "El derecho de la Confederación no prevalecerá dentro de los Estados y, en todo caso, es supletorio del derecho propio de los Estados". Esta enmienda, como se puede apreciar, no afectaba para nada a la cláusula de supletoriedad que se mantenía en sus mismos términos.

Ninguna de estas enmiendas fue aceptada y el Dictamen de la Comisión del Senado (B.O.C. 6 octubre 1978) refunde en el tercer párrafo del artículo 148 los anteriores 143.2 y 143.3 ("Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas"). Esta refundición es consecuencia de una en-

16. Esta afirmación de Juan María BANDRÉS MOLET anticipa uno de los más significativos problemas que plantea la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3, como es la posibilidad de autointegración del ordenamiento autonómico, cuestión que será objeto de análisis más adelante.

mienda presentada, en el debate de la Comisión del Senado, por la Unión de Centro Democrático, la cual fue aprobada por 19 votos a favor y 3 en contra, con 3 abstenciones.

El Pleno del Senado (B.O.C. 13 de octubre 1978) respetó íntegramente la redacción del artículo 148.3 realizada por la Comisión del Senado.

Finalmente, el Dictamen de la Comisión mixta Congreso-Senado (B.O.C. 28 de octubre 1978) únicamente introduce un cambio en la numeración pasando del artículo 148.3 al 149.3 (Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas").

Tras la promulgación de la Constitución, las siguientes referencias legislativas que pueden ayudar a comprender la virtualidad y el funcionamiento de la cláusula de supletoriedad hay que buscarlas en los distintos Estatutos de Autonomía que se fueron promulgando desde 1979. En la mayoría de los Estatutos[17] se hace referencia a la cuestión de la relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma, estas referencias estatutarias son prácticamente idénticas en todos los Estatutos de Autonomía, sin embargo aún en el caso de que hubiera habido alguna diferencia en su formulación, ésta no ha-

17. Tan sólo los Estatutos de La Rioja y Murcia no contienen referencias a la supletoriedad del ordenamiento jurídico estatal.

bría tenido relevancia alguna, ya que la operatividad de la cláusula de supletoriedad debe ser la misma en todas las Comunidades Autónomas[18], al derivar de un precepto constitucional, el 149.3, que debe ser interpretado uniformemente, por ello como afirma CANOSA USERA[19], "las afirmaciones estatutarias son redundantes porque regulan, lo que ya se dice en la Constitución, e inútiles porque, cuando, cuando precisan de un cierto modo el sentido de la supletoriedad, no pueden imponerse ni como única interpretación de la cláusula constitucional ni tan siquiera exigir que el Derecho estatal supla en la Comunidad Autónoma, según la letra del Estatuto".

---

18. En este mismo sentido se pronuncian Javier BALZA AGUILERA y Pedro DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 55 (1987), p.386 quienes afirman que "la relación ordenamiento estatal/autonómico deberá responder a idénticas previsiones, sea cual fuere la Comunidad Autónoma implicada"... También CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit., p.57-62, entiende la supletoriedad en este sentido unívoco, este autor hace un completo análisis de los preceptos estatutarios relativos a la supletoriedad. Así agrupa los distintos Estatutos en dos bloques: el primero formado por los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Canarias, éstos se caracterizan por dedicar dos normas estatutarias a la supletoriedad; y el segundo compuesto por el resto de Estatutos de Autonomía, los cuales tan sólo dedican una norma. Junto con estas referencias al juego de la supletoriedad, como indica este autor, todos los Estatutos incluyen una disposición transitoria que prevé la aplicación supletoria de la legislación estatal electoral en las primeras elecciones autonómicas, o bien hasta que la Comunidad Autónoma regule los mecanismos electorales propios. Esta precisión estatutaria era inútil, pues dichas normas ya eran supletorias por el artículo 149.3 CE.

19. CANOSA USERA, *Contribución al estudio..., cit., p.58.*

4.- Análisis jurisprudencial de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE.

Durante un largo periodo, la cláusula de supletoriedad del último inciso del artículo 149.3 de la CE, a diferencia de la regla residual del mismo artículo, no fue objeto de un tratamiento exhaustivo ni por la doctrina ni por el Tribunal Constitucional. El contraste en el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de los distintos incisos del artículo 149.3 de la CE ya fue señalado por BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[20]. Sin embargo, este panorama ha cambiado con los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, (las sentencias 118/96 de 27 de junio y 61/97 de 20 de marzo) que contienen la culminación y depuración de una concepción de la supletoriedad iniciada a finales de los años 80, y que ha provocado numerosas reacciones doctrinales.

El análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la cláusula de la supletoriedad desde sus primeros pronunciamientos en 1981 hasta la mencionada sentencia de 1997, hace aparecer a ésta como un concepto evolutivo, que ha ido desarrollándose a medida que lo han ido haciendo las Comunidades Autónomas. Sin embargo, esta evolución no ha sido en absoluto lineal, sino que ha estado plagada de contradicciones, con continuos avances y retrocesos que han amparado diferentes interpretaciones de dicha cláusula, unas veces permitiendo al Estado dictar normas con valor

---

20. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.382, en donde se afirma que "[el artículo 149.3] se trata de un conjunto de reglas en cuyo tratamiento se produce un significativo contraste: así, en efecto, la regla residual ofrece una constante aparición en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin que presente un correlativo estudio en la doctrina, que generalmente se limita a su reseña genérica; en cambio, la regla de prevalencia ha sido objeto de fundamentados y completos trabajos doctrinales, mientras que su atención jurisprudencial puede calificarse de nula; finalmente la regla de supletoriedad carece de excesiva atención en ambos sectores, pues si, como veremos, existen numerosas referencias genéricas, en pocas ocasiones se procede a un análisis completo de la institución y su incidencia sobre la articulación de los ordenamientos estatal y autonómico".

supletorio sin ninguna limitación, y otras haciendo prevalecer el principio de distribución competencial y limitando por ello las facultades normativas estatales.

Aunque los contradictorios pronunciamientos del Tribunal Constitucional hacen difícil realizar una sistematización de la jurisprudencia constitucional, sí es posible distinguir varios periodos: un primer periodo englobaría las primeras sentencias del Tribunal, desde la primera de 13 de febrero de 1981 (STC 5/81) hasta el año 1988, año que como señala CANOSA USERA[21] marca el inicio de un "lento cambio de opinión doctrinal". El segundo periodo comprendería las sentencias constitucionales dictadas entre 1988 y 1996, siendo éste el momento de mayores titubeos del Tribunal, produciéndose pronunciamientos contradictorios, en los que el Tribunal tras haber iniciado un nuevo camino en el entendimiento de la supletoriedad no se atreve a desarrollarlo hasta sus últimas consecuencias sino que regresa a su concepción anterior. El tercer periodo vendría marcado por las sentencias 118/96 de 27 de junio y 61/97 de 20 de marzo en las que el Tribunal retoma el camino iniciado en la etapa anterior y lo desarrolla con todas sus consecuencias. No obstante, como se pondrá de manifiesto más adelante, en cada una de estas etapas se pueden encontrar sentencias que, apoyándose en unos u otros razonamientos, conceden una mayor o menor amplitud a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E.

A) PRIMER PERIODO

En el primer periodo en la jurisprudencia constitucional se pueden apreciar ya los argumentos que va a utilizar el Tribunal durante toda su andadura para justificar la legislación estatal dictada con valor supletorio, como señala LASAGABASTER HERRARTE[22]: "Su fundamentación [del Tribunal Constitucional] es

21. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p. 63.

sin embargo variable, pudiendo interpretarse en algunos supuestos que la supletoriedad existe en tanto en cuanto hay Comunidades Autónomas con diferentes competencias. En otros parece que el Alto Tribunal reconoce al Estado una competencia ilimitada para regular cualquier materia, aunque las normas que se dicten no tendrán todas la misma eficacia, pues unas serán de aplicación directa y otras de aplicación subsidiaria". También en este primer periodo como advierten BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[23] existen pronunciamientos del Tribunal que permiten adivinar una interpretación diferente de la supletoriedad, una interpretación más restrictiva de la misma y más acorde con el principio de competencia que se deriva del artículo 149.1 de la Constitución, estos pronunciamientos harían referencia fundamentalmente a "la observancia del principio de competencia, interpretación del momento de aplicación, autointegración, carácter de ius propium del derecho autonómico y limitación del poder normativo del Estado".

Por lo tanto, existe durante este primer periodo un cuerpo de sentencias que hacen una interpretación expansiva de la supletoriedad y que permiten que el Estado legisle en cualquier materia, ajeno al principio de competencia[24]. Entre ellas destacan:

---

22. Inaki LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, Civitas, 1991, p.62.

23. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El derecho estatal como supletorio...*, cit., p.399.

24. A este respecto REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula...*, *cit*, p.78, afirma: "Esta visión sobre la virtualidad supletoria del Derecho estatal presenta el indudable atractivo de aportar un elemento de simplificación al sistema de articulación normativa de los derechos estatal y autonómicos, consistente en admitir la universal validez de las normas estatales. Desaparecería con ello la necesidad de analizar en los conflictos de competencia la validez de la norma estatal (todas lo serían) y bastaría con deslindar las de aplicación directa de las de aplicación supletoria. Sin embargo, padece la enorme desventaja de entrar en directa confrontación con las reglas constitucionales de asignación de competencias al Estado y las Comunidades Autónomas, razón por la cual esta postura ha tenido que ser abandonada, al menos formalmente."

La STC 5/1981 de 13 de febrero, que es el primer pronunciamiento del Tribunal sobre la supletoriedad, esta sentencia declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley Orgánica de Centros Escolares y en los fundamentos jurídicos 23 y 27 de la misma hace referencia al último inciso del artículo 149.3:

"Y como los artículos 15 y 16 de los Estatutos catalán y vasco, respectivamente atribuyen competencia en materia de enseñanza a una y otra Comunidad Autónoma, es correcto que la citada disposición adicional trate de articular la L.O.E.C.E. con las futuras leyes de las Comunidades en materia de enseñanza, permitiéndoles que modifiquen o sustituyan los artículos de la LOECE en ella citados, preceptos que aún siendo modificados o sustituidos habrían de continuar vigentes en las Comunidades como Derecho supletorio, según dispone el artículo 149.3 de la Constitución. Bien entendido que en el contexto de la citada disposición adicional (y en el cuerpo de la presente sentencia) los participios "modificados" o "sustituidos" no equivalen a "derogados", pues si las Comunidades Autónomas legislasen sobre tales materias conexas, por ser de su competencia, sus respectivos preceptos no derogarían a los correspondientes de la L.O.E.C.E., sino que se aplicarían en cada Comunidad con preferencia a éstos, y sólo en tal sentido podría decirse que los modificarían o sustituirían como derecho aplicable con carácter preferente".

"Y por lo que respecta a las Comunidades Autónomas lo único que sucede es que éstas tienen competencia para legislar sobre materias incluidas en los citados preceptos, los cuales se verán afectados (es decir, "modificados" o "sustituidos" en el sentido ya explicado antes en el párrafo 23) por las leyes de las Comunidades, pasando a ser en éstas (artículo 149.3 C.E.) Derecho supletorio y no Derecho aplicable en primer término, como lo son ahora y lo serán hasta tanto no aparezca sobre tales cuestiones la legislación particular de una y otra Comunidad".

En esta primera sentencia el Tribunal Constitucional establece que las competencias del Estado son generales para cualquier materia con independencia de que la materia haya sido asumida o no por las Comunidades Autónomas en sus Estatutos, el Estado puede seguir legislando en cualquier materia y si esa materia hubiera sido asumida por alguna Comunidad Autónoma, en el momento en que la ejerciera, la legislación estatal pasaría a tener una aplicación supletoria en vez de ser de aplicación directa como hasta ese momento. El Tribunal Constitucional consideraba en este primer pronunciamiento que la solución tomada era absolutamente necesaria dado el grado de desarrollo del proceso autonómico, ya que en 1981 no todo el territorio español estaba constituido en Comunidades Autónomas. Sin embargo, esta argumentación por la que se atribuían al Estado competencias generales en cualquier materia sería posteriormente revisada por el Tribunal[25].

El siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional que incide en esta misma línea es la sentencia 37/1981 de 16 de noviembre de 1981, en la que se resuelve un recurso de inconstitucionalidad de la ley del Parlamento vasco 3/1981 sobre "centros de contratación de cargas en transportes terrestres de mercancías". La sentencia hace una breve referencia a la legislación estatal supletoria y confirma lo mantenido en la anterior sentencia, ya que considera que los preceptos estatales tienen "siempre" un valor supletorio. Así en su fundamento jurídico 2º establece:

---

25. Como señala LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad...*, cit, pp.64-65, "En estas sentencias cabe sin embargo hacerse una interrogante, que es la siguiente: dado que todavía el mismo dibujo autonómico está en discusión y que existen Comunidades Autónomas con competencias diferentes, el Tribunal Constitucional reconoce ese valor a la supletoriedad de forma transitoria. Cuando el Estado se configure en su totalidad como un Estado de Autonomías, ese planteamiento necesitará de una profunda modificación."

"Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (artículos 53 y 149.1.1 de la Constitución), cuyas normas, además, son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3)".

En esta misma línea se enmarcan también las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1982 de 8 de febrero y 69/1982 de 23 de noviembre. La sentencia 5/1982, que resuelve el recurso de constitucionalidad promovido por el Gobierno contra la ley de la Generalidad de Cataluña 4/1981, de 4 de junio, de medidas urgentes sobre la función pública, constituye el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que se hace referencia a las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, diferenciando entre la normativa básica estatal que sería de aplicación directa en el territorio de las Comunidades Autónomas y la legislación de desarrollo dictada por el Estado que tendría un valor supletorio, y que sería aplicada directamente hasta que fuera desplazada por la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (legislación de desarrollo). La evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha afectado considerablemente a esta primera concepción del juego de la supletoriedad en las competencias compartidas, y el Tribunal, de manera coherente con el resto de sus planteamientos, invierte los términos de estos primeros pronunciamientos en la sentencia 118/1996, de 27 de junio. Sin embargo, como veremos más adelante, durante un largo periodo, el Tribunal Constitucional entendió que el Estado podía dictar, junto a la normativa básica, propia de su competencia, una normativa de desarrollo que es competencia de las Comunidades Autónomas, aplicándose dichas

normas de desarrollo estatales de forma directa en tanto no existiera legislación autonómica de desarrollo y siendo desplazada esa normativa cuando se dictara por las Comunidades Autónomas la normativa propia, en el ejercicio de sus competencias, pasando a tener la legislación estatal, desde ese momento, carácter supletorio. Así esta sentencia, en su fundamento jurídico 2º, establece:

"Sí parece imprescindible observar que la afirmación que en dicha disposición adicional se hace acerca del carácter supletorio de la legislación estatal sólo es correcta con dos precisiones importantes. La primera, la de que tal carácter supletorio de las normas que regulan los distintos procedimientos utilizables para la provisión de puestos de trabajo sólo existe en la medida en que tales normas no son, por su naturaleza material, normas básicas".

"La habilitación de que la disposición adicional cuarta, que analizamos, hace a favor del Consejo Ejecutivo de la Generalidad es constitucionalmente legítima en la medida en que se entienda que la opción entre la contratación administrativa u otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado y que ésta no es, en cuanto básica, legislación de aplicación supletoria".

Por tanto, en esta sentencia, más que determinarse el papel de la supletoriedad en el terreno de las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional lo que establece es la vocación de aplicabilidad de la legislación básica estatal, ya que es legislación dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias, y diferenciarla de las normas de desarrollo estatales, dictadas con vocación de aplicación supletoria. Sin embargo, como señalan BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[26], este pronunciamiento no determina de for-

26. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.398.

ma clara el juego de la supletoriedad en las competencias compartidas "puesto que la propia norma autonómica que el Tribunal examinaba preveía como mandato propio, en su disposición adicional 4ª, la aplicación supletoria de la legislación estatal, lo que indudablemente representa una opción válida para el legislador autonómico".

Por su parte, la sentencia 69/1982 de 23 de noviembre, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la ley 2/1982 de 3 de Marzo, del Parlamento de Cataluña, en su fundamento jurídico 2ºc) reitera los planteamientos de sentencias anteriores, estableciendo el papel del derecho estatal, una vez que la Comunidad Autónoma ya ha ejercido su competencia que tenía asumida con carácter exclusivo, esa normativa estatal se verá desplazada por la norma autonómica, pero no será derogada por ésta sino que se mantendrá como derecho supletorio:

"En consecuencia, la disposición ahora impugnada debe ser interpretada en función de la norma final del artículo 149.3 CE, donde se afirma que "el derecho estatal será en todo caso supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas". Entendida en tal sentido la disposición adicional viene a reconocer, innecesaria pero acertadamente, valor supletorio en Cataluña a la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de Mayo de 1975 y a su reglamento de 4 de marzo de 1977. Es claro que cuanto más amplia sea la normativa catalana sobre espacios naturales protegidos menor será el ámbito reservado al Derecho supletorio estatal, y sin duda eso es lo que significa, y así debe ser interpretada, la disposición de que tratamos. Teniendo, como tiene, la Generalidad competencia exclusiva sobre espacios naturales protegidos, puede dictar no sólo una Ley, como la 2/1982, declarando la protección sobre un determinado espacio, sino también una Ley general de espacios naturales protegidos, si bien respetando en ella la específica limitación derivada, como ya se ha dicho antes, del propio artículo 9.10 del Estatuto y de su remisión al 149.1.23 CE, y es lógico que

en el supuesto de que promulgara algún día esta Ley de contenido general la aplicabilidad de la ley estatal de espacios naturales protegidos y de sus normas reglamentarias quedaría cuantitativamente reducida. Por ello, donde la disposición adicional dice literalmente que la mencionada legislación estatal se aplicará "mientras el Parlamento de Cataluña... no haya dictado una Ley de protección de la Naturaleza", no debe entenderse que una vez dictada una ley catalana de espacios naturales protegidos (que ésta y no la defensa de la naturaleza es la materia sobre la que el artículo 9.10 del Estatuto de Cataluña le otorga competencia exclusiva) cesará la aplicación como Derecho supletorio de la legislación estatal, sino que la posibilidad de acudir a ésta será obviamente menor, aunque sin duda permanente a tenor ("en todo caso") del artículo 149.3 de la Constitución".

Otro claro ejemplo de esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional lo representa la sentencia 49/1984, de 5 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la disposición adicional segunda y los artículos 1º y 7º de la ley 1/1982, por la que se regulan las salas especiales de exhibición cinematográfica, la Filmoteca española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje, en ella se destaca la posibilidad del Estado de legislar en cualquier materia, al margen de la distribución de competencias constitucional, con base en una competencia legislativa de carácter general, así en su fundamento jurídico 2º establece:

"Podrá decirse que esta declaración y otra en la misma línea de pensamiento se recoge en sentencias que han puesto fin a recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas y que respecto a ellas por la misma realidad de tratarse de ordenamientos particulares, o en otros términos vigentes tan sólo en una parte del territorio, el supuesto no es equiparable al caso de leyes del Estado, emanadas por tanto, de una competencia legislativa que es de carácter general, en la que propiamente no opera el límite te-

rritorial, y respecto de la cual, en el caso de competencia autonómica, la norma estatal actuará como supletoria, y fuera de las competencias legislativas autonómicas, en aquellos territorios en que no se hayan previsto tales competencias o no se hayan asumido como norma directa."

Junto con esta línea jurisprudencial, que reconoce una potestad legislativa general al Estado, por encima del reparto de competencias establecido en la Constitución, existen también en esta primera etapa de la evolución jurisprudencial otras sentencias que delimitan de una forma más estricta el concepto de la supletoriedad del Derecho estatal, reconociendo una menor amplitud de las potestades legislativas estatales.[27]

Dentro de este grupo de sentencias destaca en primer lugar la sentencia 36/1981, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 2/1981 sobre inviolabilidad e inmunidad de sus miembros, en ella como afirman BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[28], se atiende al principio de competencia, "también cuando se aplica la regla supletoria, siendo el origen de la misma y sin poder desvincularse de él como informador de la relación entre los ordenamientos estatal y autonómico". Así, en el fundamento jurídico 5º se establece:

"Otro tanto cabe decir de la referencia a la supletoriedad genérica del Derecho estatal a que se refiere el artículo 149, número 3 (final), de la Constitución. En materia de inmunidad no hay la-

27. Esta diferenciación entre estas dos posturas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional dentro de esta primera etapa de sentencias sobre la supletoriedad del Derecho estatal está basada en la distinción efectuada por BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, pp.396-402, ya que estos autores son los que realizan un estudio de la evolución jurisprudencial más completo sobre este primer periodo de jurisprudencia.

28. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.399.

guna que deba ser llenada. Por el contrario, el legislador que elaboró la versión definitiva del Estatuto del País Vasco excluyó claramente del mismo la prerrogativa de "inmunidad total" así como el "suplicatorio" y, con ello, toda similitud entre lo contenido en el artículo 26 del proyecto del Estatuto y el artículo 71, número 2, de la Constitución, relativo a los miembros de las Cortes Generales."

También es posible destacar, dentro de esta segunda tendencia de la primera etapa de la jurisprudencia constitucional, la sentencia 85/1983[29], que resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco respecto del Real Decreto 712/1982, sobre el procedimiento de ingreso en la función pública local, así en el fundamento jurídico 3° se establece:

"La cuestión arranca de dos puntos: es el primero que en la hipótesis de que el Gobierno de la Nación careciera de la competencia para establecer los contenidos reglamentarios controvertidos en el País Vasco tendría aplicación directa en otras partes del territorio en que no pudieran oponerse similares títulos competenciales, y es el otro el carácter de la regla de la supletoriedad del Derecho estatal. La invalidez no sería predicable de la norma en sí, sino de la regla, explícita o implícita, de vigencia territorial, o de su grado de aplicabilidad, directa o supletoria. Por otro lado, la subsidiariedad de las normas emanadas del Estado tiene también sus límites en lo que atañe a la vigencia supletoria de la modifica-

29. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.402, destacan la importancia de esta sentencia "por la referencia de la posible invalidez a la regla de la vigencia territorial o de su grado de aplicabilidad, directa o supletoria. Ello supone negación de la pretensión de generalidad absoluta de la regla supletoria pues habla de supuestos de invalidez de la regla. En segundo lugar, utilizando los propios términos de la sentencia, supuesto el Derecho estatal preestatutario y modificadas tales normas por el Estado, su vigencia supletoria no es general, sino al contrario, sometida a límites configurados por el Derecho creado por las Comunidades Autónomas competentes en la materia de que se trate."

ción o innovación del derecho preestatutario, en el que corresponde a la Comunidad Autónoma una competencia normativa."

En la misma línea que las anteriores se encuadra la sentencia 95/1984, que resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno Vasco, en relación con determinados preceptos del Real Decreto 2924/1981 de reestructuración de determinados órganos de la Administración del Estado, en esta sentencia más que atribuir una potestad legislativa de carácter general e incondicionada al Estado, para legislar en cualquier materia, se fundamenta esa posibilidad de legislar de una manera provisional, por el distinto grado de desarrollo del proceso autonómico:

"En el Estado español, tal y como ha sido configurado por la Constitución de 1978, la diferencia temporal por la entrada en vigor de los distintos Estatutos de Autonomía, la existente en el nivel de competencias asumidas en éstos y la relativa al ritmo de los traspasos de servicios, pueden conducir efectivamente a que en un momento dado y en una misma materia la asunción de competencias y la efectividad de los correspondientes traspasos no sean idénticas en todas las Comunidades Autónomas implicadas, siendo de tener en cuenta al respecto que cuando se suscitaron los presentes conflictos, en abril de 1982, sólo estaban constituidas seis de las diecisiete actualmente existentes. De ahí que no pueda negar que el Estado posea y ejerza competencias en ámbitos territoriales no cubiertos por las de las Comunidades Autónomas que las hayan asumido y a las que hayan sido transferidos los respectivos servicios."

Por último, y siguiendo a BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[30], existen otra serie de pronunciamientos del Tribu-

30. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.400.

nal Constitucional que hacen referencia a la cuestión de la supletoriedad, pero que no se centran en la mayor o menor amplitud de la potestad legislativa estatal, la más significativa de este grupo de sentencias es la 123/1984 que resuelve un conflicto de competencia positivo entre el Gobierno del Estado frente al Gobierno Vasco, en relación al Decreto 34/1983 de creación de Centros de Coordinación Operativa, en ella, se hace alusión al tema de la autointegración del ordenamiento jurídico autonómico y el recurso a los criterios interpretativos ordinarios con carácter previo a la utilización del Derecho estatal supletorio.[31] En el fundamento jurídico 3º de esta sentencia se establece:

"Aunque es cierto que al enumerar las materias que sirven como criterios de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco no utilizan de manera especial la expresión "protección civil", ni de manera directa la idea, no puede extraerse de ella la conclusión de que tal materia no se encuentre incluida en el sistema competencial como tal materia, ni que haya que acudir a la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución, de acuerdo con la cual corresponden al Estado las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía. Es claro que las competencias de las Comunidades Autónomas están definidas por sus Estatutos de Autonomía, pero es cierto, asimismo, que el juego de la cláusula residual o supletoria del artículo 149.3 de la Constitución supone que, con independencia de los rótulos o denominaciones, no ha sido incluida en el correspondiente Estatuto de Autonomía una materia, entendida como un conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social, de

31. Esta cuestión es resaltada por la gran mayoría de la doctrina que analiza el tema de la supletoriedad, especialmente por Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal*, en Revista de Administración Pública, núm. 124 (1991), pp.95-147.

manera que para que entre en juego la llamada cláusula residual o supletoria es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios."

B) SEGUNDO PERIODO

El segundo gran periodo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre de la supletoriedad del Derecho estatal estaría formado por las sentencias dictadas desde 1988 a 1996, fecha en que el Tribunal desarrolla definitivamente y de una manera más coherente la línea jurisprudencial limitativa de las potestades estatales. Esta segunda gran etapa jurisprudencial se caracteriza fundamentalmente por los titubeos y vaivenes del Tribunal[32]. Así, aunque una de las principales características la constituye el abandono por parte de éste de la primitiva idea de la universalidad de competencias estatales, siendo una de las ideas más reiteradas en las sentencias de estos años el que la cláusula de supletoriedad no es "una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado"[33], sin embargo, por otro lado, el Tribunal no se atreve a dar el paso definitivo[34] de declarar la nulidad de las normas estatales dictadas en materias de compe-

32. La doctrina se ha hecho eco de estos titubeos jurisprudenciales, y así Julio TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases provocada por la STC 118/1996, de 27 de Junio*, en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 9 (1996), p.452, afirma al hacer un análisis de la evolución jurisprudencial de la supletoriedad que "el Tribunal Constitucional ha sido víctima de su propia doctrina, de sus propias contradicciones".

33. Para CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, pp.65-66, "aquí esta el giro copernicano: el Tribunal Constitucional dice ahora lo contrario de lo que mantuvo en sus primeros años de andadura. No atribuye ya a la supletoriedad el carácter de norma competencial y comienza ahora el difícil camino para fijar el alcance de la supletoriedad y su relación con la distribución de competencias con la que, por fuerza, ha de convivir."

34. En palabras de TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación...*, cit, p.452, "pese a constatar, y señalar, que la supletoriedad no es un título competencial, la realidad práctica le ha llevado a reconocer implícitamente tal condición atendiendo a diversas circunstancias".

tencia autonómica, declarándolas, en muchas ocasiones, únicamente inaplicables en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido y ejercido la competencia.

Una de las primeras sentencias de esta segunda etapa es la sentencia 53/1988, que resuelve un conflicto de competencias promovido por el Gobierno Vasco contra la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de junio de 1984, por la que se regula el reconocimiento de interés sanitario para actos de carácter científico. En ella ya se pueden atisbar algunos de los planteamientos que el Tribunal Constitucional iba a ir a introduciendo durante esta etapa, asimismo, también se pueden apreciar las limitaciones de esta doctrina, pues el Alto Tribunal no termina de desarrollar hasta las últimas consecuencias toda su argumentación. Así en el fundamento jurídico 1º de esta sentencia se establece:

"Es claro que tal invasión competencial, de existir, no podría acarrear la anulación de la Orden objeto de conflicto ni el reconocimiento de la competencia del Gobierno Vasco para dictar otra de idéntico contenido, pues dada la potencial heterogeneidad que en el sistema español tienen los ámbitos competenciales de las distintas Comunidades Autónomas y la limitación territorial del poder de éstas, si la Orden en cuestión adoleciese efectivamente del vicio que se le imputa, nuestra decisión no podría ser otra que la de, sin anularla, declararla inaplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco o, más precisamente, declarar que allí sólo puede ser aplicada como Derecho supletorio (artículo 149.3 C.E.)."

Una de las sentencias paradigmáticas de esta segunda etapa, junto con la sentencia 147/1991 es la sentencia 15/1989, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo ejecutivo de la Generalidad, el Gobierno Vasco y la Junta de Galicia contra la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en esta sentencia, el Tribunal Constitucio-

nal niega, por primera vez, que la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución sea una cláusula universal atributiva de competencias. Esta sentencia es un buen ejemplo de la argumentación del Tribunal Constitucional en esta segunda etapa, ya que, después de negar la eficacia de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE como título legitimador de la ley 26/1984, justifica su promulgación en la heterogeneidad estatutaria, de tal manera que la ley sería de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido o ejercido la competencia en la materia, mientras que sería de aplicación supletoria en aquellas otras Comunidades Autónomas que sí hubieran ejercido dicha competencia asumida estatutariamente.[35] Así, en el fundamento jurídico 1º se establece:

"Como es notorio, el artículo 149.3 C.E. establece la regla de que "el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho

35. Para Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *La cláusula constitucional de supletoriedad: creación y aplicación del derecho estatal supletorio en defecto del derecho autonómico, una propuesta reinterpretativa de la cláusula constitucional alejada de la servidumbre decimonónica de nuestro CC y de la consideración como cláusula atributiva de competencias en favor del Estado*, en *El urbanismo hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva ley estatal*, Madrid, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, 1997, p.183, otra de las razones que tiene en cuenta el Tribunal Constitucional para salvar la validez de la ley es que la materia indicada es una "materia de contenido pluridisciplinar" lo que hace que resulte ser una materia "compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

Este mismo autor al comentar el argumento de la heterogeneidad estatutaria, señala que: "la tendencia que podemos observar en la evolución del Estado de las Autonomías es la de la desaparición de la inicial "potencial heterogeneidad competencial" en favor de la "potencial homogeneidad competencial" entre las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional respecto de la supletoriedad conduce a que sólo tendría efectos durante el momento inicial y transitorio de nuestro Estado de las Autonomías, momento en el que la competencia sobre una determinada materia no estaba atribuida por igual a todas las Comunidades Autónomas y el Estado, por consiguiente, la retenía en ciertos territorios autonómicos mientras que en otros carecía de ellas, pues la Comunidad Autónoma era la competente.

de las Comunidades Autónomas", lo que, en términos generales, según determinada interpretación, daría por sí mismo cobertura suficiente a la ley impugnada, de manera que ésta, siempre y en todo caso, sería válida, aunque quedaría desprovista de eficacia directa en aquellos ámbitos territoriales en los que las correspondientes Comunidades Autónomas hubieran ejercitado las competencias legislativas que sobre la materia "defensa de los consumidores y usuarios", constitucional y estatutariamente hubieran asumido."

"Sucede, sin embargo, que no es preciso, ni siquiera apropiado en este caso, tratar de explicar la legitimidad constitucional de la Ley en su conjunto, como Ley referida a la materia indicada, desde la consideración de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, la cual, en última instancia, quedaría de hecho configurada como lo que en manera alguna es, es decir, como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado. A tal efecto, baste señalar que la materia "defensa de los consumidores y usuarios" no ha sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 C.E.. Así ha sucedido, en efecto, ya que al no estar comprendida ni en el artículo 148.1 ni en el 149.1, ambos de la C.E., sólo las Comunidades Autónomas no limitadas competencialmente por el primero de los referidos artículos han podido asumir competencias normativas plenas en dicha materia, correspondiendo al Estado su ejercicio en relación a todos los demás territorios autonómicos, lo que justifica la promulgación por el Estado de una Ley en el ejercicio de la competencia que le es propia sobre la defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio

de que la aplicabilidad y eficacia de la misma no alcance por igual a todo el territorio nacional."

"La conclusión, según lo expuesto, no puede ser otra que la de reconocer, por unas y otras razones, la legitimidad de la opción ejercitada por el Estado con la aprobación de la Ley que se impugna, por lo que, en realidad, de lo que se trata es de precisar si se ha producido con su aprobación algún tipo de extralimitación a la luz, en cada caso concreto, de los específicos títulos competenciales que constitucionalmente son propios del Estado. Todo ello, además, sin olvidar que, como antes dijimos, dada esa falta de homogeneidad de los Estatutos de Autonomía, dimanante del hecho de que no todas las Comunidades Autónomas han asumido idénticas competencias en todas esas materias, quedando las no asumidas retenidas por el Estado, los excesos competenciales que pudieran detectarse en la Ley no siempre abocarán ineludiblemente a la declaración de inconstitucionalidad, sino a la de su ineficacia o inaplicabilidad directa en función de que las Comunidades Autónomas dispongan de competencias."

Como se puede comprobar la sentencia 15/1989 desarrolla la idea de la potencial heterogeneidad estatutaria que ya estaba presente de forma embrionaria en la sentencia 53/1988, sobre la legislacion de régimen local, en la que en su fundamento jurídico 1 se establecía:

"Es claro que tal invasión competencial, de existir, no podría acarrear la anulación de la Orden objeto del conflicto ni el reconocimiento de la competencia del Gobierno Vasco para dictar otra de idéntico contenido, pues dada la potencial heterogeneidad que en el sistema español tienen los ámbitos competenciales de las distintas Comunidades Autónomas y la limitación territorial del poder de éstas, si la Orden en cuestión adoleciese efectivamente del vicio que se le imputa, nuestra decisión no podría ser otra que la

de, sin anularla, declararla inaplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco o más precisamente, declarar que allí sólo puede ser aplicada como derecho supletorio."

Por su parte, la sentencia 214/1989, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Galicia, la Junta de Galicia, el Consejo ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento catalán contra determinados preceptos de la ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, además de reafirmar la idea de la potencial heterogeneidad estatutaria como fundamento de la validez de la norma estatal, desarrolla la idea, ya apuntada de manera embrionaria en la sentencia 15/1989, de que otra posible justificación de la normativa estatal se encuentra en la posible inactividad normativa de aquellas Comunidades Autónomas estatutariamente competentes en una materia[36]. Esta sentencia es, a la vez, un claro ejemplo de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta segunda etapa en lo relativo a las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así, en aquellas materias en que el Estado tiene atribuida por la Constitución la competencia para dictar la legislación básica, podría, además, regular la materia en su totalidad, aún no teniendo competencia para dictar las normas de desarrollo. Esta argumentación del Tribunal Constitucional es el trasunto de la doctrina general mantenida en ese momento sobre la supletoriedad del Derecho estatal ya que se reconoce que aún careciendo de título competencial habilitante, el Estado puede dictar la legislación de desarrollo de las normas estatales de carácter básico, siendo estas

36. En opinión de TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación...*, cit, p.452, la sentencia 214/1989 "recoge además como circunstancia relevante para fundamentar una normativa estatal que excediendo el ámbito de las competencias básicas estatales establezca el marco jurídico general en una materia, el diferente alcance con el que unas y otras Comunidades Autónomas han podido ejercer sus competencias respecto de la misma.

normas de desarrollo dictadas por el Estado de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido o ejercido la competencia y de aplicación supletoria en el resto de Comunidades Autónomas que sí lo hubieran hecho. Esta doctrina sobre las competencias compartidas queda superada en la sentencia 118/1996, de 27 de junio, a la que haremos referencia con posterioridad. Así en la sentencia 214/1989 se establece:

"La Junta de Galicia no tiene en cuenta el hecho de que al Estado se le haya atribuido la competencia exclusiva para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, en nada le imposibilita –todo lo contrario- para poder establecer un marco normativo general regulador del "régimen local", ya que el Derecho estatal es, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas (artículo 149.3 CE). Es evidente, pues, que la mera habilitación legal para que pueda dictarse esa normativa global o de conjunto ninguna lesión de las competencias de la Comunidad Autónoma conlleva. No hay tampoco uniformización alguna del régimen local, porque con ello no se produce desapoderamiento competencial alguno de las Comunidades Autónomas. Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras Comunidades, sino también la simple inactividad normativa que transitoriamente, o no, pueda producirse en aquellas Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales. Serán pues, las normas autonómicas que, ajustándose a las bases estatales, vayan dictándose, las que, en todo caso, desplazarán en su aplicabilidad directa o eficacia territorial a esas otras normas estatales no básicas dictadas al amparo de la Disposición Final 1° de la L.R.B.R.L."

Sin embargo, la sentencia que constituye el punto de inflexión[37] de esta segunda etapa es la número 147/1991, que resuelve un conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno de la Nación, en relación con el Real Decreto 2349/1984, por el que se regula la pesca "cerco" en el caladero nacional. En ella, tras reiterarse que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E. no es una cláusula universal atributiva de competencias, el Tribunal Constitucional intenta establecer la función de la supletoriedad, distinguiendo dos momentos diferentes, el de la creación y el de la aplicación del Derecho.[38]

Según esta sentencia, la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E. no ampararía la legislación dictada por el Estado sin un título competencial habilitante, por lo tanto el Estado no podría legislar en aquellas materias en que todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido una competencia en un mismo grado de homogeneidad. No obstante, como señala CANOSA USERA[39] en los casos de diversidad "el Estado puede seguir obviamente legislando porque tiene título competencial específico si bien sus normas no se aplican directamente en todos los territorios". Por otra parte, la sentencia también destaca el papel decisivo que, en el tema de la supletoriedad, correspondería al aplicador del Derecho, quien, una vez identificada una laguna en el ordenamiento jurídico autonómico, podría acudir al Derecho estatal vali-

---

37. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, pp.67-68, califica la sentencia 147/1991 de "revolucionaria" y afirma que "culmina así la evolución misma de nuestra descentralización".

38. Para BETANCOR RODRÍGUEZ, *La cláusula constitucional de supletoriedad...*, cit, p.185, el principio de que la supletoriedad es "aplicación" y no "creación" del Derecho estatal estaría ya presente en la sentencia 15/1989 y "condicionará decisivamente las posteriores sentencias".

39. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.69.

damente dictado para resolver el supuesto planteada. Así, y aunque la supletoriedad no sería un título habilitante para legislar en aquellas materias en que el Estado no tuviera competencia, sin embargo el aplicador del Derecho podría recurrir al Derecho estatal válidamente dictado en ejercicio de competencias atribuidas en la Constitución al Estado.

Esta distinción entre creación y aplicación del Derecho supone un gran avance en el entendimiento de la supletoriedad del Derecho estatal, ya que, por primera vez, se reconoce de forma rotunda que en aquellas materias en que el Estado carece de competencia constitucionalmente atribuida, no puede dictar legislación válida. Pese a ello, el Tribunal no extrae en esta sentencia todas las consecuencias que pueden derivarse de esta afirmación, y serán las sentencias 118/1996 y 61/1997 las que desarrollarán completamente esta argumentación. En esta sentencia de 1991 el Tribunal Constitucional no llega a declarar la nulidad[40] de las normas estatales incompetentes, y a semejanza de sentencias anteriores tan sólo afirma la inaplicabilidad del Derecho estatal en aquellas Comunidades Autónomas en las que existiera normativa autonómica dictada al amparo de competencias constitucional y estatutariamente asumidas. El argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para no declarar la nulidad de la ley estatal parte además de un presupuesto fáctico, ya que en la sentencia se esta-

40. BETANCOR RODRÍGUEZ, *La cláusula constitucional de supletoriedad...*, cit, p.189, señala que, con esta sentencia, el Tribunal Constitucional "añade un nuevo grado de complejidad" ya que "el Derecho estatal "meramente" supletorio está viciado de incompetencia, pues el Estado no tiene competencia para dictarlo, pero el Tribunal Constitucional no lo declara nulo sino que lo inaplica por lo que a las Comunidades Autónomas recurrentes se refiere, ya que las Comunidades Autónomas con competencias exclusivas en la materia y las que no las tienen, pueden decidir aplicar ese Derecho por considerarlo apropiado "mientras no considere oportuno desplazarlo a un grado supletorio mediante la aprobación de una reglamentación propia".

blece que para que pudiera declararse tal nulidad, habría sido necesario, en primer lugar, que todas las Comunidades Autónomas hubieran recurrido la ley ante el Tribunal, y que éste, hubiera examinado si la materia había sido asumida en un mismo grado de homogeneidad por todas las Comunidades Autónomas y que habían ejercido esa competencia.

Con esto, y pese a las rotundas afirmaciones del Tribunal, se vuelve a una postura semejante a la mantenida en otras sentencias, ya que aunque se trata de normas estatales viciadas de incompetencia, la consecuencia no es la nulidad radical de las mismas, sino su inaplicabilidad en algunas partes del territorio nacional[41], con lo que, realmente, se sigue manteniendo un sistema que ampara casi cualquier normativa estatal, esté o no dictada en ejercicio de las competencias válidamente atribuidas al Estado por la Constitución. La única excepción serían las competencias exclu-

41. En relación con esta cuestión, Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad, comentario a la STC 147/1991 de 4 de Julio*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31, (1991), p.269 afirma que "El Tribunal Constitucional, aunque sea tímidamente, ha reconocido que el Estado no puede dictar normas en materias de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sustentándose exclusivamente en el principio de supletoriedad. Las normas viciadas de incompetencia son nulas por inconstitucionales. Así tendría que ser. El Tribunal Constitucional no lleva las consecuencias de su concepción hasta ese punto, sino que, matizando el avance indudable, aunque limitado y con fisuras argumentales, que su doctrina significaba para una más acertada comprensión del principio de supletoriedad, dice que debe "evitarse un pronunciamiento de nulidad total". La afirmación del Tribunal Constitucional es, en principio, sorprendente. Se reconoce que un Ente, el Estado, es incompetente para dictar una norma, pero a renglón seguido se dice que tal vicio no lleva a la nulidad. La confusión teórica que produce una tal construcción es total. Por otra parte, la contradicción entre la afirmación de que la cláusula de supletoriedad no es atributiva de competencias y que las normas dictadas en virtud de dicha cláusula sean aplicables es de difícil comprensión".

sivas atribuidas en un mismo grado de homogeneidad a todas las Comunidades Autónomas.[42]

Los términos en los que se expresa esta sentencia, en su fundamento jurídico 7º, son los siguientes:

" No es aceptable, en su consideración global, la tesis de que el Estado, una vez aprobado el Estatuto de Autonomía, no puede innovar, ni siquiera por la vía supletoria, la regulación estatal preestatutaria; tesis que la Comunidad Autónoma de Galicia considera que viene avalada por lo expuesto en la disposición transitoria tercera de su Estatuto de Autonomía, lo cual hace inmodificable, a su juicio, el Derecho estatal vigente en el momento de aprobarse éste."

"Esta tesis ha sido ya rechazada en las SSTC 227/1988 y 103/1989 en virtud de razonamientos que aquí deben tenerse por reproducidos y en los que, sustancialmente, se declara que su aceptación conduciría a otorgar una rigidez absoluta a las leyes estatales y a una fragmentación del Derecho estatal que son contrarias a las más elementales exigencias tanto del principio constitu-

42. Sin embargo con esto el Tribunal Constitucional, al igual que en sentencias posteriores, olvida la existencia de Ceuta y Melilla, aunque como señala, LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad...*, cit, p.266, "aquí se plantea una cuestión importante, que no es otra que la existencia de territorios no constituidos como Comunidades Autónomas, así Ceuta y Melilla. El Estado seguirá ejerciendo en estos territorios todas las competencias de que disfrutaba con anterioridad, ya que no se han constituido como Comunidades Autónomas. En Ceuta y Melilla las competencias estatales no han sufrido modificación alguna. Las palabras del Tribunal Constitucional no parece que vayan en esta línea, pues el argumento sería falaz. Es más lógico interpretar que la competencia exclusiva ha debido de ser asumida por todas las Comunidades Autónomas existentes, sin afectar a este tema la existencia de territorios no configurados como tales Comunidades." En la actualidad Ceuta y Melilla ya se han constituido en Comunidades Autónomas, pero la problemática sigue siendo la misma pues carecen de facultad legislativa. Este tema, por su importancia, será tratado con detenimiento más adelante.

cional de unidad del ordenamiento jurídico como de la regla de supletoriedad del Derecho estatal."

"Sin embargo, la doctrina constitucional expuesta no puede ser entendida en el sentido absoluto de que las normas que el Estado dicte con la específica finalidad de servir de derecho supletorio en las Comunidades Autónomas, en todo caso y cualquiera que sea su contenido, no invaden nunca las competencias de esas Comunidades, puesto que no se debe olvidar que dicha doctrina también señala: 1º) que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3 de la Constitución no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado, porque obviamente no es una norma competencial, sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución; más bien, precisamos ahora, una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico en determinadas materias y 2º) que la normación estatal aprobada con la finalidad de servir de Derecho supletorio estaría viciada de inconstitucionalidad, por incompetencia, si pretendiera para sí una aplicación incondicionada en el respectivo territorio autonómico."

"Para armonizar de manera congruente esas distintas declaraciones doctrinales, integrándolas en un sistema conceptual dotado del grado de coherencia lógica que le es exigible, debemos, de un lado, distinguir entre competencias exclusivas y competencias compartidas y, de otro, reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función cuya operatividad corresponde determinarse a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como una función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del

Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de título competencial específico que justifique dicha reglamentación, puesto que esa carencia, según ha establecido la doctrina referida, no puede ser suplida con la conversión de la regla de la supletoriedad en cláusula universal atributiva de competencia."

"Las SSTC 15/1989 y 103/1989 establecen, como razones que justifican la legitimidad constitucional de las normas generales que el Estado dicte sobre materias que hayan sido asumidas por la Comunidad Autónoma, promotora del conflicto, en régimen de competencia exclusiva, la diversidad de grado de asunción competencial que pueda existir entre los Estatutos de Autonomía que delimitan el sistema de distribución de competencias entre las distintas Comunidades que forman parte de nuestro Estado compuesto y la existencia de competencias estatales concurrentes que permitan establecer la ordenación general de un sector en todo el territorio nacional".

"Será, por consiguiente, ilegítima, por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales el Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas generales sobre dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas, no sólo el poder oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse, lo cual las legitima para negar a dichas

normas estatales alcance supletorio, especialmente, cuando en ellas se establecen mandatos prohibitivos que, a pesar de su pretendido valor supletorio, resultan de aplicación directa, mientras que la Comunidad Autónoma no decida someter la materia a reglamentación propia. Negarles dicha legitimación es tanto como imponerles, en contra de su voluntad, unas normas estatales en materias sobre las cuales el Estado no invoca título competencial distinto a la regla de supletoriedad que no es, según se deja dicho, atributiva de competencias."

"Lo expuesto conduce, en principio, a considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad. Esto supone que en cada conflicto en el que una Comunidad reivindique su competencia frente a dicha clase de normas estatales tendría que examinarse si se trata de competencias que corresponden en exclusiva a todas las Comunidades Autónomas pues si así no fuese el Estado tendría competencia para dictarlas en relación con aquellas Comunidades que no hubieran adquirido tal exclusividad. Por lo tanto, a la resolución de dicho conflicto se añadiría la dificultad de examinar con detalle todos y cada uno de los Estatutos de Autonomía con el fin de determinar si la competencia exclusiva viene o no atribuida con alcance universal a todas las Comunidades, puesto que de no ser así no podría declararse nula por incompetencia la norma estatal sino únicamente como inaplicable en territorio de la Comunidad que, habiendo planteado el conflicto, resultase tener la competencia exclusiva sobre la materia; debe por ello evitarse un pronunciamiento de nulidad total que además afectaría a Comunidades que no han impugnado la norma estatal, quizá por seguir la política legislativa de considerar

apropiada la normativa estatal y, por tanto, decidir el aplicarla mientras no consideren oportuno desplazarla a un grado supletorio mediante la aprobación de una reglamentación propia."

Antes de continuar la línea iniciada en esta sentencia, desarrollando y depurándola, existe alguna sentencia en que parece que el Tribunal Constitucional retrocede en su interpretación de la cláusula de la supletoriedad, la más significativa de éstas es la sentencia 79/1992 que resuelve un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno Vasco, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno de la Nación en relación con diversas Órdenes del Ministerio de Agricultura, Ganadería y pesca sobre regulación y concesión de subvenciones del F.EO.G.A. (C.E.E.) en materia de agricultura y ganadería. El argumento fundamental que el Tribunal Constitucional emplea en esta sentencia gira en torno a la posibilidad de incumplimiento, por parte de las Comunidades Autónomas, de las obligaciones derivadas de las competencias asumidas por éstas constitucional y estatutariamente. Como señala sobre este aspecto LASAGABASTER HERRARTE, "son muy escasas, en cambio, las construcciones doctrinales, y desde luego la práctica política, que persigan una toma en consideración constructiva del papel de las Comunidades Autónomas en la ejecución del Derecho y, en general, de las políticas comunitarias, cuando además, la experiencia ha demostrado que el incumplimiento de las obligaciones comunitarias raramente proviene del lado de las Comunidades Autónomas."[43]

43. Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *El ordenamiento jurídico comunitario y el principio de supletoriedad*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31, (1993), p.175.

El Tribunal Constitucional, a diferencia de la sentencia 147/1991, no se detiene en esta sentencia a considerar si la competencia era exclusiva y estaba atribuida en un mismo grado de homogeneidad a todas las Comunidades Autónomas, sino que lo que tiene en cuenta para salvar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas es un supuesto posible incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de sus obligaciones legislativas, lo que conllevaría en este caso concreto el perjuicio de agricultores y ganaderos, que no recibirían las ayudas correspondientes de la Comunidad Europea. Junto al argumento de la posibilidad de incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional esgrime otro[44] basado en el artículo 93 de la Constitución, artículo que establece que las Cortes Generales o el Gobierno tendrían asignada una función de garantía del cumplimiento del derecho derivado europeo, con base en

44. LASAGABASTER HERRARTE, *El ordenamiento jurídico comunitario...*, cit, p.182, señala, siguiendo lo expresado textualmente por la sentencia, que, junto a estos dos argumentos, existen otros dos que el Tribunal Constitucional también utiliza para justificar la normativa estatal dictada careciendo de un título habilitante específico, estos argumentos son los siguientes: en primer lugar, "por actuar sobre la materia sobre la que se está discutiendo -agricultura y ganadería- una competencia estatal concurrente de ordenación general del sector en todo el territorio nacional, lo que legitima esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio.", y por otro lado, "por un argumento que se ajusta al caso concreto, pues al discutirse la ejecución de normas de ayuda del F.E.O.G.A., que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que se reciben de la Comunidad Económica Europea, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y a su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera directa en la Hacienda General, lo que justifica que el Estado pueda actuar de forma supletoria para que las relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia."

todo ello, el Estado podría dictar la legislación oportuna para evitar cualquier tipo de incumplimiento.[45]

En cualquier caso esta argumentación del Tribunal Constitucional supone un retroceso en la doctrina del mismo, ya que supone reconocer que con base en el artículo 149.3 en relación con el 93 de la Constitución, el Estado puede dictar cualquier tipo de normativa, con independencia de que carezca de título competencial habilitante, normas que serán de aplicación directa en aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran asumido o ejercido las competencias, y de aplicación supletoria en aquellas Comunidades que sí lo hubieran hecho, como señala CANOSA USERA[46], esta argumentación, "equivale a convertir la regla de la supletoriedad en un título competencial a favor del Estado (aunque la sentencia 79/1992 lo niegue expresamente recordando la sentencia 147/1991) para dictar normas con carácter sólo supletorio a fin de

---

45. No obstante, como señala LASAGABASTER HERRARTE, *El ordenamiento jurídico comunitario...*, cit, p.185, "el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que no puede interpretarse la previsión realizada en el artículo 93 de la Constitución en torno a la garantía del cumplimiento de los tratados internacionales como si configurase por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado, sino que, ineludiblemente, ha de serlo por conexión con las competencias exteriores del Estado", por lo que "si la supletoriedad no es un título habilitador de competencias y el artículo 93 de la Constitución tampoco, ¿en virtud de qué precepto constitucional puede el Estado dictar normas que tengan carácter supletorio?".

Por su parte, CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.72, señala que "hay en todo ello desconfianza frente a las Comunidades Autónomas: se prevé que las omisiones legislativas priven de los beneficios comunitarios. Se violenta asimismo, el principio de competencia al configurar una competencia legislativa estatal deducida de la regla de la supletoriedad. Mejor habría sido utilizar la competencia concreta del Estado: la contenida en el artículo 149.1.3, que justificaría además la aplicación directa de las normas estatales. Y si eso pudiera parecer lesivo del ámbito competencial autonómico, quedan instrumentos constitucionales suficientes para obligar a las C.C.A.A. a cumplir sus deberes legislativos y asegurar así la correcta aplicación del Derecho de la C.E.E."

46 CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.71.

garantizar el cumplimiento de las responsabilidades internacionales españolas."

Lo anteriormente dicho, se deduce de los fundamentos jurídicos 2º y 3º de esta sentencia, destacando los siguientes párrafos:

"En estas circunstancias, las normas del Estado que no sean simple transcripción de las comunitarias, sino que sirvan de desarrollo o complemento de éstas, sólo pueden tener aplicación directa sin invadir las competencias que sobre agricultura y ganadería ostentan las Comunidades Autónomas del País Vasco y Cataluña cuando hayan de ser consideradas normas básicas de ordenación del sector, o bien cuando la existencia de una regulación común esté justificada por razones de coordinación de las actividades del Estado y de las Comunidades Autónomas relativas a la ejecución de las medidas de ayuda previstas en los Reglamentos comunitarios aplicables. Con estas salvedades, las Comunidades Autónomas pueden adoptar las disposiciones necesarias para complementar esa normativa europea y regular las operaciones de gestión que le corresponden, en el marco del derecho europeo y de las normas estatales de carácter básico o de coordinación".

"Por otra parte, en casos como los que contemplamos, las disposiciones del Estado que establezcan reglas destinadas a permitir la ejecución de los Reglamentos comunitarios en España y que no puedan considerarse normas básicas o de coordinación, tienen un carácter supletorio de las que pueden dictar las Comunidades Autónomas para los mismos fines en el ámbito de sus competencias. Sin olvidar que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE no constituye una cláusula universal atributiva de competencias, en tales casos la posibilidad de que el Estado dicte normas innovadoras de carácter supletorio está plenamente justificada. Primero, porque se trata de una materia –la agricultura y la ganadería- en la que existen competencias estatales concurrentes de ordenación general del sector en todo el territorio nacional lo que le-

gitima esa intervención normativa estatal, al menos con alcance supletorio. Segundo, porque, a falta de la consiguiente actividad legislativa o reglamentaria de las Comunidades Autónomas, esa normativa estatal supletoria puede ser necesaria para garantizar el cumplimiento del Derecho privado europeo, función que corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos (artículo 93 C.E., conforme al que ha de interpretarse también el alcance de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E.). Tercero, porque de lo contrario podría llegarse (y de hecho se hubiera llegado) a la absurda conclusión de que, ante la pasividad normativa de todas o algunas Comunidades Autónomas, los agricultores y ganaderos de las mismas no podrían percibir las ayudas que les corresponden según la reglamentación comunitaria aplicable, resultado éste que nunca puede quedar justificado en virtud de una rígida interpretación del orden constitucional de competencias y que, precisamente, una cláusula de cierre como la del artículo 149.3 contribuye a evitar. Por último, y decisivamente, porque la aplicabilidad de las ayudas del F.E.O.G.A. en España, que es uno de los capítulos cuantitativamente más importantes de los recursos que se reciben de la CEE, afecta a las relaciones financieras del Reino de España con la Comunidad y a su equilibrio presupuestario, incidiendo de manera indirecta en la Hacienda General (artículo 149.1.14 CE). Si bien ello no priva a las Comunidades Autónomas de las competencias que les correspondan en la aplicación del Derecho derivado, sí justifica la adopción por el Estado de las normas con alcance eventualmente supletorio que sean precisas a fin de que esas relaciones financieras no queden al albur de la actividad o pasividad normativa de todas y cada una de las Comunidades Autónomas competentes en la materia."

C) TERCER PERIODO

La tercera etapa de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la cuestión de la supletoriedad la constituyen las sentencias 118/1996 y 61/1997, en estas sentencias el

Tribunal desarrolla hasta las últimas consecuencias la postura que inició en la etapa anterior y de la que constituye referencia fundamental la sentencia 147/1991. Como se pudo comprobar en la sentencia 147/1991 el camino escogido por el Tribunal Constitucional fue el de establecer una estricta separación entre las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas, de tal manera que si el Estado, invadiendo sus propias competencias, legislara en materias de competencia ajena, esta legislación sería inaplicable en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran recurrido tal legislación (el Tribunal Constitucional no se atrevió a declarar nulas por incompetencia esas normas). En esta etapa se producen dos avances fundamentales, en primer lugar, la aplicación de esa doctrina no sólo al caso de competencias exclusivas asumidas por todas las Comunidades Autónomas en un mismo grado de homogeneidad, sino también al caso de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, la declaración de nulidad de aquellas leyes estatales dictadas al margen de la distribución de competencias realizada en la Constitución de 1978.

En primer lugar, hay que destacar la sentencia 118/1996, de 27 de junio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente, por el Gobierno contra determinados preceptos de la ley 12/1987 del Parlamento de Cataluña, sobre regulación del Transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento de Cataluña contra la totalidad, excepto determinados artículos y contra determinados preceptos, respectivamente de la ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y por último, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 5/1987, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas, en relación con los Transportes por carretera y por cable.

Como señala BARNES VÁZQUEZ[47], en la sentencia 118/1996 antes de comenzar a desarrollar los argumentos sobre la supletoriedad, el Tribunal Constitucional intenta demostrar que la conclusión a la que va a llegar en dicha sentencia, "estaba ya contenida en la jurisprudencia anterior", para ello, como es lógico, recurre fundamentalmente a la sentencia 147/1991, y parte de la premisa sentada en dicha sentencia que establecía que estarán "viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad". Una vez queda reseñada por el Tribunal Constitucional la inevitabilidad de las consecuencias que debían derivarse de sus anteriores pronunciamientos, desarrolla los argumentos que, en la práctica, van a definir los márgenes de la supletoriedad, determinando la total separación del ámbito competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de tal manera que en cualquier caso, ya sean competencias exclusivas o compartidas, el Estado tan sólo podrá dictar aquellas normas amparadas por un título competencial específico, siendo nulas todas las demás nor-

47. Javier BARNES VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE a propósito de la STC 118/1996 ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio? Normas supletorias como complemento indispensable de las bases, una hipótesis de máxima efectividad de las competencias estatales y autonómicas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 93, (1997), pp.88-89. Para este autor esta postura adoptada por el Tribunal Constitucional es criticable ya que, por un lado, "dictar sentencia sobre la propia jurisprudencia, aunque útil o conveniente, puede ser un ejercicio intelectual arriesgado y de resultados no siempre exentos de toda duda" y por otro, porque "en un sistema como el nuestro, inserto en el esquema continental europeo, no sujeto, por tanto, al stare decissis ni al principio del judicial process, no tiene el mismo sentido, el recurso a la técnica argumentativa tal con el objeto de postular la práctica inevitabilidad de una determinada solución".

mas que supongan una invasión de competencias de cualquier otro Ente territorial.

Por ello, podemos afirmar, siguiendo a TEJEDOR[48] que "el Tribunal Constitucional culmina de este modo la separación entre los "ordenamientos autonómicos" y el estatal sobre la base del principio de competencia. El ordenamiento del Estado deja de ser un ordenamiento completo. Sólo en conjunción con los ordenamientos autonómicos puede hablarse de un ordenamiento jurídico español que tenga ese carácter."

Por tanto, la principal aportación de esta sentencia consiste en ampliar la doctrina sentada en la sentencia 147/1991 al ámbito de las competencias compartidas[49], reafirmando la defensa del orden competencial. Así, aunque sobre una materia compartida, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia, cada uno de estos Entes tiene una determinada parcela de esa competencia, que no es susceptible de ser invadida, de tal manera que cualquier normativa que sobrepase la específica parcela atribuida a cada uno de ellos, será nula por invasión competencial.[50]

---

48. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación...*, cit, p.461.

49. Como señala TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación...*, cit, p.460, "el objetivo fundamental de la STC 118/1996 es, precisamente, revisar la doctrina sobre el significado y alcance de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución respecto de las normas estatales de eficacia supletoria aprobadas como complemento de las de carácter básico. Lo esencial del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que parece corregir drásticamente la doctrina anteriormente expuesta en virtud de la cual el carácter no competencial de la supletoriedad no impedía que el Estado dictase normas de carácter meramente supletorio cuando ostentase competencias en la materia para regular básico."

50. Como señala Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, *La supletoriedad del Derecho estatal en la STC 118/1996*, en Revista jurídica de Asturias, núm. 20, (1996), p.118, "a pesar de que la normativa estatal y la autonómica regulan una misma materia, la divergencia en el tratamiento jurídico que una y otra dispensan –bases/desarrollo-, hace imposible que tal sustitución se lleve a cabo. Si esta suplencia pudiera tener lugar, significaría que la normativa estatal ha excedido el ámbito que le es propio, lo básico, adentrándose en el desarrollo y deviniendo, por ese motivo, inconstitucional, al no ostentar ningún título que le habilite para ello."

Por otra parte, junto a esta afirmación que desarrolla lo anteriormente establecido en la sentencia 147/1991, el Tribunal Constitucional reitera alguno de los argumentos que ya había utilizado en la cuestión de la supletoriedad, así reafirma, tanto que la regla de la supletoriedad del artículo 149.3 no es una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado, como la distinción entre creación y aplicación del Derecho, estableciendo que la cláusula del artículo 149.3 C.E. está dirigida no al legislador, sino al aplicador del Derecho, de tal manera que será éste el y no aquél quien, tras haber utilizado los medios habituales de interpretación del Derecho, determine los casos en que existe una laguna en el ordenamiento autonómico, y proceda a colmarla con normas estatales válidas.

Estos argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional se recogen en los fundamentos jurídicos 3º a 10º de dicha sentencia, destacando los siguientes argumentos:

"En efecto, desde la inicial STC 5/1981, fundamento jurídico 23, este Tribunal mantuvo una interpretación de la cláusula de supletoriedad orientada a potenciarla para que pudiese cumplir su fin, que consiste en "evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico". No obstante, esa potenciación de la supletoriedad no desconoció su esencia, pues nuestra jurisprudencia ha advertido expresamente que el último inciso del artículo 149.3 CE no es en manera alguna, "una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado..."

"Pareció razonable admitir la existencia de normas estatales de valor supletorio, siempre que la materia competencial en litigio no hubiera sido "competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad

constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del artículo 149.3, segundo inciso."

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

"Por consiguiente, es indudable que en materia de transportes terrestres el Estado no puede dictar normas puramente supletorias, dirigidas exclusivamente a regular aquellos transportes que se encuentran sometidos a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. En la medida en que las normas resulten de aplicación a los transportes terrestres intercomunitarios en cada una de las Comunidades Autónomas ofrezcan lagunas, los aplicadores del Derecho deberán integrarlas de conformidad con las reglas usuales de interpretación incluida la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3, in fine, C.E."

La última sentencia de importancia que el Tribunal Constitucional ha dictado en relación con la supletoriedad es la comentadísima sentencia 61/1997, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos respectivamente por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias, en relación con la ley 8/1990 de 25 de julio

sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y los recursos de inconstitucionalidad acumulados a los anteriores, interpuestos respectivamente por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio. Esta sentencia ha desatado la polémica entre la doctrina española, ya que la aplicación al urbanismo de la nueva concepción ya defendida en la anterior STC 118/1996, supone la nulidad por inconstitucionalidad de la mayoría de los artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. En nuestra opinión, además de esta declaración de nulidad de aquellas normas dictadas tan sólo con una finalidad supletoria, esta sentencia aporta otra idea importante, que es la declaración de la imposibilidad de que el Estado derogue la legislación preestatutaria. Así el fundamento jurídico 12 d) establece:

"Si como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aún con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las Comunidades Autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la cláusula de supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las Comunidades Autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribien-

do, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal."

"La consecuencia de todo ello, a nuestros efectos, no es sino la de que, una vez declarada la ilegitimidad de la legislación supletoria sobre urbanismo llevada a cabo por el Estado con apoyo en una comprensión errada de la supletoriedad, debamos, al mismo tiempo, declarar nula y sin efecto la simultánea derogación expresa de la legislación urbanística previa a la constitución de los órganos de poder de tosas las Comunidades Autónomas llevada a cabo por el legislador estatal. De no hacerlo así, es decir, si nos limitásemos a la declaración de nulidad del citado apartado tercero de la Disposición final única, [que indica los artículos que tendrían carácter supletorio] vendríamos a ocasionar, por obra de nuestra propia Sentencia, un resultado contrario al señalado sentido de la cláusula de supletoriedad establecida en el inciso tercero del art. 149.3 de la Constitución Española."

Junto a esta novedad la sentencia 61/1997 reitera lo ya apuntado en las sentencias 147/1991 y 118/1996, reduciendo "el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación."

Por todo ello, como se establece en la propia sentencia 61/1997, "dado que a partir de los artículos 148 y 149 CE, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas

la competencia exclusiva sobre la materia de urbanismo, es evidente que el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de título competencial específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 in fine de la Constitución." El Tribunal Constitucional declara así la inconstitucionalidad, y subsiguiente nulidad, de todos los artículos dictados con un carácter exclusivamente supletorio, ya que el Estado no estaría legitimado para dictar tales normas, por carecer de un título competencial habilitante. Así lo establece la misma sentencia, al afirmar que "la calificación como normas supletorias, pues, en coherencia con cuanto se ha dicho, es contraria al artículo 149.3 C.E. in fine y al orden constitucional de competencias. En consecuencia, han de ser declarados inconstitucionales tanto el apartado 3º de la Disposición final única [que establecía los preceptos que podían considerarse supletorios] como los preceptos así calificados, esto es, todos aquellos que, de conformidad con lo que establece la indicada Disposición, no tienen carácter de norma básica ni de aplicación plena."

Como puede observarse, estas últimas sentencias suponen la inversión definitiva de la primitiva doctrina constitucional sobre la supletoriedad, ya que se ha pasado de la facultad general del Estado para legislar sobre cualquier materia, a la declaración de nulidad de aquellas normas estatales dictadas careciendo de título competencial habilitante.

5.- *Análisis doctrinal de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3. C.E.*

La última previsión del artículo 149.3 de la Constitución que establece la supletoriedad del Derecho estatal está siendo objeto de un creciente interés doctrinal, tanto por la constante evolución

jurisprudencial, antes mencionada, como por el hecho de que el entendimiento de la misma en uno u otro sentido condiciona, en cierto modo, la concepción que se mantenga sobre el modelo de organización territorial del Estado, o al menos sobre el proceso de construcción del llamado "Estado de las Autonomías."[51]

Sin embargo esa cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3 no tuvo en los inicios de la andadura consti-

---

51. Así, esto se pone de manifiesto en el voto particular a la STC 118/1996 realizado por el Magistrado JIMENEZ DE PARGA, en el que se critica la concepción sentada por el Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad del Derecho estatal en dicha sentencia, ya que, en su opinión, tal concepción viene a federalizar el modelo diseñado en el título VIII de la Constitución.

El primer autor que se pronunció sobre el particular fue Ignacio DE OTTO y PARDO, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 2 (1981), pp.57-92, el cual construye su teoría sobre las reglas de prevalencia y supletoriedad en función de la distinción entre el Estado federal y el Estado regional. En un mismo sentido se pronuncia Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *El Estado autonómico ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997*, en Cuadernos de Derecho Público, núm. 1 (1997), p.158, el cual en su análisis de la STC 61/1997 establece que: "La interpretación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 auspiciada por la mayoría del Pleno [en la referida STC 61/1997] representaría, sencillamente, el punto de partida de una redefinición de nuestro modelo de Estado que, en principio, no parecía figurar entre las variantes que cabía presumir contenidas en el modelo esbozado en la Constitución.". Por su parte Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, *La supletoriedad del derecho estatal...*,cit, p.122. entiende que "la interpretación que de la supletoriedad efectúa la STC 118/1996, y antes incluso la STC 147/1991, quizá no llega al punto de "introducir una nueva forma de organización territorial del poder público", pero indudablemente, en tanto excluye una competencia estatal de ámbito general, acerca nuestro Estado autonómico a esquemas federales, aunque conservando algunas de sus especificidades, como son la heterogeneidad competencial y la propia regla de supletoriedad, con las limitaciones que se han descrito. Julio TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases provocada por la STC 118/1996, de 27 de Junio*, en Revista aragonesa de Administración pública, núm. 9 (1996), p.469, a su vez, afirma que "el Tribunal Constitucional no es el órgano que ha de definir el modelo de Estado de Autonomías. El Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, puede y debe valorar si la configuración que los órganos democráticamente elegidos por los españoles realizan del Estado encuentra acomodo en los términos –amplios pero no ilimitados- del Título VIII de la Constitución o no, pero en modo alguno está habilitado para definir por sí mismo el modelo

tucional la misma relevancia doctrinal (incrementada con las recientes STC 118/1996 de 27 de Junio y STC 61/1997 de 25 de abril), como pusieron de manifiesto BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[52] la mencionada cláusula no era objeto de excesiva

---

de Estado de las Autonomías. Por último, Luciano PAREJO ALFONSO, *Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en particular, la regla de supletoriedad del Derecho general-estatal*, en Actualidad administrativa, núm. 29 (1997), al hacer referencia a la sentencia 61/1997 afirma que "[dichas sentencia] ha producido la sensación de un salto cualitativo en la fragmentación, pluralidad y diversidad del Estado-ordenamiento... Semejante entendimiento de la supletoriedad del Derecho general-estatal supone una alteración muy sustancial de las condiciones de formación e integración del Estado-ordenamiento global definido por la Constitución, que inevitablemente reopera sobre el Estado-organización y, por tanto, sobre la estructura competencial y el funcionamiento del Estado autonómico."

Sin embargo, esta importancia del entendimiento de la cláusula de supletoriedad en la concepción del modelo de Estado no es compartida por todos los autores y así Jesús LEGUINA VILLA, *El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal*, en Cuadernos de Derecho público, núm. 2 (1998), pp.9-24, critica dichas posturas estableciendo que la doctrina constitucional ni desactiva "los resortes unitarios del Estado" ni transforma a éste en "un mosaico de taifas ingobernable" y por tanto está lejos de esos "pretendidos efectos constituyentes y de redefinición del modelo de Estado". Por su parte Paloma BIGLINO CAMPOS, *La cláusula de supletoriedad...*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 50 (1997), entiende que "la definición de la forma de Estado no depende de la manera de articular las competencias, sino del modo de atribuir la soberanía. Aunque este criterio pueda parecer algo anticuado es el único que permite distinguir los Estados unitarios altamente descentralizados de los Estados federales en los que se refuerza el papel nuclear de la Federación.

Otros autores, aún reconociendo la importancia de dicha cláusula en la comprensión del modelo de organización territorial español, evitan un pronunciamiento sobre la cuestión, tal es el caso de Javier BARNÉS, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE a propósito de la STC 118/1996 ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio? Normas supletorias como complemento indispensable de las bases, una hipótesis de máxima efectividad de las competencias y autonómicas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 93 (1997), p. 87. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p. 396, tampoco se pronuncian sobre su concepción de modelo de Estado, limitándose a señalar: "la diferente forma en la aplicación de la supletoriedad es, en última instancia, manifestación de una determinada posición de entendimiento del Estado autonómico".

52. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.382.

atención ni para el Tribunal Constitucional ni para el sector doctrinal. Esa escasa atención doctrinal de los primeros años no fue sino el reflejo de la casi inexistente atención que, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, se prestó a esta cláusula en el debate constituyente.

Desde un primer momento, las opiniones doctrinales acerca de la cláusula de supletoriedad se agruparon en torno a dos posturas perfectamente diferenciadas. Estas posturas se distinguen en función de la amplitud que se reconoce a dicha cláusula. Así, las posibles interpretaciones son las siguientes:

1. - Tesis amplia o extensiva, en la que se realiza una interpretación literal[53] de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3, que permite al Estado continuar legislando sobre cualquier materia, con independencia de la distribución de competencias de los artículos 148 y 149 de la Constitución. Las leyes estatales dictadas con base en la cláusula de supletoriedad serían de aplicación directa en aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran asumido esa competencia, y de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas que, habiendo asumido la competencia, no la hubieran ejercido, o que habiendo ejercido la competencia no hayan previsto todos los supuestos posibles, existiendo lagunas en dicha regulación. Esta tesis tiene como presupuesto la consideración del ordenamiento jurídico estatal como un ordenamiento completo, de mayor amplitud que los ordenamientos autonómicos, los cuales necesitarían del ordenamiento estatal para alcanzar su complitud. Como señala BALAGUER, "para esta posición, el Estado autonómico se diferencia así del Estado federal, en el que

53. Los representantes de esta tesis interpretan literalmente la expresión "en todo caso" del artículo 149.3 y entienden que de esa expresión se puede deducir la posibilidad, para el Estado, de legislar en cualquier materia, incluso las asumidas por las Comunidades Autónomas.

la limitación del poder central se realiza en términos de validez, y no en términos de vigencia. El fundamento de esa diferencia consiste básicamente en la supletoriedad del Derecho estatal, que determina su vigencia de segundo grado en aquellos territorios en los que exista competencia autonómica y se ejercite efectivamente"[54]

2. - Tesis restrictivas, cuya interpretación de la cláusula de supletoriedad está vinculada a la distribución competencial realizada en la Constitución, de tal manera que el Estado no podría seguir legislando, con base en la cláusula de supletoriedad, en aquellas materias atribuidas por el bloque de constitucionalidad a las Comunidades Autónomas, ya que de hacerlo estaría invadiendo su ámbito competencial y esas normas estatales podrían ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional. Por tanto, la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE sería una regla dirigida al aplicador del derecho y, en ningún caso, supondría una atribución de competencias para el Estado. No obstante, la gran mayoría de los representantes de estas tesis restringidas admiten el valor supletorio de las normas estatales dictadas al amparo de la cláusula residual del 149.3 CE, las cuales tendrían eficacia directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido la competencia en la materia y eficacia supletoria en el resto de Comunidades Autónomas, ya hayan ejercido o no la competencia asumida.

Cada una de estas tesis tienen diversas materializaciones, en función de los diferentes autores, habiendo incluso alguna teoría difícil de encuadrar en alguno de los dos subgrupos, al constituir un entendimiento peculiar de la supletoriedad. Además, hay que reseñar que muchas de las opiniones doctrinales han ido evolu-

---

54. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia de las normas estatales en el territorio nacional*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.26 (1990), pp. 191-206.

cionando a medida que el Tribunal Constitucional ha ido modificando su doctrina sobre el particular, o bien, en otras ocasiones han consistido en reacciones contrarias a dichas modificaciones. Sin una pretensión de exhaustividad, es preciso realizar un estudio sistemático de las diferentes propuestas doctrinales, reservando nuestra propia concepción para desarrollarla a continuación. Este estudio engloba, por tanto, las tesis extensivas y las tesis restringidas.

A) TESIS EXTENSIVAS

Esta tesis, que fue la primera concepción mantenida doctrinal y jurisprudencialmente, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, supone un entendimiento amplio de las facultades atribuidas a los órganos legislativos estatales por la cláusula de supletoriedad.[55] El Estado podría seguir legislando sobre cualquier materia, y las normas estatales serían válidas, pero su vigencia, en

---

55. A nuestro juicio, son representantes de estas tesis amplias o extensivas: DE OTTO y PARDO, *La preeminencia del Derecho estatal*..., cit, pp.57-92. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 95, (1997), pp.407-415, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El desconcertante presente y el imprevisible futuro del Derecho urbanístico español*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 94, (1997), pp.189-201.Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional y principio de unidad de mercado*, en Derecho de los Negocios, núm. 87, (1997), pp. 8-10. Eloisa CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*, en Revista de Administración Pública, núm. 143, (1997), pp.189-209. REQUEJO PAGES, *El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio?*..., cit, pp.157-169. También podrían considerarse representantes de estas tesis BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia de las normas estatales en el territorio nacional*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.26, (1990), pp. 191-206. y Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del Derecho estatal*, Revista de Estudios Políticos, núm. 99, (1998), pp.281-302. Además, como indican BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio*... cit., p.388, ésta fue la postura del informe de la Comisión de expertos sobre Autonomías.

aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido la competencia sobre la materia, sería desplazada en el momento en que se dictara la norma autonómica, pasando la norma estatal a ser supletoria.

El primer autor que defendió esta interpretación fue DE OTTO.[56] Este autor es considerado por la doctrina como el ejemplo paradigmático de este tipo de teorías, ya que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional estableciendo que la cláusula de supletoriedad no es "en manera alguna, una cláusula universal atributiva de competencia sobre cualesquiera materias a favor del Estado", han restringido, en cierta medida, las tesis extensivas. DE OTTO, construye su teoría sobre la prevalencia y la supletoriedad del Derecho estatal partiendo de la distinción entre el Estado regional y el Estado federal[57]: "Un dato de capital importancia diferencia la estructura regional de la federal. Mientras que en el Estado federal la limitación del poder de la federación se hace limitando materialmente su validez, en el caso del Estado regional el poder del Estado se halla sometido únicamente a límites de vigencia."[58] Para él, la diferencia radica en que "en el caso del Estado federal el campo material del ordenamiento general –el campo competencial de la Federación- se encuentra limitado a determinadas materias, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera de ella son nulas", sin embargo "en el Estado regional, por el contrario, la superposición de los ordenamientos se lleva a cabo mediante una técnica distinta. El ordenamiento general no está limitado materialmente -todo el derecho del Estado es válido cual-

56. DE OTTO y PARDO, *La prevalencia del Derecho estatal...*, cit, pp.57-92.

57. Esta distinción entre el Estado autonómico y el Estado federal no es compartida por la parte de la doctrina, así LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad...*, cit, p.58, señala que dicha concepción no es exacta, ya que "es una diferenciación que no resiste una comparación con la realidad. La República italiana es un Estado regional, pero a diferencia del Estado español no tiene constitucionalizado el principio de supletoriedad."

58. DE OTTO y PARDO, *La prevalencia del Derecho estatal...*, cit, p.71.

quiera que sea la materia de que se ocupe- sino que en aquellas materias que sean de la competencia de las Comunidades Autónomas el ordenamiento general tiene una vigencia disminuida... La competencia normadora del Estado no tiene límites, es una competencia general. Los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas, allí donde tenga competencia la Comunidad Autónoma la norma general -que es válida- tendrá una vigencia de segundo grado."[59] La tesis de este autor opera al margen del esquema de distribución de competencias de la Constitución ya que "la supletoriedad se dará también cuando el derecho del Estado se ocupe de materias que corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas... Cuando el derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma no por ello será nulo, sino de aplicación supletoria, esto es, válido, pero de vigencia disminuida allí donde exista un derecho válido de las Comunidades Autónomas."[60] En definitiva, DE OTTO mantiene una comprensión de la supletoriedad que no limita la capacidad del Estado para legislar en cualquier materia, pasando esas leyes estatales a tener una vigencia supletoria, de segundo grado, cuando la Comunidad Autónoma ejerza la competencia asumida.

GARCÍA DE ENTERRÍA es otro de los representantes de las tesis extensivas[61], en su opinión, las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos autonómicos están presididas por un deber de colaboración, pudiendo ser dicha colaboración "de tres clases, según la regulación que se encuentra en

59. DE OTTO y PARDO, *La prevalencia del Derecho estatal...*, cit, p.72.

60. DE OTTO y PARDO, *La prevalencia del Derecho estatal...*, cit, p.73.

61. En opinión de BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., pp.394-395, la posición de GARCÍA DE ENTERRÍA no podría incluirse dentro de las tesis extensivas, sino que formaría parte de un tercer subgrupo de posturas doctrinales, constituyendo una tesis ecléctica, sin embargo, en nuestra opinión su postura acerca del artículo 66 CE, a partir del cual el Estado podría seguir legislando en cualquier materia, le convierten en un claro representante de las extensivas.

el texto constitucional: relaciones de cooperación (arts.148.1 y 149.1), relaciones de interferencia (artículos 150 y 155) y relaciones de integración (art.149.3)"[62]. La cláusula de supletoriedad cumpliría, junto con la regla de prevalencia, "una función de integración final del sistema".[63] La concepción de este autor parte de la idea de que la cláusula de supletoriedad es expresión de la distinta relevancia del ordenamiento jurídico estatal frente a los autonómicos[64], "el Derecho del Estado es el Derecho general o común, orgánicamente completo, en tanto que el Derecho autonómico es un

---

62. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1995, p.286

63. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de...*, cit, p.332.

64. El argumento utilizado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de...*, cit, p.342, para justificar la distinta relevancia entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos autonómicos radica en los distintos contenidos competenciales reservados a estos entes territoriales, así "son contenidos reservados como necesarios y exclusivos al Derecho del Estado, según el artículo 149.1 de la Constitución: toda la legislación civil, salvo el Derecho foral "allí donde exista"; todo el derecho judicial y procesal (salvo "especialidades" posibles en éste último en función del Derecho sustantivo autonómico); todo el Derecho penal y penitenciario; todo el Derecho laboral; todo el Derecho mercantil, de la propiedad intelectual e industrial; todo el Derecho monetario, marítimo y aéreo de comunicaciones, incluyendo correos y telecomunicaciones; de aguas, de seguridad pública; más toda la materia reservada a leyes orgánicas (que incluye el desarrollo de todos y cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas); finalmente, las bases de ordenación económica, seguridad social, sanidad, régimen de las Administraciones Públicas y de sus funcionarios, medio ambiente, régimen minero y energético, prensa, radio y televisión, obtención de títulos académicos y profesionales."

Una visión semejante, como se pondrá de manifiesto más adelante, es la que conduce a BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., pp.381-436 a defender lo que ellos denominan "supletoriedad estructural", y es por esto que consideran la teoría de GARCÍA DE ENTERRÍA como una tesis ecléctica, no incluida en las tesis amplias o extensivas. En nuestra opinión, aunque es cierto que las competencias estatales tienen una mayor importancia, no por ello el ordenamiento jurídico estatal tiene mayor relevancia que los autonómicos. Además, esas competencias atribuidas al Estado de manera exclusiva por el artículo 149.1 CE no tienen incidencia alguna en la supletoriedad del Derecho estatal, ya que las normas estatales dictadas al amparo de dichas competencias, tendrán siempre una aplicación directa en todo el territorio nacional, pero nunca una aplicación supletoria.

Derecho especial, y como tal fragmentario, incompleto, precisando para su funcionamiento final de la suplencia de ese Derecho común de fondo, sin cuya asistencia constante carecería virtualmente de toda posibilidad de desenvolvimiento sistemático".[65] Esta distinta relevancia de los ordenamientos jurídicos proviene de que "la competencia normativa de las Comunidades Autónomas es siempre una competencia de atribución, en defecto de la cual la competencia universal corresponde al Estado"[66] mientras que "es inadecuado intentar buscar un título específico que atribuya una competencia especial al Estado para dictar normas con carácter supletorio del Derecho autonómico[67]. El Estado tiene una competencia universal para dictar leyes en general, según el artículo 66

Por su parte, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal*, en Revista de Administración Pública, núm. 124 (1991), pp.99-103 al definir el concepto de ordenamiento constitucional o global en el que estarían integrados tanto el ordenamiento general estatal como los ordenamientos autonómicos, establece que "ordenamiento autonómico y ordenamiento estatal se sitúan en un plano de igualdad ante el ordenamiento constitucional. Esta paridad de los dos ordenamientos no está reñida con el reconocimiento constitucional de potestades superiores al poder general del Estado, que tienen su fundamento en determinados principios, como el de unidad de la Nación, proclamados constitucionalmente". Así, "el ordenamiento global nos permite conocer la totalidad de las normas que se aplican en cada territorio, ya que el Derecho estatal y el Derecho autonómico se aplican en ámbitos materiales de validez diferentes, pero complementarios, en cuanto concurren sobre un mismo territorio."

65. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de...*, cit, p.341.

66. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, cit, p.408.

67. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p.15, por el contrario opina que "del mismo modo que en el modelo federal, en el modelo autonómico español, las competencias de los órganos generales del Estado son competencias de atribución, igual que lo son las competencias de las Comunidades Autónomas. En uno y otro caso, su ejercicio debe, por tanto, ampararse en títulos específicos". Esta crítica a las tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA es, desde nuestro punto de vista, acertada ya que no tendría sentido que el reparto competencial de los artículos 148 y 149 de la Constitución atribuyera al Estado y a las Comunidades Autónomas competencias de distinto tipo, en nuestra opinión, el artículo 149 establece aquellas materias en las que el Estado tiene competencia, siendo dichas competencias de atribución, como las del artículo 148, y el artículo 66 CE debe ser interpretado sistemáticamente en este sentido, de tal manera que la potestad legislativa de las Cortes Generales se limite a esas competencias atribuidas en el artículo 149.1.

de la Constitución".[68] La consecuencia de este planteamiento de GARCÍA DE ENTERRÍA es que es posible y necesaria la existencia de un Derecho estatal supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas, ya que el artículo 149.3 permite, "en todo caso", la creación de ese Derecho supletorio, "proscribiendo, pues, que las Comunidades Autónomas puedan regular por sí mismas el régimen de la supletoriedad de su propio Derecho."[69]

Por su parte, MARTÍN RETORTILLO[70] aborda el tema de la supletoriedad del Derecho estatal empleando otros argumentos, en su opinión el cambio de postura del Tribunal Constitucional en las sentencias 118/1996 y 61/1997 es "una invitación al activismo y, lo que es inevitable, a la dispersión y a la disparidad."[71] La principal preocupación de este autor es la seguridad jurídica, la cual quedaría seriamente afectada con una interpretación restrictiva de la supletoriedad, ya que la nulidad de las normas estatales supletorias, dictadas al margen del marco de distribución de competencias de la Constitución, obligaría a las Comunidades Autónomas a legislar, es decir, "a la disparidad y al poliedro de las diecisiete caras". Esta disparidad sería especialmente relevante en materias como el transporte o el urbanismo, ya que en éstas estaría implicada la unidad del mercado, "con la inherente movilidad económica que postulan reglas claras y homogéneas." Además, el sistema construido según esta concepción de la supletoriedad sería contrario a "uno de los compromisos que se ha fijado Europa ya desde la primitiva fórmula del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica", que es "el de la aproximación de las legis-

68. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1997, pp.345-346.

69. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, cit, p.411, la posición de este autor parece contraria, en este punto, a la posibilidad de una previa autointegración del ordenamiento jurídico autonómico, posición que es criticable como se pondrá de manifiesto posteriormente.

70. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, pp.8-10.

71. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, p.8.

laciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común."[72] Desde este punto de vista, la nueva doctrina del Tribunal Constitucional "tira por la borda consistentes esfuerzos de aproximación normativa, tan deseable en sectores sensibles al principio de unidad de mercado."[73] Otro argumento utilizado por MARTÍN-RETORTILLO es el basado en la racionalidad y el sentido común[74] ya que "los responsables de las grandes decisiones jurídicas deberían estar animados por el deseo de resolver los problemas –de dárselos solucionados a los ciudadanos, o, al menos, de facilitar su consecución-, pero nunca por el de crear otros nuevos."[75] Por todo ello, este autor defiende una concepción amplia de la supletoriedad que permita al Estado seguir dictando normas supletorias, ya que el artículo 149.3 establece esa supletoriedad, en todo caso, del Derecho del Estado sobre el de las

72. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, p.10, este compromiso se encuentra en los fines establecidos por el artículo 2. Además la letra h) del artículo 3 y los artículos 100 y siguientes del Tratado de Roma insisten en la idea de la aproximación de legislaciones

73. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, p.10.

74. Este mismo argumento ha sido también utilizado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El desconcertante presente...*, cit, p.189-201, quien analizando las repercusiones de la STC 61/1997 en el sector urbanístico, afirma que "el Tribunal Constitucional que en lugar de hacer prudentia iuris, se ha colocado inopinadamente a la cabeza de la manifestación y ha desarmado no sólo el ordenamiento urbanístico estatal, sino también los propios ordenamientos urbanísticos particulares de las diferentes Comunidades Autónomas, constituidos en su inmensa mayoría sobre la trama de aquél, dejando además sin cobertura de la noche a la mañana el planeamiento municipal de los siete últimos años." Además señala que "el Tribunal Constitucional ha perdido –y nos ha hecho perder a todos, que es lo peor- una oportunidad única de introducir un mínimo de racionalidad en medio de la locura en la que la lógica reivindicativa del Estado de las Autonomías nos ha hecho caer a todos sin beneficio para nadie", para terminar diciendo que "si hubiera un gramo, un gramo siquiera, de sentido común y de sentido de la responsabilidad en nuestra clase gobernante, estatal y autonómica, se estaría exigiendo ya la convocatoria, cuando menos, de una Conferencia Sectorial con el fin de organizar un diálogo interinstitucional capaz de encontrar puntos de acuerdo que pongan remedio al caos en el que nos encontramos sumidos desde hace unas pocas semanas y de frenar la lógica del disparate en la que hemos venido a quedar apresados".

75. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, p.10.

Comunidades Autónomas y "para que el Derecho estatal sea supletorio, lo primero es que pueda existir."[76]

Finalmente, en relación con las tesis amplias, hay que señalar la postura de CARBONELL PORRAS[77], esta autora destaca la distinción realizada por el Tribunal Constitucional en las STC 118/1996 y 61/1997 entre el aspecto formal y el aspecto material de la supletoriedad, el aspecto formal haría referencia a las facultades del legislador estatal para declarar la supletoriedad, mientras el material estaría relacionado con las posibilidades del Estado para dictar normas supletorias cuando carece de competencias[78].

El aspecto formal conllevaría una visión de la supletoriedad como "una regla constitucionalmente prevista que se dirige al aplicador del Derecho que detecte una laguna o vacío normativo, por lo que no le corresponde al legislador estatal precisar qué normas tienen tal carácter."[79] Para esta autora, este aspecto formal de la supletoriedad conectaría con las normas estatales meramente interpretativas, que han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, "desde este planteamiento estrictamente formal, la regulación supletoria sería constitucional si el legislador estatal sólo señala los preceptos que son legislación estatal básica

76. MARTÍN-RETORTILLO, *Supletoriedad del Derecho nacional...*, cit, p.9.

77. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, pp.189-209.

78. En nuestra opinión esta distinción entre un aspecto formal y otro material, que parece consagrar la STC 118/1996, es artificiosa, ya que como establece esta sentencia y la STC 61/1997, la cláusula del artículo 149.3 se dirige siempre al aplicador del Derecho, el Estado, como legislador, nunca puede dictar normas sin un específico título habilitante, siendo nulas las normas supletorias así dictadas (supletoriedad material), es obvio que si dichas normas supletorias son nulas, también lo será aquella norma que establece qué preceptos son supletorios (supletoriedad formal). No obstante, compartimos la opinión de la autora en cuanto afirma que el Tribunal Constitucional, en la STC 61/1997, antes de declarar su nulidad, debería haber examinado el contenido de los artículos supletorios, para comprobar si efectivamente había un exceso competencial del Estado (como sí se realizó en la STC 118/1996).

79. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.191.

o plena como consecuencia del ejercicio de las competencias estatales, sin precisar la supletoriedad de los demás. El principio de seguridad jurídica quedaría además, plenamente garantizado."[80]

Por otra parte, el criterio material estaría dirigido al legislador, ya que éste no podría dictar normas con eficacia supletoria si no dispone de un título habilitante. CARBONELL PORRAS entiende que este criterio material, implícito en las STC 118/1996 y 61/1997 y que vincula la supletoriedad con la existencia de un título estatal habilitante, "dificulta la comprensión de su doctrina [del Tribunal Constitucional]", ya que "la relación que establece el Tribunal Constitucional entre supletoriedad y títulos competenciales estatales resulta contradictoria, pues si el Estado dicta una norma al amparo de cualquiera de sus títulos competenciales, esa norma será legislación básica o plena según el título competencial invocado pero no supletoria de la normativa autonómica."[81]

Para esta autora, defensora de un entendimiento amplio de la supletoriedad del Derecho estatal, ésta debería jugar "al margen de las competencias del Estado o de la Comunidad Autónoma" y aunque "la supletoriedad no es un título universal de atribución de competencias al Estado, tampoco es, en sí misma, un límite al poder legislativo estatal"[82], esta afirmación conecta con el argumento de la potestad legislativa general del Estado derivada del artículo 66 de la Constitución y que se "conecta directamente con el modelo de Estado que consagra el Título preliminar de la Constitución y los principios de soberanía y unidad jurídica, que reconocen el ordenamiento estatal como un ordenamiento general y completo."[83] En suma, el Estado podría y debería seguir legislando en cualquier materia, ya que de lo contrario, una posible inactividad de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus

80. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.193.
81. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.195.
82. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.195.
83. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.196.

competencias llevaría al incumplimiento y violación de "los derechos de los ciudadanos, de los principios rectores de la política social y económica, de los principios de unidad, jurídica y económica, y solidaridad..."[84]. Este "poder legislativo del Estado general e ilimitado"[85] tan sólo se vería restringido cuando pudiera ser contrario al principio de autonomía, es decir, cuando la norma supletoria tiene la única finalidad de obligar a la Comunidad Autónoma a regular la materia para eludir la aplicación supletoria.

Antes de comenzar el estudio de las tesis restrictivas, vamos a mencionar las teorías de dos autores que, aunque no son fieles representantes de las tesis extensivas[86], sí acaban reconociendo la posibilidad de que el Estado legisle en ámbitos competenciales de las Comunidades Autónomas, con lo que se acercan considerablemente a las mencionadas tesis extensivas. Estos autores son BALAGUER CALLEJÓN[87] y SÁNCHEZ BARRILAO[88]

BALAGUER CALLEJÓN, aunque critica una concepción amplia de la supletoriedad del Derecho estatal, reconoce la validez de

---

84. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.196.

85. CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.198.

86. BALAGUER incluso critica expresamente las tesis extensivas. (ver nota 87).

87. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, pp.191-206. Este autor, desde un primer momento se separa de cualquiera de las dos posturas antes mencionadas y así afirma: "Estas dos posiciones resultan a mi juicio igualmente criticables. La primera de ellas [tesis amplia] porque si bien es cierto que el Estado tiene una potestad normadora general ello no implica que el Estado tenga una capacidad ilimitada de normación, y mucho menos que sus normas sean válidas en todo el territorio nacional cualquiera que sea la materia a que se refieran, aunque solo sea porque, como veremos, la regulación de determinadas materias implica ya una opción determinada respecto del ámbito de validez espacial de las normas, y por tanto de su vigencia. La segunda [tesis restrictiva] porque esa potestad normadora excedente del Estado no deberá desaparecer porque se produzca una mayor –o una total- homogeneidad en el sistema autonómico, sino que tiene un fundamento constitucional que la convierte en un rasgo estructural de nuestro Estado autonómico."

88. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del Derecho estatal*, Revista de Estudios Políticos, núm. 99, (1998), pp.281-302.

las normas estatales aun cuando regulen materias que excedan de su competencia siempre que: "se trate de una normativa cuyo ámbito espacial de validez sea parcial, pero afecte a otros territorios en los que el Estado ejercite una competencia propia" o bien "se trate de una normativa cuyo ámbito espacial de validez no sea parcial sino general (nacional)."[89]

El aspecto fundamental de su teoría es la necesidad de un Derecho estatal con un ámbito de validez espacial general, que sería constitucionalmente legítimo. No obstante, el fundamento de esta potestad normativa general del Estado no sería la supletoriedad[90] del Derecho estatal sino la voluntariedad del proceso autonómico. "El Derecho estatal debe existir no porque tenga que actuar como supletorio del autonómico, sino porque la configuración de la autonomía como un derecho disponible, y disponible en mayor o menor medida a voluntad de su titular, y en general –ya que no toda la estructuración territorial del Estado se fundamenta en el derecho a la autonomía- la posibilidad prevista en la Constitución de que existan zonas del territorio nacional que no se constituyan como Comunidad Autónoma, así como diferentes tipos de competencias asumibles y diferentes modos de asumirlas, obliga al Estado a normar, con independencia de que esa normativa se aplique o no efectivamente."[91] Por tanto, "el derecho estatal debe

89. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.196.

90. La supletoriedad no sería el fundamento de esa legislación estatal general ya que ésta "constituye un reenvío general al Derecho estatal como instrumento de integración" siempre que "el vacío normativo pueda ser considerado una auténtica laguna y que sea imposible la autointegración del ordenamiento autonómico."

91. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.198. Esta doctrina de BALAGUER se aproxima en sus consecuencias a las tesis amplias ya que, aunque no toma como fundamento el artículo 149.3, el Estado va a poder seguir legislando en casi cualquier materia (capacidad de normación excedente) siempre que esas normas estatales tengan un ámbito de validez general. Sin embargo no parece que el fundamento alegado por BALAGUER (la voluntariedad del proceso autonómico) sea correcto, ya que en el caso de que existieran zonas del territorio nacional no constituidas en Comunidades Autónomas o un diferente grado de asunción de competencias entre las distin-

considerarse como supletorio desde su ámbito normativo propio, ámbito normativo que será, obviamente, más extenso que el que se pueda deducir de sus competencias en cada territorio. Pero esa mayor amplitud no trae causa de la supletoriedad del derecho estatal, por más que esa subsidiariedad sí vea extendido su ámbito a partir de la propia ampliación de la capacidad normativa estatal, que procede de la voluntariedad del proceso autonómico."[92] En el caso de que todo el territorio nacional se constituya en Comunidades Autónomas (cosa que ya ha sucedido) y que todas las Comunidades Autónomas asumieran las mismas competencias y en un mismo grado de homogeneidad (cuestión que actualmente parece difícil por la peculiar situación de Ceuta y Melilla), todavía sería necesaria una normativa estatal general, ya que el ordenamiento "debe prever situaciones que si bien parecen difícilmente realizables desde el análisis político, resultan constitucionalmente posibles"[93], como en este caso lo sería una reforma estatutaria. "Por eso, aun cuando el Derecho estatal no adquiera vigencia en ningún territorio y su ámbito de validez espacial se identifique plenamente con el de todos los Derechos autonómicos acumulados, existe aún un fundamento constitucional que define una validez espacial más amplia, la que proporciona el propio carácter abierto de la organización territorial del Estado en la Constitución."[94]

Esta potestad normativa general del Estado no es, para este autor, ilimitada ya que el Estado no puede dictar normas válidas en cualquier materia y territorio, no podrá hacerlo en aquellos ca-

---

tas Comunidades Autónomas, las normas estatales dictadas en ejercicio de la competencia residual del Estado tendrían un ámbito de validez parcial y aplicabilidad directa en el territorio de esa Comunidad Autónoma, y no una validez general, por lo que, según pondremos de manifiesto posteriormente, esas normas tampoco podrán ser supletorias en el territorio del resto de Comunidades Autónomas.

92. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.199.

93. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.201.

94. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.204.

sos en que la normativa estatal tenga un ámbito de validez parcial, que afecte a una Comunidad Autónoma en la que exista ya norma autonómica válida. "El Estado no tiene una capacidad general (en el sentido de ilimitada) de normación, sino una capacidad de "normación general", que se manifiesta en la regulación de todas aquellas materias que por sí mismas no impliquen una validez espacial parcial de las normas estatales. El derecho estatal excedente será válido mientras se mantenga dentro del ámbito de su competencia normativa general, de su competencia para producir normas con validez espacial nacional, pero no lo será cuando se trate de una normativa de la que directa o indirectamente se pueda derivar un ámbito de validez espacial parcial que afecte a una Comunidad Autónoma en la que exista Derecho autonómico válido sobre la misma materia."[96] Pero además, existen otras materias en las que el Estado no pueden legislar en absoluto, ni siquiera con carácter general, es el caso "de las competencias específicas asumidas por las Comunidades Autónomas, tales como la Estadística para fines de la Comunidad Autónoma, o más claramente aún, aspectos organizativos e institucionales propios de la Comunidad Autónoma, que excedan de la reserva estatutaria y puedan ser desarrolladas por el legislador autonómico."[96]

Una teoría semejante a la de BALAGUER CALLEJÓN es la de SÁNCHEZ BARRILAO, quien considera que "la regla de la supletoriedad constituye, precisamente, una cláusula general de reenvío establecida por la propia Constitución -149.3-, para el caso en que las lagunas del Derecho autonómico no puedan integrarse previamente a través de las técnicas de autointegración."[97] En su opinión, hay que prescindir de la conexión entre supletoriedad y competencia, ya que los únicos principios que pueden justificar la

95. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.202.
96. BALAGUER CALLEJÓN, *Validez y vigencia...*, cit, p.203.
97 SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad...*, cit, p.288.

existencia de normas estatales supletorias son el principio de continuidad y el principio dispositivo.

Por una parte, el principio de continuidad supone la permanencia del Derecho estatal preestatutario tras la entrada en vigor de los Estatutos de las Comunidades Autónomas, pero esto tendría como consecuencia la indeseable inmutabilidad de dicho Derecho, ya que el Estado va perdiendo el título competencial para renovar este Derecho. Por otra parte, el principio dispositivo sí permitiría cierta renovación del Derecho estatal, de manera que no quede petrificado, "según este principio, el proceso autonómico queda en manos de las propias Comunidades no sólo en su origen, sino también en su desarrollo, lo que presupone la posibilidad de que existan distintos regímenes competenciales según concretas y específicas competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma."[98] Por tanto, al igual que BALAGUER defiende la existencia de una potestad general del Estado por la que podría "elaborar normas sin pretensión normativa alguna -en sí misma-, salvo la supletoria para el caso de lagunas en Derecho autonómico; de este modo, el Estado conservaría una capacidad normativa excedente, en tanto que referida a materias que aun siendo de competencia exclusiva de unas Comunidades, no lo son, o no lo puedan ser, respecto a otras."[99] En el caso de que se llegara a una homogeneización en una determinada materia esa capacidad del Estado no se justificaría mediante la regla de la supletoriedad sino en los principios dispositivo y de unidad.

98. SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad...*, cit, p.294.
99. SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad...*, cit, pp.294-295.

B) TESIS RESTRICTIVAS

Estas tesis mantienen una concepción de la supletoriedad respetuosa de la distribución de competencias realizada en la Constitución, de tal forma que cualquier norma dictada por el Estado al margen de las específicas competencias que le atribuye la Constitución en los artículos 149.1 (competencias exclusivas) y 149.3 (competencia residual) sería nula por invasión competencial, ya que la cláusula de supletoriedad no ampararía dicha normativa. No obstante, para la mayor parte de los defensores de estas tesis[100], la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 operaría tanto a través del Derecho estatal preestatutario (legislación anterior a la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas) como del Derecho postestatutario dictado en ejercicio de la competencia residual del Estado del artículo 149.3, en los casos de diferente nivel competencial de las Comunidades Autónomas (supuesto que, en realidad, es de carácter general dada la peculiaridad de los Estatutos de Ceuta y Melilla). El Estado podría, por tanto, renovar su Derecho preestatutario siempre que no todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido una competencia o cuando, habiéndola asumido todas, no lo hubieran hecho con un mismo grado de homogeneidad (que es el caso general por la existencia de Ceuta y Melilla).

El primer representante de las tesis restrictivas es MUÑOZ MACHADO, quien ya en los primeros años de andadura autonómica defendió un entendimiento de la supletoriedad alejado de la universalidad competencial que le atribuía la mayoría de la doc-

100. Son representantes de las tesis restrictivas: Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1982, vol. I, pp.409-413. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, pp. 9-24, REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, pp.73-113. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad...*, cit, pp.51-94. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, pp.47-78.

trina. Su teoría parte de la constatación de la aparente contradicción que supone una regla como la de la supletoriedad en un sistema como el nuestro, basado en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que para que el Derecho del Estado pueda suplir las lagunas del Derecho autonómico, es preciso que éste exista, y para ello debe el Estado poder legislar en materias que no son de su competencia. Esta posibilidad de legislar la apoya MUÑOZ MACHADO en dos circunstancias: "por la existencia de derecho estatal previo a la aprobación de los Estatutos, válido y que sólo paulatinamente será desplazado y, por otra parte, por la heterogeneidad de las competencias de las Comunidades Autónomas, que le permite al Estado esgrimir para partes del territorio títulos competenciales que ha perdido en relación con otros territorios autónomos, pero que le permiten producir normas que son directamente aplicables en aquéllos y supletoriamente en éstos."[101]

No obstante, MUÑOZ MACHADO también afirma que la aplicación de esa normativa estatal supletoria no se efectuaría de manera automática ante la existencia de una laguna autonómica, sino que previamente habría que intentar una integración de esa laguna acudiendo a las reglas propias del Derecho autonómico, ya que ese Derecho autonómico no sólo estaría formado por normas, sino que también estaría conformado por esos principios propios del ordenamiento autonómico.

---

101. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, cit, p.410. No obstante estas afirmaciones, al igual que los defensores de las tesis universalistas, este autor considera que debido a los criterios utilizados en el reparto de competencias realizado en la Constitución, el Derecho del Estado "es un derecho más completo, que contiene reglas que dan unidad, sistematicidad y coherencia al ordenamiento jurídico entero, reglas de las que carece el ordenamiento particular de las Comunidades Autónomas", por ello "será en el derecho estatal donde habrá que buscar y donde será posible encontrar principios jurídicos complementarios a las regulaciones sectoriales que formulen las Comunidades Autónomas."

Por su parte, LEGUINA VILLA estima que un entendimiento amplio de la supletoriedad, que permita al Estado legislar en cualquier materia al margen de la distribución competencial constitucional es contraria tanto a la autonomía política como a la seguridad jurídica. Es contraria a la autonomía política porque "ha forzado a las Comunidades Autónomas, bien a aceptar pasivamente las innovaciones legislativas estatales, renunciando al ejercicio de sus propias competencias normativas (con lo que éstas quedaban de facto degradadas a un nivel simplemente administrativo), bien a legislar contra la legislación del Estado, único medio de neutralizar la eficacia de las leyes estatales supletorias y de afirmar las propias orientaciones políticas en las materias, actividades o sectores sujetos a su competencia normativa."[102] En cuanto a la seguridad jurídica, ésta también se vería afectada, ya que si el Estado dicta legislación supletoria en previsión de una posible falta de regulación autonómica, cuando la Comunidad Autónoma dicte su propia legislación, ésta desplazará a la estatal, "pero desplazar no es derogar... los desplazamientos normativos pueden ser sólo parciales y, en muchos casos, no muy explícitos ni demasiado claros, lo que significa que una misma materia puede estar regulada al mismo tiempo en parte por leyes del Estado y en parte por leyes de la Comunidad Autónoma, sin que la frontera entre aquéllas y éstas alcance a ser muy precisa."[103] Por todo esto, la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, que consagra un entendimiento restrictivo de la supletoriedad, ha restaurado el principio de competencia y lo ha devuelto "al lugar central en que la Constitución y los Estatutos de Autonomía lo han situado para ordenar las relaciones entre los órganos generales del Estado y las Comunidades Autónomas."[104]

---

102. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 12.
103. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 12.
104. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 14.

Para este autor, la correcta comprensión de la supletoriedad parte de la función que ésta cumple, se trata de una regla dirigida al aplicador del Derecho que le permite colmar las eventuales lagunas existentes en el ordenamiento jurídico autonómico, siempre que se trate de una verdadera laguna (no una ausencia voluntaria de regulación) y no pueda solucionarse mediante la autointegración del propio ordenamiento jurídico autonómico. Para este autor, "el ordenamiento jurídico estatal seguirá cumpliendo la función heterointegradora de los ordenamientos autonómicos que la Constitución le asigna, pero sólo en la medida en que esté formado por normas válidas, amparadas en títulos competenciales específicos."[105] Por tanto, siempre que el Estado legisle con base en un título propio, que necesariamente tendrá que ser un título derivado de la competencia residual del artículo 149.3 CE, (ya que si fuera una competencia derivada del artículo 149.1 no sería de aplicación supletoria sino directa) esa legislación sería supletoria en las Comunidades Autónomas que sí hubieran asumido la competencia pero no la hubieran ejercido.

Por otra parte, aunque LEGUINA VILLA parece sostener que estas conclusiones no pueden ser aplicadas a la legislación estatal dictada para ser aplicada en Ceuta y Melilla, ya que el que "carezcan de potestad legislativa no parece razón suficiente para justificar en términos constitucionales la validez de cualquier ley estatal, que sería así siempre y en todo caso directamente aplicable en aquellos territorios y supletoriamente en todas las Comunidades Autónomas"[106], sin embargo, posteriormente admite que las "leyes válidamente aprobadas para Ceuta y Melilla pasen a engrosar el Derecho supletorio del Estado que, llegado el caso, puede ser utilizado para colmar lagunas de los ordenamientos autonómicos"[107],

105. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 20
106. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 21.
107. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 21.

con lo que esa legislación dictada para Ceuta y Melilla, que abarcaría cualquier materia por la imposibilidad de legislar de estos territorios, podría ser aplicada supletoriamente en el resto de Comunidades Autónomas.

REGO BLANCO también parte de la consideración de la cláusula de supletoriedad como "un mecanismo de integración, a través del recurso al derecho estatal, de las posibles lagunas que puedan detectarse por el derecho autonómico."[108] No es por tanto una regla dirigida al legislador, sino al aplicador del Derecho y no se trata, por tanto, de una norma de distribución de competencias, sino que "su operatividad parte precisamente, de la asignación competencial resultante del bloque de la constitucionalidad. La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas es, un prius para la supletoriedad."[109]

Esta autora indica que la supletoriedad se produce "cuando en relación con una materia asumida por una Comunidad Autónoma coincide una norma estatal válida con otra también válida de dicha Comunidad, en ese ámbito geográfico, la autonómica es de aplicación directa y la estatal supletoria de la autonómica."[110] La supletoriedad tendría su campo de actividad en el ámbito de las competencias residuales, es decir, en aquellos casos en que algunas Comunidades Autónomas hubieran asumido alguna competencia y otras no lo hubieran hecho. Las normas que el Estado dicte en ejercicio de esa competencia residual serían de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido la competencia y de aplicación supletoria en el resto de las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 149.3

108. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.75.
109. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.76.
110. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.86.

C.E.[111]. Por tanto, en aquellas materias en que todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido la competencia y en un mismo grado de homogeneidad, el Estado carecería de título competencial para legislar y si lo hiciera esas normas serían nulas. Como afirma la autora "para la supletoriedad lo substancial es la heterogeneidad de competencias autonómicas sobre la producción normativa en una materia, pues es la homogeneidad autonómica en una materia lo que determina la incompetencia de la normativa estatal en la misma y, en definitiva, su invalidez."[112]

Una vez delimitada la cuestión de qué normas estatales pueden tener eficacia supletoria, REGO BLANCO pasa a analizar cuándo se debe aplicar dicho Derecho. Para ello, parte de la distinción entre laguna autonómica y ausencia de regulación del legislador autonómico. Tan sólo en los casos de lagunas estaría justificado el recurso a la supletoriedad del Derecho estatal, ya que la ausencia de normación sería una de las facultades integrantes de la autonomía política de las Comunidades Autónomas, que les permitiría decidir el momento en el que llevan a cabo su regulación. "La conjugación operativa de la confrontación entre los principios de supletoriedad y autonomía, exige la primacía de éste sobre aquél, entendiendo que el derecho estatal suplirá al derecho de las Comunidades Autónomas en la medida en que tal operación

111. LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad. Comentario a la STC 147/1991, de 4 de julio*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31 (1991), p.267, critica esta concepción defendida por REGO y así afirma que "si el Estado es competente para dictar una norma en relación con una Comunidad Autónoma, pero no con otra, ¿qué justifica la aplicación supletoria de la norma estatal en la Comunidad Autónoma que ha asumido esa competencia en su Estatuto? El hecho de que todas las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en una materia no puede ser considerado criterio válido para dar una menor eficacia o extensión a las competencias de una Comunidad Autónomas, pues las competencias de cada Comunidad Autónoma dependen de lo que diga su Estatuto y no de lo que digan los Estatutos de las demás. Afirmar lo contrario es negar de raíz el principio dispositivo en el reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas."

112. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.93.

de integración sea, primero, necesaria y segundo, posible en el sistema jurídico autonómico. Posible y necesaria resulta la supletoriedad estatal ante una laguna jurídica del derecho autonómico, pero no ante una omisión de habilitación."[113]

Por último, esta autora hace referencia a la aplicación concreta de una norma estatal supletoria, así, en caso de que el aplicador del Derecho se encontrara ante una auténtica laguna, antes de proceder a esa aplicación supletoria, debería acudir a la técnica de la autointegración del Derecho autonómico que "aparte de encontrar justificación en los principios constitucionales de seguridad jurídica, igualdad o justicia, ha de reivindicarse como una necesidad lógica del ordenamiento autonómico."[114]

LASAGABASTER HERRARTE es uno de los pocos autores que, desde un primer momento ha abogado por un entendimiento restrictivo de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E.[115], su teoría parte de la distinta significación que debe tener la supletoriedad en el Derecho público respecto al Derecho privado, ya que "las instituciones jurídicas de ambas ramas del Derecho no son siempre equiparables, ni responden a los mismos principios. En especial, el Derecho público, y más en concreto el Derecho administrativo, parte del principio de legalidad y de vinculación positiva de la Administración a la ley. El Derecho privado, en cambio, tiene como principio característico la autonomía de la voluntad."[116] Mientras en Derecho privado es perfectamente posible hablar de lagunas, en Derecho público el término correcto sería el de

113. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.106.

114. REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.111.

115. Entre sus escritos destacan *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal'...*, cit, pp.51-94; *El principio de supletoriedad. Comentario a la STC 147/1991, de 4 de julio*, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 31 (1991), pp. 261-273; *El ordenamiento jurídico comunitario y el principio de supletoriedad*, Revista vasca de Administración Pública, núm. 36 (1993), pp. 175-188.

116. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad...*, cit, p.84.

anomia, que haría referencia a que en un determinado ámbito no se ha querido o sabido regular, no existiendo laguna ni posibilidad de integración.

En consecuencia con lo anterior, LASAGABASTER HERRARTE considera que la cláusula del artículo 149.3 C.E. debe entenderse como una norma de carácter transitorio, a través de la cual "el Derecho estatal no perdería su vigencia desde el momento de la entrada en vigor de los Estatutos", pero "una vez que la Comunidad Autónoma ha asumido[117] en su Estatuto competencias en esa materia, es a ella a quien corresponde dictar la legislación que proceda."[118] Una vez que la Comunidad Autónoma haya asu-

---

117. Aunque defiende el desapoderamiento del Estado desde el momento en que la competencia es asumida por la Comunidad Autónoma en el Estatuto, también acepta una posición intermedia "como el reconocer valor al principio de supletoriedad, hasta que la Comunidad Autónoma haga uso de su competencia, momento a partir del cual el Estado no podría modificar esas normas en relación con las Comunidades Autónomas que han actuado su competencia."

118. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad...*, cit, pp.81-82. Entre las críticas a esta postura de LASAGABASTER HERRARTE destacan la de CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.74 y la de REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.85. CANOSA afirma que "el derecho estatal es completo, y lo que impide su renovación, es decir, al Estado legislar sobre algunas de las materias que lo compone, es la exclusividad competencial de todas las Comunidades Autónomas y cuando esa exclusividad generalizada no existe (diversidad, heterogeneidad competencial), el Estado tiene que legislar por imperativo también del principio de competencia. Sería absurdo, que renovado el derecho estatal de aplicación directa en algunos territorios, en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva se aplicase supletoriamente el derecho estatal previo a esa renovación: sería la esquizofrenia del derecho estatal." REGO BLANCO, por su parte, considera que lo criticable de la tesis de LASAGABASTER HERRARTE es que "implica que en donde se hubiera producido la autonomización de las normas estatales, el Estado no podría derogar sus propias normas con otras posteriores, dando lugar a la dualidad (o quien sabe si triplicidad, o más) de normas estatales sobre el mismo objeto." Frente a estas críticas LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad...*, cit, p.263 afirma que la crítica sobre la fragmentación no es afortunada ya que "la existencia de diversos ordenamientos significa fragmentación por propio concepto. Si el Estado solamente ostenta competencias en relación con ciertas materias o en relación con algunas

mido una competencia en su Estatuto, el Estado queda desapoderado para seguir legislando sobre esa materia en esa Comunidad Autónoma, aunque sí pueda hacerlo en relación con otras Comunidades Autónomas no competentes o con aquellos territorios que no se hayan constituido en Comunidad Autónoma.[119] Esta conclusión es la misma tanto si se trata de competencias exclusivas o compartidas de las Comunidades Autónomas, ya que "la relación bases estatales-normas autonómicas del desarrollo no se puede construir sobre la desconfianza del Estado en las Comunidades Autónomas, que cristalizaría en el reconocimiento al Estado de la competencia para dictar las normas de desarrollo de sus propias leyes de bases, que tendrían el carácter de normas o Derecho supletorio."[120]

Además este autor considera que cualquier otra concepción de la supletoriedad que permitiera al Estado legislar en materias asumidas por la Comunidad Autónoma, conllevaría una serie de consecuencias que afectarían al principio de autonomía recogido en el artículo 2 de la CE, fundamentalmente condicionaría la actividad normativa autonómica y produciría una fractura política en los ordenamientos autonómicos, ya que la habilitación de la actuación de la Administración podría provenir, no del Parlamento autonómico sino del estatal y supondría un condicionamiento pre-

---

partes de su territorio, no con la totalidad, no se ve qué problema puede ocasionar este hecho. El legislador deberá ser cuidadoso, lo que no es, más bien al contrario, en señalar en qué materia y en virtud de qué título competencial ejercita sus competencias, precisando el ámbito territorial en el que la disposición encontrará aplicación."

119. LASAGABASTER HERRARTE fundamenta esta teoría en lo establecido respecto de la supletoriedad en los distintos Estatutos de Autonomía, sin embargo en opinión de REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.85, esta fundamentación es "criticable porque puede encontrar un respaldo literal en muchos Estatutos de Autonomía, pero no en todos, y el papel que haya de jugar el artículo 149.3 CE debe ser único para todas las Comunidades Autónomas, aparte de no poder ser condicionado por el contenido de los Estatutos."

120. LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad...*, cit, p.268.

supuestario para las Comunidades Autónomas, ya que determinadas normas estatales aplicadas supletoriamente pueden conllevar importantes costes económicos.

Otro representante de las tesis restrictivas es CANOSA USERA[121], para este autor "la supletoriedad actúa transitoriamente como elemento integrador del Orden jurídico y permanentemente como criterio hermenéutico."[122] Su teoría se sustenta en torno a la idea de que una comprensión expansiva de la supletoriedad, basada en la desconfianza frente a las Comunidades Autónomas, podría afectar gravemente al ejercicio de la autonomía. El principio de unidad nunca va a poder justificar la existencia de Derecho estatal en materias no sometidas a su competencia y "aunque es verdad que la supletoriedad obliga, inexorablemente, a mantener en el Derecho estatal normas relativas a materias asumidas por las Comunidades Autónomas, pero no es menos cierto que de esa existencia necesaria y previa no se puede deducir en beneficio del Estado facultad alguna para renovar ese Derecho, ya que si lo dedujéramos, atentaríamos gravemente contra el principio de competencia."[123]

Así, este autor, diferencia dos momentos fundamentales: el momento de la legislación y el de la aplicación, mientras en el momento de la aplicación la cláusula de supletoriedad tendría un efecto permanente, en el momento de la legislación tendría carácter transitorio.

Acogiendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 147/1991, CANOSA USERA afirma que únicamente cuando sólo algunas Comunidades Autónomas hubieran asumido una determinada competencia el Estado podría seguir legislando

121. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, pp.47-78
122. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.49.
123. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.57.

sobre esa materia, ya que, en ese caso, mantendría un título competencial para hacerlo. El Estado renovaría su Derecho en virtud de esa competencia residual y ese Derecho tendría una aplicación directa en las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido la competencia y supletoria en el resto. "El derecho estatal es completo, y lo que impide su renovación, es decir, al Estado legislar sobre algunas de las materias que lo compone, es la exclusividad competencial de todas las Comunidades Autónomas y cuando esa exclusividad generalizada no existe (diversidad, heterogeneidad competencial), el Estado tiene que legislar por imperativo también del principio de competencia. Sería absurdo, que renovado el derecho estatal de aplicación directa en algunos territorios, en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva se aplicase supletoriamente el derecho estatal previo a esa renovación: sería la esquizofrenia del derecho estatal."[124] Es claro que, para este autor, una posible homogeneización de los ámbitos competenciales autonómicos conllevaría la pérdida de cualquier posibilidad de renovación del Derecho estatal.[125]

Sin embargo, en el caso de la aplicación del Derecho, la supletoriedad actúa directamente sin ninguna restricción temporal, "si un operador jurídico, principalmente los jueces, al tiempo de resolver un caso no encuentran norma aplicable en el derecho propio de una Comunidad Autónoma dada, habrá de aplicar supletoriamente la norma estatal pertinente y resolver así el supuesto concreto, objeto del litigio."[126] No obstante, antes de proceder a la

124. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.74.

125. En nuestra opinión, CANOSA USERA, al igual que el Tribunal Constitucional en las STC 118/1996 y 61/1997 olvida la peculiaridad de la situación de Ceuta y Melilla, tanto antes de constituirse en Comunidades Autónomas como en la actualidad debido a su falta de potestad legislativa, el Estado va a tener que seguir legislando y por tanto, según la tesis de CANOSA USERA, renovando su Derecho, que además será aplicable, como derecho supletorio, en el resto de Comunidades Autónomas, y esto ocurrirá en casi cualquier materia.

126. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.75.

aplicación supletoria de la norma estatal, hay que proceder a la autointegración de ese Derecho autonómico y luego hay que agotar todos los criterios interpretativos ordinarios para hallar la norma estatal. "El aplicador del Derecho tiene que agotar todas las posibilidades de resolución de supuestos concretos en el Derecho autonómico y sólo después de que este rico proceso interpretativo resulte infructuoso, acudir al derecho supletorio y abrir de nuevo el mismo periplo interpretativo. El operador jurídico comprueba al fin de su iter hermenéutico que el supuesto de hecho del caso es idéntico al previsto por la norma estatal, que conviene, por lo tanto, aplicar supletoriamente. Se trataría de una suerte de analogía."[127]

Una vez realizado el análisis de las distintas teorías sostenidas por los autores dentro de las tesis amplias y las restrictivas, vamos a hacer referencia a una concepción de la supletoriedad que por su peculiaridad se aleja tanto de unas como de otras, se trata de la teoría de BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, quienes defienden un entendimiento de la cláusula de la supletoriedad de base iusprivatista, que les lleva a considerar el artículo 149.3 como una regla de ordenación entre ordenamientos y no entre productos normativos concretos.

Estos autores fueron los primeros en desmarcarse de las tesis universalistas imperantes en los primeros años de andadura constitucional, así estos autores afirman que "no puede pretenderse, en primer lugar, una utilización abusiva del artículo 149.3 C.E., ya

127. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.75-76. Frente a esta concepción, REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.86, afirma que el principio de supletoriedad, lejos de contener un criterio hermenéutico, un tipo de exégesis, constituye un criterio de identificación de la norma aplicable. Por mucho que esta tarea de localización necesite del estrecho apoyo de las técnicas de interpretación jurídica, no cabe identificar supletoriedad con analogía."

que no constituye un título competencial en cuya virtud pueda el Estado legislar sobre todas y cada una de las materias imaginables. Si la cláusula es un mecanismo de garantía en la relación entre ordenamientos que nacen de la mano del principio de separación competencial, no puede afirmarse que por medio de un instrumento de cierre del sistema, se subvierte todo él hasta el punto de dotar a uno de los entes implicados de potestad legislativa general"[128], y más adelante concluyen que "la regla sigue siendo, pues, la de que el Estado única y exclusivamente puede regular las materias sobre las que tiene competencia"[129], no obstante, pese a estas afirmaciones, lo singular de su teoría no permite considerarlos partidarios de las tesis restrictivas.

Como hemos reseñado anteriormente, su concepción, basada en un entendimiento ius-privatista de la supletoriedad, parte de la idea de que el artículo 149.3 C.E. se refiere a la supletoriedad entre ordenamientos jurídicos y no a la supletoriedad entre normas. Esta supletoriedad entre ordenamientos jurídicos es denominada por estos autores "supletoriedad estructural", el ordenamiento jurídico estatal sería supletorio del ordenamiento autonómico, y las normas supletorias serían "el conjunto de reglas jurídicas o de normas que, en materia de su competencia, dicte el Estado."[130] El sistema de reparto de competencias establecido en la Constitución reserva para el Estado una serie de competencias sobre materias de gran importancia a las que deberán recurrir los ordenamientos autonómicos, "en la supletoriedad estructural, el Derecho estatal suple al Derecho autonómico en aquellas partes que

128. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.414.

129. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.415.

130. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.416.

a éste le esta vedado ordenar."[131] El Derecho autonómico tiende, como cualquier otro ordenamiento jurídico, a configurar un ordenamiento completo, dotado de cohesión interna, pero para lograr esa complitud necesita del ordenamiento estatal, de las normas estatales dictadas en ejercicio de su competencia.

Una vez defendida la tesis de que el artículo 149.3 hace referencia a la supletoriedad entre ordenamientos jurídicos, estos autores se refieren a la supletoriedad entre normas concretas, para ellos, supuestos como la situación anterior al ejercicio por todas las Comunidades Autónomas de las competencias estatutarias o la heterogeneidad de las competencias asumidas estatutariamente se resolvería, no por el artículo 149.3 C.E., sino por la supletoriedad entre productos normativos concretos. Constatada la existencia de una laguna real y no aparente (ausencia de regulación querida por el legislador) y después de intentar la autointegración del ordenamiento autonómico se acudirá a la aplicación supletoria de la norma estatal, "siendo esta relación un problema de aplicación y efi-

131. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.417, es cierto que esas materias no pueden ser reguladas por las Comunidades Autónomas, ya que la competencia sobre estas materias está asignada al Estado en virtud del artículo 149.1 CE, pero las normas estatales dictadas por el Estado en ejercicio de estas competencias serán de aplicación directa y no supletoria. En el mismo sentido CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p.53, afirma que "la supletoriedad estructural, derivada del principio de competencia, tanto puede pregonarse del Estado como debería en puridad pregonarse del derecho de las Comunidades Autónomas, pues éste también supliría al derecho estatal en materia inalcanzable para él. Además convierte a la supletoriedad en algo perfectamente inútil ya que el principio de competencia se basta a sí mismo para repartir materias entre el uno y el otro." También es criticada la concepción de estos autores por LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad...*, cit, p.60, quien afirma que "en este aspecto la regla de supletoriedad es totalmente innecesaria, ya que la norma estatal no se aplica porque sea derecho supletorio, sino porque el Estado la ha dictado en una materia en la que él es el único competente. Si él es el competente no se necesita una norma, la que establece la supletoriedad del derecho estatal, que determine su aplicabilidad. Serán el artículo 149.1 de la CE en sus diferentes materias o la cláusula residual los preceptos que justificarán la aplicación de la norma estatal."

cacia de las normas, materia reservada al Estado en el artículo 149.1.8 de la Constitución y cuyas reglas de solución han de buscarse en el título preliminar del Código Civil y no en la Constitución.[132]

Como finalmente señalan estos autores "la importancia de la diferenciación en la naturaleza y vía por la que se accede a la supletoriedad reside en que, en la supletoriedad constitucional o estructural se acoge una ordenación que, como conjunto, pasa a integrar en bloque las diferencias cuantitativas del ordenamiento autonómico, derivadas del principio de competencia. En la supletoriedad entre normas o aspectos específicos de una norma, se acoge una solución concreta con base en la identidad de razón de que participa con el problema planteado por la ausencia de previsión de la norma de partida y la integración se hace, exclusivamente, desde el punto de vista de esta última, adaptándose a los principios y reglas que informan la norma jurídica en la que se produce la laguna."[133]

---

132. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.426. A este respecto, REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.84 señala que "con esa interpretación que se está defendiendo, [la de BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS] en definitiva, una doble supletoriedad, pues en todo caso la supletoriedad entre normas remite sin remedio a la supletoriedad estructural, debido a que la competencia para establecer el régimen jurídico de la supletoriedad entre normas corresponde al Estado en virtud de la previsión constitucional del artículo 149.8."

133. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.427.

6.- La supletoriedad del derecho estatal en las competencias exclusivas.

Solución al problema de la supletoriedad del Derecho estatal.

Una vez analizadas las diferentes posturas doctrinales sobre la supletoriedad del Derecho estatal es preciso señalar en este momento nuestra opinión sobre el particular, enmarcada, en principio, dentro del grupo de tesis restrictivas, pero sin aceptar sus postulados en toda su extensión. En este epígrafe vamos a hacer referencia a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas con carácter exclusivo, dejando para el siguiente apartado el juego de la supletoriedad en las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La razón de no tratar a los distintos tipos de competencias en un mismo epígrafe no significa, en ningún caso, que nuestra concepción sobre la supletoriedad del derecho estatal sea diferente en función de si las competencias son exclusivas o compartidas, sino que la problemática que puede llegar a plantearse en uno y otro caso es diferente.[134]

---

134. Esta diferenciación en el tratamiento de unas y otras competencias ya se ha puesto de relieve por algunos autores, entre ellos, BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.85, quien tras reconocer la falta de capacidad del Estado para legislar en el caso de competencias exclusivas asumidas por todas las Comunidades Autónomas en una misma materia, se plantea si esta conclusión es igualmente aplicable al caso de las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo para ello una doble distinción:

"a) en principio lo era (y lo es) [el hecho de si la conclusión alcanzada para las competencias exclusivas es o no aplicable en las competencias compartidas] si el legislador básico se extendiera, mediante normas supletorias, al ámbito o tramo de desarrollo que a las Comunidades Autónomas corresponde, sin, digamos ahora, especial justificación en las normas básicas. Parece claro que –así contemplado- en nada se diferencia del supuesto de las competencias autonómicas exclusivas. En uno y otro caso, aprobar normas de aplicación supletoria, sin conexión alguna con las competencias estatales, carecería de sentido a la luz de tal doctrina."

En cualquier caso, como se pondrá de manifiesto en ambos epígrafes, la concepción que se va a mantener, parte de las tesis restrictivas, pero desarrolla hasta sus últimas consecuencias sus postulados, y se aleja de las contradicciones en las que incurren la mayor parte de los defensores de dichas tesis, especialmente, cuando intentan encuadrar la posición de Ceuta y Melilla en sus construcciones doctrinales. El punto de partida, sin embargo, es el mismo, en nuestra opinión, al igual que en la de los defensores de las tesis restrictivas, la cláusula de la supletoriedad del derecho estatal del artículo 149.3 de la Constitución no ampara, en modo alguno, la posibilidad de que el Estado legisle en cualquier materia y con cualquier extensión, tal y como mantenía la primera jurisprudencia constitucional y los autores que defienden un entendimiento amplio de la cláusula de supletoriedad. Y esto se pone de manifiesto por poderosas razones que ya han sido esgrimidas por aquéllos autores y que no es necesario desarrollar con mayor profundidad.

Así, entre otras, se pueden señalar dos, por un lado, la idéntica naturaleza de las competencias atribuidas al Estado y a las Comunidades Autónomas, siendo ambas, competencias de atribución establecidas en la Constitución, sin que las competencias del Estado sean originarias y las de las Comunidades Autónomas derivadas, y por otro lado, la ineficacia del artículo 66 de la Constitución para atribuir al Estado una potestad legislativa de carácter general, ya que este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el resto de artículos del texto constitucional, entre otros con los artículos 148 y 149 de la Constitución, que atribuyen determinadas competencias a cada uno de los Entes territoriales que

---

"b) a nuestro parecer, y aunque el Tribunal Constitucional no haya tenido ocasión de enfrentarse directamente a este problema, no sería igualmente aplicable, en cambio, cuando las normas supletorias sirven de puente o conexión para la efectividad de las bases mismas..."

componen el Estado, siendo por tanto absurdo pretender derivar de la dicción del artículo 66 de la Constitución una competencia legislativa de carácter general para el Estado, ya que, de ser esto así, se estaría subvirtiendo el sistema de distribución de competencias constitucionalmente diseñado.

Nuestra teoría se encuentra, por tanto, dentro de las tesis restrictivas, entendiendo la supletoriedad no como una cláusula general de atribución de competencias al Estado, que permita a éste seguir legislando y renovando su Derecho en cualquier materia, sino como una regla dirigida al aplicador del Derecho, quien, gracias a ella, va a poder colmar la posible ausencia de regulación de una materia en el ordenamiento jurídico autonómico, mediante aquellas normas estatales que puedan tener un valor supletorio.

Por tanto, en nuestra opinión, la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución, es una regla dirigida al aplicador del Derecho[135], y no al legislador estatal, el cual no puede decidir, en ningún caso, sobre la posible eficacia supletoria de las normas válidamente dictadas por él. La distinción entre creación y aplicación del Derecho es fundamental en el correcto entendimiento de la función que debe jugar la cláusula constitucional del artículo 149.3, y así lo viene reconociendo el Tribunal Constitucional desde 1991[136]. El punto de partida en la comprensión de la supletoriedad

135. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del derecho del Estado...*, cit, p.412, critica esta concepción estableciendo que "la construcción del Tribunal Constitucional, que remite a la discreción de los operadores jurídicos o aplicadores del Derecho la función de rellenar las lagunas de los ordenamientos autonómicos, aunque inspirándose en la regla del artículo 149.3, y ello como alternativa a la promulgación estatal de normas con el carácter de supletorias, propiciará en el orden práctico soluciones de peligroso desorden. Aplicadores jurídicos hay miles y la multiplicidad de soluciones resultará inevitable."

136. Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1991.

estaría en la negación al legislador estatal de la posibilidad de realizar cualquier referencia a la cuestión de la aplicabilidad directa o supletoria de las normas válidamente dictadas[137] por él. La función

137. Esta cuestión se refleja con gran claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, en la que refiriéndose al artículo 2º de la ley impugnada se afirma que "... la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho."

"Y si ello es así, tal y como dijimos en la STC 147/991, la aplicación supletoria de las normas estatales no puede venir impuesta por el legislador. Pues, de lo contrario, legislación estatal sería aplicable en el ámbito reservado al Derecho autonómico sobre la base de la mera ausencia de la regulación autonómica correspondiente y no se limitaría, por lo tanto, a integrar lagunas apreciadas por el aplicador del Derecho, subvirtiéndose el sentido de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 y arrogándose inconstitucionalmente el Estado la facultad de integrar por sí los distintos ordenamientos de las Comunidades Autónomas, por la vía de dictar normas "aplicables supletoriamente".

"Esta conclusión se extrae inmediatamente del texto de la ley [se refiere al artículo 2º de la ley]. El legislador dispone que la ley se aplicará, sea directa o supletoriamente, con lo que, al equiparar una y otra forma de aplicación, prescinde de los límites que configuran el perfil constitucional y conceptual de la supletoriedad, conformándola de modo que le permite incidir en los ordenamientos autonómicos sin título habilitante o, mejor dicho, sin otro título que la misma supletoriedad así desnaturalizada. Y ese defecto no resulta sanado por la ulterior declaración de respeto al orden de competencias que no es -como se pone de manifiesto a lo largo de esta Sentencia- sino una mera fórmula retórica.

En resumen, el hecho de que el legislador estatal disponga la aplicabilidad de sus normas a las Comunidades Autónomas sólo es constitucionalmente legítimo allí donde se halla habilitado por un título competencial específico, que le permita disponer tal cosa; pero, donde carece de él, no puede atribuírselo con base a la supletoriedad, pues, como hemos visto, la determinación de si ha de producirse o no la aplicación supletoria del Derecho estatal no le corresponde a él. Por consiguiente, al proceder, en el artículo 2 de L.O.T.T., del modo descrito ha vulnerado tanto la configuración constitucional de la supletoriedad (art.149.3) como, de resultas, el orden constitucional de competencias."

Como señala REQUEJO RODRÍGUEZ, *La supletoriedad del derecho estatal...*, cit, p.120, "el legislador estatal deberá ceñirse a declarar cuál es el ámbito territorial en que las normas válidamente dictadas están llamadas a desplegar sus efectos en primer grado y cuáles son aquellos otros donde cabe su potencial aplicación supletoria. De ningún modo podrá imponer dicha aplicación supletoria, presentándola como una de

del legislador estatal debe limitarse a dictar las leyes en las materias constitucionalmente atribuidas al Estado, sin que en ningún caso le corresponda decidir la eficacia directa o supletoria[138] de dichas leyes en el territorio español. Esta decisión sobre la eficacia de esas normas corresponde, en todo caso, al aplicador del Derecho, quien en caso de no disponer de norma autonómica para resolver el supuesto planteado deberá encontrar la norma aplicable utilizando las reglas habituales de integración del ordenamiento jurídico.

---

las dos alternativas posibles, cuando constitucionalmente se permite una tercera posibilidad: que la ley estatal no sea ni directa ni supletoriamente aplicable allí donde el operador jurídico no constate la aparición de laguna."

Para Jesús GARCÍA TORRES, *Enciclopedia jurídica básica (IV)*, Alfredo Montoya Melgar (director), Madrid, Civitas, 1995, p. 6423, "las expresiones que a veces se leen, del tipo "el artículo X de la ley estatal Y es válido como derecho supletorio", son, pues, inadecuadas,: el precepto será o no será válido en sí mismo y en términos absolutos; pero no puede ser válido con relación a una función contingente que depende de que el aplicador considere dadas las circunstancias precisas para que el derecho autonómico necesite ser integrado por el estatal en un caso concreto."

138. Como señala LASAGABASTER HERRARTE, "*El principio de supletoriedad, comentario...*", cit, p.262, "el legislador debería ser cuidadoso, lo que no es, más bien al contrario, en señalar en qué materia y en virtud de qué título competencial ejercita sus competencias, precisando el ámbito territorial en el que la disposición encontrará aplicación.", por ello, lo único que podría hacer el legislador estatal sería indicar, en aquellas leyes dictadas en ejercicio de competencias residuales asumidas al amparo del apartado 2º del artículo 149.3 C.E., las Comunidades Autónomas en las que, por no haber asumido la competencia correspondiente, sería aplicable tal normativa estatal, como legislación aplicable de manera directa, sin que esto suponga que tal legislación sea supletoria para aquellas Comunidades Autónomas que habiendo asumido las competencias no hubieran legislado en el momento de dictarse la legislación estatal. En nuestra opinión, esto, aunque facilitaría enormemente las cosas, tampoco sería estrictamente necesario, ya que sería el aplicador del Derecho el que tendría que determinar si la norma es aplicable o no en su Comunidad Autónoma, empleando para ello los criterios de interpretación usuales, haciendo primar el principio de competencia sobre cualquier otro.

La cuestión fundamental, como veremos más adelante, radica en determinar qué normas estatales pueden ser empleadas por el aplicador del derecho autonómico, como derecho supletorio, apto para suplir las lagunas del ordenamiento autonómico. Es evidente que no todas las normas estatales van a tener un valor supletorio, ya que todas aquellas normas dictadas por el Estado en ejercicio de competencias exclusivas o básicas propias tendrán una aplicación directa[139] en el territorio de las Comunidades Autónomas y no supletoria.

Para resolver la pregunta de qué normas estatales pueden tener una eficacia supletoria, hay que acudir en primer lugar al esquema de distribución de competencias diseñado por la Constitución en su título VIII, en él junto a las competencias estatales, que tendrán una aplicación directa, se posibilita la asunción por las Comunidades Autónomas de una serie de competencias. En nuestra opinión, desde que cualquiera de esas competencias es asumida por una Comunidad Autónoma, el Estado queda desapoderado para seguir legislando con un ámbito de aplicación general (estatal). Esto se debe a que, desde ese momento en que la competencia es asumida por una Comunidad Autónoma, el Estado tan sólo ostenta un título residual para seguir legislando en esa materia, título residual que detentaría por el hecho de que o bien existieran partes del territorio no constituidas en Comunidades Autónomas (cuestión superada desde la entrada en vigor de

139. Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de...*, cit, p.342 y BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit., p.418, estas competencias exclusivas del Estado engloban las principales materias del ordenamiento constitucional, pero, a nuestro juicio esto no tiene ninguna relevancia de cara a la comprensión de la supletoriedad, porque, siendo cierta esa mayor relevancia de las competencias estatales, también lo es que las normas dictadas en ejercicio de esas competencias estatales serán de aplicación directa y no supletoria, y así como el ordenamiento autonómico necesita de esa legislación para su complitud, también el ordenamiento estatal precisa de la legislación autonómica.

los Estatutos de Ceuta y Melilla), o bien que alguna de las Comunidades Autónomas no hubiera asumido esa competencia o incluso que alguna de las Comunidades Autónomas, aun habiendo asumido la competencia en cuestión, no tuviera capacidad para legislar (como ocurre en la actualidad con carácter general en Ceuta y Melilla).

La legislación que el Estado dicte con base en ese título residual tendría eficacia directa pero tan sólo en los territorios arriba mencionados, en el resto de Comunidades Autónomas que sí hubieran asumido la competencia, la eficacia de dicha legislación, dictada al amparo de un título de carácter residual, tan sólo podría ser de carácter supletorio, siempre y cuando se considerase que dicha legislación puede ser utilizada por el aplicador del Derecho para suplir las lagunas de la legislación autonómica. La cuestión es, por tanto, determinar si esa legislación puede tener ese carácter supletorio, es cierto que se trataría de legislación estatal dictada al amparo de un título competencial propio y válido (la competencia residual del artículo 149.3), pero, en este caso, en nuestra opinión, dicha legislación no tendría un carácter supletorio de la que la Comunidad Autónoma pudiera dictar en ejercicio de la competencia asumida, es decir, no podría ser la legislación que el aplicador del Derecho utilizase para solucionar el supuesto de hecho para el que no encuentre legislación autonómica aplicable.

Por tanto, en las Comunidades Autónomas que hubieran asumido la competencia no sería aplicable esa normativa estatal ya que, el único Derecho supletorio al que podría recurrir el aplicador del Derecho, ante la falta de actividad normativa de su Comunidad Autónoma, sería el Derecho estatal vigente en el momento en que la competencia en cuestión fue asumida por esa Comunidad Autónoma en que se encuentre ese aplicador del Derecho. El motivo de esto radica en que desde el momento en que la Comunidad Autónoma asumió la competencia, la ley estatal sobre esa ma-

teria, dictada en ejercicio de una competencia válida pero de carácter residual, (pues existe al menos una Comunidad Autónoma que ya ha asumido la competencia) no sería aplicable en dicha Comunidad Autónoma con carácter supletorio, pues la eficacia territorial de dicha norma no sería general (que alcance a todo el territorio nacional) sino parcial (limitada a aquellas Comunidades que no han asumido la competencia o que carecen de potestad legislativa) y no alcanzaría a esa Comunidad Autónoma.

La justificación de esta inaplicabilidad de las leyes estatal dictadas al amparo de competencias residuales no sólo está en la dinámica del sistema competencial establecido constitucional y estatutariamente (al tener esa norma un ámbito de aplicación limitado que no comprende todos los territorios, sino sólo aquellos en que no se hubiera asumido la competencia), sino que es el propio aplicador del Derecho quien debe concluir la inaplicabilidad de dichas normas mediante el juego del principio de competencia que preside el ordenamiento jurídico español desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Como señala BALAGUER CALLEJÓN[140], "en la mayoría de los casos, la norma autonómica no se aplica porque sea norma especial sino porque es norma competente en su ámbito, y es ante la competencia y no ante la especialidad, ante lo que cede la norma estatal... Para aplicar una u otra norma, la general o la autonómica, el operador jurídico no debe preguntarse si la norma es especial o es general, sino si la norma emana de un poder competente o incompetente."

---

140. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Los conflictos normativos entre el derecho estatal y el derecho autonómico*, en Revista de las Cortes Generales, núm. 19, (1990), p.104.

El proceso de aplicación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 sería el siguiente: una vez constatada por el aplicador del Derecho la ausencia de regulación autonómica[141], éste debe intentar integrar dicha ausencia de regulación acudiendo a los

141. En este punto, sin embargo, no podemos compartir en su totalidad la concepción defendida por LASAGABASTER HERRARTE, quien entiende que en Derecho público no tienen cabida las lagunas, así, afirma que "el derecho privado parte del principio de autonomía de la voluntad, lo que significa que las relaciones jurídicas existentes entre los diferentes sujetos intervinientes en el tráfico jurídico no están previstas en la norma, encontrándose el juez con la necesidad de acudir a la analogía, como forma de solución del conflicto. El derecho público parte del principio de vinculación positivo de la Administración a la ley. La Administración no está frente al Derecho en la misma posición que los particulares. Éstos pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe. La Administración en cambio sólo puede actuar cuando y en la medida que le habilite la ley. En este caso difícilmente se puede hablar de lagunas. Habría que denominar la situación como anomia. Es un campo jurídico que no se ha querido o sabido regular, no existiendo por tanto ninguna laguna, ni posibilidad de integración."

Más acertada nos parece la opinión de SÁNCHEZ BARRILAO, *La regla de la supletoriedad...*, cit, p. 286, quien afirma que "si el Derecho autonómico es ordenamiento, éste también ha de ser completo o pleno en relación en relación a su ámbito propia de competencias, lo que no significa que consiga abarcar jurídicamente todo aquello que necesita estar regulado en un momento dado, sino que ha de tender a ello mediante mecanismos capaces de dar solución jurídica a cuanto supuesto así lo requiera; de esta forma, ante vacíos normativos que se configuren como auténticas lagunas, basta con que el ordenamiento disponga de medios de integración aptos para ofrecer respuesta adecuada."

Por tanto, la aplicación del derecho supletorio estatal se produciría en aquellos casos en que existiera una ausencia de regulación autonómica involuntaria, es decir, aquellos supuestos en que no la regulación autonómica no cubre una determinada situación de hecho, la cual sí habría sido regulada en caso de haberse apreciado por el legislador autonómico en el momento en el que se legisló. En este mismo sentido se pronuncia de REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad...*, cit, pp. 103-104, quien señala que "es fácil apreciar que la clave del funcionamiento de la supletoriedad es precisamente la localización de la laguna autonómica y su diferenciación con otra figura aparentemente afín, cual es la "no regulación " por el legislador autonómico. Los autores que entre nosotros se han ocupado de esta cuestión coinciden en afirmar que la omisión legislativa de la Comunidad Autónoma ha de ser respetada, en cuanto que ha de considerarse como una opción legítima dentro de un Estado compuesto y descentralizado. La dificultad se centra, pues, a la hora de discernir entre ambos extremos, entre "defecto de la norma" y lo que, simplemente, el legislador haya silenciado."

propios principios de ese ordenamiento, es decir, un intento de autointegrar el ordenamiento jurídico autonómico[142], utilizando incluso si es posible la interpretación analógica. Si acudiendo a esos principios propios del ordenamiento autonómico el aplicador del Derecho no resuelve el supuesto de hecho, debe iniciar un proceso de heterointegración del ordenamiento jurídico autonómico y esa heterointegración sólo puede realizarse, por imperativo constitucional[143], a través del ordenamiento jurídico estatal. Entre las normas del ordenamiento jurídico estatal, el aplicador del Derecho deberá localizar la norma estatal aplicable al supuesto de hecho no regulado en el ordenamiento jurídico autonómico, y para ello deberá utilizar los criterios de integración usuales.

Una vez llegado a este punto, el principal problema es determinar qué normas estatales pueden ser utilizadas por el aplicador del Derecho para cubrir la laguna de su ordenamiento jurídico. Esta cuestión es la fundamental y es donde nuestra teoría se aparta de las tesis restrictivas tradicionales, ya que la mayor parte de

---

142. Esta cuestión ha sido tratada en profundidad por BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del derecho autonómico...*, cit, p. 95-147, y sus conclusiones favorables a una previa autointegración del ordenamiento autonómico son compartidas por la mayor parte de la doctrina. La cuestión que se plantea es si la aplicación de la norma supletoria debe ser automática, o si por el contrario es necesaria esta previa autointegración del derecho autonómico. Como señala REGO BLANCO, *Reflexiones en torno a la cláusula...*, cit, p.110, "la postura que se mantenga a este respecto condiciona, evidentemente, la extensión del papel que se reconozca al principio de supletoriedad, ya que apostar por la previa autointegración de la norma autonómica puede implicar en muchas ocasiones que la supletoriedad quede sin oportunidad de entrar en juego".

143. Esto se desprende de la dicción literal del artículo 149.3 que establece que el Derecho estatal será, en todo caso supletorio del de las Comunidades Autónomas. Como establece la STC 155/1993 de 6 de mayo, "la supletoriedad sólo se reconoce en el Derecho estatal por relación al de las Comunidades Autónomas, por lo que la norma estatal que dispusiere la aplicación supletoria de la norma autonómica incurriría en inconstitucionalidad, bien porque supondría la degradación de la eficacia directa de la norma autonómica dictada al amparo del correspondiente título competencial o, en otro caso, porque vendría a atribuírsele una eficacia, que, aun siendo supletoria, nunca podría tener al no disponer dicha norma de cobertura competencial."

los autores que defienden tesis de carácter restrictivo, alegan que el aplicador del Derecho se puede acoger a cualquier norma estatal siempre y cuando dicha normativa hubiera sido dictada en ejercicio de competencias válidamente ejercitadas por el Estado, esto es, competencias que constitucionalmente le correspondieran a éste, incluyendo las materias asumidas en virtud de la competencia residual del segundo apartado del artículo 149.3 C.E.[144]

Esto se observa claramente en la argumentación realizada por CANOSA USERA[145], quien al preguntarse si el derecho estatal renovado con base en una competencia estatal válida, (pero residual) amparada en la existencia de alguna Comunidad Autónoma carente de esa competencia, puede tener alguna virtualidad como derecho supletorio, afirma que "la respuesta más acorde con el principio de competencia negaría la aplicación, incluso supletoria, con idéntico fundamento al que permitía negar la aplicación supletoria de normas estatales en caso de competencia exclusiva de todas las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la solución tiene que ser otra por imperativo del artículo 149.3 de la Constitución. El derecho estatal es completo, y lo que impide su renovación, es decir, al Estado legislar sobre algunas de las materias que lo compone, es la exclusividad competencial de todas las Comunidades Autónomas y cuando esa exclusividad generalizada no existe (diversidad, heterogeneidad competencial), el Estado tiene que legislar por imperativo también del principio de competencia. Sería absurdo, que renovado el derecho estatal de aplicación di-

144. La cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE se justificaría, según estos autores, en dos circunstancias, por un lado, "por la existencia de derecho estatal previo a la aprobación de los Estatutos, válido y que sólo paulatinamente será desplazado", y por otra parte, "por la heterogeneidad de las competencias de las Comunidades Autónomas, que le permite al Estado esgrimir para partes del territorio títulos competenciales que ha perdido en relación con otros territorios autónomos, pero que le permiten producir normas que son directamente aplicables en aquéllos y supletoriamente en éstos".

145. CANOSA USERA, *Contribución al estudio...*, cit, p. 74.

recta en algunos territorios, en las Comunidades Autónomas con competencia exclusiva se aplicase supletoriamente el derecho estatal previo a esa renovación: sería la esquizofrenia del derecho estatal.[146]" De una manera más contundente se expresa REQUEJO RODRÍGUEZ[147], para quien "el derecho estatal sólo podrá ser aplicable en segundo grado si es válido, esto es, si ha sido aprobado con el respaldo de un título que pertenezca directa o residualmente al Estado y permita su aplicación en primer grado en la totalidad o en parte del territorio nacional. En ningún caso, podrán dictarse normas de eficacia supletoria sin más apoyo que el artículo 149.3 C.E."

Sin embargo, este razonamiento, llevado hasta sus últimas consecuencias supone volver a reconocer una potestad de carácter general al Estado, ya que las normas estatales dictadas para ser aplicadas en el territorio de Ceuta y Melilla, y que abarcan prácticamente todas las materias constitucionalmente reconocidas, tendrían también, y por la misma razón, una eficacia supletoria en el resto de Comunidades Autónomas. El Estado, por tanto, podría seguir renovando su derecho en casi cualquier materia, ya que esa legislación de eficacia territorial limitada a Ceuta y Melilla, podría también aplicarse al resto de Comunidades Autónomas con una eficacia supletoria.[148]

---

146. Frente a esta argumentación de CANOSA USERA, otro autor, LASAGABASTER HERRARTE, *El principio de supletoriedad...*, cit, p. 263 defiende que "la existencia de diversos ordenamientos significa fragmentación por propio concepto. Si el Estado solamente ostenta competencias en relación con algunas partes de su territorio, no con la totalidad, no se ve qué problema puede ocasionar este hecho."

147. RODRÍGUEZ REQUEJO, *La supletoriedad del derecho estatal...*, cit, pP.117-118.

148. Como indica Carmen NUÑEZ LOZANO, *La situación de Ceuta y Melilla tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, en Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 32, (1997), p. 134, "el Estado puede no tener esa competencia con respecto a diecisiete Comunidades Autónomas, pero sí la tiene, en todo caso, con respecto a Ceuta y Melilla".

Pese a ello, los defensores de las tesis restrictivas en la comprensión de la supletoriedad intentan negar la posible aplicación supletoria de esas normas dictadas en ejercicio de una competencia estatal válida[149] (normas dictadas con el objeto de tener una aplicación directa en Ceuta y Melilla) basándose fundamentalmente en que la aplicación supletoria, en todo el territorio nacional, de esas normas dictadas para Ceuta y Melilla supondría un fraude de ley, este argumento es utilizado, en primer lugar, por BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS[150], quienes al criticar la interpretación extensiva de la cláusula de supletoriedad afirman que "dicho argumento [la potestad legislativa general del Estado amparada en la existencia de Ceuta y Melilla] encaja perfectamente en los requisitos de lo que el derecho privado califica como fraude de ley y lo que en nuestro derecho constitucional, por influencia de la doctrina alemana, viene definiéndose como acción contraria al principio de lealtad al sistema (Bundestren) en nuestro caso el autonómico..."

Sin embargo, este argumento del fraude de ley no parece demasiado consistente y así lo acaban reconociendo algunos autores partidarios de las tesis restrictivas, un buen ejemplo de esto lo constituye LEGUINA[151], quien tras afirmar que "más débil, me parece, si cabe, el argumento de Ceuta y Melilla. Que las dos ciudades, enclavadas en territorio extranjero, carezcan de potestad legislativa no parece razón suficiente para justificar en términos constitucionales la validez de cualquier ley estatal, que sería así

149. Para los defensores de un entendimiento restrictivo de la supletoriedad, la posibilidad de que el Estado siga legislando es transitoria, podría prolongarse más o menos en el tiempo, pero puede terminar desapareciendo cuando todas las Comunidades lleguen a asumir todas las competencias en un mismo grado de homogeneidad. Por tanto, como se desprende de sus razonamientos no toman en consideración para nada el caso de la legislación dictada para su aplicación en Ceuta y Melilla.

150. BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como supletorio...*, cit, p.423.

151. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p. 20-21.

siempre y en todo caso, directamente aplicable en aquellos territorios y supletoriamente en todas las Comunidades Autónomas", termina diciendo que "nadie discute que el Estado conserva una potestad legislativa directa y completa sobre Ceuta y Melilla, en virtud de la cual las Cortes Generales pueden y deben seguir aportando soluciones a los problemas de ambas ciudades que demanden respuestas legislativas, y nadie niega que esas leyes válidamente aprobadas para Ceuta y Melilla pasen a engrosar el Derecho supletorio del Estado que, llegado el caso, puede ser utilizado para colmar lagunas de los ordenamientos autonómicos en los términos arriba examinados."

Por tanto, para LEGUINA aunque el Estado no puede ampararse en estos dos territorios para conseguir una potestad legislativa general, sin embargo las leyes dictadas para resolver sus problemas sí podrían ser aplicadas supletoriamente en el resto de Comunidades Autónomas, que habiendo asumido la competencia correspondiente no la hubieran ejercido, o que habiéndola ejercido, sus normas autonómicas tuvieran alguna laguna que el aplicador del Derecho tuviera que integrar. En este mismo sentido se pronuncian NUÑEZ LOZANO[152] y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[153], la primera afirma que "de los Estatutos de Ceuta y Melilla, en conexión con la cláusula residual del artículo 149.3 de la CE, se desprende, en consecuencia, que el Estado puede promulgar Leyes –y decretos Legislativos o Decretos-Leyes, con sus limitaciones intrínsecas- sobre cualquier materia, aunque esta en cuestión resulte ser de la exclusiva competencia del resto de las Comunidades Autónomas; en este último caso, el ámbito de aplicación de las Leyes será el de Ceuta y Melilla. Ahora bien, aun con este limitado ámbito, tales Leyes serán, es obvio, Leyes del Estado, Derecho estatal, promulgado de conformidad con la Constitución y, como

152. NUÑEZ LOZANO, *La situación de Ceuta y Melilla...*, cit, p.133.
153. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El desconcertante presente...*, cit, p.194.

también parece evidente, podrá ser utilizado por el aplicador del Derecho –en el ámbito de las Comunidades- como Derecho supletorio." Por su parte FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al comentar la sentencia 61/1997 señala que "el Tribunal Constitucional ha olvidado pura y simplemente que hay dos ciudades, Ceuta y Melilla, que son tan españolas como cualesquiera otras, que no tienen otro legislador que las Cortes Generales, lo que excluye simplemente que el Texto Refundido de 1992 sea exclusivamente supletorio. Era por el contrario de aplicación directa para Ceuta y Melilla y podía y debía haberse mantenido como tal para ambas ciudades, lo que conllevaba necesariamente su legítima aplicación supletoria en todo el resto del territorio español."

En nuestra opinión, esto casi equivale a reconocer una potestad legislativa general al Estado, ya que si bien es cierto que existen algunas materias en las que la legislación del Estado demasiado prolija para Ceuta y Melilla sería difícilmente explicable (por ejemplo una legislación muy detallada en agricultura, ganadería o aprovechamientos forestales) sin embargo esos supuestos serían minoritarios y, en cualquier caso, aunque parte de la legislación dictada por el Estado para estos territorios no fuera aplicable directamente en un primer momento, el Estado siempre podría justificarla con base en previsiones futuras[154].

154. La eficacia supletoria de la legislación dictada para ser aplicada en las ciudades de Ceuta y Melilla comprendería también, como es lógico, los supuestos de competencias asumidas por todas las Comunidades Autónomas en un mismo grado de homogeneidad, en éstas el Estado, a tenor de lo dicho anteriormente, habría perdido toda competencia para renovar su anterior legislación, (un ejemplo claro de esto sería la legislación urbanística) la cual iría quedándose desfasada y obsoleta y probablemente llegaría a ser inaplicable en Ceuta y Melilla, por lo que el Estado tendría que legislar también en dichas materias, para que los problemas creados en esas materias en Ceuta y Melilla pudieran ser resueltos conforme a normas adaptadas a las nuevas circunstancias sociales, siendo el efecto añadido de estas normas la eficacia supletoria en el resto de Comunidades Autónomas que habían asumido esa competencia en un mismo grado de homogeneidad, ya que estarían dictadas al amparo de competencias estatales válidas.

Lo anteriormente expuesto tendría un evidente efecto negativo sobre el principio de autonomía, ya que podría traer consigo la inactividad de los Parlamentos Autonómicos, al no ser tan acuciante la necesidad de legislar en esas materias por existir una norma estatal renovada, adaptada a las circunstancias sociales, y aplicable de manera supletoria en las Comunidades Autónomas competentes en tanto no dicten su propia normativa[155].

Por tanto, la explicación de la supletoriedad del Derecho estatal por estos autores no es, en nuestra opinión, satisfactoria, ya que aunque al criticar el entendimiento amplio de la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución hacen una defensa de los principios de autonomía y de competencia, las últimas consecuencias de su razonamiento permiten al Estado seguir legislando en casi cualquier materia, sin que ello afecte a la constitucionalidad de esa legislación. Es por ello, que nosotros en este estudio vamos a defender una concepción más acorde con estos principios constitucionales, que impida al Estado invadir terrenos competenciales asumidos por las Comunidades Autónomas ni siquiera con base en competencias asumidas con carácter residual o derivadas de territorios no dotados de potestad legislativa (Ceuta y Melilla).

No podemos estar de acuerdo con el argumento del que parten las tesis restrictivas, esto es, no siempre que exista norma estatal válidamente dictada, excepto cuando todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido la competencia en un mismo grado de homogeneidad, (excepción de difícil justificación por la exis-

155. Buena prueba de esto es la actual situación del Estado de las Autonomías, ya que casi veinte años después de la aprobación de los Estatutos de Autonomía, muchas de las competencias legislativas asumidas por las mismas no se han ejercido. Tan sólo Comunidades Autónomas como Cataluña o el País Vasco han ejercido la mayoría de las competencias asumidas, mientras que el resto permanecen en una actitud más o menos pasiva, amparados en la legislación estatal renovada, que tenía eficacia supletoria.

tencia de Ceuta y Melilla) esa norma será derecho supletorio para las Comunidades Autónomas[156]. Hay que tener en cuenta lo establecido en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que reflejan una comprensión de la supletoriedad más acorde con la realidad del ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997 establece que el Estado no puede de-

156. Este argumento es también utilizado por Marcos GÓMEZ PUENTE, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico*, en Revista española de Derecho Administrativo, núm. 98, (1998), pp.225-226, que encuentra en el mismo un argumento para la defensa de un entendimiento amplio de la cláusula de supletoriedad que permita al Estado legislar en cualquier materia con independencia de si tiene o no competencia sobre la misma, así, este autor establece que: "Esta forma de razonar [la que establece que cuando todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido una competencia en un mismo grado de homogeneidad, el Estado quedaría desapoderado para seguir legislando] podría aceptarse si no fuera porque parte de un presupuesto inexacto. Me refiero a que no todo el territorio español está integrado en Comunidades Autónomas con competencias legislativas, razón por la cual el Estado debería y podría seguir legislando, con carácter general (aquí sí podría hablarse de una competencia material universal, pues), lo mismo que debía y podía hacerlo cuando las Comunidades Autónomas tenían techos competenciales diferentes. En efecto, hoy por hoy, Ceuta y Melilla no están integradas en ninguna Comunidad Autónoma y carecen de competencia legislativa, de forma que el Estado podría invocar la heterogeneidad que, en el sentir del Tribunal Constitucional (que parece olvidarse de estos territorios en sus últimas sentencias, no así en otras anteriores -S.103/89, FJ 4°-) justifica su actuación legislativa en materias de competencia autonómica. Así pues, a cuenta de esta parte del territorio español y mientras subsistan las condiciones actuales, el Estado retendría una competencia legislativa plena en toda clase de materias. Y el Derecho que el Estado dictara, haciendo ejercicio válido de esa competencia residual, pero propia, aunque su vigencia o aplicabilidad territorial quede limitada a los territorios de Ceuta y Melilla, sería Derecho estatal la que poder recurrir supletoriamente en virtud del artículo 149.3 C.E. Conclusión que no puede verse empañada a causa de su reducido ámbito territorial de aplicación. Por esta circunstancia, las leyes de Cortes no dejarían de ser derecho estatal (a los efectos del artículo 149.3 C.E.). Pues negarles esta condición sería tanto como transformar las Cortes Generales (que han de dictar la legislación general para cuyo desarrollo se reconoce a Ceuta y Melilla potestad reglamentaria) en "parlamento" de esos territorios; esto es, en cámara legislativa de una hipotética decimoctava Comunidad Autónoma. Lo cual, bien puede comprenderse, sería una auténtica aberración constitucional."

rogar su propio Derecho en aquellas materias asumidas por las Comunidades Autónomas: "Si, como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo[157]."

Esta afirmación es clave, ya que refleja cuál es la verdadera posición que tiene el Estado en relación con las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, el Estado ha perdido todo poder de disposición sobre esa materia en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido la competencia, es decir, no tiene ninguna posibilidad de modificar ese derecho que era aplicable en la Comunidad Autónoma antes de asumir la competencia. No es por tanto posible modificar ese derecho existente en el momento en que la Comunidad Autónoma asumió la competencia por medio de la normativa dictada con base en competencias de carácter residual otorgadas al Estado por existir otras Comunidades Autónomas que no hubieran asumido la competencia, o, en todo caso, por la legislación dictada por la incapacidad legislativa de Ceuta y Melilla.

---

157. Como afirma Luis María DIEZ PICAZO, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, (1990), pp.128-129, "la derogación no puede darse entre tipos normativos relacionados competencialmente, ya que no se da el presupuesto necesario de la identidad de materia. Esta imposibilidad de derogación da también lugar a curiosos fenómenos, paralelos a la degradación jerárquica, cuando cambia el reparto competencial. Así, por ejemplo, en materias de exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas, éstas pueden legislar; mas no pueden teóricamente derogar la antigua legislación estatal, aún vigente en virtud de la cláusula de supletoriedad (art. 149.3), por lo que la única vía es la asunción de esa antigua legislación estatal como paso previo a su derogación."

Como no se puede modificar esa legislación por el Estado, ni siquiera mediante las normas dictadas en ejercicio de competencias estatales válidas (aunque residuales) hay que concluir que dicha legislación no es aplicable en el territorio de las Comunidades Autónomas que hubieran asumido la competencia, ya que esa normativa estatal renovada no derogaría la normativa estatal anterior en esa Comunidad Autónoma y la única legislación estatal aplicable como derecho supletorio (por aplicación del artículo 149.3 C.E.) sería la legislación estatal existente en el momento en que se asumió la competencia por dicha Comunidad, legislación que sería inmodificable por el Estado por carecer de la competencia necesaria para su modificación.

Por ello, en aquellas materias que no hayan sido asumidas por todas las Comunidades Autónomas y en un mismo grado de homogeneidad, (siempre teniendo en cuenta que este supuesto puede producirse en prácticamente todas las materias por la peculiaridad de la situación de Ceuta y Melilla) en las que el Estado está habilitado por un título residual para seguir legislando, el aplicador del Derecho se va a encontrar con dos normas jurídicas estatales que regulan esa materia, por un lado la norma existente en el momento en que la materia en cuestión fue asumida por una Comunidad Autónoma y la norma dictada por el Estado en ejercicio de esa competencia residual para los territorios que carecen de potestad legislativa (Ceuta y Melilla) o para las Comunidades Autónomas que no hubieran asumido la competencia o la hubieran asumido en un diferente grado de homogeneidad.

El aplicador del Derecho, como intérprete, debe elegir la norma estatal que tiene carácter supletorio en su Comunidad Autónoma, resolviendo el conflicto de normas planteado, este conflicto de normas que se produce es peculiar, ya que se trata de un conflicto entre normas emanadas de un mismo poder legislativo, el estatal, pero mientras la norma estatal preestatutaria forma parte

de un ordenamiento jurídico completo, el ordenamiento postestatutario no es completo, por lo que no son eficaces para resolver el mencionado conflicto de normas los principios de jerarquía, cronológico y de especialidad, siendo el único criterio válido para el aplicador del Derecho el principio de competencia.

Las normas dictadas por el Estado con posterioridad a la asunción de una determinada competencia por la Comunidad no tienen validez en dicha Comunidad, pues su ámbito de validez espacial no comprende a dicha Comunidad, por ello hay que concluir que la única norma estatal que tendría carácter supletorio y que podría servir al aplicador del Derecho autonómico para suplir la falta de regulación sería la norma estatal anterior a la asunción de la competencia por la Comunidad Autónoma. Es cierto que esto llevaría a la fosilización del Derecho estatal existente en el momento de la asunción de la competencia por las Comunidades Autónomas, pero esto no debería suponer problema alguno en una correcta interpretación del Estado de las Autonomías. Cuando una Comunidad Autónoma asume la competencia en una materia es para llegar a ejercerla cuando las circunstancias sociales o las orientaciones políticas de esa Comunidad lo hagan preciso por haberse quedado obsoleta la normativa estatal existente en el momento de la asunción de la competencia. Por tanto, llegado ese caso, la Comunidad Autónoma debería legislar, con lo que se evitarían todos los problemas, ya que existiría normativa autonómica directamente aplicable y dictada en ejercicio de una competencia válidamente asumida.

En nuestra opinión esta es la correcta comprensión de la cláusula del artículo 149.3 C.E, sin embargo esta concepción sólo ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en su última jurisprudencia, y esto ha provocado que desde el inicio de la construcción del Estado autonómico el Estado haya dictado normas de carácter supletorio careciendo de título para ello. Esta legislación

sería potencialmente inconstitucional, ya que en caso de que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional así lo declararía. Por otra parte, aquellas leyes que ya hubieran sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional al haber sido enjuiciadas por éste con base en su anterior doctrina, formarían parte del ordenamiento autonómico como derecho supletorio, de igual manera que el derecho preestatutario. La constitucionalidad de esos artículos de leyes que ya hubieran sido recurridas ante el Tribunal Constitucional se deriva del artículo 164 de la Constitución que establece que las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional "tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas". No sería admisible defender que al haber cambiado la doctrina constitucional sobre la cláusula de supletoriedad, aquellas sentencias que declaraban la constitucionalidad de determinadas normas estatales dictadas con base en el artículo 149.3, deberían ser modificadas, declarando dichas normas estatales nulas por incompetencia.

Si el Tribunal Constitucional hubiera entendido la supletoriedad desde el comienzo de la construcción del Estado de las autonomías, las Comunidades Autónomas hubieran tenido que ejercer sus respectivas competencias a medida que el Derecho estatal se hubiera ido quedando desfasado respecto de la realidad social con lo que el actual problema de inactividad legislativa autonómica no se plantearía en la actualidad. De cualquier manera, esta manera de entender la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E. tampoco crea problemas insalvables en la actualidad, ya que en el caso en que se impugnara ante el Tribunal Constitucional alguna de las leyes anteriores que establecían un Derecho estatal supletorio, antes de que se declarara la inconstitucionalidad de esas normas, las Comunidades Autónomas dispondrían de un tiempo prudencial para ejercitar su competencia (el tiempo en que el Tri-

bunal Constitucional tardara en dictar la sentencia declarando la inconstitucionalidad)[158]

7.- *La supletoriedad del derecho estatal en las competencias compartidas.*

Solución al problema de la supletoriedad del Derecho estatal.

El caso de las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas es similar al de las competencias exclusivas. Su tratamiento diferenciado en este trabajo obedece fundamentalmente a dos circunstancias, en primer lugar, tal y como se señaló en el apartado anterior, por la diferente problemática que unas y otras competencias pueden suscitar[159], y en segundo lugar, por el distinto tratamiento que el Tribunal Constitucional dio durante un largo periodo a las competencias compartidas respecto de las exclusivas, situación que finalizó con la sentencia 118/1996.

---

158. En contra de esta opinión se manifiesta GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, cit, p.414, quien afirma que "es completamente irreal pretender que todas las Comunidades Autónomas ejerciten de pronto la totalidad de sus competencias normativas, excluyendo la supuesta oficiosidad del Estado. Y aún peor, si quisiesen ejercerlas de golpe, a lo que parece querer forzar, de manera clara, esta doctrina del Tribunal Constitucional, el resultado normal sería más bien lamentable."

159. Como señala GOMEZ PUENTE, *Supletoriedad del Derecho estatal...*, cit, p.212, "donde con mayor claridad se aprecian la existencia e inconvenientes de la inactividad legislativa autonómica es en el ámbito de las denominadas materias compartidas y, más concretamente, donde la compartición competencial se articula de acuerdo con la técnica de bases estatales de desarrollo autonómico". Este autor establece con precisión los peligros que la inactividad legislativa de las Comunidades Autónomas puede ocasionar, y así, afirma que "la ausencia de legislación autonómica (de desarrollo) podría restar efectividad real a la legislación básica estatal y neutralizar o inutilizar, por tanto, la competencia estatal. Punto al que se llegaría siempre que el desarrollo normativo autonómico, por haberse hecho partícipe al legislador regional de la política global del Estado (obediente al interés general), resultase indispensable para completar ese sistema global que pretenden instaurar las bases estatales".

Como ya se señaló en el epígrafe dedicado a la evolución jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Constitucional número 147/1991 establecía que cuando todas las Comunidades Autónomas tenían atribuidas competencias exclusivas sobre una determinada materia, en un mismo grado de homogeneidad, el legislador estatal no podría dictar normas con eficacia supletoria, ya que carecería de un título legítimo para ello. Sin embargo, en esa sentencia no se mencionaban para nada las competencias compartidas, pese a que si el Tribunal hubiera sido coherente y hubiera seguido la misma lógica utilizada para las competencias exclusivas, debería haber llegado a idénticas conclusiones que para éstas, es decir, declarar la incompetencia del legislador estatal para dictar normas supletorias de desarrollo de las normas básicas estatales, no obstante, esta postura no fue admitida unánimemente por los defensores de las tesis restrictivas[160].

Esta incoherente situación, que permitía al Estado seguir legislando de una manera completa en materias en las que tan sólo ostentaba competencias de carácter básico, llegó a su fin con la STC 118/1996 en la que el Tribunal Constitucional establece, por fin, que, las conclusiones a las que había llegado en la sentencia de 1991 eran aplicables también a las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que como afirma BARNÉS VAZQUEZ "en uno y otro caso, aprobar normas de aplicación supleto-

160. Como indica BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.85, esta ampliación de la doctrina constitucional a las competencias compartidas no era una cuestión pacífica, "discutible y discutido –a tenor incluso de la propia jurisprudencia- era, sin embargo, si esta última conclusión [la conclusión del Tribunal Cosntitucional que establecía que cuando todas las Comunidades Autónomas hubieran asumido una competencia de carácter exclusiva en un mismo grado de homogeneidad, el Estado quedaría totalmente desapoderado para legislar] resultaba igualmente trasladable al terreno de las competencias compartidas y, en particular, a la dinámica bases desarrollo."

ria, sin conexión alguna con las competencias estatales, carecería de sentido a la luz de tal doctrina."[161]

Así como esta doctrina del Tribunal Constitucional en el caso de competencias de carácter exclusiva llegó a ser aceptada incluso por autores partidarios de un entendimiento más amplio de la supletoriedad[162], sin embargo, su extensión a los casos de competencias compartidas plantea una serie de problemas, de gran complejidad práctica, que han llevado a autores como BARNÉS VAZQUEZ[163], TEJEDOR BIELSA[164], GÓMEZ PUENTE[165] o incluso GARCÍA DE ENTERRÍA[166] a criticar abiertamente esta doctrina. El argumento central esgrimido por estos autores es la posible falta

161. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.85.

162. LEGUINA VILLA, *El principio de competencia...*, cit, p.10, señala al comentar las virulentas críticas que recibieron tanto la STC 118/1996 como la STC 61/1997, que "frente a tales posiciones críticas, moderadas o acaloradas, lo primero que hay que recordar es que el Tribunal Constitucional no ha modificado su doctrina sobre la supletoriedad en las dos sentencias citadas, pues en lo sustancial dicha doctrina había sido elaborada en sentencias anteriores (de modo destacado en la STC 147/1991, de 4 de julio), sin que su formulación encontrara entonces excesivas discrepancias entre los autores."

163. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, pp.83-97.

164. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, pp.447-470.

165. GÓMEZ PUENTE, *Supletoriedad del derecho estatal e inactividad...*, cit, pp. 211-228.

166. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, cit, p.413, este autor refiriéndose al juego de las competencias compartidas afirma que "negar la posibilidad de que el Estado, a la vez o sucesivamente a la promulgación de las bases, pueda dictar normas con carácter de supletorias, equivale a atribuir a las Comunidades Autónomas un título sorprendente y mucho menos justificado que el que se discute [el de la supletoriedad], el de vetar la posibilidad de eficacia final a la normación iniciada por las bases estatales y necesitada para su plena efectividad de los desarrollos que corresponde dictar a las Comunidades Autónomas, veto que se produciría con la mera inactividad normativa de éstas."

de efectividad de las bases estatales en caso de inactividad de las Comunidades Autónomas, ya que al carecer de un título competencial habilitante, el Estado no puede dictar legislación supletoria de las leyes autonómicas de desarrollo, que supla dicha inactividad autonómica.

BARNÉS VÁZQUEZ, en su análisis de la STC 118/1996, aunque reconoce la coherencia del Tribunal Constitucional en la ampliación de esa doctrina, sin embargo, intenta solucionar los problemas que se plantearían en caso de inactividad legislativa de las Comunidades Autónomas, así, afirma que habría que diferenciarse aquellos casos en que "las normas supletorias sirven de puente o conexión para la efectividad de las bases mismas", en los que, "el Estado podría aprobar conjuntamente algunas normas supletorias como complemento indispensable de la legislación básica, esto es para que la competencia estatal no quede bloqueada o comprometida como consecuencia de la falta de desarrollo, bien sea, porque de lo contrario, algunas normas básicas resultarían sencillamente inaplicables por incompletas, bien sea porque, aunque completas, serían inefectivas por el vacío normativo generado."[167] El criterio de la efectividad de las bases sería el argumento fundamental para admitir la posibilidad de que el Estado dictara legislación supletoria, "en tales casos, el Estado no invocaría la cláusula de supletoriedad a secas, por el simple prurito de salir al frente de posibles lagunas jurídicas del Derecho Autonómico, sino con una justificación cualitativamente distinta, por relación inmediata con la efectividad de sus propias competencias. Esta solución de equilibrio, representa un ejemplo de máxima efectividad de las competencias estatales y autonómicas."[168]

---

167. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.86.
168. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.86.

Por tanto, BARNÉS VÁZQUEZ, aun aceptando que "dictar una norma supletoria es regular algo para lo que no se tienen competencias, del mismo modo que aplicar un derecho "ajeno" como supletorio del "propio" es, también por definición, servirse de una norma que no ha emanado del titular exclusivo de la competencia"[169], sin embargo, para el caso de las competencias compartidas defiende que la garantía de la efectividad de las bases estatales sería motivo suficiente para que el legislador estatal pudiera dictar normas supletorias[170], dando así una nueva virtualidad al artículo 149.3 C.E., que de otra manera se convertiría en una mera regla transitoria. "No sería contrario al artículo 149.3, in fine, que el legislador estatal estableciera, junto a esas bases, normas supletorias como puente transitorio con tal exclusivo propósito, pero sólo y en la medida justa para hacer efectivas las nuevas bases. El ulterior desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas, en los términos que éstas tuvieran por conveniente, haría inaplicables tales normas supletorias al tiempo de ejercer sus competencias."[171]

---

169. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.90.

170. En nuestra opinión, aunque el tema de la efectividad de las bases estatales es uno de los aspectos más problemáticos de la restrictiva doctrina constitucional, no estaría justificado que el Estado dictara legislación supletoria para cubrir una hipotética inactividad de las Comunidades Autónomas, ya que al no basarse en un título competencial propio se estaría subvirtiendo la mencionada doctrina. La concepción de BARNÉS VÁZQUEZ se basa en la desconfianza que la incorrecta concepción del modelo autonómico ha generado respecto de la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas, sin embargo, el cambio de doctrina constitucional respecto de la supletoriedad va a hacer imprescindible un cambio de actitud de las Comunidades Autónomas, que al no tener una legislación supletoria van a tener que legislar con una mayor celeridad. No obstante, como pondremos de relieve más adelante, en el caso de que dicha legislación de desarrollo no se produjese existirían otras soluciones menos lesivas del principio de autonomía.

171. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad...*, cit, p.95.

Otro autor que hace hincapié en la incidencia de la nueva doctrina constitucional en las competencias compartidas es TEJEDOR BIELSA, así como BARNÉS VÁZQUEZ admitía excepcionar la doctrina del Tribunal Constitucional para conseguir la efectividad de las bases estatales, este autor, aboga por una redefinición del concepto de norma básica, manteniendo dicha doctrina acerca de la supletoriedad del Derecho estatal.

Este autor considera que la nueva doctrina constitucional produce "un efecto perverso adicional"[172] ya que "la eficacia de las normas dictadas al amparo de las competencias básicas estatales, vinculadas a la unidad del Estado, a la soberanía, mínimo común normativo en la generalidad de ocasiones, podrá ser puesta en cuestión por las Comunidades Autónomas."[173] La solución propuesta por TEJEDOR BIELSA consiste en realizar una reformulación del concepto de legislación básica "ampliándolo e incluyendo en el mismo, para superar el problema provocado por la misma, [por la STC 118/1996] las que he denominado "normas básicas subsidiarias"[174], cuya eficacia cesará en cada Comunidad Autónoma en el momento en que ésta desarrolle la legislación básica y la haga aplicable en su territorio."[175] "Se trata de corregir el error dogmático del Tribunal Constitucional, inevitablemente asumido

---

172. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, p.462.

173. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, p.462.

174. Como pone de manifiesto el propio TEJEDOR BIELSA, las normas básicas subsidiarias tendrían las mismas características que las normas incluidas en el círculo de suplencia de las que hablan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de...*, cit, pp.297 y ss. Este círculo de suplencia estaría previsto para el caso de que "alguna o varias o todas, de las Comunidades Autónomas adopten una actitud pasiva ante el tema y omitan toda actividad normativa, o al menos que la demoren en el tiempo." Las normas incluidas en este círculo de suplencia sólo serán aplicables en defecto de norma autonómica, ya que, una vez dictada ésta, la normativa estatal encuadrada en el círculo de suplencia queda desplazada.

175. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, p.466.

por el legislador, al confundir el alcance de las competencias básicas estatales, que desde el primer momento debieron incluir la posibilidad de dictar las normas precisas para su inmediata efectividad, con el problema de la supletoriedad del Derecho del Estado que, efectivamente, no es un título universal atributivo de competencias a éste sino una regla dirigida al aplicador del Derecho."[176]

Tanto BARNÉS VÁZQUEZ como TEJEDOR BIELSA se centran en los problemas que un entendimiento restrictivo de la supletoriedad del Derecho estatal suscita en torno a las competencias compartidas, pero éste, a diferencia de aquél, respeta la mencionada doctrina, ya que mientras BARNÉS VÁZQUEZ aboga por excepcionar la doctrina en el caso de competencias compartidas, TEJEDOR BIELSA propone una extensión de las normas básicas, que asegurara la efectividad de dichas bases hasta que las Comunidades Autónomas dictaran su legislación de desarrollo.[177]

---

176. TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, p.466.

177. En nuestra opinión la solución adoptada por TEJEDOR BIELSA es más acorde con el principio de autonomía, ya que las normas supletorias que BARNÉS VÁZQUEZadmite para asegurar la efectividad de las bases serían normas dictadas al margen de la distribución de competencias que la Constitución establece. En cualquier caso, coincidimos con TEJEDOR BIELSA en la dificultad de esta solución: "la modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido apuntado puede resultar extraordinariamente compleja, dado que al proclamarse por éste el concepto formal de bases, el legislador estatal ha venido calificando sistemáticamente como supletorias normas precisas para la efectividad de la legislación básica hasta que ésta que ésta fuese desarrollada por las Comunidades Autónomas". TEJEDOR BIELSA, *La necesaria reformulación del concepto de bases...*, cit, p.466. Además, habría que tomar muchas precauciones, ya que el Estado al dictar normas de carácter básico, debe respetar la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan su legislación de desarrollo, y la solución propuesta por TEJEDOR BIELSA y por GARCÍA DE ENTERRÍA podría ser también contraria al principio de autonomía, en aquellos casos en que esas "normas básicas subsidiarias" no respetaran el reparto competencial hecho en la Constitución.

GÓMEZ PUENTE, defiende una concepción amplia de la supletoriedad del derecho estatal basándose en las negativas consecuencias que la falta de actividad legislativa autonómica tiene en el ámbito de las competencias compartidas. Su teoría parte del análisis del ordenamiento jurídico austríaco, en el que "la Federación puede dictar una ley de desarrollo de la propia legislación básica federal en tanto no se dicte por el legislador territorial. Y cuando este hecho se produce, aquélla queda desplazada por la legislación regional". Por ello, entiende que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 C.E. permite al Estado "prevenir o paliar los efectos de la inactividad autonómica."[178] En su opinión el título estatal que otorga competencia para dictar legislación de carácter básico, llevaría implícito la facultad para desarrollar esas bases con carácter meramente supletorio, siendo dicha legislación "el punto de equilibrio entre la unidad del Estado y la propia autonomía regional."[179] Es por tanto un claro ejemplo de las teorías amplias de comprensión de la supletoriedad, ya que, para él, la legislación estatal supletoria constituye no sólo una facultad sino "un auténtico deber estatal."[180]

En nuestra opinión los problemas de falta de efectividad de la normativa estatal son los más difíciles de solucionar a la luz del entendimiento de la supletoriedad arriba defendido, sin embargo,

178. GÓMEZ PUENTE, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad*..., cit, p. 223. por otra parte, también defiende la posibilidad de dictar legislación supletoria con base en competencias estatales propias que incidan en la materia de competencia autonómica, afirmando que "aunque una materia sea de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, pueden existir aspectos objetivos relacionados con materias de competencia estatal, pues la distribución competencial no es estanca y los títulos estatales y autonómicos frecuentemente se superponen. En virtud de esas relaciones o conexiones, la eventual inactividad legislativa autonómica podría incluso entorpecer la efectividad de la legislación dictada por el Estado en virtud de sus propios títulos competenciales".

179. GÓMEZ PUENTE, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad*..., cit, p. 223.

180. GÓMEZ PUENTE, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad*..., cit, p.228.

el que pueda conllevar determinados problemas no significa en modo alguno renunciar a los planteamientos anteriores. En primer lugar, como ya se puso de manifiesto anteriormente, estos problemas provendrían del entendimiento amplio de la cláusula de supletoriedad, ya que al ser posible la renovación del Derecho estatal en competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, éstas, en caso de estar conformes con la legislación estatal, no han tenido la necesidad de legislar en muchas materias, lo cual ha degenerado en una actitud pasiva de los legisladores autonómicos, actitud, que obviamente también se podría dar en el caso de las competencias compartidas, provocando consecuencias más graves conectadas con una posible falta de efectividad de las competencias básicas estatales.

Sin embargo, en nuestra opinión, el nuevo entendimiento de la supletoriedad, recogido en la última jurisprudencia constitucional, siempre y cuando se desarrollen todas y cada una de las consecuencias del mismo, va a tener como consecuencia inevitable una mayor actividad de los Parlamentos autonómicos, actividad que no sería sino el reflejo de lo asumido constitucional y estatutariamente en su día, y no una fragmentación y un caos como parecen defender algunos autores[181]. Por lo tanto, es de esperar que los temores ante una posible falta de actividad legislativa autonómico se disipen en breve.

En cualquier caso, si se produjera alguna situación en la que la falta de actividad legislativa de alguna de las Comunidades Autónoma pudiera perjudicar a los ciudadanos de esa Comunidad, siempre podría aplicarse soluciones excepcionales como la de recurrir al artículo 155 de la Constitución o incluso, a semejanza de lo que ocurre con la inactividad legislativa en relación con las

181. Entre ellos, autores que defienden posiciones de claro carácter restrictivo como CANOSA USERA.

Directivas de la Unión Europea, plantearse la posibilidad de una aplicación temporal y directa de la normativa básica estatal. De igual manera el Estado también podría intentar legislar, amparándose en los llamados títulos horizontales, competencias como la del artículo 149.1.13 o 149.1.1. le permitirían inmiscuirse en las materias de competencia autonómica, sin que dicha legislación fuera a priori inconstitucional por incompetencia[182].

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA[183] señala también como posibles soluciones de los problemas que, en su opinión, la doctrina restrictiva de la supletoriedad causaría al Estado, por un lado, la de dictar normas estatales de armonización, en virtud del artículo 150.3 CE, y por otro, en la misma línea propugnada por BARNÉS y por TEJEDOR, una ampliación de la extensión de las normas estatales de carácter básico, "lo que reduciría correlativamente el ámbito autonómico de la normación de desarrollo".

182. En este sentido es interesante la opinión de Vitelio TENA PIAZUELO, *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997, p.251, quien analizando la planificación autonómica y la ordenación general de la economía señala que "[el artículo 149.1.13] se comporta en realidad como un título competencial horizontal, que proyecta sus efectos sobre todo el sistema competencial, sin limitarse exclusivamente a articular las diversas competencias ejercitables (en este caso, las modalidades que puede adoptar esta técnica de intervención especialmente intensa en la economía), sino que condiciona todo el listado competencial, sirviendo, en fin, de cobertura de todo tipo de actuaciones estatales fundadas en la unidad económica nacional."

183. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad...*, cit, p.413.

8.- *Bibliografía*

AJA, Eliseo; TORNOS, Joaquín; FONT, Tomás; PERULLES, Juan Manuel; ALBERTÍ, Enoch, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 1985.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco:

- *La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal*, en Revista de Administración Pública, núm. 124, (1991), pp.95-147.
- *Los conflictos normativos entre el derecho estatal y el derecho autonómico*, en Revista de las Cortes Generales, núm. 19, (1990), pp.90-143.
- *Validez y vigencia de las normas estatales en el territorio nacional*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.26, (1990), pp.191-206.

BALZA AGUILERA, Javier y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 55, (1987), pp.381-436.

BARNES VÁZQUEZ, Javier, *Una reflexión sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE a propósito de la STC 118/1996 ¿Disposición transitoria o posible instrumento de equilibrio? Normas supletorias como complemento indispensable de las bases, una hipótesis de máxima efectividad de las competencias estatales y autonómicas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm 93, (1997), pp.83-97.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *La cláusula constitucional de supletoriedad: creación y aplicación del derecho estatal supletorio en defecto del derecho autonómico, una propuesta reinterpretativa de la cláusula constitucional alejada de la servidumbre decimonónica de nuestro CC y de la consideración como cláusula atributiva de competencias en favor del Estado*, en *El urbanismo hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/97 y el proyecto de una nueva ley estatal*. Luciano Parejo Alfonso (coordinador), Madrid, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III, 1997, p.167-219.

BIGLINO CAMPOS, Paloma, *La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 50, (1997), pp.29-59.

CANOSA USERA, Raúl, *Contribución al estudio de la supletoriedad*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 35 ,(1993), pp.47-78.

CARBONELL PORRAS, Eloísa, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*, en Revista de Administración Pública, núm. 143, (1997), pp.189-209.

DE OTTO y PARDO, Ignacio, *La prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho regional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 2, (1981), pp.57-92.

DIEZ PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *El desconcertante presente y el imprevisible futuro del Derecho urbanístico español*, en REDA, núm. 94, (1997), pp.189-201.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo:

- *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1985.
- *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas*, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 95, (1997), pp.407-415.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:

- *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1995.
- *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1997.

GARCÍA TORRES, Jesús, *Enciclopedia jurídica básica (IV)*, Alfredo Montoya Melgar (director), Madrid, Civitas, 1995, 6422-6424.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico*, en Revista española de Derecho Administrativo, núm. 98, (1998), pp.211-229.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:

- *El ordenamiento jurídico comunitario y el principio de supletoriedad*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 36, (1993), pp.175-188.
- *El principio de supletoriedad, comentario a la STC 147/1991 de 4 de Julio*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm.31, (1991), pp.261-273.
- *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, Civitas, 1991.

LEGUINA VILLA, Jesús, *El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal*, en Cuadernos de Derecho público, núm. 2, (1998), pp.9-24.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Supletoriedad del Derecho nacional y principio de unidad de mercado*, en Derecho de los Negocios, núm. 87, (1997), pp. 8-10.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Civitas, 1982, vol. I.

NUÑEZ LOZANO, Carmen, *La situación de Ceuta y Melilla tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, en Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, núm.32, (1997), pp.117-134.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en particular, la regla de supletoriedad del Derecho general-estatal*, en Actualidad administrativa, núm. 29, (1997), parr.571-585.

PEÑARANDA RAMOS, José Luis, *Supletoriedad, delegación legislativa y derogación. A propósito de la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992*, en Cuadernos de Derecho Público, núm.1, (1997), pp.133-156.

PUNSET, R., *Rehabilitación de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal*, en Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1992, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, núm. 5, (1993), pp.201-205.

REGO BLANCO, María Dolores, *Reflexiones en torno a la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución*, en Revista andaluza de Administración Pública, núm.32 (1997), pp.73-113.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *El Estado autonómico ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997*, en Cuadernos de Derecho Público, núm. 1 (1997), pp.157-169.

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, *La supletoriedad del Derecho estatal en la STC 118/1996*, en Revista jurídica de Asturias, núm. 20, (1996), pp.115-122.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y ALVAREZ BARBEITO, Francisco Javier, *Competencia básica estatal y competencias exclusivas autonómicas*, en Actualidad Administrativa, núm.19, (1997), parr. 357-368.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier, *La supletoriedad, persistente interrogante legislativo*, en La Ley, núm. 4514, (1998), pp.1-4.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del Derecho estatal*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 99, (1998), pp.281-302.

TEJEDOR BIELSA, Julio, *La necesaria reformulación del concepto de bases provocada por la STC 118/1996, de 27 de Junio*, en Revista aragonesa de Administración pública, núm. 9, (1996), pp.447-470.

TENA PIAZUELO, Vitelio, *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1997.

REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO DE VIUDEDAD

Rebeca Melús Sebastián
(Beca 1998/1999)

I. INTRODUCCIÓN

A través de las siguientes páginas pretendo llevar a cabo el estudio de una de las instituciones más características y definitorias del Derecho civil aragonés, como es la viudedad, prestando especial atención a la fase de derecho expectante por la que atraviesa en sus primeros momentos el derecho de viudedad, así como a la posibilidad de introducir en el seno de la viudedad la opción de la capitalización.

El objeto de este trabajo va a ser el derecho de viudedad, derecho que como efecto civil del matrimonio ostentan todos aquellos cónyuges cuyo régimen matrimonial se rige por el Derecho aragonés. Considero que siendo, como digo, una de las instituciones más tradicionales y arraigadas entre nosotros, está más que justificado el prestarle atención desde una institución como el Justicia de Aragón que, como señala el Estatuto de Autonomía de

Aragón y su propia Ley reguladora[1], aprobada por Ley 4/1985 de 27 de junio tiene como misión la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, integrado, entre otras disposiciones, por el Derecho civil o foral de Aragón. Debe estudiarse pues cuál es ese Derecho, el estado en el que se encuentra, la regulación actual, sin quedarse en la mera normativa vigente, sino que debe irse más allá; estudiar cuáles han sido sus antecedentes, cuál es su aplicación en la práctica, cuáles son los problemas que genera su aplicación; cuál es la opinión que sobre él tiene la doctrina más autorizada, la jurisprudencia generada... y todo ello más que nunca en un momento como el actual, en el que está en marcha la tarea de elaborar un Código o Compilación de Derecho Civil de Aragón para el siglo XXI.

El pasado 24 de febrero de 1999 fue aprobada por las Cortes de Aragón la nueva Ley de sucesiones por causa de muerte[2], ley que venía a derogar y sustituir numerosos artículos de la Compilación, en concreto, todos los que formaban parte del Derecho de sucesiones aragonés. Con ello se inicia el proceso de renovación de este cuerpo legislativo, tarea, que tal y como se propuso la Comisión aragonesa de Derecho Civil[3], se está llevando a cabo de modo gradual, escalonado. La Comisión consideró, a mi juicio,

---

1. Artículo 33.1.b) Estatuto de Autonomía de Aragón (Texto reformado por la L.O. 5/1996 de 30 de diciembre) cuyo tenor es "El Justicia de Aragón tiene como misiones específicas [...] la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación"

Artículo 1 de la Ley reguladora del Justicia de Aragón "El Justicia de Aragón es la institución que tiene como misión la protección y defensa de los derechos y libertades, individuales o colectivos, reconocidos en el Estatuto, la tutela del Ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación y la defensa del estatuto" (Función cuya regulación se contiene en el Capítulo III del Título II de dicha ley).

2 Ley 1/1999 de 29 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte. BOA número 26, de 4 de marzo.

3 "*Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón*", Ponencia General elaborada en octubre de 1996 por la Comisión aragonesa de Derecho Civil, regulada por Decreto 10/1996 de 20 de febrero.

acertadamente, que no convenía emprender una reforma urgente y total de la Compilación, sino que aquella debía realizarse paulatinamente, sin precipitaciones, ya que disponíamos de un cuerpo legal que, si bien provenía de 1967, y por tanto no podía hacer frente a todas las nuevas necesidades que la sociedad actual planteaba, sí se caracterizaba por su gran altura técnica y por recoger los principios inspiradores, tradicionales de nuestro Derecho. Por eso, como el propio Informe de la Comisión señalaba, no se trata de tirar por la borda todos esos años de Historia y partir de cero, sino de aprender de la experiencia pasada, y respetando lo principios arraigados en nuestro pueblo, desarrollar una normativa, hacer que evolucione y se adapte a las nuevas necesidades, que haga frente a los nuevos retos y soluciones los problemas y deficiencias que la práctica ha puesto de manifiesto.

Y ésta no debe ser tarea de unos pocos. Siendo las Cortes de Aragón las únicas legitimadas para legislar sobre Derecho civil aragonés (Art. 149.1.8. CE y Art. 35.1 4º del Estatuto de Autonomía) —competencia que, tras muchos años en los que se legislaba desde instancias ajenas fue retomada en 1985, año en que fue aprobada la ley que, además de adoptar e integrar en el ordenamiento aragonés la Compilación, modificaba este texto— los legisladores parten de un trabajo previo. Todo jurista aragonés está o debe estar implicado en esta labor, aportando sus conocimientos, su experiencia, todo con el fin de llegar a una nueva regulación consensuada, que siga siendo sentida como propia por todos los aragoneses y puedan seguir siendo válidas las palabras que en 1926 pronunciaba Don Marceliano Isabal acerca de la institución de la viudedad, definiéndola como "la más amada en el país, la que más motivos da para el noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños. Ella fortifica la autoridad natural paterna y mantiene la cohesión de la familia, a cambio de pequeños inconvenientes económicos que no siempre existen y nunca tienen va-

lor apreciable en comparación con las ventajas que la hermosa institución reporta".[4]

Por todo ello, parece pues el momento idóneo para abordar el estudio de toda esta parte del Derecho civil aragonés, todavía pendiente de reforma.

Dicho esto, quizá convendría explicar los motivos que, dentro de ese vasto campo, me han llevado a escoger como objeto de mi trabajo el derecho de viudedad, y, en primer lugar, la fase de derecho expectante de viudedad.

Esta fase supone el modo en que se manifiesta este derecho constante matrimonio, es decir, en vida de ambos cónyuges e implica para los bienes inmuebles y muebles como sitios del Artículo 39 (explicado a grandes rasgos, sin perjuicio de estudiar más adelante con mayor detalle el régimen y funcionamiento de este derecho) una afección, una reipersecutoriedad que conlleva que el gravamen no desaparece por el mero hecho de que el bien sobre el que recae sea transmitido a terceras personas. Esta eficacia frente a terceros es precisamente lo que ha originado ciertos problemas en la práctica y la que ha suscitado la reticencia de ciertos sectores ante esta institución.

Justamente en esa eficacia, en ese modo de operar se concentran las opiniones tanto a favor como en contra de esta institución.

En efecto, por un lado, la fase de derecho expectante aparece indisolublemente unida a la de usufructo vidual (ambas son dos caras de una única institución) que sirve de garantía, de modo de aseguramiento de esa futura y eventual manifestación que consiste en un usufructo, pero al mismo tiempo ese carácter de grava-

---

4. ISÁBAL Y BADA, M. «*Exposición y comentario del Cuerpo legal de Fueros y Observancias del Reino de Aragón*». Zaragoza 1926. Reed. CAZ 1985, pág. 517.

men real, que le dota de eficacia reipersecutoria, implica un obstáculo para el libre y fluido tráfico de bienes.

Sus múltiples ventajas, no eclipsan por completo algunos inconvenientes que genera. Su existencia ha provocado alguna injusticia, al dar lugar a abusos en su alegación o ejercicio. Sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 7 de febrero de 1996[5] y las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 4 de abril de 1995[6] (resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la APZ de 11 de julio de 1994) y 30 de octubre de 1996[7], son buena muestra de las muchas dudas y divergentes interpretaciones a que da lugar la regulación actual.

Del mismo modo, y con motivo de haberse puesto en marcha el proyecto de renovación de la Compilación, desde diversos ámbitos jurídicos se oyen voces, que para la posición tradicional pueden considerarse disidentes, acerca de la conveniencia y de la bondad de esta fase del derecho expectante. Por tratarse de opiniones muy autorizadas (me remito a páginas posteriores donde serán debidamente citadas y comentadas) deben ser tenidas en cuenta de cara a abordar la reforma del Derecho de Familia. Opiniones de ese tipo pueden indicar cuál es el camino que seguirá la nueva regulación del derecho de viudedad. Sin tratar de innovar en exceso, o modificar tanto que se llegue a desnaturalizar la institución, sí hay que plantearse nuevas posibilidades, que solucionen problemas que la propia práctica nos ha mostrado y que adapten la viudedad a los nuevas necesidades que los aragoneses del siglo XXI vamos a presentar, porque no olvidemos que la mejor manera de defender y conservar una institución no es defenderla a ul-

5. El texto íntegro de esta Sentencia puede consultarse en la RDCA-III- 97. Número 1, marginal 2.

6. Puede consultarse en la RDCA-III 1997, número 2 marginal.

7. Véase la RDCA-II nº1, marginal 1.

tranza, mantenerla inmutable e invariable, sino adaptarla, renovarla, pues de lo contrario la vida y la aplicación del Derecho irán por un lado, al margen de aquella institución que, petrificada, nos hemos empeñado en colocar en una urna de cristal y hemos convertido en una institución histórica, pero no jurídica, pues ya no sirve para regular la vida social, para solucionar problemas reales, que es para lo que sirve el Derecho.. Con este espíritu, libre de ciegos apasionamientos, es con el que voy a emprender el estudio del derecho de viudedad, para concluir planteándome la posibilidad de insertar la capitalización como parte del régimen de esta institución.

II. VIUDEDAD ARAGONESA. INSTITUCIÓN UNITARIA DE NATURALEZA FAMILIAR

Antes de centrarme en el derecho expectante de viudedad, parece conveniente decir algunas palabras acerca de la institución de la viudedad, considerada en su globalidad, como institución unitaria, analizando las principales cuestiones que suscita este derecho.

En primer lugar, procede resaltar algo que vengo repitiendo a lo largo de las líneas anteriores, y que es el carácter unitario que esta institución posee a pesar de las distintas funciones que cumple en cada uno de los distintos periodos de su desarrollo. En palabras del profesor Sancho Rebullida estamos ante "una institución unitaria, aunque diversa en su manifestación y contenido jurídico, evolutiva conforme al cambio de supuesto de hecho sobre el que se asienta"[8]. En efecto, en vida de ambos cónyuges la viudedad implica que determinados bienes se hallan afectos a un

8. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P. "Comentario a los artículos 72 a 88 (la viudedad)" en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II pág. 628.

eventual usufructo del cónyuge supérstite (no teniendo la misma eficacia en función de la distinta naturaleza de los bienes sujetos a ella), adoptando en un segundo momento, cuando uno de los cónyuges ha fallecido, la forma de usufructo vidual. Esta configuración de la viudedad en dos fases, el hecho de que la viudedad nazca y sus efectos arranquen desde el mismo momento de la celebración del matrimonio hacen que exista prácticamente unanimidad[9] entre la doctrina y la jurisprudencia (también la propia ubicación dentro del cuerpo legal de los preceptos que regulan esta institución dan pie para ello) a la hora de atribuir a la viudedad una naturaleza familiar y no sucesoria. Hoy, sobre todo a par-

---

9. Como opiniones discordantes de esa postura mayoritaria podemos citar a:

CAMÓN AZNAR, L. *Comunicación sobre la naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa* ADA 1968-69, pág.541 "la naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa, por su origen, por su fundamento y características esenciales, la atribuimos de Derecho sucesorio".

MARTÍN BALLESTEROS, L. *Ponencia sobre la viudedad* ADA XIV 1968-69, pág 514 « de la naturaleza de Derecho de Familia del usufructo vidual aragonés, no cabe la menor duda [...] Lo ha regulado ya de una manera definitiva la Compilación, si bien es verdad que siguiendo al Apéndice, que ya lo reguló de manera casi definitiva. Pero, sin embargo, en el Derecho histórico no es así. Hay que tener en cuenta que todavía Franco y López consideraba en sus artículos 65 y 66 concretamente al viudo como heredero forzoso, como en el Proyecto del Año 1904 por primera vez se dice que no tiene carácter de derecho sucesorio. E incluso una Sentencia de 3 de enero de 1935 todavía daba a la institución un cierto carácter sucesorio».

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. "Comentario a los artículo 72 a 86", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albadalejo, T. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pág 287 sostiene "la teoría de entender la institución de viudedad aragonesa dividida en dos etapas sucesivas, la primera de puro Derecho de Familia y la segunda sucesoria" con el fin de "cohonestar nuestra Compilación y la modificación del Artículo 16 del Código Civil". Añadiendo en la pág. 288 "si la viudedad, entendida en las dos vertientes, es renunciable por separado, que si con arreglo al Código Civil las personas que sin derecho expectante acceden al usufructo o segunda escala, no puede repugnar demasiado entender que la institución tiene las dos facetas de familiar y sucesoria en los dos periodos que abarca [...] Tampoco se puede oponer a ello basándose en el origen de la institución, ya que su base consuetudinaria es, en principio, más sucesoria que familiar y sólo cuando esa costumbre se institucionaliza se convierte en familiar, aunque lleva siempre ribetes sucesorios".

tir de los trabajos del profesor Lacruz Berdejo[10] este aserto parece indubitado. Al contrario de lo que sucede con otras instituciones, más o menos equiparables, que, en otros Derechos civiles que coexisten con el aragonés dentro del Estado español, atribuye derechos al cónyuge viudo, los derechos que el Derecho aragonés atribuyen al cónyuge no son sólo por su condición de viudo, sino que antes de adquirir tal condición, aún en vida de su cónyuge tiene ciertos derechos (si bien de especial naturaleza, su posición es más fuerte, tiene mayor envergadura, que la de una mera expectativa de derecho semejante a la que la filiación atribuye respecto a la legítima sucesoria)

Es decir, con la celebración del matrimonio el aragonés (mejor dicho y como más adelante precisaré, la persona cuyos efectos matrimoniales están regidos por el Derecho aragonés) por su condición de cónyuge ostenta una posición reforzada, protegida por el ordenamiento jurídico, en función de ese eventual derecho de usufructo que algún día puede llegar a disfrutar. No se trata pues de un derecho que sólo surge cuando se produce el fallecimiento de alguno de los cónyuges (permaneciendo hasta entonces meramente latente, constituyendo una mera expectativa, como pudiera ser la legítima) sino que ya tiene relevancia jurídica, con eficacia real antes de ese momento.

Esta es la posición tradicional, a la luz de la regulación actual, asentada tanto en la doctrina como entre la jurisprudencia, sólida y firme, aunque no por ello debe aceptarse como dogma.. No cabe partir de esa afirmación sin más, sin cuestionarla. Sólo tras analizarse todos los puntos en los que se asienta, puede llegarse a la conclusión de lo acertado de dicha aseveración, no compartida por todos los autores de forma unánime. Algunos autores le atribuyen carácter sucesorio y la propia Exposición de Motivos de la

10. LACRUZ BERDEJO, J.L. Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad ADA, Tomo III, 1946, págs. 353 y 354.

ley 15/ 1967 de 8 de abril sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón justifica la ubicación de la institución con las siguientes palabras *"encuadrado en el Libro I por la preponderancia de su carácter familiar sobre el sucesorio"*. Como vemos, la propia Compilación parte de que la naturaleza sucesoria no está por completo ausente de la viudedad. De hecho, el propio origen de la institución nos indica que su finalidad era garantizar una existencia adecuada a la viuda. Aun aceptando que desde la misma celebración del matrimonio el cónyuge goza de una especial posición de cara a la protección de su futura condición de viudo, hay que tener en cuenta que toda la eficacia que la viudedad despliega en vida de ambos, está concebida en función de la siguiente fase del usufructo vidual, a modo de garantía, para evitar que llegado el momento en que uno de los cónyuges adquiere la condición de viudo, el derecho de usufructo que tendría derecho a disfrutar haya quedado en papel mojado, reducido a la nada, ya que los bienes sobre los que debía recaer han desaparecido, al no estar en el patrimonio del cónyuge fallecido.

Esta es la configuración actual (y tradicional) de la viudedad, el modo cómo es configurada por el Derecho vigente, pero ello no obsta para que pueda plantearse si en el futuro sería conveniente que se redujera el ámbito de esta fase del derecho expectante, o al menos se modificara algún concreto aspecto de su modo de operar.[11]

Es más, en el propio Derecho vigente, podemos ver que no siempre la fase de usufructo vidual se ve precedida de un derecho

11. LACRUZ BERDEJO, J.L., al estudiar la viudedad foral navarra y plantearse las posibles medidas de protección de este derecho en vida de ambos cónyuges decía "el sistema aragonés es, sin duda alguna, el más seguro, pero cabe dudar que sea el más justo". «*Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra*» RCDI, 1964, pág. 651. Este juicio versaba sobre el derecho de viudedad tal y como era regulado por el Apéndice, Derecho en ese momento vigente, pero puede ser trasladado a la disciplina actual, ya que en este aspecto las diferencias no son notables.

expectante. Dejando al margen la institución que regula el Art. 16.2 del Código Civil (creo, al igual que la mayor parte de los autores que han tratado el tema que no se trata de la viudedad aragonesa) podemos hallar supuestos en que una persona a la muerte de su cónyuge disfruta de usufructo sobre unos bienes sobre los que previamente no ha tenido derecho expectante de viudedad

Analicemos el caso que viene a resolver el Art. 7.2 Compilación (precepto que recibió nueva redacción de manos de la ley 7/1988). Pensemos en la persona que ha sido declarada judicialmente ausente y que en virtud de lo que señala el Art. 7.1. ha visto como se ha extinguido el derecho expectante de viudedad que tenía. Si tras un tiempo el ausente reaparece, en un momento en que su cónyuge ya ha fallecido, el que fue declarado ausente gozará del derecho de usufructo vidual. Ese usufructo recaerá sobre los bienes de su cónyuge que en el momento de su fallecimiento quedaran en su patrimonio, no sobre otros que pudiera haber habido anteriormente ya que ellos no estaban afectos a derecho expectante de viudedad alguno. Vemos pues como en determinados casos es concebible y de hecho puede darse el usufructo vidual desligado de un previo periodo de derecho expectante.

Podrá replicarse que estamos ante un supuesto excepcional, atípico (de hecho si el declarado ausente reaparece en vida de su cónyuge, aquél recupera el derecho expectante, siguiendo el mecanismo ordinario, habitual de funcionamiento de la institución), pero en realidad no es el único caso ante el que nos podemos encontrar. Actualmente la viudedad (globalmente considerada, esto es, viendo las dos fases en la que se manifiesta) es universal, al recaer, salvo previsión en contrario, sobre todos los bienes del patrimonio de cada cónyuge. Esto es así, así se deduce del tenor de la ley, y lo señalan unánimemente los autores, pero en realidad ¿en qué queda reducido el derecho expectante que recae sobre los bienes muebles?. Sobre esta clase de bienes no existe ningún mecanismo que garantice que sobre ellos recaerá efectivamente el usu-

fructo vidual, ya que el cónyuge supérstite sólo usufructuará los bienes muebles que en el momento del fallecimiento del cónyuge queden en su patrimonio (salvo que se trate de una enajenación fraudulenta y el accipiens sea cómplice en el fraude o si la enajenación es a título gratuito. En otro caso los herederos del cónyuge defraudado habrán de indemnizar el valor del usufructo perdido). Es decir, tan sólo en el caso de que logre acreditarse que la enajenación de un bien mueble tuvo como finalidad defraudar el derecho de viudedad, podría reaccionarse y tener algún derecho. Fuera de ese supuesto, el eventual derecho de usufructo no se verá garantizado, ya que aunque formalmente el derecho expectante recae sobre todo tipo de bienes, éste no tiene ninguna virtualidad ni concede ninguna posibilidad de actuación que ostenta ese derecho expectante, en palabras el profesor Lacruz "hay, como se ve, una simple expectativa protegida".[12]

Con todo lo dicho pretendo poner de manifiesto como, si bien la configuración legal actual de la viudedad no deja lugar a dudas acerca de la naturaleza unitaria de esta institución, en la que las fases de derecho expectante y de usufructo vidual se hallan interrelacionadas, esto no es así en todos los supuestos y cabe al menos plantearse, si las mismas razones de política legislativa que hacen que el derecho expectante que recae sobre los bienes muebles quede reducido a meras palabras (salvo que medie fraude de derecho) pueden conducir en un futuro a que la fase de derecho expectante vea restringido su ámbito de aplicación, o sea sustituida por otro mecanismo garantizador o, al menos respecto de algunos bienes, cambie el modo de operar de esta fase, y con ello pase a adquirir mayor relevancia su naturaleza sucesoria, pasando a segundo plano o atenuándose la eficacia que despliega en vida de ambos cónyuges.

---

12. LACRUZ BERDEJO, J.L. "Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial en Aragón, Navarra y Vizcaya" en Elementos de Derecho Civil", IV, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 566.

En este momento sólo planteo el problema, que retomaré cuando aborde el análisis específico de la fase de derecho expectante, para cuestionar o al menos hacer que nos replanteemos la afirmación de la exclusiva naturaleza familiar de esta institución. En el ordenamiento aragonés el Derecho de sucesiones y el Derecho de Familia están muy interrelacionados, mucho más que en cualquier otro ordenamiento, al existir un genuino Derecho de Familia postmortem para después de disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, y por ello no es fácil trazar una nítida línea de separación entre ambos sectores. Aspectos sucesorios y familiares pueden aparecer combinados en una institución, aparecer en equilibrio o primando unos sobre otros[13], lo que en ningún momento puede hacerse es condicionar una regulación a partir de la calificación que a una institución se le dé. La calificación siempre debe ser posterior, algo que surja a partir de la regulación existente y no a la inversa, no pudiendo condicionar la supuesta naturaleza de la institución (aunque sea la naturaleza tradicional), la configuración legal que esa institución reciba.

En realidad, como señalan los profesores Sancho Rebullida y De Pablo[14] la calificación de familiar de la viudedad no es más que el soporte conceptual de la fase del derecho expectante. En la medida que este fase desaparezca o pierda relevancia habría que re-

---

13. ZAPATERO GONZALEZ, R. *De la viudedad foral*, en "Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985)", Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, págs. 201-242. Opina que "el usufructo vidual es institución de Derecho de Familia «sui generis» o con características propias y atípicas que participa de algunos rasgos del Derecho sucesorio e incluso del Derecho de bienes".

14. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág. 637 "la naturaleza familiar de la institución siempre ha servido de soporte conceptual a la fase de derecho expectante, y como expresión de que, en Derecho aragonés, no puede establecerse una frontera tan rígida como la del Código Civil entre derecho de Familia y Derecho de sucesiones al existir un genuino Derecho de Familia postmatrimonial para después de disuelto del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges".

plantearse aquella calificación. Con todo, me parece evidente que en modo alguno podríamos llegar a configurar la viudedad aragonesa como una institución puramente sucesoria, dada la conveniencia de que siga desplegando respecto de algunos bienes alguna eficacia desde el mismo momento de la celebración del matrimonio. No creo que la reforma de esta institución deba llegar hasta ese extremo de suprimir toda fase previa al usufructo vidual, dado que ello entrañaría una total desnaturalización de la institución, que en modo alguno estaría en consonancia con el sentir de la sociedad aragonesa. Considero que el camino a seguir es regular adecuadamente la manifestación que la viudedad adopta a partir del fallecimiento de uno de los cónyuges, articulando de forma adecuada su eficacia y funcionamiento, y a partir de ahí, regular la primera fase de la viudedad, teniendo siempre presente su función accesoria y garantizadora, concretando en qué supuestos y con qué alcance es preciso que despliegue su eficacia.

En segundo lugar, a la hora de analizar la institución de la viudedad en su conjunto, conviene aludir al criterio de interpretación específico del favor viduitatis, contenido en el Artículo 75.2, y que implica que toda la regulación de la viudedad (provenga tanto del pacto como de la costumbre como de la propia ley) deben interpretarse en el sentido más favorable para la viudedad, interpretando restrictivamente las limitaciones que reciba este derecho y de modo favorable sus ampliaciones. Este criterio general sirve en la actualidad para resolver concretos problemas, dudas de interpretación que se plantean, ya que ante determinadas situaciones en las que se produzcan conflicto de intereses, el legislador es claro a la hora de señalar el valor que debe primar, que debe ser favorecido. En el futuro esto no tiene porqué variar. Los diversos valores en juego y que también deben ser tenido en cuenta: seguridad, agilidad en el tráfico jurídico, confianza de los terceros... no tienen porqué prevalecer sobre el derecho de viudedad. Este importantísimo derecho no tiene que concebirse como un mero obs-

táculo a la circulación de bienes, como una traba a la libertad de los cónyuges, sino que, al contrario, la viudedad como institución debe ser siempre un valor a defender, y eso se puede lograr si la regulación es la adecuada y el derecho de viudedad (en sus dos fases) sólo es ostentado en los casos debidos y opera de un modo adecuado. De otro modo, si la configuración legal tiende a proteger en exceso este derecho, ampliando excesivamente su órbita, la costumbre y los pactos de los ciudadanos irán contra esa ley y tenderán a corregir y reducir su ámbito.

Por último, cerrando este inicial repaso por las cuestiones que afectan a la viudedad considerada unitariamente, conviene abordar la posibilidad de coexistencia del derecho de viudedad con los diferentes regímenes económico matrimoniales que pueden darse, todo ello al hilo del análisis del Artículo 75.3 que señala la compatibilidad del derecho de viudedad con el pacto de hermandad llana, figura consuetudinaria cuya función es establecer el principio de comunidad universal en el régimen económico matrimonial [15]. Este precepto implica que este pacto no significa de suyo que haya voluntad de los cónyuges de limitar el objeto de la viudedad. Considero que esta finalidad ya está lograda por los propios Artículos 72.1 y 75.2, por lo que resulta innecesario, o al menos con ese significado que ahora tiene, este último apartado del Artículo 75. Si el Artículo 72.1 señala que el pacto que modifique la extensión que la ley atribuye a la viudedad debe constar, de forma expresa, en instrumento público o en testamento mancomunado, y toda esta materia está presidida por el favor viduitatis, el hecho de que toda norma restrictiva de derechos sea de interpretación es-

15. La relación entre la viudedad y la hermandad llana o agermanamiento es una costumbre en nuestro Derecho desde sus inicios, y ha sido regulada en la Observancia 19 De Iure Dotium; Jacobo de Hospital, en el libro quinto, Observancia 28 dice «Item propter germanitem factam inter virum et uxorem superstites non amittim viduitatem nisi expresse renunciaverit eidem». También la recoge Marceliano Isabal y el Artículo 63 del Apéndice.

tricta, impediría que pudiera extenderse el ámbito de aplicación de ese pacto.

Por el contrario, considero que sí sería necesaria una norma que se pronunciara de forma expresa acerca de la compatibilidad de la viudedad con cualquier régimen económico matrimonial.[16] Así se hacía en el Artículo 63 del Apéndice y en el Artículo 139[17] del Anteproyecto preparado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses. De ahí pasó al Artículo 144 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962, siendo definitivamente suprimido a partir del Artículo 140 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963[18], supresión que se debió no a un cambio de criterio, sino al hecho de considerarlo obvio. En efecto, a la luz de la regulación actual parece que es evidente la compatibilidad de cualquier régimen económico matrimonial con la viudedad, y que de no referirse expresamente a ella, ésta, la viudedad, no se ve alterada por ningún pacto atinente a la economía del matrimonio. La viudedad puede considerarse como institución integrante del régimen económico matrimonial primario, aplicable por tanto a todo matri-

16. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*... ob. citada, pág. 318 "no sólo se mantiene la viudedad universal en el pacto de hermandad llana, sino también en cualquier otro, incluso en el de separación de bienes; cualquier modificación del régimen económico matrimonial legal, del tipo que sea, no lleva implícito el cambio de la viudedad universal, será preciso un pacto expreso para ello".

17. El tenor de dicho precepto era el siguiente: "cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio, cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, cada cónyuge adquiere desde entonces, caso de sobrevivir al otro el derecho de usufructuar todos los bienes privativos de éste y los inmuebles comunes".

18. Ya el Proyecto de Apéndice de 1889 - considerado por la doctrina como el más respetuoso con el Derecho histórico aragonés - en su Artículo 146 señalaba esta compatibilidad, así, "los cónyuges adquirirán mutuamente el derecho expectante de viudedad desde el momento que contraigan matrimonio con arreglo a las leyes. Cualesquiera que sean los pactos y las formas sobre el régimen y administración de la sociedad conyugal de bienes y participación en las ganancias, subsistirá el derecho de viudedad si no consta expresamente renunciado o no se pierde por causa legítima".

monio cuyos efectos se rijan por el Derecho aragonés, sea cual sea su específico régimen. La propia estructuración del Libro I de la Compilación ratifica esa idea. El régimen económico conyugal y la viudedad se hallan regulados en títulos diferentes, independientes (IV y VI, respectivamente) de lo que se deduce que la viudedad no es un efecto del régimen económico matrimonial legal previsto en la Compilación, sino un efecto legal del matrimonio sujeto a la ley civil aragonesa.

Hoy por hoy, a la luz de la regulación actual considero pues indudable esa compatibilidad que, a lo sumo, sería cuestionable de lege ferenda. Se manifestaba unánime la doctrina en este punto por lo que parecía que no debía insistirse más en ello, cuando a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de octubre de 1996[19], diversos autores se han vuelto a ratificar en aquella opinión (véase lo dicho por Merino Hernández en el Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y legislación, pronunciado el 12 de junio de 1997, bajo el título de «limitaciones al derecho de viudedad aragonesa»[20]). En efecto, el voto particular que emitió en dicha Sentencia el Excmo. Sr. D. José Ramón San Román Moreno, provocó que se replanteara la cuestión entre los juristas aragoneses. El entonces Presidente del Tribunal Superior de Aragón afirmaba que el régimen de separación de bienes extingue el derecho expectante de viudedad, salvo expresa reserva del mismo, dado que «el régimen económico de separación de bienes es un régimen extraño al Derecho aragonés que difícilmente se compadece con la naturaleza familiar que la doctrina reconoce al derecho expectante de viudedad. Si ese derecho se extingue, salvo pacto en contrario, en los supuestos de separación judicial, que lleva aparejada por imperio

19. Puede consultarse el texto íntegro de la sentencia en RDCA-1997-III, número 1, marginal 2.

20. «Limitaciones al derecho de viudedad aragonés» Edit. Imprenta provincial de Zaragoza, 1997, págs. 19 y ss.

de la ley la separación de bienes, no creemos que pactado el régimen de separación de bienes, que a falta de regulación expresa se rige por las normas del Código Civil, se conserve el derecho expectante de viudedad, salvo pacto expreso de los cónyuges, en el que mutua o a favor de uno de ellos, expresamente reconozca su conservación».[21]

Opino que dichas afirmaciones (si bien puede ser comprensible la finalidad última que persiguen) carecen de base jurídica y por las razones anteriormente expuestas considero indudable la compatibilidad entre la viudedad y cualquier régimen económico matrimonial. Es técnicamente incorrecto buscar causas de extinción de viudedad no recogidas expresamente en el cuerpo legal, que recoge dichas causas con carácter de numerus clausus, no susceptibles de ser aplicadas analógicamente[22], pues ello vulneraría no sólo el favor viduitatis que hoy por hoy recoge como criterio interpretativo la Compilación, sino los más elementales principios jurídicos.

Otra cosa sería plantearse si en el futuro sería conveniente que la nueva regulación limitara la concesión de viudedad sólo a cónyuges sometidos a determinados regímenes económico matrimoniales.

El magistrado D. José Ramón San Román Moreno, consideraba que había identidad de razón entre la separación judicial, el divorcio o la nulidad del matrimonio que el Artículo 78 de la Com-

---

21. Fundamento Jurídico decimoquinto del voto particular.

22. BAYOD LOPEZ, M.C. *El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho* (A propósito de la STSJA de 30 de octubre de 1996) RDCA - 1997 -III (numero 2), pág 131 "no es posible aplicar la analogía: no hay laguna legal; y aún en el caso de haberla, la consecuencia que con ello se obtiene está prohibida por la legislación aragonesa, pues tal interpretación implica la vulneración del favor viduitatis, pues la viudedad sólo se extingue o se restringe en los casos y por las causas previstos expresamente por el legislador".

pilación recoge como causas de extinción del derecho expectante de viudedad y el pacto que establece el régimen de separación de bienes.

Considero inadecuado establecer ese paralelismo que según el citado jurista permite aplicar la analogía. El divorcio o la separación de cuerpos implican la ruptura de la convivencia conyugal, una pérdida de afecto, de confianza, que en modo alguno está implícita en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que no es más que un modo más de organizar la vida económica de una pareja y que no tiene porqué implicar situación de crisis matrimonial. Pactar ese régimen económico matrimonial es una opción más de los cónyuges sometidos al Derecho civil aragonés, y las razones que les pueden llevar a ello son muy variadas, ya que no siempre tiene porque entrañar una falta de confianza entre ellos y aunque así fuera, el ordenamiento jurídico les concede la posibilidad de extender esa desconfianza a otros ámbitos; si teniendo la posibilidad de excluir o reducir el derecho de viudedad no lo han hecho, no debe el intérprete ir más allá de lo pactado por los cónyuges, tratando de extraer de ello efectos que podrían estar muy lejos de lo realmente querido por los cónyuges.

En principio podría sorprender que al fallecimiento de uno de los cónyuges, el viudo pase a usufructuar, y por tanto, a ostentar unas facultades de administración sobre unos bienes que en vida de ambos estaban excluidos por completo de su esfera de actuación, por tratarse de bienes privativos de su cónyuge. Cabría pensar que aquella voluntad que en su día determinó que el matrimonio se rigiera por un régimen de separación llevaba implícito el deseo de los cónyuges de que, a la muerte de cualquiera de ellos, el supérstite no disfrutase de usufructo sobre sus bienes. Pienso que nada está más lejos de la realidad social y de los motivos que en su día mueven a las parejas a capitular estableciendo el régimen de separación. Esta decisión, la mayor parte de las veces, obedece al deseo de mantener separados ambos patrimonios per-

sonales, para salvaguardarlos de las eventuales responsabilidades que se derivan del ejercicio de actividades económicas y empresariales, de las que se pretende que no responda el patrimonio del otro cónyuge[23].

Por ello considero que sería totalmente inadecuado establecer como causa de extinción del derecho expectante, y con él, del derecho de viudedad el hecho de capitular estableciendo un régimen económico matrimonial de separación. Supondría un atentado contra el ámbito de esta institución. Hoy, los cónyuges en esas mismas capitulaciones pueden excluir el derecho de viudedad (Artículo 72.1 de la Compilación) si desean y es esa efectivamente su voluntad. Invertir el régimen actualmente establecido, haciendo que salvo reserva expresa se extinguiese el derecho expectante en virtud del establecimiento de un régimen de separación, va en contra de la tradición jurídica aragonesa (en la que la viudedad ha sido siempre compatible con cualquier régimen), del sentir general de la sociedad aragonesa, y supondría abrir un pórtico al fraude entre los cónyuges.

También discrepo con el Sr. San Román cuando éste afirma que «el régimen económico de separación de bienes es un régimen extraño al Derecho aragonés que difícilmente se compadece con la naturaleza familiar que la doctrina reconoce al derecho expectante de viudedad». El hecho de que el régimen matrimonial legal aragonés sea uno de comunidad no implica que nuestro ordenamiento excluya cualesquiera otros. De hecho, el régimen matrimonial legal sólo entra en juego en defecto de régimen pacciona-

---

23. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Limitaciones al derecho de viudedad* ..., ob. citada, pág. 124) "el mundo de los negocios está llevando en Aragón, en paralelo con la proliferación de las sociedades de responsabilidad limitada de carácter familiar, a la sustitución del régimen económico matrimonial de comunidad por el de separación de bienes y tanto se atiende a las necesidades ordinarias familiares con el uno como con el otro".

do y la posibilidad de pacto no se halla limitada en ese sentido. Aún el régimen de separación mas absoluta tiene cabida dentro del Derecho aragonés. Las razones que han movido a los cónyuges a convenirlo han podido ser de lo más variadas, y no creo que sea tarea del legislador tratar de adivinar cuáles son esas razones, ver qué hay detrás de ello, tratando de extraer consecuencias de ello, consecuencias que de haber querido los cónyuges podían haber señalado expresamente. También conviene puntualizar que, en este contexto, calificar de familiar a una institución como la viudedad significa que se trata de un efecto del matrimonio, que sus efectos arrancan del mismo momento de la celebración de éste, por contraposición a las instituciones sucesorias, y en este sentido tan familiar es el régimen de separación como el de comunidad universal.

Por otra parte, quizá en los regímenes matrimoniales en los que la autonomía entre los patrimonios de los cónyuges es mayor tiene más sentido una institución como la viudedad (en concreto el derecho expectante) que impide que la independencia de que gozan los cónyuges sea utilizada para defraudar la confianza del otro.

Considero, pues, que (a la luz de la regulación actual es evidente) en un futuro debería mantenerse la compatibilidad entre la viudedad y cualesquiera regímenes económicos que los cónyuges puedan pactar. En ese sentido las posibilidades que tienen son inmensas, a la hora de configurar la extensión que puede tener la comunidad conyugal, no teniendo porqué ajustarse a ninguno de los modelos configurados legalmente. Expresamente el artículo 25 de la Compilación establece esta libertad que poseen los cónyuges,[24]

24. Artículo 25.1 "los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, siempre que no sean contrarios a los fines propios del matrimonio."

de configurar a su libre albedrío el régimen económico que ha de regir su matrimonio.

En ese caso, ¿la viudedad sólo sería incompatible con el régimen de separación absoluto? ¿Y si la dimensión dada al patrimonio común es mínima, meramente simbólica? ¿dónde estaría el límite?.

Podría ser conveniente que la Compilación se pronunciase de forma expresa acerca de este punto, vistas las dudas que el silencio legal en este punto ha suscitado. (aunque, vuelvo a repetir, en modo alguno el Artículo 75.3 puede interpretarse en el sentido de que la viudedad sólo sea compatible con el régimen de comunidad).

III. EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO EXPECTANTE

Vistos estos extremos procede pasar a analizar, ya, el concreto modo de funcionamiento del derecho expectante, comenzando por ver en qué momento y para qué personas surge.

1. Matrimonio. ¿Parejas de hecho?

El Art. 72.1 de la Compilación no deja ningún margen de duda en este sentido al señalar que *"la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca"*, fijando como punto de arranque del derecho de viudedad el momento mismo de la celebración del matrimonio. Este hecho hace, como más atrás he indicado, que la viudedad pueda considerarse como una institución de Derecho de Familia. Sin perjuicio de cuestionarse si la consistencia jurídica que este derecho tiene en vida de ambos cónyuges respecto de algunos bienes permite seguir sosteniendo que esta afirmación es predicable respecto de todos los bienes, la eficacia que tiene actualmente respecto de los bienes inmuebles y los bienes del Art. 39 de la Compilación, de ordinario los de mayor importancia econó-

mica, hace que pueda seguir siendo definida como un efecto civil del matrimonio. Ello nos conduce a la legislación estatal que, a la luz del sistema competencial trazado por la Constitución (Art. 149.1.8), tiene atribuida con carácter exclusivo la competencia de configurar el sistema matrimonial que rige en España; y así, de la legislación estatal[25] deducimos cuáles son las uniones conyugales a las que el Derecho español reconoce efectos civiles y cuál es el momento preciso en el que tales uniones originan efectos civiles.

No tiene mucho sentido en la actualidad plantearse cuestiones que tradicionalmente se trataban en esta sede, como pueden ser las consecuencias que la no consumación del matrimonio podía generar, ya que hoy por hoy ninguna relevancia jurídica concede la legislación civil a este extremo. En cambio, si puede ser conveniente plantearse si seria factible que el derecho de viudedad pudiera surgir entre los miembros de las parejas estables no casadas. En 1990 Emilio Latorre Martinez de Baroja[26] se formulaba esa pregunta y presentaba como posible apoyo histórico una interpretación amplia de la Observancia 44 de Iure dotium que no exigía matrimonio para la obtención de la viudedad sino que bastaba la intervención de cópula entre los que contrajeron esponsales. Hoy, insertos como estamos en el proceso de juridificación de este tipo de parejas, la cuestión no es un mero problema teórico, hipotético ya que se ha visto reflejada en la Proposición de ley relativa a parejas estables no casadas presentada ante las Cortes de Aragón por el Grupo Parlamentario Socialista y que fue publicada en el Boletín oficial de las Cortes de Aragón de 24 de abril de 1998.

---

25. Artículos 49 a 60 del Código Civil.

26. (*Comentarios*...ob. citada, pág. 295) Opinaba " no creo que sea muy acertada dicha modificación [...] mal se llevaría el derecho expectante con la voluntad de la pareja que ha organizado su unión en base a una mayor libertad que la que produce el matrimonio, y su misión supondría una limitación a la misma."

En el Art. 15 de dicha Proposición de ley se señalaba que *"la celebración de un contrato de convivencia estable atribuye a cada miembro de la pareja el derecho de viudedad sobre los bienes del otro, en los propios términos que la Compilación establece para los matrimonios"* Vemos pues como esa pretendida atribución de viudedad a los miembros de este tipo de uniones, se articulaba como una traslación de lo dispuesto anteriormente respecto de las uniones matrimoniales. Esa aplicación mecánica, tal y como pretendía hacerse desde esa Proposición de ley, originaba numerosos y graves problemas, dados los términos en los que se había configurado la regulación de las parejas estables no casadas.

Sin entrar en consideraciones de política legislativa acerca de la conveniencia de diseñar por este tipo de uniones una regulación legal meramente paramatrimonial, basada en la mecánica transposición de lo ya previsto para los matrimonios, sin tener en cuenta los rasgos particulares de estas uniones que las más de las veces se singularizan por el deseo de sus miembros de no someterse a una rígida disciplina legal; conviene señalar someramente las graves deficiencias que presentaba la disciplina esbozada por aquella Proposición de ley.

En primer lugar hay que destacar la laguna que existía al no configurar como impedimento para otorgar el contrato de convivencia que sometía a las parejas a ese régimen previsto, el hecho de formar ya pareja estable con otra persona, por lo que era posible que una misma persona formara parte de varias parejas estables, con lo que en buena lógica sus bienes hubieran debido estar afectados a más de un derecho expectante de viudedad.

Grandes problemas planteaban también los márgenes, de seis meses, que se preveían tanto tras la celebración del contrato de convivencia, antes de que éste comenzara a surtir plenos efectos, como tras la extinción de dicho contrato, antes de que éste deje de surtir sus naturales efectos, ya que cabía plantearse si los bienes

transmitidos en esos periodos de vacatio seguirían o no afectos al expectante, dejando así la puerta abierta tanto a la inseguridad jurídica como a la posibilidad de fraude al derecho de viudedad; todo ello por no hablar de los conflictos a que podía dar lugar el Art. 1 de la Proposición de ley que, al delimitar el ámbito de aplicación de la norma exigía que las personas *"residan efectivamente en Aragón y, al menos, uno de los miembros de la pareja ostente vecindad civil aragonesa"*, con la falta de coordinación con otras leyes autonómicas y la consiguiente posibilidad de que, de nuevo, una persona, fuera miembro de más de una pareja estable, (véase el Art. 1 de la ley del Parlamento de Cataluña de 15 de julio de 1.998 sobre uniones estables de pareja que exige que *"como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña"*).

Muchas de estas deficiencias fueron subsanadas a lo largo de la tramitación parlamentaria de la norma, pero una de las más profundas modificaciones que la Proposición de ley sufrió, y es lo que más nos importa a nosotros, fue la supresión, a raíz de sendas enmiendas (las número 45 y 48) presentadas por los Grupos Parlamentarios del Partido Aragonés y del Partido Popular, respectivamente, del Art. 15 (entre otros)[27].

En efecto, el texto definitivo sobre las parejas estables no casadas aprobado por, ley 6/1999 de 26 de marzo de las Cortes de Aragón, no contiene ninguna alusión al derecho de viudedad por lo que esta institución sigue manteniendo su ámbito circunscrito a los matrimonios.

Según mi punto de vista, hoy por hoy, esa es la solución más adecuada, lo más acorde con los tiempos presentes, ya que no considero que la sociedad actual demande esa extensión de una institución en la que la costumbre ha tenido y tiene tanta importancia

27. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 208, 18 de septiembre de 1998, pág. 8904.

(tan vivida por el pueblo) como la viudedad a las parejas estables no casadas.

Cosa diferente es articular concretas medidas para mitigar el posible desequilibrio económico o cuando menos la nueva situación que genera la disolución de la pareja (a ello se dedican los Artículos. 7 y 9 de la ley, cuando la disolución se produce en vida de ambos miembros o por muerte de uno de ellos, respectivamente).

Centrándonos en los derechos en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, éstos guardan gran similitud con los previstos por la ley Catalana de uniones estables de pareja (véanse sus Artículos. 18 y 33)[28] y que a su vez, en líneas generales, coinciden con los derechos individuales establecidos para la familia matrimonial (Artículos. 35 y 36 del Código de Familia Catalán) se manifiestan sólo a la muerte de uno de los miembros de la pareja, sólo sobre los bienes que en ese momento subsistían, ya que no se ven precedidos por ninguna fase que a modo de garantía les afecte a tal derecho, dado la gran inseguridad que ello provocaría. Si, como veremos, son grandes las dificultades existentes para saber si determinados bienes están afectos al derecho de viudedad por pertenecer a un cónyuge cuyo régimen económico matrimonial está regido por el Derecho aragonés, el tráfico jurídico de bienes sería prácticamente inconcebible si existiera la posibilidad de que algo de tan fácil constitución y disolución como este tipo de uniones generara tan grave afección de los bienes. Por todo ello considero que actualmente no debe concederse a los miembros de las parejas estables no casadas derecho de viudedad. Quizá en un futuro, a medio o largo plazo si la sociedad lo demanda, o si cambia la regulación de la viudedad y pierde vigor la fase de derecho expectante, había que replantearse la cuestión, pero en todo caso

28. Diario Oficial de Cataluña. 23 de julio de 1997 (número 2687).

considero que esa facilidad para la disolución que caracteriza a este tipo de parejas, supone un importante hándicap, para que puedan generar un efecto tan grave como éste.

Volviendo a la redacción del Art. 72 de la Compilación, si bien es claro a la hora de marcar como momento de nacimiento de la viudedad el de celebración del matrimonio (en realidad dicha disposición debería unirse con lo dispuesto en el Art. 61 del Código Civil que si bien señala que *el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración*, añade que *para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil*) es criticable en otro aspecto, ya que puede inducir a error y hacer pensar que desde el mismo momento de la celebración del matrimonio cada cónyuge posee el usufructo sobre los bienes de su cónyuge.[29] Aunque la lectura de todos los artículos que disciplinan esta institución disipan cualquier duda que pudiera plantearse, sería conveniente que desde el principio se dejara claro que con la celebración del matrimonio lo que nace es la viudedad, como institución unitaria, y que en ese momento se manifiesta como derecho expectante, no transformándose en usufructo vidual hasta el momento en que acaece el fallecimiento de uno de los cónyuges, si entonces el supérstite reúne la condiciones que el ordenamiento exige señaladamente, si su derecho expectante no se había extinguido.. Por tanto, la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge derecho de viudedad, más en concreto un derecho expectante de viudedad, ya que el usufructo vidual sólo surgirá si se produce el óbito

29. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*, ob. citada, pág. 631 "realmente con esta redacción la inteligencia del Artículo 72 en sí mismo podría resultar oscura: podría parecer que, con la celebración del matrimonio y desde entonces cada cónyuge adquiere el usufructo de los bienes del otro; o que lo adquiere uno (el que sobreviva) sobre los del que primero fallezca, pero desde la celebración del matrimonio (lo cual es imposible); o que el derecho de usufructo sea originado desde la muerte del cónyuge, pero por el matrimonio, como una expectativa jurídica semejante a la que la filiación atribuye en cuanto a la legítima":

de uno de los cónyuges antes de que se haya extinguido el derecho expectante del ahora cónyuge supérstite.

2. Matrimonio cuyo régimen económico matrimonial se rija por el Derecho aragonés.

Con ello hemos analizado el primer extremo de las condiciones que deben ostentar las personas para tener derecho de viudedad. Visto ya que debe tratarse de personas casadas, junto a esto, precisan un segundo requisito, como es el de que los efectos de su matrimonio se rijan por la ley aragonesa. Este requisito, aunque no formulado expresamente en la normativa aragonesa que regula la viudedad, resulta una exigencia necesaria derivada de la coexistencia en España de distintos ordenamientos civiles.

Siendo el legislador estatal el único legitimado para resolver los conflictos de leyes (Art. 149.1.8 de la Constitución) es natural que la determinación de las personas a las que alcanza este beneficio provenga de una norma de ámbito estatal, en concreto del Título Preliminar del Código Civil, sede donde se recogen las normas de Derecho Internacional Privado que, en virtud del Art. 16, también sirven como normas del tradicionalmente llamado Derecho Interregional Privado y que señalan el ámbito de aplicación de las instituciones de los distintos Derechos civiles españoles.

En este marco podemos hallar dos preceptos que vienen a solucionar este problema, dos preceptos no plenamente coordinados[30], a cuya coexistencia debe buscarse una explicación lógica y trate de armonizarlos, formando con ellos un sistema equilibrado.

---

30. MERINO HERNANDEZ, J.L. «*La vinfefad foral y los cambios de vecindad civil*» Comunicación presentada en la sesión de trabajo del día 25 de abril de 1997 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. "estas normas (las que integran el Derecho Internacional Privado aplicables a los conflictos móviles interterritoriales) están concebidas desde la óptica del Código Civil, sin tener en cuenta apenas las singularidades normativas forales, ni mucho menos los efectos que sus disposiciones pueden llegar a producir en el resto de las instituciones civiles territoriales".

En principio, acudiendo al Art. 16 del Código Civil, la cuestión parece que no plantea mayores problemas. Dicho precepto, constituye el núcleo de nuestro Derecho Interregional Privado, que en nuestro ordenamiento se halla articulado en base a una remisión a las normas generales del Derecho Internacional Privado español. En efecto, comienza el Art. 16 señalando que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV -Artículos. 8 a 12- con las particularidades que el propio artículo recoge a continuación. Parece pues que, en este ámbito que nos ocupa, debemos partir del Art. 9.8 como norma general del Derecho Internacional Privado, y aplicarla teniendo en cuenta las especialidades del Art. 16, tarea que como voy a tratar de exponer, no es siempre sencilla, atendiendo al distinto origen de ambas normas, dictadas en momentos diferentes y para atender a distintas necesidades.

Por ello quizá sea conveniente remontarnos algo en el tiempo y estudiar cuál ha sido el iter de ambos preceptos.

El problema arranca de la distinta naturaleza que poseen los distintos derechos que se atribuyen al cónyuge viudo por parte de los distintos ordenamientos civiles que coexisten dentro del Estado español[31]. Así, a la hora de localizar cada relación jurídica en un sólo ordenamiento y ver cuál es la ley aplicable a cada situación, debe utilizarse diferentes normas de conflicto. Toda localización debe partir de una correcta calificación para subsumir cada institución en el supuesto contemplado por la norma de conflicto[32]. Ello suponía que a la hora de localizar los derechos que ope

31. Véase *Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial en Aragón, Navarra y Vizcaya* en "Elementos de Derecho civil ", IV, L. Bosch, Barcelona, 1982, págs 550-558.

32. DELGADO ECHEVERRIA, J. *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*, ADA, XVII, 1974-1976, pág. 71 "en el terreno de los conflictos interregionales la calificación ha de hacerse según el ordenamiento común o foral del que procede la institución".

legis eran atribuidos al cónyuge supérstite debíamos acudir a dos normas de conflicto diferentes: dado que de todos los usufructos viduales reconocidos por los legisladores españoles sólo el aragonés posee naturaleza familiar, sólo ante éste debíamos acudir a la norma de conflicto que atañe a los efectos del matrimonio, debiendo acudir en todos los demás casos a la norma de conflicto relativa a la sucesión por causa de muerte. Esto provocaba falta de coordinación entre los distintos sistemas que originaba situaciones injustas, problemas de adaptación, que la doctrina vino a denominar superposición y privación de beneficios, situaciones ocasionadas por el distinto funcionamiento del régimen económico matrimonial caracterizado por su inmutabilidad y de la ley que rige la sucesión por causa de muerte, regida por la ley personal y que al ser ésta determinada por la vecindad civil sufre las mismas modificaciones que ésta (Art. 14 del Código Civil).

En efecto, podíamos encontrarnos con un matrimonio cuyos efectos estaban regidos por el Derecho aragonés, y en el que, por tanto, ambos cónyuges tenían derecho expectante de viudedad, que a la muerte de uno de ellos se transformaba en usufructo vidual para el supérstite. Si en ese momento el fallecido había adquirido otra vecindad, dado que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, su viudo obtenía, además del usufructo vidual aragonés, la porción legitimaria que le reconocía la ley reguladora de la sucesión del premuerto.

A la inversa, y esto era todavía más sangrante, podían darse casos en los que el cónyuge supérstite careciera de todo usufructo vidual, por ser la ley personal del premuerto la aragonesa, por haber adquirido esta vecindad, siendo que la ley rectora del régimen económico matrimonial era otra constante matrimonio (en aquel momento no cabía la existencia de matrimonios mixtos ya que con

la celebración del matrimonio la esposa adquiría automáticamente la vecindad del marido).

A solucionar estos supuestos a que la normativa daba lugar, vino el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo que introdujo en el título Preliminar del Código Civil,[33] en el Art.16.2 una referencia específica al derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa. Dicho precepto, con mayor o menor acierto vino a solucionar aquellas dos situaciones[34]; por un lado, negando al cónyuge supérstite que disfruta de usufructo vidual bajo un régimen económico matrimonial regido por el Derecho aragonés, la posibilidad de obtener la legítima que en virtud de la ley sucesoria le pudiera corresponder y, por otro lado, atribuyendo el usufructo vidual al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

La norma fue muy criticada por la mayor parte de la doctrina en todos sus apartados (en este momento nos centramos en sus apartados primero y tercero, dado que el segundo, al afectar al desenvolvimiento del derecho expectante de viudedad, será objeto de estudio más adelante), desde diversas perspectivas, pero pese a la falta de técnica de la que adolecía, es evidente, que, si bien con un espíritu excesivamente práctico, dio solución a aquellos dos grandes problemas.

---

33. En cumplimiento de lo establecido en el apartado quinto de la Base séptima de la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil de 17 de marzo de 1973, que preveía la posibilidad de que el texto articulado, en tema de derecho interregional incluyera "las especificaciones que algunas instituciones requieran."

34. Y es o fue reconocido por la doctrina, a pesar de lo cual no dejó de criticar los nuevos problemas que presentaba). Por todos, MERINO HERNANDEZ, J.L. *Un problema resuelto y otro que se crea* (sobre el derecho de viudedad aragonés), ADC, XXVIII, 1975, decía " alabamos la decisión del legislador que ha sabido resolver de una vez y por todas unos problemas que comenzaban a ser ya casi podríamos decir que dramáticos".

La situación vino a complicarse en 1990,[35] cuando el legislador estatal abordó una nueva reforma del Código Civil (Ley 11/1990 de 15 de octubre, BOE Nº 250 de 18 de octubre) que, si bien su propósito era eliminar las discriminaciones que por razón de sexo pudiera haber en el cuerpo legal, tuvo un alcance mucho mayor, incidiendo en normas de Derecho Internacional Privado y de Derecho Interregional Privado. Dejando al margen el cambio operado en el régimen de adquisición de la vecindad civil, que ya no se ve alterada por razón de matrimonio (Art. 14.4) -lo que no deja de tener trascendencia para el tema que nos ocupa- la reforma que más afecta a lo que constituye el objeto de nuestro estudio es la operada en el Art. 9.8. La ley 11/1990 introdujo -a partir de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista- al final de este precepto un apartado con el siguiente contenido *"los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre de las legítimas de los descendientes"*. Con ello desapareció el supuesto de hecho que posibilitaba que pudieran darse aquellas superposición y privación de beneficios, ya que todos derechos que ope legis corresponden al viudo iban a recibir un mismo trato, independientemente de su naturaleza familiar o sucesoria. Parecía pues que con esta nueva redacción dada al Art. 9.8 resultaba innecesaria una norma como el Art. 16 que contemplaba específicamente a la

35. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*...ob. citada, pág. 648, "mantenido formalmente hoy, con su mismo tenor literal, el Artículo 16.2 del Código Civil, su sentido y eficacia, sin embargo han variado en la misma medida en que ha variado su contexto por obra, primero, de la entrada en vigor de la Constitución y del estatuto de Autonomía de Aragón, y, más tarde, de la ley de 15 de octubre de 19990, que retoca algunas de las reglas de Derecho Interregional contenidas en el Título Preliminar del Código Civil.

viudedad aragonesa, y esta es la opinión de autores como Serrano[36], Delgado Echeverría[37] que propugnan su supresión.

Por mi parte, si bien considero que el Art. 9.8 evita que se produzcan aquellos problemas de adaptación derivados de la diferente naturaleza que el derecho de viudedad aragonesa y los demás usufructos viduales tienen, esta diferente naturaleza hace que todavía tenga razón de ser el Art. 16.

El Artículo 9.8 del Código Civil establece la ley que determinará los derechos que corresponden al cónyuge supérstite en aquellos casos en que la ley personal del causante haya cambiado, estableciendo al mismo tiempo el sistema de coordinación entre esos derechos que ope legis se atribuyen al viudo y los derechos legitimarios de los descendientes.[38]

---

36. SERRANO GARCIA, J.A. "Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa en la reciente reforma del Código Civil. Su posible inconstitucionalidad", en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. JL Lacruz*, vol.1º, 1992, pág. 765 " la determinación de las personas con derecho de viudedad aragonesa será decidida por la aplicación de las normas de Derecho interregional que regulan la ley aplicable a los efectos del matrimonio [...]. Actualmente bastaría con aplicar dicha regulación o la específicamente introducida en 1990 en relación con los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite (artículo 9.8. u.i.) no siendo necesaria, a mi entender, ninguna referencia particular a la viudedad aragonesa en el Código Civil".

37. DELGADO ECHEVERRIA, J. *Comentario al artículo 16* en "Comentarios del Código Civil" dirigido por C Paz-Ares; L. Diez- Picazo Ponce de León;, R. Bercovitz; P. Salvador Cordech,. Ministerio de Justicia. Secretaría Genral técnica. Centro de publicaciones. Madrid 1993, pág 170. Refiriéndose al Artículo 16 señala "los posteriores cambios legislativos le han hecho perder toda coherencia, de manera que hubiera debido suprimirse en la reforma de 1990".

38. BORRAS RODRIGUEZ, A. *Comentario al Artículo 9.8 del Código Civil*, en "Comentario del Código Civil" (Dirigido por C.Paz-Ares... ob. citada, pág. 46) "sorprende, en primer lugar, que sólo se haga referencia a la legítima de los descendientes, pues hubiera sido más lógica una norma que estableciera el respeto, en general, a las legítimas establecidas en la ley aplicable."

Así, señala que los derechos legitimarios de los descendientes, determinados siempre al amparo de la ley que rige la sucesión, que no es otra que la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, prevalecerán en todo caso sobre aquellos derechos que corresponden al viudo.

Esta previsión vulnera de manera ostensible la esencia de la viudedad aragonesa y desnaturaliza la institución, al atentar contra uno de sus principales rasgos, en concreto, el atinente a la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa.

En efecto, el ordenamiento jurídico aragonés contempla y regula la viudedad como una institución familiar, como una ventaja matrimonial, que hace que el usufructo vidual en el que se concreta al fallecer uno de los cónyuges, esté siempre y en todo caso por encima de los derechos de los legitimarios. Ambos derechos están en planos diferentes, matrimonial y sucesorio, por lo que en ningún momento se interfieren y así el derecho del viudo prima, no afectando a la intangibilidad cualitativa de la legítima, por moverse en esferas diferentes.

Así pues esta es la configuración que la viudedad aragonesa recibe del legislador aragonés (único con competencia para regularla) y de esta forma debería operar en todo caso en que la institución fuera aplicable.

Pero esto es lo que no permite el Artículo 9.8 que deja a salvo en todo caso las legítimas de los descendientes. Si ello no plantea problemas de cara al resto de los usufructos viduales que reconocen los demás ordenamientos civiles españoles, dado su naturaleza sucesoria, sí lo hace ante la viudedad aragonesa, pues cuando en virtud de la ley rectora de los efectos del matrimonio debiera aplicarse la institución aragonesa, esa reserva de los derechos legitimarios haría que no fuera realmente la viudedad aragonesa la

que se aplicara, ya que no se respetarían todas las consecuencias que conlleva su naturaleza familiar.

De admitirse la supresión del Artículo 16, al contar sólo con el Artículo 9.8, ello implicará que en todo caso en que hubiera un elemento de heterogeneidad que justificase acudir a las normas de Derecho Interregional Privado el usufructo vidual estaría supeditado a los derechos legitimarios existentes, ya que éstos se dejan a salvo «siempre». (Vemos pues como este último inciso del Artículo 9.8 es rotundo a la hora de introducir esta cláusula de salvaguardia, al contrario de lo que sucede en su segundo inciso de ese precepto que permite la conservación de la validez de las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, pues entonces se dejan a salvo las legítimas *«en su caso»*, redacción ésta, que de haberse incluido al regularse los derechos del cónyuge supérstite, hubiera permitido sostener que las legítimas de los descendientes tan sólo prevalecerían sobre los derechos del viudo cuando éstos tengan naturaleza sucesoria y no familiar.)

Por todo ello, considero que alguna utilidad conserva el Art. 16, pese a que en 1990 cuando la ley 11/1990 de 15 de octubre reformó el Código Civil, dándole al 9.8 la redacción ya vista se pensó, y algunos autores así lo siguen propugnando, que el Art. 16.2 debía ser suprimido.

Con el nuevo Art. 9.8 ya no era posible que surgieran aquellos problemas de adaptación que motivaron la promulgación del Art. 16.2, por lo que parecía que había dejado de existir su razón de ser. Sin embargo, y contra todo pronóstico, el artículo segundo de la ley 11/1990 tras anunciar que los artículos 14 y 16 iban a tener una nueva redacción, se limita a transcribir dichos preceptos. En concreto, el vigente texto del Art. 16.2 no sufrió ninguna modificación de manos de aquella ley y su redacción actual procede del

Decreto 1836/1974 de 31 de mayo. Dado, pues, que el legislador en 1990 asumió el contenido de ese precepto, debemos tratar de darle alguna explicación razonable a su mantenimiento[39].

La única utilidad que le encuentro a esa regla que contempla de modo especial la viudedad aragonesa es la de evitar la salvaguarda de los derechos legitimarios ante el usufructo vidual. En efecto, al contrario de lo que sucede con el Art. 9.8 el Art. 16 no hace ninguna referencia a las legítimas de los descendientes, y esa ausencia podría entenderse como respeto a esa naturaleza familiar de la viudedad, que hace que la adquisición de la viudedad no pueda considerarse de carácter gratuito y, por tanto, no sea atacable por vulnerar las legítimas de los descendientes, al tratarse de una ventaja matrimonial bajo la cual, en principio, subyace la reciprocidad[40], ya que el hecho de que al final sólo uno de los cónyuges disfrute del usufructo, depende de algo tan aleatorio como la premoriencia[41].

---

39. SERRANO GARCIA, J.A. (*Vecindad civil, ley aplicable*...ob. citada, pág. 774 "el legislador de 1990 está asumiendo como propio el contenido del Artículo 16 procedente de 1974, sin caer en la cuenta de que los tiempos han cambiado y de que, ahora, existen una serie de Comunidades con derecho civil propio que tienen la competencia exclusiva para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, competencia que ya no puede seguir ejercitando el Estado".

40. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Sobre algunos caracteres del Derecho de viudedad*, ADA, III, 1946, pág 356, señala que " es onerosa la concesión recíproca de viudedad, que en su aspecto económico constituye una especie de seguro mutuo.". Desarrolla esta misma idea en el trabajo *Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal*. ADA, XII, págs.351 a 353. "funciona aquí un elemento aleatorio como en el seguro, y en todo caso, el hecho de que la concesión de viudedad pueda ser más ventajosa para un cónyuge que para el otro (por tener uno muchos bienes y otro muchos más), implicaría lo que la doctrina francesa llama una ventaja matrimonial, que no tiene carácter gratuito":

41. DELGADO ECHEVERRIA, J. Comentario al Artículo 16 en "Comentario al Código Civil" Dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez...ob. citada, pág 170. Refiriéndose al Artículo 16 señala " los posteriores cambios legislativos le han hecho perder toda coherencia de manera que hubiera debido suprimirse en la reforma de 1990.". Pese a ello este autor reconoce que "en estos casos, la viudedad aragonesa puede repercutir en los derechos legitimarios que a los demás herederos forzosos correspondan según la ley de

Lo único que justifica esa específica referencia a la viudedad, es excepcionar ese último inciso del Art. 9.8 que deja a salvo la legítima de los descendientes ya que (sin entrar a analizar el segundo apartado del Art. 16.2 que, por afectar a la eficacia reipersecutoria del expectante, será estudiado más adelante), la función que cumplen los apartados primero y tercero de ese precepto, de delimitar el ámbito de aplicación de la viudedad, ya está cubierta con el Art. 9.8.

El primer apartado sería perfectamente suprimible por innecesario ya que de la aplicación del Art. 9.8 se deriva la misma solución: la aplicación de la misma ley que regula los efectos del matrimonio. La única diferencia apreciable entre ambas soluciones sería esa falta de mención de los derechos de los legitimarios en el Art. 16.2. Es más que probable que esa omisión no sea intencionada y no obedezca a ninguna actitud respetuosa hacia la naturaleza jurídica de la viudedad ya que la reforma operada por el Decreto 1836/1974 responde a un criterio eminentemente pragmático, alejado de toda pretensión elevada. Su finalidad es solucionar aquellos problemas de privación y superposición de beneficios y aborda aquella tarea desde una perspectiva realmente práctica, muy lejano a una clara y preconcebida idea teórica. De

---

la sucesión: es dudoso que la intangibilidad de la legítima de los descendientes -según la ley de sucesión- salvada en el Artículo 9.8 in fine se aplique en este caso";

En idéntica dirección se pronuncia en *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*, op. citada, pág 76 "la existencia de la viudedad universal aragonesa puede suponer limitación a los derechos legitimarios reconocidos por la ley de la sucesión. Sucederá así cuando deba aplicarse a ésta el código Civil y queden ascendientes o descendientes, los cuales, contra lo dispuesto en el Código Civil, habrán de recibir los bienes gravados por el usufructo".

Por su parte SAIPENA TOMAS, J. Vecindad civil y conflictos interregionales en "Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil", Valencia, 1975, págs. 286 y 287, entiende, por el contrario que será la viudedad la que se verá reducida por las legítimas que a los parientes conceda la nueva ley regional por disponerlo así la ley; aunque a él tal solución le parece inadecuada.

este espíritu no parece escapar la ley 11/1990. Aunque con el Art. 9.8 se pretende dar una solución unitaria, aplicable a todos los usufructos viduales concedidos por los legisladores españoles, lo hecho en torno al Art. 16 por el legislador de 1990, desvirtúa aquel intento. ¿La justificación de seguir manteniendo en el Título Preliminar del Código Civil una referencia específica a la viudedad aragonesa, es en aras del respeto a su naturaleza familiar y no sucesoria? Si así fuera, si el legislador estatal fuera consciente y pretendiera mantener esa naturaleza familiar ¿por qué el apartado tercero del Art. 16 aborda como cuestión diferente de la viudedad la categoría de los efectos del matrimonio? Si la viudedad no es un efecto del matrimonio más, pero sí tiene naturaleza familiar ¿qué figura jurídica representa para el legislador estatal? Más bien parece que éste ha prescindido de ser respetuoso con cualquier categoría jurídica que entrañe cierta abstracción. (No creo que el legislador de 1990 sostenga una postura similar a aquella de la que partía el profesor Delgado Echeverría en su trabajo «La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional»[42]. Este autor consideraba que si bien la naturaleza familiar de la viudedad es innegable, creía que no se trataba de un efecto civil del matrimonio, sino que formaba parte de la categoría de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, con lo que no estaba sujeta a la regla de la inmutabilidad).

Considero pues que, si bien el primer apartado del Art. 16.2 sirve para mantener la supremacía del usufructo vidual sobre las legítimas, la misma finalidad se podría lograr desde el propio Art. 9.8, modificando la redacción de su último inciso y así, en lugar de dejar "siempre" a salvo las legítimas de los descendientes, introducir una excepción a dicha disposición de cara a la viudedad aragonesa, atendiendo a su naturaleza familiar.

42. Ob. citada, pág 71.

En cuanto al Art. 16.3, su aplicación ofrece una solución divergente respecto al Art. 9.8. El 16.3 que en 1974 vino a solucionar el problema que veníamos denominando como de privación de beneficios suponía que en ese caso el viudo adquiría la viudedad aragonesa, lo que suponía aplicar la ley sucesoria y no la ley rectora de los efectos del matrimonio, solución radicalmente opuesta a la que aborda el 9.8.

En 1974 aquella solución, aunque criticada por otros motivos, fue acogida favorablemente por la doctrina ya que ofrecía una solución a un problema relativamente grave que se daba. Se pensaba que la solución era adecuada, ya que, aunque con una técnica no muy correcta, suponía atribuir al cónyuge supérstite el usufructo vidual aragonés, como institución más beneficiosa y, por qué no decirlo, conceder una mayor extensión a la viudedad aragonesa[43]. Hoy, existiendo una norma que soluciona este problema y que sigue el criterio opuesto al Art. 16.2 apartado tercero, no se encuentran razones que justifiquen el mantenimiento de este precepto. Comparto con el profesor Serrano la opinión de que no existen motivos para dar un trato privilegiado a la viudedad aragonesa en perjuicio de otros derechos viduales concedidos por los demás Derechos civiles españoles, siendo discriminatorio, y por tanto, aunque sea a favor de una institución aragonesa, criticable[44].

---

43. DELGADO ECHEVERRIA, J. *La viudedad en el Derecho interregional*, op. citada, pág 71 "objetivamente supone una potenciación de la viudedad aragonesa como institución expansiva, que protege prácticamente a todo matrimonio que en algún momento haya sido aragonés. Responde indirectamente al afectuoso concepto de que la institución goza dentro y fuera de Aragón, que ha llevado a pensar en varias ocasiones en su inserción en un futuro Código general para toda España. Me complace, como aragonés, que así sea; pero sin ocultar por ello los problemas técnico de la regulación adoptada".

44. SERRANO GARCIA, J.A. *Vecindad civil, ley aplicable*...ob. citada, pág.789 "frente a la regla general prevista en el Artículo 9.8 u.i., el legislador estatal mantiene una regla especial para la viudedad aragonesa, lo cual supone un trato de favor injustificado en el actual estado de las Autonomías".

Por otra parte, otro motivo de crítica cabe encontrar en este Art. 16.2 apartado tercero, del que parece que sí escapa el Art. 9.8. Veamos. El último apartado del Art. 16.2 atribuye al cónyuge supérstite el usufructo vidual, siendo éste tan sólo el segundo momento de manifestación de la viudedad aragonesa, prescindiendo totalmente de la fase de derecho expectante.[45]

Este fraccionamiento entraña una desnaturalización de la institución, tal y como hoy está configurada, y hace que, de hecho, lo que se atribuye a esos viudos no sea el usufructo vidual aragonés, sino un usufructo vidual que se configura como reflejo, a semejanza de la segunda de las fases por las que atraviesa la viuededad aragonesa (definida por los profesores De Pablo Contreras y Sancho Rebullida como "una figura nueva, distinta de la viudedad que regula el Derecho aragonés, aunque configurada, en su contenido, por remisión a él")[46].

Aunque pueda cuestionarse la conveniencia de mantener en el futuro estas dos fases de la viudedad aragonesa que hacen que ésta surja en la vida jurídica de un modo relevante ya desde la misma celebración del matrimonio, dotándole de una naturaleza familiar y no meramente sucesoria, se trata de una cuestión de lege ferenda, y de una decisión que sólo al pueblo aragonés, y al legislador aragonés, como representante de él, le atañe adoptar. Lo que de ningún modo es admisible es que desde instancias ajenas al Parlamento aragonés se interfiera en la regulación de una disci-

---

45. DELGADO ECHEVERRIA, J. *Comentario al Artículo 16* en "Comentarios del Código Civil" dirigido por C. Paz- Ares Rodríguez... op. citada, pág. 170 "para estos casos, según la opinión más probable, el derecho de viudedad aragonés opera como derecho sucesorio, de modo que, antes del fallecimiento, ninguno de los cónyuges tuvo un derecho expectante de viudedad".

En su día se pronunciaron en el mismo sentido:

LORENTE SANZ, J., BCAZ, número 55 página 55.

SANCHO REBULLIDA, F., ADA, VIII, 1955-56, pág.41.

46. *Comentarios*..... ob. citada, pág. 643.

plina aragonesa, ya que se trata de una competencia atribuida con carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma de Aragón (Art. 35.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la LO 5/1996 de 30 de diciembre).

El legislador estatal es competente para dictar normas con las que resolver los conflictos de leyes que se puedan plantear por la coexistencia de distintos Derechos civiles españoles, lo que implica fijar criterios que determinen qué ley es aplicable en cada caso[47], pero no introducir modificaciones en esa ley que resulta aplicable, creando instituciones jurídicas ad hoc con las que resolver aquellos conflictos de leyes. El Art. 16.2 apartado tercero para evitar la privación de beneficios opta por la aplicación de la ley sucesoria que conduce a que el cónyuge supérstite adquiera derecho de viudedad. A eso se debería limitar el legislador estatal, a dictar una norma de conflicto, y si en virtud de ella resultaba aplicable el Derecho aragonés, ello con todas sus consecuencias, correspondiéndole al cónyuge supérstite viudedad aragonesa y no una mera fase, desgajada de ella. Aunque, en realidad, aplicando el Art. 16.2 apartado tercero eso es imposible.- Dicho precepto sólo entra en juego cuando se produce el supuesto de hecho por ella contemplado, esto es, la muerte de uno de los cónyuges. Entonces, ¿cómo es posible que surja el derecho expectante que se desarrolla en vida de ambos cónyuges, siendo que en ese tiempo su matrimonio, por definición, ha estado regido por un régimen económico matrimonial distinto? ¿Cabría que toda persona cuyo cónyuge adquiera la vecindad aragonesa, estando regido su régimen económico matrimonial por otro Derecho, no aragonés, adquiera derecho expectante de viudedad en previsión de que en el momento

47. SERRANO GARCIA, J.A. *Vecindad civil, ley aplicable*.... Ob. citada, pág. 767 "ahora bien, esta competencia exclusiva del Estado para establecer los criterios de resolución de conflictos de leyes en el espacio no es ilimitada ni arbitraria, sino que debe ser ejercida dentro del marco de los principios básicos del nuevo Estado de las Autonomías, sabiendo conjugar la unidad y la autonomía con la solidaridad."

de la muerte de su cónyuge sea aplicable el Art. 16.2 apartado tercero y por ello - el supérstite- goce de usufructo vidual? Y si eso no llega a producirse porque el premuerto ha adquirido antes de fallecer otra vecindad distinta a la aragonesa, ¿de qué ha servido aquel expectante cuya existencia tan sólo viene justificada por la posterior existencia del usufructo vidual? Otro problema que plantearía aquella solución derivaría de que, dado que actualmente la vecindad de ambos cónyuges no tiene por qué coincidir, si sólo uno de ellos adquiere la vecindad aragonesa, sólo su cónyuge (El Art. 16.2 apartado tercero habla de que "el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte") gozará de derecho expectante, rompiéndose la reciprocidad y equilibrio entre los cónyuges que, normalmente caracteriza a la viudedad aragonesa[48]; todo ello por no hablar de la inseguridad que produciría en el tráfico jurídico esa afección de los bienes al derecho expectante. Si ya es complicado para los terceros conocer cuando unos bienes están afectos a ese derecho, surgiendo éste en el momento de la celebración del matrimonio, la dificultad es incalculable si el nacimiento se pospone a un momento posterior como la adquisición de la vecindad aragonesa por parte de uno de los cónyuges.

Estos inconvenientes son en cierta manera salvados por el Art. 9.8. Éste aunque habla de los derechos que *ope legis* se atribuyen al cónyuge supérstite (prescindiendo de la fase previa que se desarrolla en vida de ambos) opta, como criterio, por imponer, frente a la ley sucesoria, la ley que rija los efectos del matrimonio, con lo que en ningún caso nos encontraremos con que goza de viudedad una persona cuyo matrimonio se halla regido por un Derecho distinto del aragonés. Así pues, en todo caso, el usufructo vi-

48. DELGADO ECHEVERRIA, J. *Comentario al Artículo 16* en "Comentario del Código Civil" dirigido por C. Paz-Ares... ob. citada, pág 171 "literalmente interpretado el precepto, se quebranta la reciprocidad que parece esencial en la institución aragonesa de la viudedad".

dual aragonés se hallará precedido de una fase de derecho expectante, ya que siempre esos dos conceptos usufructo vidual aragonés y régimen matrimonial regido por el Derecho aragonés (no exclusivamente el legal contemplado por la Compilación, como vimos) aparecerán unidos.

Por ello considero mucho más correcta la dicción del Art. 9.8. Si bien se refiere sólo a los derechos del cónyuge supérstite, ello no supone ninguna alteración del Derecho aragonés. Se refiere al viudo (y no al cónyuge, viviendo ambos) ya que la finalidad de la norma es evitar tanto la privación como la superposición de beneficios que sólo se producen a la muerte de uno de ellos. En ese momento es en el que se sitúa la norma, ya que sólo ese problema es el que pretende solucionar (el único que debe solucionar, ya que es la única cuestión que le incumbe como problema de Derecho Interregional Privado). Su única finalidad es excluir, en los casos en que por estar sometido el régimen matrimonial al Derecho aragonés corresponda usufructo vidual, la legítima que en virtud de la ley sucesoria podría corresponder al cónyuge supérstite, sin que implique alteración alguna del régimen de la viudedad. Ésta, tal y como señala el Art. 72 de la Compilación, nace desde el mismo momento de la celebración del matrimonio, mostrándose en primer lugar en la fase de derecho expectante, y siguiendo en todo la disciplina trazada por el legislador aragonés.

Creo, pues, que el Art. 9.8 es respetuoso con el sistema competencial trazado por el Art. 149.8 de la Constitución Española, ya que se limita a solucionar el conflicto de leyes, decantándose, como ley aplicable, por la ley que regula los efectos del matrimonio, sin incidir en ninguna otra regulación. Tan sólo le es achacable ignorar la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa, al salvaguardar en todo caso las legítimas de los descendientes, pero ya hemos visto como en cualquier caso esto podría subsanarse con una modificación del propio Art. 9.8, no estando justificada la existencia del Art. 16.2, apartados primero y tercero que, aunque

ahora podemos interpretarlos en ese sentido, no parece que ello obedezca realmente a su ratio, siendo, por lo demás, unos preceptos perturbadores, cuya vigencia tan sólo ocasiona problemas.

IV. EXTENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO EXPECTANTE.

Trazado ya el repaso por todo lo que atañe a los sujetos a los que corresponde el derecho de viudedad, procede pasar a estudiar cuál es el ámbito objetivo de este derecho, esto es, cuáles son los bienes a los que afecta y el modo en que lo hace.

Para ello, en primer lugar, analizaré cuál es la extensión habitual de la viudedad, entendiendo por tal, la que corresponde a este derecho en ausencia de disposiciones de los particulares al respecto y no concurriendo determinadas circunstancias especiales que hacen que sea la propia ley la que modifique esta extensión, para pasar a estudiar luego esas otras limitaciones por separado, atendiendo a su origen, es decir según provengan de los propios cónyuges, de las personas de las que proceden los bienes o del legislador.

Las disposiciones que regulan y contemplan estas restricciones al ámbito de la viudedad, se hallan diseminadas a lo largo de los preceptos que contienen la disciplina de la viudedad, sin seguir ningún criterio coherente. La mayor parte de estas disposiciones aparecen en el Capítulo Primero del Título VI del Libro Primero de la Compilación, que recoge las disposiciones generales aplicables a la viudedad en general; localizándose sólo en el Capítulo II de dicho Título, dedicado en concreto al derecho expectante de viudedad, la limitación contenida en el Art. 77. Esta sistemática considero que no es del todo adecuada, como trataré de exponer a la hora de analizar individualizadamente cada uno de esos artículos.

En principio todas esas limitaciones afectan a la viudedad considerada globalmente, es decir, incidiendo sobre sus dos fases, dado que la extensión que en una y otra tiene la viudedad viene a coincidir. O esto al menos sería lo deseable teniendo en cuenta que la fase del derecho expectante tiene como única finalidad garantizar el futuro y eventual derecho de usufructo y así los bienes gravados con el expectante deberían ser los mismos que aquellos sobre los que recae el usufructo, pero veremos que esto no siempre sucede así o al menos la vigente regulación no deja claro que siempre sea así. Alguna de las limitaciones previstas por la Compilación tienen fijado como momento en el que se concretan aquel en el que ya se ha producido el fallecimiento de uno de los cónyuges (el valor adoptado como referencia es el "caudal hereditario") lo que, por definición, implica que el derecho de viudedad ya ha entrado en la segunda de sus fases, no quedando claro en qué medida afecta dicha restricción a la extensión del derecho expectante, por lo que cabe dudar si éste se ve limitado en la misma medida o, por el contrario, el expectante recae sobre todos los bienes, operándose una restricción sólo en el segundo de los momentos cuando estamos ya ante el usufructo vidual

Estas cuestiones están estrechamente unidas con la dificultad que presenta concretar sobre bienes determinados el usufructo cuando su extensión se ha visto alterada sin precisar sobre qué bienes recae, por lo que más adelante volveré sobre ellas.

1. Viudedad universal

Como ya he indicado el principio que hemos de adoptar como punto de partida es el de la universalidad de la viudedad que recoge el Art. 72.1 de la Compilación al señalar que la misma tiene por objeto todos los bienes del otro cónyuge.

Esta extensión objetiva de la viudedad ha ido variando a lo largo del tiempo, de forma paralela a la evolución que la práctica

seguía en este punto, como muestra de la importancia de la costumbre en esta institución, que hace que la norma legal siga el camino trazado por la práctica consuetudinaria. (La Compilación de Huesca de 1247 configuró la viudedad como universal pero en la práctica imperaba la limitación del derecho a los inmuebles, por lo que esta distinta extensión recibió sanción legal en el Fuero 1° De alimentiis de 1390, manteniéndose en el Apéndice de 1925.[49] En el Informe que el Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de las tres provincias aragonesas elaboraron sobre el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, estos profesionales[50] pusieron de manifiesto como la práctica más generalizada entre los matrimonios aragoneses es la de pactar la universalidad del usufructo, lo que conduce a que, de nuevo, la norma legal trate de adaptarse a la praxis y así la propuesta fue recogida en el Antepro-

---

49. Artículo 63 del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral en Aragón: "La celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a ambos cónyuges solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquel o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro, en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice".

Al respecto también se pronunció LORENTE SANZ, J. *Una opinión reciente sobre la viudedad*, ADA, III, págs 345 y 346 "el prestigio de la institución ha crecido hasta el punto de alimentar una tendencia bien marcada a favor de su extensión legal a los bienes muebles; con lo que no se haría sino dar fuerza de ley a la convicción popular, que casi constituye costumbre, según la cual al cónyuge viudo corresponde siempre el disfrute de la totalidad de la herencia. Esta es, además, la buena doctrina, la que mejor se compadece con el principio de conservación de la unidad y de la autoridad familiar, fundamento principal de la institución".

50. Con esta Memoria del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el Anteproyecto de la Compilación de Derecho Civil aragonés de 1963 estos profesionales pretendieron "solamente traer a la consideración de la Comisión de Jurisconsultos nombrada para la reforma del Apéndice foral aragonés, el conocimiento de las realidades sociales, económicas y jurídicas de la vida aragonesa, adquirido en el ejercicio profesional". Así, en cuanto a este punto afirmaban " se estima que la viudedad que prácticamente se hace universal, debería establecerse francamente con ese carácter, pero dejando a salvo la posibilidad de restringirla por testamento o pacto a los bienes inmuebles. De esta forma se invertirán los términos actuales del problema, haciendo su regulación más acorde con el sentir general."

yecto segundo de la Comisión aragonesa de donde pasó al texto definitivo)[51]

La extensión universal implica que la viudedad recae sobre todos los bienes, sean muebles o inmuebles, sean comunes o privativos del otro cónyuge. Siendo éste la idea del que parte esta institución, conviene concretar más, analizando de un modo más preciso sobre qué bienes recae efectivamente, viendo por separado cada una de las dos fases.

Para ello comenzaré estudiando la fase del usufructo vidual, que es la más importante, ya que el derecho expectante no tiene sino una función accesoria, garante de esa otra futura y eventual fase, para a partir de ahí, analizar cuál es la extensión del expectante dada la función meramente accesoria de aquella otra eventual fase.

Así pues en cuanto al usufructo vidual, el Artículo 79 de la Compilación al regular el "comienzo del usufructo" señala que el usufructo recae sobre los bienes afectos, con lo que nos remite a la disciplina del derecho expectante de viudedad. Sólo sabiendo qué bienes y de qué modo están afectos al derecho expectante de viudedad, sabremos sobre qué bienes recae el usufructo vidual, lo que no deja de entrañar cierto círculo vicioso.

Considero que el primer precepto del Capítulo III del Título VI del Libro I de la Compilación que contiene la regulación del usufructo vidual debería señalar de modo claro y expreso sobre

51. En el Artículo 144 del Anteproyecto de 1962 se señalaba "cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, adquiere desde entonces cada cónyuge, el derecho de usufructuar todos los bienes privativos de éste y los inmuebles comunes".

El Artículo 140 del Anteproyecto de 1963 indicaba " el matrimonio, cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, atribuye a cada cónyuge caso de sobrevivir al otro, el llamado usufructo o derecho de viudedad que, salvo lo dispuesto en las normas siguientes es extenderá a todos los bienes del premuerto".

qué bienes recae el usufructo, ya que se trata de la manifestación principal de la viudedad. El derecho expectante sólo tiene sentido en tanto en cuanto mecanismo garantizador del usufructo y supone invertir los términos decir que el usufructo recae sobre los bienes afectos.

Creo que sería más adecuado que la norma en cuestión dejara claro sobre qué bienes recae el usufructo, a partir de lo cual debería marcarse la extensión del derecho expectante pues dado que sólo tiene sentido que se garantice lo que realmente va a existir, sólo debe pesar el derecho expectante sobre aquellos bienes sobre los que va a recaer el usufructo, lo que no implica que sea cierta, más bien al contrario, la proposición inversa. Es decir, el actual Art. 79 parece decir que sólo recaerá el usufructo sobre los bienes afectos, lo que ni tiene sentido ni de hecho es así, como se comprueba si se sigue el juego de remisiones a que da lugar el Art. 79. Este precepto al aludir a los bienes afectos nos remite al Art. 76, precepto clave en el que se contiene el núcleo de la disciplina del derecho expectante al explicar el modo de operar de ese derecho sobre los bienes, atendiendo a su diferente naturaleza mueble o inmueble. En cuanto a estos últimos, los bienes inmuebles, sí parece ser cierta la proposición de que sólo sobre los bienes afectos al derecho expectante recaerá posteriormente el usufructo vidual, no ocurriendo lo mismo respecto de los bienes muebles, por cuyo estudio voy a comenzar, ya que como más adelante expondre, considero que éstos no están afectados por el derecho expectante, pero sí recae sobre ellos el usufructo vidual.

2. Distinto funcionamiento respecto de bienes muebles e inmuebles.

A. Bienes muebles.

Tras regular minuciosamente el régimen jurídico que el derecho expectante de viudedad manifiesta al recaer sobre los bienes

inmuebles, el Art. 76 se cierra con un apartado cuarto que se limita a señalar "tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho"

En este escueto precepto se condensa toda la regulación del derecho expectante cuando éste recae sobre bienes muebles; pareciendo que todo ese contenido se limita a excluir la disciplina anteriormente establecida, es decir, la atinente al derecho expectante que recae sobre los bienes inmuebles.

A la luz de este precepto cabe plantearse a qué queda reducido pues ese derecho expectante que recae sobre los bienes muebles. No se trata de comparar las dos disciplinas y en base a las diferencias existentes entre ambas deducir la distinta naturaleza que el expectante sobre los bienes muebles tiene, sino de cuestionarse si la consistencia jurídica de esa fase permite hablar realmente de él como derecho o como mera expectativa de derecho.

Es evidente que el régimen jurídico del derecho expectante de viudedad debe ser diferente en función de los bienes sobre los que recae, atendiendo a sus diferentes caracteres, no pudiendo ser idéntica la eficacia que despliega sobre unos y otros.

Como señala el profesor Sancho Rebullida[52], no se puede pretender ofrecer un concepto unívoco del derecho expectante de viudedad, como derecho subjetivo que en todos los casos presenta idéntica estructura y naturaleza jurídica.

Estando de acuerdo con esta opinión, la cuestión que yo me planteo es diferente. No se trata de negar la existencia del derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles por sus diferencias respecto de la misma figura cuando ésta recae sobre bienes inmue-

---

52. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág.704.

bles, sino de cuestionarse si el Art. 76.4 permite seguir manteniendo que sobre aquel tipo de bienes también recae la fase de derecho expectante, es decir, si puede considerarse al derecho expectante que recae sobre bienes muebles, por su consistencia jurídica, un derecho subjetivo.

Si se tratara de un derecho subjetivo, el poder de disposición sobre él correspondería a su titular, tan sólo a él le incumbiría actuar eficazmente de cara a su conservación o modificación, mientras que, por lo que respecta a la viudedad, veremos que un cónyuge puede disponer libremente de sus bienes muebles, afectando por tanto al eventual derecho que sobre esos bienes tiene su consorte y sólo si esa transmisión es fraudulenta tiene aquél posibilidad de reaccionar.

Esta fase se caracteriza por la afección de los bienes a esa futura y eventual fase de un usufructo vidual, afección que entraña una eficacia reipersecutoria, oponible erga omnes, que la convierten en un gravamen real de origen legal. Todo esto cuando el expectante recae sobre bienes inmuebles. Pero ¿y si recae sobre los muebles?, ¿qué supone el expectante? El Art. 76.4 se limita a señalar que el derecho de viudedad (sin saberse a ciencia cierta si con dicha expresión se refiere a la viudedad en su totalidad o a alguna de sus fases) afecta exclusivamente a los bienes muebles que queden en el patrimonio del cónyuge premuerto en el momento de su fallecimiento a los que se deben añadir aquellos que hayan sido enajenados en fraude del derecho (volviendo a dejarse indefinido si esta última expresión se refiere al derecho de viudedad, al derecho expectante o al derecho de usufructo)

Parece pues que toda la afección se limita a los bienes muebles que hayan sido transmitidos fraudulentamente, ya que sobre los demás ninguna virtualidad ha tenido el expectante. El usufructo vidual sólo recae (el Art, 76.4 al utilizar el adverbio "exclusivamente" insiste en esa idea restrictiva) sobre los bienes que

queden en el patrimonio del premuerto, por lo que la única garantía establecida por el legislador para salvaguardar la efectividad de ese eventual usufructo, respeto de los bienes muebles, es tratar de evitar que éstos sean enajenados en fraude de tal derecho. ¿Eso supone una afección? ¿No es la misma finalidad que la buscada con el Art. 6.4 del Código Civil, que de ninguna manera da pie a mantener que los bienes objeto de los derechos que ese precepto pretende salvaguardar estén afectos a ningún derecho?

La fase del derecho expectante se caracteriza por una afección, por esa eficacia reipersecutoria, ese es el mecanismo garante del eventual usufructo vidual que el legislador ha escogido cuando se trata de los bienes inmuebles. Cuando se trata de los bienes muebles, considero que el legislador ha optado por otro mecanismo garante, débil y muy pocas veces operativo, que trata de evitar que los bienes muebles sean transmitidos en fraude del usufructo vidual que algún día podría recaer sobre ellos[53].

La extrema debilidad de ese mecanismo protector, creo que impide afirmar que en vida de su cónyuge una persona posee algún tipo de derecho sobre los bienes de aquél, como sucede en cuanto a los inmuebles[54] Sobre los bienes muebles el cónyuge tan

---

53. Ya ARREGUI GIL, J. en la *Comunicación sobre «El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles»* (ADA, XIV, 1968-69, pág. 537) señalaba "estos bienes, que hoy en día con la evolución y el cambio de las estructuras económicas pueden tener y en muchos casos tienen gran importancia ¿por qué en la Compilación y a efectos de la viudedad reciben este tratamiento? ¿No se podría encontrar para ellos una solución legal mejor que la que es les da en el «entonces» número 3 del Artículo 76?

54. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Un problema resuelto y...* ob. citada, pág 429 alude al "tradicional criterio aragonés de que el usufructo efectivo de viudedad deriva siempre y necesariamente de un derecho precedente, cual es el llamado expectante de viudedad. Con la excepción de los bienes muebles. Conforme al Artículo 76.3 de la Compilación «tratándose de los demás bienes muebles (o sea, los que no son aportados como sitios) el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho»".

DELGADO ECHEVERRIA, J. *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional...* ob. citada, pág. 82. Al abordar la cuestión de si el usufructo vidual que concede el Artículo

sólo tendría una expectativa de derecho. Sobre esta clase de bienes la viudedad no despliega gran virtualidad en vida de ambos esposos y así el hecho de que un cónyuge pueda tratar de reaccionar si el otro transmite algún bien mueble en fraude de su futuro y eventual derecho de usufructo vidual, no creo que permita sostener que sobre los bienes muebles se halle articulada toda una fase del derecho de viudedad, tal y como sucede con los bienes inmuebles, y en todo caso no creo que esa fase pudiera recibir el mismo nombre de derecho expectante.

Opino que en cuanto a los bienes inmuebles el usufructo vidual se ve precedido de una fase de derecho expectante y en cuanto a los bienes muebles el usufructo vidual sólo se prevé el frágil mecanismo del abuso de derecho del Art. 76.4.

Todo ello integraría la viudedad como institución unitaria, en la que la fase principal es el usufructo vidual que es precedido de unos muy distintos mecanismos garantizadores, con muy diferente sustancia jurídica.

En realidad, creo que, en el fondo, y pese a lo que pueda parecer, las discrepancias con la opinión del profesor Sancho Rebu-

---

16.2 del Código Civil va o no precedido del expectante señala "si éste (el expectante) no existió, ¿Cuáles serán los bienes afectados por el usufructo? Podrá contestarse que todos, y exclusivamente, los que existan al fallecimiento, aplicándose a todos la disciplina de los muebles nunca susceptibles de derecho expectante. Hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges tendrán ambos una mera expectativa, protegida únicamente por la acción de fraude del Artículo 76.3 de la Compilación". Más rotundo se muestra en la pág. 85 del mismo trabajo, cuando señala "hoy el derecho expectante afecta a los inmuebles por naturaleza y a ciertos muebles considerados como sitios, no a los demás muebles":

LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios...* ob. citada, pág 326 " es preferible la interpretación de que los bienes muebles no están afectos al derecho expectante de viudedad y sí al usufructo vidual y para ello tienen los consortes una expectativa de derecho y no un derecho en sí., para la defensa de esta expectativa y más todavía para la protección del usufructo vidual, impone la ley que no hayan sido enajenados en fraude de tal derecho, entendiendo que el derecho al que se refiere es el de viudedad y no el expectante":

llida no son tan abismales, sino más bien una cuestión terminológica, que se reduce a ver si pese a las notables diferencias existentes entre el derecho expectante que recae sobre bienes muebles e inmuebles[55], se puede mantener esa misma denominación para ambas modalidades, a lo que yo respondo que no. Una vez analizada esa eficacia del derecho de viudedad sobre los bienes muebles en vida de ambos cónyuges, me ratifico en la idea de que no cabe hablar de esa eficacia en términos de derecho, sino de mera expectativa. Dado su consistencia y su radical divergencia respeto de los que sucede con los inmuebles, creo que estamos ante figuras diversas, por lo que en aras del rigor y la precisión terminológicas, merecen una nomenclatura diferente.

Analizando un poco más la postura del profesor Sancho Rebullida (es el más firme sostenedor de esta tesis de que el derecho expectante abarca por igual a bienes muebles e inmuebles), el citado autor enuncia como argumentos que justifican su posición en primer lugar (al margen de la apelación a antecedentes legislativos) "razones sistemáticas y de coherencia interna de la viudedad considerada como institución unitaria". Para él, afirmar que sobre los bienes muebles no existe derecho expectante supondría dividir la viudedad en dos instituciones distintas ya que relativamente a ellos el derecho de viudedad sería institución sucesoria y no de Derecho de Familia", opinión que no comparto. Es por to-

55. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, págs. 707 y 708 " es evidente en la Compilación, pues, una doble consideración del derecho expectante de viudedad: como primera fase de la institución genérica de la viudedad, anterior al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, en cuyo concepto es independiente, desde luego, de que los bienes existentes en el patrimonio sean inmuebles o muebles e incluso de que existan o no bienes; y como manifestación concreta de la misma institución genérica de la viudedad, constante matrimonio, sobre bienes determinados, en cuyo concepto adopta distinta forma y tiene diferente naturaleza jurídica según dichos bienes sean inmuebles por naturaleza o bienes como sitios del número primero del Artículo 39 o se trate de los restante bienes muebles":

dos sabido que, más que en ningún otro, en el Derecho aragonés están inseparablemente unidos los aspectos familiares y sucesorios, por lo que no cabe tachar tajantemente a estas instituciones de familiares o sucesorias, excluyendo radicalmente los otros aspectos.

Al comienzo de este trabajo ha afirmado que en cuanto a los bienes muebles en el derecho de viudedad cobran mucha mayor importancia los aspectos sucesorios ya que es el fallecimiento de uno de los cónyuges el factor que desencadena la mayor parte de los efectos de la viudedad, pero sin que ello implique que dicho hecho sea el originante de la institución. Ya desde el momento de la celebración del matrimonio el cónyuge tiene la posibilidad de reaccionar frente a las transmisiones fraudulentas de los bienes muebles, ya que no debe esperar al fallecimieto de su cónyuge, como sucede en la defensa cuantitativa de las legítimas. Aunque muy tenue, sí existe, respecto de los bienes muebles, una primera fase de la viudedad que nace con la celebración del matrimonio y que permite seguir sosteniendo que algún carácter familiar tiene esta institución cuando su objeto sea mobiliario, aunque los aspectos sucesorios tengan mucha mayor envergadura. Cuando el objeto de la institución es inmobiliario pese a que la fase de usufructo vidual sigue siendo la más importante, la trascendencia de la fase del expectante (no obstante su función accesoria, garante) hace que primen los aspectos familiares sobre los sucesorios.

Un segundo argumento esgrimido por el profesor Sancho Rebullida, lo integran dos argumentos textuales, en concreto los Artículos 79 y 78 de la Compilación. Respecto al primero de ellos, al Artículo 79, ya he criticado el hecho de que a la hora de delimitar el ámbito sobre el que recae el usufructo vidual se remita a la extensión objetiva del derecho expectante, invirtiendo los términos lógicos, ya que debe ser la extensión objetiva de la institución garante, el derecho expectante, la que debe ir en función de la "verdadera institución vidual" (términos con los que alude Emilio Latorre Mar-

tínez de Baroja[56] al usufructo vidual). Considero que la redacción del Art. 79 debería ser modificada y, con el fin de evitar equívocos, definir claramente cuál es la extensión del usufructo vidual. Dado el carácter universal del que dota la Compilación a la viudedad, el precepto debería dejar sentado, con claridad que el usufructo vidual recae sobre todos los bienes del premuerto, sean muebles o inmuebles. Creo que la modificación operada por la Compilación en cuanto a la extensión de la viudedad únicamente tiene trascendencia con respecto a la fase del usufructo vidual no alterando para nada la situación respecto de los bienes muebles (con la única excepción de que sean enajenados fraudulentamente).

Hoy por hoy no creo que sea técnicamente correcta la afirmación que contiene el Art. 79, ya que hay bienes no afectos al eventual derecho de usufructo vidual, sobre los que finalmente sí recae este usufructo. Dejando al margen los supuestos más o menos excepcionales de reaparición del ausente (Art. 7 de la Compilación) o de renuncia o exclusión por pacto de la fase de derecho expectante pero no de la viudedad, en ningún caso, desde mi punto de vista, podemos decir que los bienes muebles de un cónyuge están afectos al derecho de viudedad de su cónyuge, y sobre ellos sí recae, en un segundo momento, el usufructo vidual, no siendo por tanto cierta la afirmación de que "sólo puede pasarse a la segunda fase (usufructo vidual) desde la primera (derecho expectante)[57] Considero que el hecho de mantener que la viudedad tienen la misma extensión objetiva en sus dos fases, esto es, que el derecho expectante también se extiende sobre los bienes muebles, con el fin de respetar y ser coherentes con el tenor literal del Art. 79, se trata

56. *Comentarios*., ob. citada, pág 354.

57. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág 707 " como la viudedad es siempre la misma y se tiene desde la celebración del matrimonio, sólo puede pasarse a la segunda fase (usufructo vidual) desde la primera (derecho expectante) en ambos casos atinente a los mismos bienes" (desarrolla este argumento en las págs. 704 a 708)

de una artificiosa construcción teórica que no conduce a nada. Considero más adecuado, tras haber analizado la consistencia real de ese supuesto expectante que recae sobre bienes muebles, tras ver a qué queda reducido en realidad, concluir en lo inconveniente de la dicción de dicho precepto.

El segundo de los preceptos en los que se apoyaban los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Contreras, para afirmar la extensión del derecho expectante a los bienes muebles es el Art. 78 que disciplina la extensión del derecho expectante. Aquellos autores afirman que dado que dicho precepto sólo se refiere al derecho expectante, éste debe recaer sobre todo tipo de bienes, independientemente de su naturaleza inmobiliaria o mobiliaria, ya que de otro modo, de no abarcar el expectante a éste último tipo de bienes, la manifestación de la viudedad en ese momento, sobre ese tipo de bienes subsistiría pese al acaecimiento de los hechos a los que alude ese artículo. No creo que ésta sea la conclusión que cabe extraer de dicho precepto. Es cierto que se refiere sin más al derecho expectante, pero ello no implica ninguna extensión determinada de éste. Más bien considero que cuando dicho precepto se refiere al derecho expectante está queriendo aludir a la primera fase de la institución de la viudedad, esto es aquella que se desencadena a raíz de la celebración del matrimonio, bien suponga un derecho expectante, por recaer sobre bienes inmuebles o muebles como sitios del Art. 39.1, bien suponga la endeble garantía que articula el Art. 76.4 para los bienes muebles enajenados fraudulentamente.

Creo pues que el derecho expectante no recae sobre los bienes muebles, sino que éste limita su ámbito a los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39, tal y como claramente señala el Art. 76.1, precepto clave que disciplina minuciosamente cuál es el régimen del derecho expectante de viudedad. Respecto de los bienes muebles, la única regulación existente es la contenida en el número 4 de ese mismo artículo, que pa-

rece querer limitarse a excluir todo el régimen del expectante que acaba de establecer para los bienes inmuebles y muebles como sitios. Así los bienes muebles no se encuentran afectos al derecho de viudedad, y el usufructo sólo recaerá sobre aquellos que queden en el patrimonio del cónyuge premuerto. Los restantes bienes muebles han escapado completamente de la esfera de acción del cónyuge supérstite, sobre ellos no tiene ningún tipo de derecho, todo ello salvo que alguno de esos muebles haya sido "enajenado en fraude de tal derecho".

¿A qué "derecho" se refiere el artículo? ¿Cuándo puede considerarse que tal fraude ha concurrido? Y, por último, en tal caso, ¿cuál es la consecuencia jurídica?

Comenzando por la primera de las interrogantes que el Art. 76.4 plantea, y siendo coherente con lo anteriormente dicho, creo que el precepto al hablar de tal derecho sólo se puede referir al derecho de viudedad y no al derecho expectante, ya que éste, según vengo sosteniendo, no afecta a los bienes muebles.

En cuanto a las notas que debe reunir una transmisión para poder ser considerada, en este contexto, como fraudulenta me limito a repetir las que los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Contreras[58] enunciaban: debe tratarse en todo caso de una enajenación gratuita. Así, aplicando analógicamente los requisitos exigidos por el ordenamiento en otros supuestos de fraude, como el de acreedores o el de fraude a la legítima, la enajenación debe ser, en todo o en parte, lucrativa; que por parte del cónyuge enajenante exista ánimo o intención de excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte estando excluida la enajenación que, por su cuantía, beneficiario y demás circunstancias

58. *Comentarios...* ob. citada, pág 758.

entren en el concepto social de normal administración y disposición de bienes por parte de persona casada.

Vemos pues cómo se trata de extremos, en especial el último, cuya acreditación no es nada fácil, por lo que no será frecuente ni sencillo que triunfe esta acción, lo que en último lugar, queda al arbitrio de los Tribunales[59]. Por otra parte, no siempre el cónyuge defraudado tendrá esta posibilidad de reacción. Pensemos en bienes incluidos en el ámbito del Art. 76.4 que puedan tener gran valor como derechos reales o de crédito, derechos de explotación sobre obras intelectuales, la propiedad industrial, participaciones sociales...; si un cónyuge quiere defraudar el derecho de viudedad de su consorte le basta con vender aquellos bienes, ya que su enajenación al ser a título oneroso es inatacable y aunque la cotraprestación viene a suplir el hueco de los bienes enajenados en el patrimonio del disponente, es mucho mayor la facilidad con la que el dinero puede desaparecer, puede ser gastado, sin que haya manera de poder controlar cuáles han sido las contraprestaciones de esos pagos (vemos como el Art. 76.1 tan sólo incluye a los muebles como sitios del Art. 39.1, no a los demás bienes muebles a los que por pacto se ha considerado como sitios; ya que este cambio de régimen reduce su eficacia al ámbito estrictamente familiar, a las relaciones entre cónyuges, no pudiendo afectar a las relaciones con terceras personas, al tráfico jurídico, ya que en ese caso el gravamen real que sobre esos bienes recaería carecería de la publicidad que le confiere el origen legal, con la trascendencia que ello tiene de cara a la protección de terceros adquirentes).

---

59. ZAPATERO GONZALEZ, R. *De la viudedad foral* en "Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985)", Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pág 228. "no conozco ninguna Sentencia dictada al amparo del ejercicio de la acción que nos ocupa y presumo que la aplicación del último inciso del apartado cuarto del Artículo 76 ha sido muy escasa, por no decir nula":

Sólo nos queda por abordar la última de las cuestiones planteadas y que versa sobre las consecuencias jurídicas del fraude. El triunfo de esta acción (ejercitable constante matrimonio) debe suponer, para los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Contreras[60] la mera ilesión del cónyuge titular de la viudedad, es decir, que éste debe gozar de usufructo sobre aquellos bienes, pese a la enajenación y sólo si ese goce es imposible sería sustituido por una indemnización. Aquella imposibilidad podría venir, por ejemplo, de la existencia de un tercero subadquirente de buena fe. (se trata pues de un régimen totalmente diferente del establecido para los bienes inmuebles, ya que en cuanto a éstos, la publicidad legal de que goza el derecho expectante supera a la protección que reciben los terceros registrales adquirentes).

Cerrando con esto el repaso al régimen atinente a los bienes muebles, quiero insistir en la idea de que el derecho expectante propiamente dicho no recae sobre los bienes muebles (no comprendidos en el Art. 39.1). Sobre estos bienes no funciona esa garantía y el futuro usufructo vidual tan sólo es protegido mediante el mecanismo protector diseñado por el Art. 76.4 que impide que los bienes sean enajenados en fraude de tal derecho.

En todo caso podría hablarse de una fase de derecho expectante de un modo genérico e impreciso, como primera fase de la institución unitaria de la viudedad, que se activa para ambos cónyuges con la celebración del matrimonio y que dura hasta el fallecimiento de uno de ellos, aunque realmente la consistencia jurídica de esa institución cuando recae sobre bienes muebles no permite hablar de afección sobre éstos.

En esta primera fase, en cuanto a los bienes muebles; los cónyuges no tienen más que una mera expectativa de derecho de disfrutar en su día de usufructo vidual sobre ellos. Para la defensa de

60. *Comentarios...* ob. citada, pág 759.

esta expectativa la ley trata de impedir que un cónyuge a base de enajenaciones reduzca a la nada ese futuro usufructo de su consorte; pero esta débil previsión no permite decir que constante matrimonio los cónyuges tengan un derecho sobre los bienes muebles del otro, pues ello no sería más que una declaración platónica, sin ningún contenido jurídico.

B. Bienes inmuebles.

Respecto de los bienes inmuebles (con esta expresión, me referiré a partir de ahora tanto a este tipo de bienes como a los muebles como sitios del Artículo 39.1) la situación es totalmente diferente. Sobre ellos sí recae, desde el mismo momento de la celebración del matrimonio una verdadera afección de carácter real y con eficacia reipersecutoria, lo que permite decir que desde ese momento, desde la celebración del matrimonio, cada cónyuge tiene un derecho sobre esos bienes. Por su consistencia y eficacia jurídica la posición de cada cónyuge sí merece el calificativo de derecho, no de mera expectativa. Cada cónyuge tiene un derecho, aunque expectante, concedido en aras de un eventual y futuro usufructo vidual, pero que constante matrimonio tiene una virtualidad, lo que hace que respecto de los bienes inmuebles los aspectos familiares de la viudedad tengan gran importancia, al contrario de lo que sucede respecto de los bienes muebles.

Creo que no tiene mucho sentido explicar aquí de forma minuciosa cuál es esa eficacia del derecho expectante de viudedad, reiterando así cosas conocidas por todos. Respeto de los bienes muebles sí he querido insistir un poco más, para poner de relieve que la consistencia jurídica de la primera fase de la viudedad respecto de ellos no permite hablar de derecho, sino de simple expectativa de derecho, pero en cuanto a los inmuebles, no parece necesario incidir en los caracteres y funcionamiento del derecho expectante.

Sí quiero hacerme eco en este momento de las opiniones contrarias que ha suscitado la existencia de este derecho expectante. En las primeras líneas de este trabajo hacía referencia a críticas que habían surgido desde diversos sectores de la vida jurídica hacia esta fase de la viudedad, y que conviene atender, estudiando las deficiencias detectadas para tratar de subsanarlas en el futuro. Así, desde esta perspectiva voy a analizar el derecho expectante de viudedad (con la extensión que yo considero que tiene, es decir recayendo sobre bienes inmuebles y sobre muebles como sitios del Art. 39.1), con un espíritu crítico, y tratando de no limitarme a repetir lo que tan magistralmente se recoge en las obras doctrinales que estudian esta institución.

Los resultados de la Encuesta sobre el Derecho Civil Aragonés[61] que el Colegio Notarial elaboró a principios de 1997 para conocer la opinión de sus colegiados sobre este ordenamiento con motivo del proceso de reforma en que éste estaba inmerso, son bastante claros en cuanto a la posición de los Notarios frente a esta institución.

El 50% de las contestaciones recibidas consideraba al derecho expectante como un institución inadecuada, sin que nadie optara por su reforma, ni lo incluyera en el apartado de instituciones que precisaban de importantes reformas. La desaprobación de esta fase contrastaba con la opinión que les merece la viudedad considerada globalmente, que es considerada por un 70'37% de los encuestados como la institución civil aragonesa más arraigada socialmente, lo que hace incuestionable su conservación, aunque deba ser modificada su forma de regulación actual con una primera fase de expectante y una segunda de usufructo vidual. Estas ideas, contrarias a los aspectos familiares que entraña la viudedad (condensados en esta primera fase que se desencadena con la celebración del matrimonio) coincide con la pretensión, expresada

61. RDCA 1991-III, número 2.

en la misma encuesta de reforzar los derechos sucesorios del cónyuge viudo, siendo categórica la respuesta de atribuir al cónyuge viudo facultad de disponer por sí solo de los bienes que constituyen la legítima.

De esta misma opinión parece ser Merino Hernández que ya en 1972, en las Jornadas de Derecho Aragonés celebradas en Jaca en el verano de dicho año, en la comunicación que presentó bajo el título «Extensión del derecho de viudedad aragonés» (publicado después como artículo en "Revista de Derecho Notarial", número LXXIX, enero-marzo 1973, pgs.117 y siguientes) propugnaba la supresión de la fase de derecho expectante de viudedad.[62]

José Luis Batalla Carilla[63] opinaba que "ante posibles futuras reformas de nuestro Derecho privado habrá que plantearse si tiene sentido hoy el tradicional derecho de usufructo universal aragonés, con esas dos fases de derecho expectante y efectivo, con su característica de derecho familiar y no sucesorio".

Rafael Zapatero González[64] también ponía de relieve los inconvenientes del derecho expectante. Así decía "no todo en la viudedad son ventajas. La más llamativa deficiencia del instituto procede del campo económico-patrimonial, especialmente en su

62. Así, como solución al doble problema que el cambio de regionalidad podía presentar en relación con el derecho de viudedad (las ya aludidas superposición y privación de beneficios) propugnaba la "expresa afirmación de que la viudedad no es de Derecho de Familia, sino de Derecho sucesorio". "Entonces los procedentes originariamente de otras regiones, al avecindarse aragoneses, y caso de fallecimiento de uno de los cónyuges con la nueva regionalidad, la sucesión del supérstite se regulará normalmente por la legislación aragonesa, en la que estaría normalmente previsto el usufructo universal de viudedad a favor del supérstite. Quizá entonces lo que ocurriría sería que habría que hacer desaparecer el derecho expectante de viudedad, por falta lógica de razón de existir. No será desde luego una grave pérdida":

63. "La Compilación y el Registro de la Propiedad", en *Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985) Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, ob citada, pág 98.*

64. *De la viudedad foral...* ob. citada, pág 207.

forma de derecho expectante, por cuanto supone un impedimento para la libre transmisión de los bienes".[65]

A la luz de todo ello, por lo cualificado del origen de estas opiniones, parece que debe cuestionarse la conveniencia de mantener esta fase de derecho expectante. Como decía al comienzo de este trabajo, no se trata de perpetuar la regulación actual del derecho de viudedad a pesar de sus deficiencias o de las fundadas opiniones contrarias que suscite, sino que se debe cuestionar desde una perspectiva objetiva si realmente la disciplina actual es o no adecuada, y si debe mantenerse de lege ferenda o, por el contrario, debe ser modificada, bien de forma general o bien tan sólo subsanando puntuales deficiencias observadas.

Así pues, lejos de aferrarnos a la idea de mantener por encima de todo una regulación diseñada años atrás, cuando la realidad social era muy diferente, debemos analizar fríamente cuáles son las ventajas y los inconvenientes de esta normativa, y ver de qué modo puede adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad actual.

En cuanto a las ventajas que presenta la configuración de la viudedad en dos fases, consistiendo la primera de ellas en una afección, de carácter reipersecutorio, son indudables de cara a garantizar la eventual fase de usufructo vidual. El mecanismo garante articulado es evidentemente eficaz, dado que el derecho expectante no se extingue por la enajenación de los bienes afectos a

65. Con todo siguen oyéndose voces a favor del mantenimiento del derecho expectante:

LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*.. ob. citada, pág 294 "ha dado lugar a que autores preclaros se planteen en los tiempos actuales la necesidad de su supresión en su primera faceta o de derecho expectante en base al tráfico actual [...] puede que sea así, pero mientras la costumbre en Aragón vaya en sentido opuesto no estimo que se pueda plantear dicha solución. No puede la doctrina anticiparse a la vida real por casos más o menos aislados que se pueden resolver sin necesidad de la desaparición de la institución; soy partidario pues de su conservación hasta que la vida real me indique lo contrario, cuestión totalmente factible en una institución tan vivida por el pueblo como ésta".

él. Pero esa virtualidad que inter partes es digna de alabanza, se torna en inconveniente cuando contemplamos la posición que ocupan los terceros, las personas que entran en contacto con los cónyuges titulares del derecho de viudedad, y que se ven afectados por él de manera no siempre previsible y justa.

Así, todos los motivos de crítica que puede merecer el derecho expectante de viudedad van en esa línea de cuestionarse hasta qué punto queda salvaguardada la posición de los terceros ante la eficacia desplegada por este derecho expectante y con ello, cuestionarse si está suficientemente garantizada la seguridad del tráfico jurídico. Las innegables ventajas que para los cónyuges presenta la actual disciplina del derecho expectante de viudedad no pueden eclipsar las desventajas que conlleva para los terceros.

No se trata de contemplar el derecho expectante de viudedad como una mera traba al tráfico jurídico que únicamente ocasiona inseguridad jurídica y por ello articular toda su regulación sobre los modos de extinción de este obstáculo a la libre circulación de bienes, sino de eliminar de raíz todas las injusticias a que puede dar lugar y todos los elementos de inseguridad existentes.

Utilizando palabras del profesor Sancho Rebullida el camino a seguir es la adaptación de su espíritu y su función primitiva a la realidad social y económica cambiada, " despejar la equis en esta suerte de regla de tres: la viudedad aragonesa es a una familia patriarcal, de economía agraria, asentada en un medio rural, lo que equis es a la familia nuclear, con actividad económica profesional asentada en un medio urbano. "[66]

---

66. Como señalaba el profesor LACRUZ BERDEJO, J.L. (respecto de la viudedad foral navarra, pero que es perfectamente trasladable a la viudedad aragonesa) "en la familia inestable, a la que el legislador quiere dotar de alguna mayor perdurabilidad, es también el cónyuge viudo una pieza clave [...] La estructura jurídica impuesta otrora por determinadas condiciones de hecho, pretende convertirse en determinante de la producción de estos mismos hechos que antes la impusieron". *Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra* en RDCI, 1964, pág 638.

Debe tratar de mantenerse los principios que inspiraban esta institución en una sociedad rural, agraria y patriarcal, y adaptarlos a la realidad de hoy en día.

En sus orígenes la institución de la viudedad tenía como finalidad asegurar la posición del cónyuge que devenía viudo (en un principio referido sólo a la viuda), tratar de que su situación no se viese alterada por el fallecimiento de su cónyuge, no sólo en el aspecto económico, sino que también se trataba de mantener su autoridad familiar.

Hoy por hoy, parece que este aspecto de la viudedad como un derecho familiar consecuencia del ejercicio de la autoridad ha perdido relevancia en favor de los aspectos netamente económicos.

La contemplación del Art. 87 de la Compilación nos hace ver cómo el derecho del viudo a administrar los bienes como ejercicio de la autoridad que conserva, cede ante la posibilidad de una mejor explotación de los bienes, tendente a su mayor fructificación. Así confrontados ambos valores, el derecho del viudo a administrar y explotar los bienes según su criterio y la posibilidad de obtener un rendimiento superior de aquellos bienes, a éste último se le da primacía por el Art. 87, como manifestación de que en el derecho de viudedad pesa más el aspecto económico, patrimonial que el de autoridad familiar.

Ello nos lleva a estudiar la posibilidad que con carácter general han planteado algunos autores de extinguir el derecho expectante de viudedad por capitalización, pero este tema será objeto de estudio más adelante, ya que considero que la cuestión es lo suficientemente trascender como para merecer que se le preste atención de manera singularizada. Ahora, en este momento, continuaré examinando las críticas que cabe hacer a la fase de derecho expectante tal y como está hoy regulado en la Compilación.

Como ya he señalado, todos los reproches que cabe hacer a la regulación actual del derecho expectante giran en torno a la inseguridad jurídica que suscita de cara a las terceras personas que pueden entrar en contacto con los cónyuges titulares del derecho de viudedad.

El derecho de viudedad es una institución muy apreciada, tanto por los aragoneses como fuera de nuestra fronteras, es un valorado derecho que ostentan los cónyuges aragoneses, y que está garantizado por esa previa fase de derecho expectante. El problema surge del carácter de gravamen real que éste tiene y de su confrontación con otros mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para garantizar, en determinadas condiciones, los derechos de los terceros adquirentes.[67]

En concreto, me estoy refiriendo a la eficacia que despliega la protección que concede el Registro de la Propiedad Inmobiliaria frente a este derecho. La configuración que el derecho expectante recibe por parte de la ley hace que éste sea oponible erga omnes, con total independencia de que los terceros adquirentes tengan o no inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad y de que sean o no terceros a los efectos del Art. 34 de la Ley Hipotecaria. Y todo ello porque el derecho expectante de viudedad está investido de un publicidad legal, que se superpone a la publicidad registral.

Los autores suelen equipar esta eficacia a la que despliegan, por ejemplo, las servidumbres legales. Estos derechos reales limitados son oponibles erga omnes, pese a que en el Registro de la

67. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág 729 "El artículo 76.2 de la Compilación al afirmar taxativamente que el derecho expectante sobre los inmuebles y los muebles como sitios del número 1 del Artículo 39 «no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación» de dichos bienes, no distingue entre transmisiones operadas dentro y fuera del Registro, por lo no cabe sino concluir que subsiste el derecho expectante también en el caso de las enajenaciones registrales y frente al tercero hipotecario":

Propiedad no conste la existencia de limitación alguna a la propiedad que recae sobre el predio sirviente, como de hecho sucederá ya que la existencia de esa limitaciones a la plena propiedad no constará en los libros del Registro (diversos preceptos del Reglamento Hipotecario, en concreto los Artículos 5 y 6, exceptúan de la inscripción a las limitaciones y servidumbres legales). Estas razones que justifican que la actuación de la fe pública registral sea nula en cuanto a las limitaciones legales, como señala Roca Sastre[68] tiene más sentido respecto de las limitaciones que se imponen a modo de estatuto general de la propiedad inmueble y que afectan a las fincas según la posición que ocupan o las circunstancias que en ellas concurren, por lo que tienen carácter impersonal y funcionan por simples razones objetivas, independientes de las personas que ostenten su titularidad dominical, pero es más cuestionable respecto de un gravamen real como el derecho expectante de viudedad dado su fundamento estrictamente subjetivo que hace que su existencia sobre una finca no se deba a ésta en cuanto tal, sino a que ésta sea propiedad de una persona cuyo matrimonio se rija por el Derecho aragonés.

Esto significa que ninguna persona (salvo los problemas de Derecho Interregional o que, al menos supuestamente son englobables en esta disciplina y que más adelante analizaré) tendrá la condición de tercero hipotecario a los efectos del Art. 34, de modo que le será oponible el derecho expectante de viudedad, conste o no éste en el Registro de la Propiedad.[69]

---

68. *Derecho hipotecario* I, Barcelona, 1979, pág. 586.

69. Tan sólo en el plano contractual tendría posibilidad de reaccionar, y así podría dirigirse contra su vendedor impugnando el contrato por inválido: anulable en virtud del vicio de consentimiento padecido al sufrir un error sobre la situación jurídica de los bienes que adquieren o por dolo. También podría solicitar el saneamiento ex Artículo 1483, e incluso ejercitar la acción de daños y perjuicios ex Artículo 1101 e incluso, llegar, ya en el ámbito penal a la querella por estafa.

Ninguna objeción me merece este aserto siempre y cuando la concurrencia de aquellas condiciones subjetivas de las que depende la existencia del derecho expectante puedan ser conocidas por los terceros, y así todo aquel adquirente de un inmueble disponga de medios suficientes para saber si aquella finca se haya afecta a algún derecho expectante de viudedad por pertenecer o haber pertenecido a alguna persona que ostentaba tal derecho por estar su matrimonio, su régimen económico matrimonial, regido por el Derecho civil aragonés.

Ello nos sumerge de lleno en el problema más general de la publicidad del régimen matrimonial, de gran trascendencia dado que del conocimiento de este dato no sólo depende la calificación de los bienes adquiridos por los esposos en cuanto a su titularidad, sino también si sobre ellos recae aquel gravamen que constituye el derecho expectante de viudedad.

Con carácter general, en España esta publicidad matrimonial se lleva a cabo a través de dos instrumentos diferentes[70]. En primer lugar hay una publicidad de estado civil de los acontecimientos influyentes sobre el vínculo, con virtualidad extintiva o modificativa del régimen; otra más específicamente económico- matrimonial encaminada a dar a conocer el estatuto conyugal, esto es, la existencia de un conjunto normativo con que el matrimonio regula su economía y, por último la publicidad registral de la condición de los bienes.

Comenzando por la primera modalidad de publicidad vemos cómo la publicidad del régimen económico del matrimonio que realiza el Registro Civil sólo es realmente eficaz si existen capítulos, resoluciones judiciales modificativas del sistema precedente u otros hechos del mismo carácter que pueden ser recogidos en los libros del Registro por medio de una indicación (véanse los Ar-

70. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Publicidad del régimen matrimonial* en Elementos de Derecho civil FALTA

tículos 102,1333, 1436 del Código Civil). La ausencia de tal asiento ofrece una suerte de publicidad negativa que se limita a permitir presumir que ese matrimonio se halla sometido a la normativa legal, pero sin señalar cuál es esa normativa, ni publicar suficientes datos de los que deducir dicho dato.

Antes, la cuestión era relativamente sencilla. Dado que con el matrimonio la mujer pasaba a ostentar la misma vecindad civil que su marido, bastaba con conocer este dato para saber cuál era la ley rectora de los efectos del matrimonio. Ahora, esto no es así, y la posibilidad de que existan matrimonios mixtos, hace que exista toda una serie de puntos de conexión que entran en juego, escalonadamente hasta llegar a una única ley. En primer lugar sigue determinando esa la rectora la ley común de ambos, pero con el hándicap de que en ningún momento los libros del Registro Civil nos informan con certeza de cuál era la vecindad civil de los esposos al tiempo de contraer matrimonio. La adquisición de la vecindad opera de modo automático sin necesidad de inscripción registral ni de requisito complementario alguno, por lo que a la hora de su determinación nos movemos en un terreno marcado por la inseguridad, debiéndose acudir a las presunciones[71]. Dificulta sobre todo la prueba de la vecindad civil el Art. 225 del Reglamento del Registro Civil, que recoge la adquisición de la vecindad por residencia de diez años, lo que permanece enteramente fuera del Registro, en el que únicamente consta la declaración obstativa o voluntad en contrario de dicha adquisición.

Vemos pues cómo consultando el Registro Civil, el tercer adquirente no podrá saber con certeza que esos cónyuges tenían una vecindad civil común en el momento de contraer matrimonio, y por tanto si esa ley personal común a ambos regirá su régimen

71. MURILLO GARCIA-ATANCE, M. «Prueba de la vecindad civil» en *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pág 31.

económico matrimonial. La consulta al Registro sí sería más fructífera si los cónyuges hubieran hecho uso de la segunda posibilidad que prevé el Art. 9.2 y hubieran elegido en documento auténtico esa ley aplicable entre las leyes personales o de residencia habitual de cualquiera de ellos.

En el supuesto, nada frecuente, de que los cónyuges no hayan ejercitado esa opción, la ley establece como punto de conexión el lugar de residencia común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o el lugar de celebración del matrimonio, datos de los cuales sólo el último (no entramos en cuestionar la conveniencia de establecerlo como puntos de conexión, dado su irrelevancia), consta en el Registro. Así pues, recapitulando, el Registro Civil tan sólo nos informara con certeza de si los cónyuges han ejercitado la opción que contempla el Art. 9.2. En su defecto únicamente nos encontraremos con datos aislados, de los que de ningún modo podremos deducir cuál es la ley que rige ese matrimonio.

Como señala Cecilio Serena Velloso[72] es una lástima que el legislador estatal no se haya hecho eco de las propuestas que en 1978 se hicieron desde la Cátedra Miguel del Molino. Desde este foro se propugnaba la exigencia de opción expresa en algún momento del proceso de inscripción del matrimonio, lo que, sin lugar a dudas habría dotado a esta publicidad de la máxima fuerza y garantía. En ese instante de la inscripción se conocen todos los datos que permiten determinar cual es ese régimen (sólo el futuro lugar de residencia exigiría una manifestación de los esposos) dado que el legislador ha escogido puntos de conexión cuya toma en consideración ha fijado en un momento concreto, por lo que no sería difícil determinar entonces ese dato, con lo que se evitaría que el tercero que consulta el Registro Civil debiera llevar a cabo fatigosas

72. «*La vecindad civil*» en *Actas de las Primeras Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pág 23.

averiguaciones, no alcanzando nunca la certeza de conocer cuál es la ley que rige ese matrimonio.

En cuanto al segundo tipo de publicidad, la que ofrece el Registro de la Propiedad, hay que señalar que los folios registrales, dado que la publicidad hipotecaria tiene por objeto cosas y derechos sobre ellas, y no personas, no están pensados para publicar un régimen que, por un lado puede comprender pactos sobre derechos y obligaciones de los cónyuges puramente personales, y, por otro lado se extiende a todos los bienes de los esposos, sean tanto muebles como inmuebles.

Por otra parte, el hecho de que el gravamen real que constituye el derecho expectante de viudedad tiene carácter legal hace que quepa cuestionarse si este derecho como tal tiene acceso al Registro. En principio, si bien los Artículos 5 y 6 del Reglamento Hipotecario[73] no prohiben la constancia de este derecho en los libros registrales, estos preceptos, sí que parece que hacen innecesaria su inscripción, teniendo en cuenta la publicidad legal de que goza el derecho expectante, publicidad superior y que se superpone a la que puedan proporcionar los folios registrales. Dado que, en principio, el derecho expectante va a ser oponible a cualquier tercero a pesar de que ese derecho ni conste en el Registro de la Propiedad ni sea deducible su existencia de los datos que en éste constan, parecería que ningún interés van a tener los cónyuges que ostenten el derecho expectante de viudedad en inscribir su derecho. Pero en realidad esto no es así y esa inscripción sí tiene alguna virtualidad y utilidad dada la solución por la que ha optado el legislador estatal en el Art. 16.2.[74] párrafo segundo del Código Civil, y que más adelante analizaré.

---

73. También puede tenerse en cuenta el Artículo 90 del Reglamento Hipotecario.

74. DE PABLO CONTRERAS, P. *El derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad* en Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985)", Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pág 249 " la constancia registral del derecho expectante facilita su operatividad y protección en el tráfico jurídico, aunque sólo sea por el mero hecho de la publicidad formal del Registro ".

Indicados a grandes rasgos cuáles son los vehículos de la publicidad del régimen matrimonial vemos como en principio, una persona para tener seguridad de que la finca que adquiría no se hallaba afecta a ningún derecho de viudedad debía acudir al Registro de la Propiedad y examinar la cadena de titularidades de ese inmueble para a partir de ahí, a la luz de los datos publicados por el Registro Civil tratar de averiguar si alguno de los propietarios (o incluso de todos aquellos que hayan ostentado un derecho real limitado sobre la finca) estaba sometido al Derecho civil aragonés en cuanto a su régimen económico matrimonial, no habiendo renunciado su cónyuge al derecho de viudedad en el momento de la enajenación.

Esta costosa tarea indagatoria nunca le garantizaría la adquisición de la plena propiedad sobre esa finca ya que en todo caso el derecho expectante, caso de existir, le sería oponible, pese a que el hubiera actuado diligentemente y de buena fe.

Lo extremado de estas consecuencias y los perniciosos efectos que ello conllevaba de cara a la seguridad jurídica y al tráfico de bienes, hicieron que el legislador estatal tratara de dar una solución a este problema articulando en el Art, 16.2, párrafo segundo del Código Civil un mecanismo de protección de la confianza de los terceros, mecanismo gravemente desacertado que vulnera los principios constitucionales de igualdad entre todos los Derechos civiles españoles, por afectar de manera sensible al ámbito de aplicación del Derecho aragonés.

Todo se debe a lo que, desde mi punto de vista, consiste en un punto de arranque erróneo por parte del legislador estatal. Éste aborda el problema desde una perspectiva equivocada al considerar que se trata de un problema de Derecho Interregional Privado, más en concreto de un conflicto de leyes para cuya solución se ha

escogido como punto de conexión la situación del inmueble fuera de Aragón.[75]

El legislador parece haber adoptado los criterios expuestos en 1943 por Pelayo Hore[76] y así entiende que si el derecho expectante de viudedad se desenvuelve en cuanto a alguno de sus elementos dentro de la esfera jurídica de Aragón el tercero tiene motivos bastantes para prever la posibilidad de que la viudedad surja, lo que excluye su buena fe o, al menos, las razones que hacen que su confianza deba ser protegida.

En realidad ello entraña la imposición de un criterio territorialista en el tratamiento de la viudedad aragonesa, de manera que el derecho expectante sólo operará plenamente sobre fincas situadas en territorio aragonés, resultando que un derecho previsto con carácter estrictamente personal[77] a favor de un cónyuge, y como tal, personal, independiente de todo criterio de territorialidad, va a ver cómo su efectividad va a depender de circunstancias tan aleatorias como la situación territorial de los bienes del otro consorte, lugar donde se haya realizado la enajenación, o que se haya

---

75. SERRANO GARCIA, J.A. *Vecindad civil, ley aplicable*...ob. citada " considerando que no existe conflicto de leyes, sino que se trata simplemente de otorgar la necesaria protección al adquirente a título oneroso y de buena fe, no sería competente para ello el legislador estatal. La buena fe del adquirente como a criterio a tener en cuenta en la operatividad del expectante debería ser contemplada en su caso en la Compilación".

SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág 738 " la norma es a nuestro juicio inconstitucionalidad".

76. PELAYO HORE, S. *Problemas de viudedad foral*, en Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943,págs. 175 y 192 y *La viudedad aragonesa* (cuestiones extraregionales), RDP, 1944, págs 22 a 35

77. Artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Texto Refundido por la Ley Orgánica 5/ 1996 de 30 de diciembre) «las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostentan la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se atribuya eficacia territorial».

hecho o no referencia al régimen económico matrimonial del transmitente[78].

Como digo, la solución por la que ha optado el legislador estatal no puede ser menos afortunada y atentatoria contra el ámbito de eficacia del Derecho Civil aragonés. Contradice claramente el tenor del Art. 76.2 de la Compilación, y hace que, de hecho, lo establecido por éste, y en general toda la disciplina diseñada por el legislador aragonés sólo pueda desarrollarse plenamente cuando el inmueble en cuestión radica en territorio aragonés.

Es evidente que los terceros merecen cierta protección, todo porque pueden verse afectados por un derecho de viudedad cuya existencia ni conocían ni podían haber conocido, siendo esta posibilidad de desconocimiento mayor si el negocio de transmisión se desarrollaba fuera de la esfera aragonesa, pero lo que es inaceptable es que estos datos, de por sí, innegables, hayan conducido a un precepto como el Art. 16.2, párrafo segundo del Código Civil. Bajo la redacción de este precepto parece subyacer la idea de que sólo los aragoneses deben conocer el Derecho aragonés, no siendo aplicable el aforismo de que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, consecuencia que implica menospreciar un Derecho civil español tan digno de conocimiento como cualquier otro[79].

---

78. DELGADO ECHEVARRIA, J. *La viudedad aragonesa en el Derecho internacional*...ob. citada, págs 89 y 90 "se ha introducido una limitación en el derecho de viudedad aragonés a través de un criterio matizadamente territorialista, y lo que es peor,, en el fondo late la idea de que sólo los aragoneses conocen y han de conocer el Derecho aragonés, mientras que se exime de ese conocimiento a los demás españoles".

79. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Un problema* ...ob. citada, pág. 432 "Creo que esta nueva disposición atenta descaradamente ya no sólo a los más elementales criterios de justicia, sino lo que es más grave a la propia normativa legal aragonesa y a los razonables principios que rigen nuestro ordenamiento positivo en general y aragonés en particular. La disposición viola abiertamente el Artículo 76.1 de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón [....] La nueva disposición abre una puerta de desproporcionado tamaño al fraude de un cónyuge para con el otro [....] La supresión del derecho expectante habría de ser total y para toda clase de bienes, independientemente de su situación territorial".

Con este precepto no se tiende sino a favorecer la ignorancia de una normativa vigente, y la desidia en las relaciones jurídicas. En lugar de esto, lo que debería hacer el legislador es modificar la regulación, en el sentido de instaurar una verdadera y eficaz publicidad del régimen económico matrimonial, para que así los terceros tuvieran a su alcance datos suficientes que les permitieran, a la hora de adquirir una finca, conocer si ésta estaba afecta a algún derecho de viudedad. Con ello se lograría la seguridad jurídica en el tráfico de bienes que haría innecesaria para esos terceros cualquier tipo de protección añadida consistente en desvirtuar un Derecho civil español.

Vemos pues como en manos del legislador estatal está la solución, pero no acudiendo, como título competencial al penúltimo inciso del Art. 149.1.8ª de la Constitución que recoge las competencias exclusivas del Estado en materia civil, ya que no se tata de una situación de conflicto de leyes, sino acudiendo a la tercera de esas competencias exclusivas, la relativa a la ordenación de los registros e instrumentos públicos[80]. Así, el legislador estatal debería modificar la regulación del Registro de la Propiedad o del Registro Civil, para que alguno de éstos publicara de modo eficaz la exis-

---

DELGADO ECHEVERRIA, J. *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*... ob. citada, pág 98 "la doctrina al observar estas posibilidades de fraude se ha preguntado por las posibles defensas del cónyuge así privado de su viudedad. Si al adquirente «no puede oponerse el derecho expectante», el eventual fraude del cónyuge (que, por hipótesis no es compartido por el adquirente de buena fe) sólo puede dar lugar a medidas compensatorias contra éste, que acaso puedan configurarse como necesaria reinversión del precio recibido en otro inmueble y como indemnización de daños por la privación del derecho expectante de viudedad que, en esta fase del mismo, son difícilmente evaluables".

80. DELGADO ECHEVERRIA, J. *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional*... ob. citada, pág 99 "no es cuestión de Derecho interregional. En la escasa medida en que la finalidad que persigue es razonable, por responder a preocupaciones de seguridad jurídica y protección de la buena fe, es una cuestión de Derecho material civil, más estrictamente de Derecho inmobiliario registral y la ley Hipotecaria habrá de ser, en su caso la sede propia de la norma protectora de terceros adquirentes".

tencia del derecho de viudedad, o publicara datos fiables que permitieran deducir su existencia. Me inclino porque el Registro Civil publicara de un modo expreso cuál era el régimen económico de todo matrimonio inscrito, y caso de ser el legal, especificara cuál era éste. Con ello se lograría un efectiva publicidad del régimen económico matrimonial, aprovechando los Registros ya existente, sin necesidad de crear un Registro ad hoc, como se ha hecho en Alemania, Holanda o Portugal.

3. Limitaciones.

Tras haber analizado cuál es la extensión de la viudedad, hemos visto como la Compilación le hay dotado de un carácter universal (Art. 72.1). Ésta es la extensión objetiva que la ley diseña con carácter general, para aquellos casos en que no se ha dispuesto otra, ni concurren determinadas circunstancias que afectan al ámbito objetivo de la institución; pero también hay que tener en cuenta las posibles limitaciones que puede sufrir el ámbito de la viudedad. Paso a analizar de forma individualizada cada una de estas limitaciones, atendiendo a la distinta fuente de la que proceden, prescindiendo de la ordenación que de ellas lleva a cabo el legislador, y atendiendo siempre a la relevancia que estas limitaciones tienen respecto a la extensión del derecho expectante.

A. Determinadas por los cónyuges.

En primer lugar, voy a prestar atención a aquellas limitaciones que pueden provenir de los titulares del derecho de viudedad, esto es, de los cónyuges, bien de manera conjunta o individual.

a. Determinadas bilateralmente.

Es el propio Art. 72.1 de la Compilación el que, tras señalar con carácter general la universalidad de la viudedad, deja "a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto en manco-

mún por ambos cónyuges"[81]. Dicha posibilidad de pacto (que no tiene por qué limitarse a la extensión objetiva de la viudedad, sino que puede establecer una ordenación jurídica de sus derechos de viudedad distinta de la legal), conlleva que los cónyuges pueden reducir el ámbito de la viudedad a los muebles, a los inmuebles o a parte de unos y otros. La reducción de la viudedad al ámbito inmobiliario tendrá efectos sobre todo de cara a la segunda de las fases de la viudedad; ya que él cónyuge supérstite gozará de derecho de usufructo sólo sobre los bienes inmuebles, y no sobre aquellos muebles que pueden quedar en el patrimonio del premuerto. En vida de ambos consortes, esta reducción tan sólo implicará que él cónyuge que la haya sufrido no podrá hacer uso de la acción que prevé el Art. 76.4 para reaccionar frente a enajenaciones de muebles fraudulentas.

También hay que tener en cuenta que la alteración de la extensión legal, cuando no sea igual para ambos cónyuges puede afectar a la reciprocidad de la viudedad y a su naturaleza gratuita u onerosa.

Por último es preciso señalar que el pacto también puede consistir en una exclusión de la fase de derecho expectante, pero no del usufructo vidual, con lo que al fallecimiento de uno de los cónyuges, el supérstite gozará de usufructo sobre los bienes que en ese momento queden en el patrimonio del premuerto, que anteriormente no se hallaban afectos al derecho expectante, ya que de haber sido transmitidos hubieran quedado libres de todo futuro usu-

81. Este inciso, con idéntica redacción apareció como novedad en el Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación, texto de 1966 presentado al Pleno. Con anterioridad, el Artículo 71.2 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación, texto para revisión de 1965 señalaba «por pacto o testamento podrá reducirse este derecho a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1 del Artículo 38. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá a otros bienes hasta completar dicha mitad».

fructo vidual. Ello vuelve a poner de manifiesto la falta de acierto del Art. 79 de la Compilación, que, como ya he dicho, debería señalar de forma contundente sobre qué bienes recae el usufructo, sin remitirse para ello a la extensión del derecho expectante.

b.Determinadas unilateralmente.

El párrafo segundo del Art. 72 prevé la posibilidad de que se produzca una restricción unilateral del derecho de viudedad, es decir, que la exclusiva voluntad de uno de los cónyuges pueda provocar una reducción de la extensión del derecho de viudedad de su cónyuge.[82]

Este precepto[83] está ubicado en el Capítulo I del Título VI del Libro Primero de la Compilación, esto es, entre aquellas disposiciones aplicables al derecho de viudedad considerado en su totalidad, comprendiendo tanto a la fase de derecho expectante como a la de usufructo vidual. Esta localización induce pues a pensar que la limitación afecta por igual a ambas fases, dado el paralelismo existente entre ambas. No creo que sea así, ya que prácticamente la restricción como tal sólo opera cuando ya se ha producido el fallecimiento de uno de los cónyuges, es decir, estando ya inmersos en la fase de usufructo vidual.

---

82. Artículo 72.2 de la Compilación " Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1 del Artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad":

83. Esta posibilidad arranca del Artículo 140.2 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963 que señalaba «por voluntad de cada cónyuge declarada en testamento o instrumento público podrás reducirse este derecho a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1 del artículo 105. Si el valor de éstos no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a los muebles necesarios para completar tal mínimo».

En realidad, en vida de ambos cónyuges, el establecimiento de esta restricción tiene cómo único efecto el excluir la posibilidad de ejercitar por parte de uno de los esposos la acción de fraude que contempla el Art. 76.4 en aquellos casos en que un bien mueble haya sido transmitido fraudulentamente. Salvo este extremo, en nada afecta la introducción de esta limitación al normal funcionamiento de la institución, ya que la afección que entraña el derecho expectante de viudedad se limita a los bienes inmuebles y muebles como sitios del Art. 39.1.

Sólo en un momento posterior, cuando ha fallecido el cónyuge que introdujo la limitación, ésta despliega su mayor eficacia, ya que es entonces cuando se aprecian las consecuencias más importantes que desencadena.

Ya inmersos en la fase de usufructo vidual vemos cómo éste queda reducido a recaer sobre los bienes inmuebles y muebles como sitios del Art.39.1 (tanto los que resten en el caudal relicto como aquellos que hayan sido enajenados sin que el derecho expectante se haya extinguido, ya que respecto de este tipo de bienes el modo de desenvolverse del derecho expectante no se ve alterado). Sobre el resto de los bienes muebles el supérstite no gozará de usufructo, salvo aquellos casos en que los bienes sobre los que sí recae el usufructo no alcancen la mitad del valor del caudal hereditario[84].

Sucede pues que en la viudedad configurada con esta extensión tienen más peso los aspectos sucesorios que los familiares. En

84. La introducción de esta limitación al ámbito de la restricción unilateral fue sugerida por el Colegio Notarial de Zaragoza y por los Registradores de las tres provincias en el Informe que en 1963 emitieron sobre el Anteproyecto de la Compilación de Derecho civil de Aragón. En el también se señalaban algunos criterios - aunque no alcanzasen la general adhesión - que se inclinaban por la fijación de un límite mínimo para el caso de que, en virtud de tal limitación de la viudedad a los inmuebles, viniese prácticamente inexistente o reducida más allá del límite que se considera aconsejable.

primer lugar respecto de los bienes muebles (siempre exceptuando los del Art. 39.1) queda excluida la primera fase de la viudedad, cualquier tipo de garantía de esa otra segunda fase de usufructo vidual. En cuanto a los bienes muebles la celebración del matrimonio no genera ningún efecto ya que se ha excluido la única consecuencia que sobre este tipo de bienes, de naturaleza mobiliaria, desencadena el matrimonio. En este caso la viudedad sólo despliega sus efectos sobre los bienes muebles una vez que se ha producido el fallecimiento de uno de los cónyuges y sólo en casos muy concretos, en los que el valor de los bienes muebles sea excepcionalmente elevado, ya que para que sobre éstos recaiga el usufructo vidual debe cumplirse la condición de que los bienes inmuebles y muebles como sitios no representen la mitad del caudal hereditario. Vemos como esta condición sólo en contadas ocasiones se cumplirá ya que, por una parte, ordinariamente los bienes inmuebles y los muebles como sitios son los de mayor importancia económica (aunque quizá en las economía actuales este hecho sea más frecuente) y, por otro lado, teniendo en cuenta la desigualdad de las dos magnitudes comparadas, ya que junto al caudal hereditario, esto es, el patrimonio que deja el premuerto, se colocan aquellos bienes inmuebles y muebles como sitios del Art. 39.1 sobre los que recaerá el usufructo vidual y que no son sólo los que queden en el patrimonio del fallecido, sino también aquellos que, habiendo salido de su patrimonio sigan afectos al derecho de viudedad por no haber renunciado, expresa o tácitamente al derecho expectante (art. 76.2)

Sólo en este supuesto recaerá sobre los bienes muebles el usufructo vidual y exclusivamente sobre aquellos que resten en el patrimonio del premuerto (sólo ellos forman parte del caudal hereditario), en ningún caso sobre aquellos que hayan salido ya de él. Sobre éstos últimos el cónyuge supérstite no ha tenido ni tiene ningún derecho, ninguna posibilidad de actuación, lo que no deja de ser un pórtico para el fraude, sobre todo en aquellos casos en los que sea importante el valor de los bienes muebles no incluidos

en el Art. 39.1 (no será tan raro cuando abunden los bienes contemplados en los números tercero y sexto del Art. 39).

Por otra parte también considero una grave deficiencia del Art.72.2 y que así mismo supone dejar expedito el camino al fraude entre los cónyuges, el hecho de que este precepto no prevea la exigencia de que el establecimiento de esta limitación debe ser notificado de forma fehaciente al otro cónyuge, que va a ser el afectado por la misma. [85]

La norma tan sólo exige que la voluntad del cónyuge en ese sentido sea expresada en testamento o instrumento público, pero en ningún momento menciona la necesidad de que ello sea puesto en conocimiento del otro cónyuge, para que pueda obrar en consecuencia.

Así, la introducción de una limitación de este tipo puede provocar no sólo que se rompa el carácter recíproco de la institución de la viudedad (con lo que sería más cuestionable la primacía del derecho de viudedad sobre los derechos de los legitimarios) sino que se defraude la confianza del otro cónyuge.

Por ello creo que en el futuro el precepto que contemplara esta posibilidad de reducir unilateralmente el ámbito de la viudedad debería exigir su notificación fehaciente al cónyuge destinatario de la limitación, del mismo modo que se exige la notificación de la revocación o modificación de las disposiciones de un testa-

---

85. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Limitaciones al derecho de viudedad*... ob. citada, "una cuestión echo en falta en toda esta materia: que no exista una norma que obligue al cónyuge que restringe unilateralmente la viudedad de su consorte, a hacerle partícipe, necesariamente, de su decisión. Pasa aquí algo similar a como sucede en la revocación unilateral del testamento mancomunado, si no afecta a disposiciones correspectivas. La falta de comunicación de lo actuado al otro consorte, deja a éste en estado de inferioridad. Es posible que este otro cónyuge llegue a desconocer de por vida que su viudedad le ha sido limitada; cuando de haberlo sabido, posiblemente hubiera establecido por su parte disposiciones similares con respecto a su consorte".

mento mancomunado (ya no sólo la de las disposiciones correspectivas, como sucedía en la anterior regulación).[86]

Por otra parte, el grave problema que plantea este precepto es el de quién y conforme a qué criterios debe decidir a qué bienes muebles debe extenderse el usufructo vidual hasta alcanzar la mitad del valor del caudal hereditario.

La doctrina coincide en señalar que en defecto de previsión ad hoc del premuerto o de acuerdo entre el viudo usfructuario y los herederos del premuerto, la decisión corresponde a la Junta de Parientes o, en su defecto, a los Tribunales que gozarán de amplio arbitrio en cuanto al señalamiento de bienes.[87]

Quizá la norma debería señalar expresamente a quién compete la decisión fijar un criterio para llegar a ella. Ya hemos visto como esta extensión a los bienes muebles sólo se producirá en aquellos casos en que su valor sea muy importante en proporción al de la propiedad inmobiliaria y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, lo que sucederá ordinariamente cuando abunden los bienes reseñados en los números tercero y sexto del Art. 39, esto es, dinero en metálico o invertido en

---

86. Artículo 106.4 de la Ley de sucesiones por causa de muerte "toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario. El otorgante hará saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otoegante, a quien el Notario notificará dentro de los ocho días hábiles siguientes el mero hecho del nuevo otorgamiento. Sin perjuicio de las reponsabilidades a que hubiera lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación":

87. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*... ob. citada, pág 293 " si se da el caso normal de que no establezca (el testamento) normas para la extensión del usufructo a los bienes muebles se nos presenta una espinosa cuestión [....] Coincido con el profesor Sancho Rebullida en la necesidad en este caso de acudir a los mecanismos que recoge la Compilación para otro problemas por analogía con los mismos y por ello debería ser la Junta de Parientes quien resolviera el litigio, y sólo a falta de ésta serían los Tribunales quienes resolverían, bien entendido que esto se produciría en último lugar, a fin de conseguir que problemas familiares se resolvieran en familia".

SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*.... ob citada, pág 659.

diferente activos, por lo que este podría ser uno de los casos en que quizá la capitalización de la viudedad fuera la adecuada y así al viudo le correspondería bien una renta o un capital, quedando la administración del patrimonio en manos de los herederos.

c) Determinadas por las personas de las que proceden los bienes

Estudiaremos ahora las modificaciones que a la extensión de la viudedad pueden introducir terceras personas, en concreto aquellas que de una manera u otra ha transmitido a los cónyuges titulares del derecho de viudedad los bienes afectos a éste.

En el Título VI del Libro I de la Compilación nos encontramos dos preceptos que abordan esta cuestión, aunque desde sedes diferentes. Se trata de los artículos 74.2 y 77, ubicado el primero de ellos en el Capítulo I entre las disposiciones generales aplicables a toda la institución de la viudedad y el segundo en el Capítulo II inmerso en la regulación del derecho expectante de viudedad en concreto.

En primer lugar, debemos comenzar criticando esta sistemática, ya que se trata de preceptos estrechamente ligados, dado que el uno no se entiende sin el otro por lo que deberían aparecer unidos y ser regulados conjuntamente.

El Art. 74.2 constituye la excepción a la regla general contenida en el Art. 77 y, teniendo en cuenta que este último hace referencia a la voluntad del transmitente de excluir la viudedad del cónyuge del receptor de los bienes, al no excluir sólo la primera fase del derecho expectante permitiendo la conservación del usufructo vidual pese a la inexistencia de esa garantía, su sede natural estaría entre las disposiciones generales aplicables unitariamente a la viudedad. Así el precepto que regulara la privación debería contener en primer lugar la regla general de que la viudedad no recae (ni el usufructo recaerá, ni antes, como medio de ga-

rantizarlo, el derecho expectante) sobre aquellos bienes que los cónyuges hayan recibido a título gratuito con prohibición de viudedad o sujetos a sustitución fideicomisaria; tras lo cual debería añadir la excepción a dicha regla ya que hace que esa facultad de prohibición o de establecimiento de sustitución fideicomisaria está vedada a los ascendientes.

Con ello se habría logrado una más adecuada sistemática y una coherencia formal en la articulación de los preceptos, aunque, desde mi punto de vista, seguiría siendo inadecuado el contenido del precepto. Considero desacertado que, en este punto, goce de mayor libertad cualquier tercero, cualquier persona, que dispone de unas posibilidades de actuación de las que se ven privados los ascendientes del cónyuge que recibe esos bienes a título gratuito, tan sólo por esa relación de parentesco que les une[88].

Ese parentesco constituye la razón que explica este diferente tratamiento, y que no es otra que los derechos legitimarios que toda persona en Aragón ostenta tan sólo respecto de sus ascendientes, y no respecto de otros parientes, ni mucho menos, obvia decirlo, respecto a extraños.

Siendo este el fundamento del Art. 74.2, considero que esta norma debería adaptarse y ser acorde con la configuración que recibe en Aragón el sistema legitimario, en el que la legítima individual carece de contenido patrimonial alguno.

---

88. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Limitaciones a derecho de viudedad*.. ob. citada, pág 133 " la razón que parece presidir este veto a la prohibición de viudedad que la ley establece para los ascendientes en las transmisiones gratuitas que efectúen a sus descendientes, es un intento del legislador de evitar el conflicto familiar que puede surgir entre padres e hijos y por supuesto con los consortes de éstos, si los padres tratan de impedir que tales consortes lleguen a tener un derecho, el de viudedad, que la ley aragonesa confiere con carácter general a todo cónyuge viudo. Sin embargo, este veto legal encuentra en la práctica no poca resistencia y para muchos testadores resulta absolutamente incomprensible esa limitación tan férrea que la norma impone al ejercicio de su libertad civil y a la general autonomía de la voluntad que preside la mayor parte de las instituciones aragonesas":

Parece que bajo el Art. 74.2 subyace un deseo de que todo cónyuge mantenga derecho de viudedad sobre aquello que de un modo natural e inexorable debe recibir su consorte, sobre lo que herede de sus ascendientes, sin tener en cuenta que en Aragón esta idea nos es ajena.

A la luz de la Compilación la legítima individual es puramente formal y podría quedar reducida a una mera mención para evitar la preterición. Actualmente basta con que una persona haga llegar a sus descendientes la mitad de su caudal hereditario, para que sus disposiciones devengan inatacables por no vulnerar las legítimas, sin importar cómo sea hecha esa distribución entre sus descendientes, pudiendo ir todo a mano de uno de ellos, sin que el resto tenga derecho a nada. Por tanto ¿por qué esa persona que goza de esa amplia facultad de disponer mortis causa, característica de nuestro Derecho y que se ha visto ampliada todavía más por la Ley de sucesiones por causa de muerte, se ve constreñida a soportar el derecho de viudedad del cónyuge de un descendiente suyo al que desea donar o atribuir mortis causa algún bien?[89] Si ese descendiente nada tenía derecho a recibir, y por lo tanto, nada podría esperar su consorte en cuanto al derecho de viudedad, ¿qué sentido tiene esta limitación que con carácter imperativo recoge el párrafo segundo del Art.74?[90]

---

89. MERINO HERNADEZ, J.L. *Limitaciones al derecho de viudedad*...pág 134 " el legislador no puede invadir campos que le son ajenos, y tratar de entrar con la norma en aspectos subjetivos, morales o de conciencia".

90. ZAPATERO GONZALEZ, R. *De la viudedad foral*... ob. citada, pág 221 " de la lectura del Artículo 74 y del 77 se desprende que el ascendiente tiene más limitada su capacidad dispositiva que cualquier tercero, lo que no parece que tenga mucha justificación, máxime cuando la norma, a buen seguro, lo que impedirá será la transmisión, pues difícilmente, un ascendiente dispuesto a transmitir un bien a un descendiente, sujeto a la condición de no disfrute de viudedad del cónyuge, continuará con su pretensión a la vista de la norma impeditiva, y, o bien, renunciará a la misma o bien intentará evadir la ley".

Por todo ello, atendiendo al fundamento que esta limitación tiene, y porque el favor viduitatis (al que alude Latorre Martínez de Baroja como fundamento de la restricción) no debe primar sobre la libertad de disposición mortis causa, considero que sería más adecuado que el precepto modificara su redacción y tal como propuso el Colegio de Abogados de Zaragoza, a raíz de la información pública del primer Anteproyecto de la Compilación, distinguiera entre los bienes sujetos a legítima forzosa y aquellos de libre disposición respecto de los que el ascendiente quedaba en peor situación que cualquier tercero y que se veía forzado a llevar a cabo transacciones indirectas para lograr ese propósito inicial.

C. Determinadas por la propia ley.

Por último, en cuanto a las limitaciones que pueden ser establecidas a la extensión objetiva de la viudedad, debe estudiarse la prevista por el Art.73 de la Compilación que prevé, con carácter imperativo una restricción para el caso de que uno de los cónyuges acuda al matrimonio teniendo descendencia conocida[91], tanto

91. A lo largo del tiempo (con motivo de la redacción de la Compilación, ya que ni en el Apéndice ni en el Derecho histórico existía una norma equivalente) se han venido articulando diversas previsiones para este supuesto de que uno de los cónyuges tuviera descendencia anterior (en un principio sólo descendencia matrimonial).

El Artículo 139.2 del Anteproyecto preparado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses, señalaba que "este derecho de cada cónyuge se reducirá a la mitad cuando un viudo o viuda con descendencia case con persona 20 o más años menos que él". Al mismo tiempo se señalaba en el Artículo 140.2 que "no podrá pactarse viudedad universal en los casos de segundas nupcias con supervivencia de los hijos del primer matrimonio".

Idéntico era el tenor de los Artículos 144.2 y 145.2 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962.

El Artículo 141 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963 se señalaba "en el caso de ulteriores nupcias con supervivencia de hijos de anterior o anteriores matrimonios, el derecho de viudedad del cónyuge se limitará a los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo anterior y no podrá extenderse (Artículo 140.2 "por voluntad de cada cónyuge declarada en testamento o instrumento público podrá reducirse este derecho a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el Número 1 del Artículo 105. Si el valor de éstos no representara la

proceda de anteriores nupcias como sea de carácter extramatrimonial, pero en todo caso sea descendencia suya exclusivamente, y no del otro cónyuge también.

La norma, que en otro tiempo se decía tendía a proteger a los descendientes matrimoniales de las consecuencias injustas que podía ocasionar el posterior matrimonio de su padre con una mujer mucho más joven que él -ya hemos visto como en el supuesto de hecho se incluía se incluía que la diferencia entre los cónyuges debía superar los 20 años- carece hoy, desde mi punto de vista, de sentido,, tanto el valor jurídico que tiende a proteger, como en su concreta articulación.[92]

A lo largo de los últimos años el precepto ha sufrido diversas modificaciones, todas ellas tendentes a adaptar la norma a las nuevas circunstancias sociales, tratando de evitar anteriores discrimi-

---

mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a los bienes muebles necesarios para completar tal mínimo"). Cuando en los supuestos del párrafo anterior, el viudo o viuda case con persona 20 o más años menor que él, el derecho de viudedad no podrá exceder de la tercera parte del caudal".

El Artículo 72 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación vuelve al régimen que se señalaba en 1962, señalando que "en el supuesto de matrimonio de viudo o viuda con descendencia de anteriores nupcias, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge, no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario". Al mismo tiempo que se introduce la siguiente cláusula "esta limitación quedará sin efecto si, al fallecimiento del bínubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia".

92. Especialmente crítica con este precepto se muestra la Ponencia sobre Derecho foral de Aragón elaborada en el Primer Congreso de la Abogacía de 1983 que calificaba al Artículo 73 de «norma total y absolutamente injusta y discriminatoria para el cónyuge viudo»:

También MERINO HERNANDEZ, J.L. *Discurso*., pág 135 "este supuesto normativo no tiene una justificación lo suficientemente asentada, ni responde en modo alguno a una clara tradición jurídica aragonesa, además de que en su aplicación práctica está produciendo unas distorsiones familiares e incluso unas injusticias,a todas luces inexplicables e inaceptables"

LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*.. ob. citada, pág 301 "este artículo no tiene mucha razón de ser en tiempos en que se pueden proteger los derechos de los hijos de otras maneras".

naciones, pero que en realidad lo que han hecho ha sido sustituir unas discriminaciones por otras y unos problemas por otros. Así, la limitación que antes operaba ante la existencia de descendencia matrimonial anterior, ahora opera siempre que exista "descendencia conocida con anterioridad", y ya no sólo cuando el que contrae nuevas nupcias es un viudo y lo hace con mujer al menos veinte años menor que él. Ahora se ha eliminado toda referencia numérica a la diferencia de edad, al tiempo que se ha extendido el ámbito de la norma, pues se aplica tanto a hombres como mujeres.

Examinando la norma observamos que ésta parece que trata de lograr la efectividad actual de la legítima de los descendientes que los son exclusivamente de un cónyuge, finalidad que, por una parte, debe adaptarse en todo caso a la configuración del sistema legitimario en la actualidad[93], y por otro lado pierde razón de ser si se observa la reducida extensión subjetiva que esta restricción presenta.

En efecto, en 1985, se modificó la redacción de la norma para que en aras de la igualdad entre descendientes independientemente del origen de su fifliación no se aplicara sólo a la anterior descendencia matrimonial. Propósito loable, si no fuera porque con la nueva regulación se ha introducido otra nueva discriminación, más ilógica todavía, ya que hace que sólo se vean favorecidos por la limitación la descendencia que sea conocida con anterioridad.[94] Atendiendo al espíritu de la restricción, no alcanzo a

93. Tal y como señala SERRANO GARCIA, J.A. *Derecho de viudedad del cónyuge del título con descendencia de anteriores nupcias. El Artículo 73 de la Compilación y la STSJA de 11 de julio de 1994.* RDCA, 1996, número 1,pág 90 "el Artículo 73 no es una norma de Derecho sucesorio ni pretende alterar las reglas y principios del Derecho ssucesorio".

94. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Discurso de ingreso*...ob. citada, pág 140 "¿a quién se protege ahora con ello? La respuesta es sencilla: no se protege a nadie, se perjudica económica y familiarmente al cónyuge que casó sin tener descendencia anterior y al nuevo hijo habido de la unión matrimonial actual se le generan unas diferentes expectativas hereditarias según quien fallezca primero, si el progenitor con prole anterior o el otro".

comprender las razones que explican esta diferencia de trato entre la descendencia anterior, en función de si su existencia es o no conocida al tiempo de contraer matrimonio. Parece que se entremezclan los deseos de proteger a esa descendencia con los de salvaguardar la confianza del cónyuge que se casa con persona que ya tenía descendencia. ¿Es eso lógico?

Si la ratio del precepto es evitar la disociación de la propiedad entre el cónyuge viudo y unos descendientes que no los son suyos sino sólo de su consorte fallecido, por entender que entre ellos no existe la cohesión familiar que es la base de la viudedad,[95] ¿no se dan las mismas razones ante los descendientes cuya existencia no se conoce al tiempo de contraerse matrimonio? Para justificar esta diferencia de trato, que ellos no consideran discriminatoria, los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Conteras explican que, en todo caso la extensión objetiva de la viudedad debe ser determinada en el momento de su nacimiento, es decir, en el momento de celebrarse el matrimonio, por eso ese es el momento al que hay que atender para ver si existe descendencia anterior, no teniendo relevancia el posterior descubrimiento de descendencia. Pero esta explicación cae por tierra si se observa que el propio precepto señala que esta limitación queda sin efecto si en el momento de fallecimiento de un cónyuge no queda descendencia de la que provocó la limitación. Vemos pues cómo, en realidad sólo se conocerá cuál es la extensión objetiva de la viudedad en el momento de entrar en la fase de usufructo vidual, con lo que no habría ningún problema en esperar a este momento para ver si existe descendencia de un sólo cónyuge (ya no sólo anterior al matrimonio) pues la mismas razo-

95. Como señala SERRANO GARCIA, J.A. *Derecho de viudedad del cónyuge del biudo*.... ob. citada, pág. 89 "razones meramente prácticas y de experiencia aconsejaron la formulación de esta norma. La universalidad de la viudedad para los hijos de sólo el premuerto representa un sacrificio desproporcionado y carente de justificación, sacrificio, que en caso de existir una apreciable diferencia de edad entre ambos cónyuges, puede suponer que no llegue nunca a consolidarse el dominio en los nudo propietarios descendientes del premuerto"..

nes justifican su protección, tanto sean anteriores o posteriores al matrimonio, o conocidas o no antes de éste, y con ello se evitaría un trato discriminatorio entre ellos.

Esta cuestión del momento en que se concreta esta limitación nos lleva a un segundo problema, como es el del momento en que esta comienza a ser eficaz.

La ubicación del precepto en la Compilación, parece confirmar la tesis mantenida por los profesores Sancho Rebullida y De Pablo Contreras de que la limitación afecta por igual a ambas fases de la institución.[96]

No comparto esta opinión y así creo que esa limitación sólo afecta al usufructo vidual, permaneciendo intacta la extensión del derecho expectante[97]. En primer lugar sólo cuando ha fallecido el cónyuge que tenía descendencia exclusivamente suya se sabe si realmente opera o no la restricción. Si entonces opera ésta, ningún perjuicio ocasiona que el expectante consevará su amplitud habitual, ya que la afección desaparece en el momento en que ya no es posible que esos bienes recaiga el usufructo vidual. Pero además es que atendiendo a la propia interpretación que de este precepto

---

96. También SERRANO GARCIA, J.A. *Derecho de viudedad del cónyuge del binubo*... ob. citada, pág. 94 afirma que "todo parece indicar que la limitación afecta tanto al derecho expectante como al derecho de usufructo del cónyuge viudo".

Por el contrario, ZAPARERO GONZALEZ, R. *De la viudedad foral*.. ob. citada, pág 218 "considera que el Artículo 73 se está refiriendo al derecho de usufructo pues la norma tiene eficacia precisamente con ocasión del fallecimiento del binubo, momento en el que se liquida el caudal hereditario".

SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*..., pág 674, "el Artículo 73 de la Compilación afecta a la viudedad como institución unitaria y no sólo a su fase de usufructo vidual".

97. Un apoyo a la tesis que sostengo lo constituyen las Disposiciones transitorias quinta de la ley de la Compilación aragonesa de 1967 y la tercera de la ley de 1985 de modificación de la Compilación. Que refieren la limitación del Artículo 73 a la «extensión del usufructo»

hacen los citados profesores, en ningún caso la restricción puede afectar a la esfera del expectante. Según estos autores su significado es que en los descendientes beneficiarios de la limitación reciben la mitad del caudal hereditario libre del usufructo vidual, recayendo éste sobre la otra mitad, y en todo caso sobre los bienes que hayan salido del patrimonio del premuerto sin que se haya producido renuncia a la viudedad por parte del otro cónyuge. Vemos pues que sobre los bienes transmitidos ha recaído el expectante, por lo que no tienen ningún sentido decir que el derecho expectante ve reducida también su extensión, porque en vida de ambos, el funcionamiento de éste no se ve alterado operando la limitación del Artículo 73 sólo a la muerte del bínubo (mejor dicho, del que tenía descendencia anterior).[98]

Obvia decir que la limitación tan sólo operara en el caso de que los descendientes en favor de los cuales se ha establecido sean realmente beneficiados en la distribución de la herencia de su ascendiente, tanto se trate de sucesión voluntaria como legal, dado el carácter colectivo que la legítima presenta en el Derecho aragonés. La norma sólo afecta al ámbito de la viudedad, no el de las legítimas, implicando que, independientemente de lo que reciban del causante, el usufructo vidual sólo podrá recaer, si, y en la me-

98. El propio profesor SERRANO GARCIA, J.A. *Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo*... ob. citada, pág 94, a pesar de sostener que la limitación afecta también a la fase de derecho expectante, afirma "en este caso, el derecho expectante tiene las mismas características que en un supuesto normal [...] Hasta ese momento (el de la liquidación de la herencia del cónyuge bínubo) el derecho expectante, doblemente condicionado e indeterminado en su extensión, funciona como cualquier derecho expectante: sólo al liquidar la herencia del bínubo podremos concretar a qué bienes afecta la limitación. [...] En principio y como cualquier otro cónyuge, el del bínubo tiene derecho expectante sobre todos los bienes, que, en su día, integren el caudal hereditario del bínubo y sobre todos los inmuebles y muebles sitios del número 1 del artículo 39 que este enajenare en vida sin renuncia al derecho expectante". Continúa diciendo en la pág. 97 "constante matrimonio, el expectante funciona con normalidad, como si no estuviera limitado (puede no estarlo) siéndole de aplicación el régimen de los Artículos 76 a 78 de la Compilación".

dida que lo recibido por los beneficiados por la norma sobrepase la mitad del caudal.[99] Sobre todo aquello no recibido por los descendientes beneficiarios de la limitación, sí puede recaer el usufucto vidual.

Considero que esta es la interpretación que del precepto en cuestión debe hacerse, atendiendo a su ratio, no teniendo sentido plantearse si esa limitación contenida en el Artículo 73 entraña una restricción a la libertad de disposición mortis causa de la persona que tenía descendencia anterior en cuanto a la mitad de libre disposición. Los autores venían cuestionándose el destino que el cónyuge con descendencia exclusiva suya podía dar a la mitad de libre disposición (en concreto los términos en los que se planteaba la discusión eran otros, acordes con la extensión que antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte tenía la legítima colectiva de los descendientes, que comprendía los dos tercios del caudal hereditario, con lo que sólo restaba un tercio de libre disposición) estimando algunos que no podría ser destinada al cónyuge pues con ello se vulneraría el sentido y la finalidad pretendida por el Artículo 73, ya que en ese caso el cónyuge disfrutaría en plena propiedad de la mitad de la herencia y del usufructo sobre el cuarto restante (la mitad de la mitad del caudal que debe ir necesariamente a manos de los descendientes).[100]

---

99. Como expresan SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*...ob. citada, pág 680 "carecería de sentido estimar que el Artículo 73 «establece una limitación a la libertad de disposición mortis causa de quien contrajere nupcias teniendo descendientes anteriores, que se verá obligado a reservar a estos la mitad del caudal, y una correlativa modificación imperativa de las reglas de la sucesión intestada».

100. BATALLA GONZALEZ, M. *La viudedad en la Compilación aragonesa*, RDCL nº 465, marzo - abril 1968, págs 452-453, defiende que si se lega al cónyuge del binubo en plena propiedad, el tercio de libre disposición, o sea, dos sextas partes del caudal, quedan cuatro sextas partes de las que habrá que adjudicar tres, o mitad del caudal, en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a los descendientes, a los cuales, por consiguiente, sólo queda en plena propiedad la sexta parte que resta.

Por mi parte, opino que el premuerto tenía total libertad para disponer de esa mitad entre quien quisiera, fuera su cónyuge o no, siempre que con ello respetase la intangibilidad de la legítima. Si la mitad del caudal hereditario había ido a manos de sus descendientes, ningún problema habría, y sólo en el caso de que los descendientes beneficiarios de la limitación legal hubieran recibido algo operaría la limitación, estando aquellos bienes, hasta que alcancen la mitad del caudal hereditario, libres del usufructo vidual. Lo mismo sucedería si estos descendientes hubieran recibido bienes vía donaciones computables, bienes que estarían libres del usufructo.

También me parece criticable el hecho de que esta reducción implique un quebrantamiento de la reciprocidad que caracteriza a esta institución de la viudedad, ya que el cónyuge que tiene descendencia anterior sigue disfrutando del derecho expectante, y en su día podrá disfrutar de un derecho de usufructo cuya extensión no se va a ver alterada.[101]

Tesis ésta seguida por LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*... ob. citada, pág 298.

Niegan la posibilidad de acumular el usufructo legal sobre la mitad del caudal y el tercio libre SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág 678

Por su parte SERRANO GARCIA, J. A. *Derecho de viudedad del cónyuge del binubo*... ob. citada, pág 101, señala "los legitimarios protegidos pueden recibir hasta la mitad del caudal hereditario en plena propiedad. Respetándose esa mitad sin gravar todos los demás bienes, tanto si los reciben extraños o legitimarios, están afectos al usufructo legal si lo estaban al expectante":

101. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Discurso de ingreso*.. ob. citada "entre los problemas que el precepto plantea, el primero de ellos es el de que esa limitación de la viudedad a la mitad del caudal sólo afecta a uno de los cónyuges y no a los dos. Conlleva una cierta medida sancionadora de carácter económico, restringiendo en perjuicio de uno de los cónyuges sus beneficios respecto del patrimonio del premuerto. Pues bien, siendo ello así, no parece lógico que «la sanción» se imponga en perjuicio de uno sólo de los cónyuges, y precisamente el que no tiene descendencia.

Visto todos estos problemas que genera el Art. 73, sería aconsejable su supresión en la futura reforma de la Compilación, tratando de lograr la misma finalidad que este precepto ahora busca a través de una adecuada articulación de la posibilidad de lograr la capitalización de la viudedad[102], siendo quizá adecuado en este caso, establecerla no con carácter facultativo, sino obligatorio en el momento de que fuera solicitado por alguna de los descendientes que lo eran sólo del premuerto (no, evidentemente cuando mediara buena relación entre ambos).[103]

---

102. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*...ob. citada, pág 301 opina que "sería preferible que la Compilación permitiera en estos casos el pacto de los llamados de manera de poder atribuir bienes en pleno dominio a fin de no perjudicar a los legitimarios, a manera del Artículo 83, cosa que se podrá plantear en los caos que recoge este artículo, suprimiendo la limitación sin contenido efectivo para nadie".

103. Otra solución que algunos autores apuntan es la que ya en 1886 al redactar su «Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés» propuso Franco y López, siguiendo la opinión emanada del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1881, y partiendo siempre del criterio de que en estos supuestos debe protegerse económicamente a los hijos de anteriores uniones. Así proponía como regulación la siguiente: "la persona que casare con viudo o viuda que tenga hijos o descendencia de su anterior o anteriores matrimonios, únicamente tendrá derecho de viudedad en los bienes que éste adquiera en lo sucesivo. Pero tampoco el viudo o viuda que contraiga este nuevo enlace tendrá viudedad, a no pactarlo expresamente en los bienes de la persona con quien casare".

Esta propuesta recibe el refrendo de MERINO HERNANDEZ, J. L. Limitaciones al derecho de viudedad...ob. citada, págs 142 y 143, donde señala que se trata de "un criterio legal, a mi juicio, bastante más justo y acorde con la protección de los diferentes intereses en juego. A esta fórmula, yo me permitiría añadir, con vistas a una posible reforma de la Compilación, una nueva propuesta: «que en cualquier caso, el cónyuge viudo tenga el usufructo de la vivienda habitual del matrimonio, con independencia de quien sea su propietario, siempre que ese cónyuge supérstite carezca de vivienda»".

V. EXTINCION DEL DERECHO EXPECTANTE

Estudiado ya todo lo concerniente al derecho expectante y a su ámbito, tanto subjetivo como objetivo, no resta ya, para cerrar este repaso por la disciplina actual de esta fase del derecho de viudedad sino estudiar la extinción de este derecho.

Precepto central en esta cuestión es el Artículo 78, cuya rúbrica es, precisamente, "extinción", y que recoge las causas de extinción del derecho expectante de una manera autónoma, separadas de las que el Artículo 86 recoge para el usufructo vidual.

Entre estas causas extintivas podemos encontrar cuatro bloques distintos, que voy a pasar a estudiar de forma individualizada.

1. "Causas previstas en esta Compilación"

Con estas palabras comienza su enumeración el Artículo 78, refiriéndose a todas aquellas causas que, dispersas a lo largo de la Compilación, distintas de las explícitamente indicadas en el Art. 78, implican la extinción del derecho expectante.

En este grupo residual de causas, tras realizar un recorrido a lo largo del articulado de la Compilación, podemos encuadrar como causas de extinción del derecho expectante, las que procedo a enumerar.

En primer lugar nos encontramos con la declaración judicial de ausencia.

Formalmente, esta causa, tal y como es recogida por el artículo 7.1 de la Compilación, fue introducida por la reforma que la Ley de 21 de mayo de 1985 llevó a cabo, aunque, con anterioridad,

esta idea ya era un criterio bastante generalizado entre los juristas aragoneses.[104]

Esta extinción se produce de modo automático, ya que no se precisa ninguna especial declaración judicial, fuera de la propia declaración de ausencia, y opera tan sólo respecto del derecho expectante del ausente, no para el cónyuge presente[105].

Pocos comentarios más merece este precepto, habiendo visto ya anteriormente las consecuencias de la reaparición del ausente en cuanto a la recuperación del derecho expectante.

Otro tipo de causas pueden ser todas aquellas derivadas del ejercicio, por parte de los cónyuges, de las facultades que les con-

---

104. El Artículo 7 de la Compilación, en el texto de 1967 señala "el cónyuge del declarado ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes"; disposición que era interpretada por la mayoría de la doctrina en el sentido de que el cónyuge del declarado ausente podía disponer de sus bienes privativos sin necesidad de que el ausente renunciara al derecho expectante de viudedad foral y, por consiguiente, de esa forma no se produciría una amortización de los propios bienes. MERINO HERNANDEZ, J.L. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* de Edersa. Tomo XXXIII, vol. 1º. Madrid, 1986, pág 100.

También es destacable la enmienda que se propuso al Proyecto de ley de Compilación por parte del Grupo Parlamentario Popular (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº 57, 1 de marzo de 1985, enmienda nº 9) en el sentido de que la extinción automática del expectante fuera sustituida por la posibilidad de que el cónyuge presente hubiera tenido acción para acudir ante los Tribunales y solicitar del Juez de primera Instancia la extinción del derecho expectante sobre aquellos bienes concretos que pretendiera enajenar. Dicha enmienda fue rechazada, recibiendo finalmente el Artículo 7 la redacción que actualmente tiene.

105.BATALLA CARILLA, J.L. *Comentario de los artículos 7 y 8* en Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, DGA, vol. I, pág 396 y ss. " Entiendo que para asegurar la libre disposición de los bienes privativos del cónyuge del ausente, de los de la sociedad conyugal, se ha ido demasiado lejos. Si se quería mantener la libre disposición de que habla el Artículo 7 antiguo de la Compilación, hubiera bastado, por ejemplo, con hacer constar la extinción del expectante en la enajenación de bienes del cónyuge del ausente o de la sociedad conyugal, como excepción de lo proclamado al principio del párrafo primero del Artículo 76.2 de la Compilación. Ello hubiera sido más sencillo y más acorde con la naturaleza del expectante que esa pérdida y recuperación general del expectante del vigente Artículo 7"

cede la Compilación en cuanto a la determinación de la extensión objetiva de la viudedad, ya que en virtud de pacto o disposición en mancomún de los cónyuges (Artículo 73.1) puede extinguirse todo el derecho expectante o sólo relativamente a algunos bienes a causa de la reducción parcial de la extensión de la viudedad de uno de los cónyuges por voluntad del otro (Artículo 72.2).

Igualmente podría extinguirse el derecho expectante a causa del cumplimiento de la condición resolutoria o la llegada del plazo establecidos por la persona de la que proceden los bienes sobre los que se le recaía ese derecho, pues quien puede lo más puede lo menos y si el Artículo 77 le permite (siempre que no se trate de un ascendiente) prohibir la viudedad, del mismo modo puede modalizarla o someterla a límites temporales.

2. Causas establecidas para el usufructo en el Código Civil en cuanto le sean aplicables.

Este segundo inciso del Artículo 78 nos remite a los Artículo 513 y concordantes del Código Civil y a las causas extintivas que en ellos se contemplan y que deberán ser examinadas para determinar su aplicabilidad al derecho expectante de viudedad.

Emilio Latorre Martínez de Baroja alaba esta técnica normativa empleada ya que, según sus palabras, la remisión evita una reduplicación en la relación de causas que conduciría a olvidos y reiteraciones.[106]

Aunque no tengo nada en contra de las remisiones a preceptos concretos del Derecho supletorio, que evitan inútiles reiteraciones, en este caso concreto no considero acertada esta remisión, por el propio contenido de los preceptos a los que se ha remitido, dado que la virtualidad de estas causas como causantes de la ex-

106. *Comentarios*... ob. citada, pág. 345.

tinción del derecho expectante o está ya recogida en los preceptos de la Compilación, o puede deducirse claramente de ellos.

Trataré de argumentar esta idea analizando las causas recogidas en los Artículos 513 a 521 del Código Civil, que resultan aplicables al derecho expectante (para lo cual sigo lo expuesto por Latorre Martínez de Baroja[107] y Sancho Rebullida[108], que en este punto coinciden casi plenamente)

En primer lugar, es aplicable la primera de las causas recogidas en el Artículo 513 y que se refiere a la muerte del usufructuario, lo que, adoptado a la viudedad, implica que la muerte de uno de los cónyuges supone la extinción del derecho de viudedad de ambos cónyuges.

Del mismo modo que es indudable la aplicabilidad de este precepto al derecho de viudedad, tampoco caben muchas dudas, desde mi punto de vista, acerca de su innecesariedad, ya que esto mismo se deduce claramente de los propios Artículos 72 y 79 de la Compilación, que fijan el fallecimiento de uno de los cónyuges como el momento en el que se entra en la fase de usufructo vidual, dándose por finalizada la fase de derecho expectante.

Similares consideraciones cabe hacer en torno a las causas recogidas en los números segundo, tercero, quinto y sexto del Artículo 513.

El apartado segundo de este artículo recoge como causa de extinción el transcurso del plazo por el que se constituyó el usfructo o el cumplimiento de la condición resolutoria que se consignó en su título constitutivo. Trasladado esto al régimen del derecho expectante, esta causa no alude sino a las posibilidades que los cónyuges tienen de disciplinar el nacimiento y extinción del

107. *Comentarios*... ob. citada, pág 345.
108. *Comentarios*...ob. citada, págs 767 y 768.

derecho expectante, reguladas en el propio Artículo 72 de la Compilación y que ya hemos visto como podían ser comprendidas en el anterior inciso del Artículo78, del mismo modo que sucede con las posibilidades que en este mismo sentido tienen las personas de las que proceden los bienes.

La causa del apartado tercero del Artículo 513 alude a la consolidación.[109] En realidad esta causa no se recoge en los preceptos de la Compilación y en cierto modo supone una excepción a lo previsto en el Artículo 76.2 de este cuerpo legal, ya que el derecho expectante puede extinguirse con la enajenación de los bienes, aún no mediando renuncia, siempre que esa enajenación sea hecha al propio titular del derecho expectante. Por ello, puede defenderse la conveniencia de seguir recogiendo expresamente esa causa, pese a que es evidente que una persona no puede ostentar un derecho expectante de viudedad sobre bienes propios, sobre los que ostenta un derecho de propiedad.

Por último, quiero señalar que, respecto de las causas quinta y sexta del tan citado precepto del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a la pérdida total de la cosa objeto del usufructo y a la resolución del derecho del constituyente[110] también podría debatirse la posibilidad de su supresión ya que el derecho expec-

---

109. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*...ob. citada, pág 346 "la consolidación hay que admitirla con reservas, no en el sentido de no aceptarla sino entiendo que esa causa es efecto de otras causas, se precisará el fallecimiento de uno de los cónyuges o la desaparición del vínculo matrimonial para que se produzca lo que aquí se llama consolidación, que no será nunca ello, sino simple extinción como derecho personalísimo que es"

110. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*..., ob. citada, pág 346 "la resolución del derecho del constituyente es perfectamente aplicable al derecho expectante y se deduce a contrario sensu del contenido del Artículo 76.1, si un bien está sujeto al derecho expectante tan pronto como entra en el patrimonio, común o privativo, de cualquiera de los cónyuges, la resolución del derecho del dominio lo excluirá automáticamente del derecho expectante al hacerlo del patrimonio al que pertenecía".

tante se tiene sobre aquellos bienes que están en el patrimonio del cónyuge, no sobre aquellos que no le pertenecen, bien por haberse extinguido el derecho sobre ellos o por haber desaparecido el mismo objeto. Con todo, también puede ser conveniente su mantenimiento para evitar tener que recurrir a la inducción a la hora de establecer las causas de extinción del derecho expectante de viudedad.

En cuanto a la causa del apartado séptimo, coincido con los autores anteriormente citados, en que en ningún caso la prescripción puede ser causa de extinción del derecho expectante que tiene el carácter de personalísimo. En todo caso, la prescripción adquisitiva a favor de terceras personas sobre los bienes sobre los que recae el derecho expectante, implicaría una resolución del derecho del anterior propietario, por lo que ya estaría englobado en la causa anterior.

Como se puede observar he prescindido conscientemente de analizar la causa tercera del Artículo 513 y que hace referencia a la renuncia del usufructuario. Por ser esta la causa que con más frecuencia opera y por la atención que el Artículo 76 de la Compilación le dedica, considero que merece una mayor atención, por lo que será estudiada de forma separada.

3. La renuncia

Procede ahora estudiar de manera individualizada esta causa de extinción del derecho expectante. Aunque ya citada por estar incluida en la enumeración del Artículo 78 (por la remisión que, entre otras, este precepto hace a la causa cuarta del Artículo 513 del Código Civil), conviene dedicarle una especial atención, en primer lugar por ser la causa que con más frecuencia opera y provoca la extinción del derecho expectante de viudedad, y, en segundo lugar, porque el régimen del derecho expectante depende precisamente de la regulación que reciba la renuncia.

Ya hemos visto cómo el expectante funciona como un gravamen real, lo que implica que los bienes sobre los que recae (vuelvo a repetir, siendo éstos sólo los inmuebles y muebles como sitios del Artículo 39) se ven afectados por un gravamen que actúa con eficacia reipersecutoria y oponibilidad erga omnes, que hace que el gravamen no se extinga por la mera transmisión del bien a un tercero, como muy bien señala el Artículo 76.2, primer inciso.

Este mecanismo garantizador del derecho expectante adquiere completo sentido con la inserción de la renuncia. En efecto, el derecho expectante tiene como función asegurar el eventual usufructo de viudedad del cónyuge supérstite, con el contenido que debe tener, y que debe alcanzar a todos los bienes que resten en el patrimonio del premuerto en el momento del fallecimiento y en principio a todos aquellos que hayan salido de su esfera patrimonial con anterioridad por haber sido enajenados, siempre y cuando no haya mediado renuncia al derecho expectante por parte de su titular.

La renuncia juega pues un importantísimo papel dentro de la mecánica del expectante, ya que sin ella se concedería una extensión ilimitada al derecho expectante de cada cónyuge y se llegaría a consecuencias absurdas[111]. Esto explica que el tratamiento específico de la renuncia lo lleve a cabo el legislador en esta sede, y no entre los modos de extinción del derecho expectante o entre las

---

111. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Cuestiones fundamentales de viudedad navarra*, pág 651 "la afectación a la viudedad versa individualizadamente sobre cada uno de los bienes y no sobre el patrimonio: imprime un sello a cada inmueble en el momento de entrar en propiedad del cónyuge, sin consideración a si la propiedad jurídica está correspondida por la pertenencia económica, y no lo abandona sin el consentimiento del premuerto usufructuario, cuando ese inmueble deja de pertenecer al cónyuge. En consecuencia, el conjunto de bienes sometidos al usufructo vidual puede crecer desmesuradamente, aunque mengüe el patrimonio del cónyuge que es o ha sido propietario de ellos. No se establece proporción alguna entre la entidad de ese patrimonio y el volumen de los bienes afectos al usufructo expectante".

posibilidades que los cónyuges tienen de configurar la extensión objetiva de la viudedad.

Cada consorte tiene un derecho sobre todos los muebles de su cónyuge, y este derecho, aunque en ese momento todavía está en una fase expectante, sí tiene una efectividad, y como todo derecho sólo en manos de su titular está su ejercicio, sólo su titular puede disponer del derecho, y, por tanto, éste no puede verse menoscabado por la actuación de su cónyuge.

Así, nada de lo que realice un esposo puede afectar al derecho expectante de viudedad del otro, que permanecerá inalterado salvo que su propio titular juzgue conveniente disponer de él, renunciando a él. Sólo a él (con las matizaciones que luego haré en torno a la posible intervención judicial) le compete decidir sobre ese derecho de viudedad y analizando las circunstancias concurrentes, acceder o no a que salga de su esfera patrimonial ese derecho expectante de viudedad.

Siendo esta la ratio del funcionamiento del expectante, es lógico que junto a la renuncia expresa (que en principio era la única que afectaba al mantenimiento del expectante) el legislador considerase que ciertos actos provenientes del titular del derecho expectante de viudedad debían tener el mismo significado y eficacia que la renuncia expresa.

Por ello, en 1985 se introdujo el segundo inciso del Artículo 76.2, en virtud del cual la enajenación, o el consentimiento a ella, de bienes comunes equivaldrían a la renuncia al expectante.[112]

---

112. SERRANO GARCIA, J.A. *Comentario a la STS 26 junio 1989* (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad), CCJC; 20, 1989, " la modificación es criticable por innecesaria en el caso de que ambos cónyuges hayan concurrido negocialmente a la enajenación, pues así cabría entenderlo antes". La modificación fue propiciada por la enmienda número 63 presentada al Proyecto de ley sobre la Compilación de Derecho civil de Aragón por el Diputado D. José Luis Merino Hernández, cuya justificación era "se trata de facilitar el tráfico ju-

La reforma solicitada por la mayor parte de la doctrina [113] vino a dar solución a graves problemas que con anterioridad se planteaban, introduciendo así un elemento de seguridad en el tráfico jurídico, sin por ello vulnerar la institución de la viudedad.

Si, como digo, lo que se pretende con el funcionamiento del expectante es que cada cónyuge intervenga en las operaciones de su consorte que puedan afectar al ámbito de su derecho de viudedad[114], o que, en caso de no intervenir éste no se vea alterando, es consecuente con todo ello que en aquellos negocios en los que for-

---

rídico inmobiliario en Aragón, saliendo al paso de determinados problemas que se han detectado en la práctica" (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 57. 1 de marzo de 1985, pág 970)

Este punto es admitido en el Informe de la Ponencia encargada de informar el Proyecto de ley de Derecho civil aragonés (Artículo 18) Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, número 69, 13 de mayo de 1985, pág. 1234.

113. MARTIN - BALLESTERO Y COSTEA, L. *Compilación del Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y familia: la viudedad*, BCAZ, número 26, 1967, pág. 116 señala cómo "se superponen dos intervenciones o dos consentimientos de la esposa [...] pero, por otra parte considerar subsistente el derecho expectante porque el cónyuge titular, que ha consentido la enajenación, no ha renunciado expresamente a su derecho, puede resultar contrario la voluntad e intención de las partes y ocasionar fraudes para los adquirentes. Podría entenderse que el consentimiento «expreso» al acto de disposición, mientras no se diga lo contrario, supone también renuncia válida, pues la expresión requerida por el Artículo 72, no es del término renuncia, sino de la voluntad de renunciar y esta voluntad se evidencia como expresa en el consentimiento expreso para una disposición sin reservas."

A esta última posibilidad se oponía BATALLA GONZALEZ, M. *El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes*", BCAZ, número 36, 1970, pág. 11 "no compartimos la opinión de quien estima que en caso de disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter común, basta el consentimiento del otro cónyuge que exige el Artículo 51".

114. Expresa perfectamente la idea que deseo transmitir las palabras pronunciadas por el señor Diputado Merino Hernández en la Sesión Plenaria celebrada el 16 de mayo de 1985 con motivo del debate y votación del dictamen de la Comisión de Derecho civil, relativo al Proyecto de ley sobre Compilación de Derecho Civil de Aragón (Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón, número 33, pág 1344) "el derecho expectante de viudedad sirve para garantizar la existencia del derecho efectivo de viudedad a la muerte de uno de los cónyuges, pero sirve también como control efectivo de los actos de disposición que pueda realizar uno de los cónyuges".

zosamente deba intervenir, por tratarse de bienes comunes, cuya enajenación precisa el concurso de la voluntad de los dos cotitulares, la renuncia al expectante de viudedad no deba ser expresa, sino que el consentimiento a la enajenación conlleve también la renuncia al expectante.

Con ello se evita una duplicidad de consentimientos, redundante, cuya exigencia conducía en numerosas ocasiones a situaciones injustas.

La regulación actual exige, por así decirlo, al cónyuge que consiente la enajenación de un bien común, un pronunciamiento acerca de su derecho expectante sobre ese bien, porque en el caso de no dejarlo a salvo expresamente, aquél se verá extinguido por entender que el consentimiento a la enajenación lleva implícita la renuncia al expectante.

En estas operaciones en las que se precisa su participación, y en virtud, precisamente de esa intervención, su silencio se entiende como renuncia, precisamente lo contrario de lo que sucede en todos los demás casos en los que no se requiere su intervención, supuestos en los que su inactividad no genera ninguna consecuencia adversa para su derecho expectante.

Atendiendo pues a la filosofía que subyace bajo esta previsión de renuncia tácita al derecho expectante (o, empleando una terminología que yo prefiero, renuncia implícita en aquel consentimiento a la enajenación)[115], considero que este régimen debería

115. Si utiliza este término ORIA LIRIA, J.J. *Sobre la extinción del derecho expectante de viudedad* en Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del "Foro de Derecho aragonés", "igualmente pudiera haber una renuncia tácita, que está expresamente contemplada en el Artículo 76.2".

También BATALLA CARILLA, J.L. "la Compilación y el Registro de la propiedad", pág. 98.

extenderse a otro supuesto de disposición en el que también se precisa la intervención del cónyuge titular del derecho expectante, no tratándose de bienes comunes, como es el de disposición de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma (en concreto, los derechos sobre la vivienda ya que, como vengo reiterando a lo largo de este trabajo, considero que el derecho expectante no recae sobre aquellos bienes muebles no comprendidos en el Artículo 39.1). En este caso en que el Artículo 51 de la Compilación exige que el cónyuge no titular de los derechos sobre la vivienda, pero que sí lo es de un derecho expectante de viudedad sobre ella, consienta esa enajenación, cabe hacer idénticas consideraciones a las hechas anteriormente, y así, dado que por otros motivos el legislador propicia su intervención en ese acto de disposición, en el debería también pronunciarse acerca de la subsistencia del derecho expectante que recaía sobre ese bien, bien con su silencio o bien con una manifestación expresa dejándolo a salvo, pues de lo contrario esta exigencia actual de dos consentimientos plantea los mismos problemas que antes se suscitaban en torno a los bienes comunes.[116]

También habla de renuncia tácita LATORRE MARTINEZ DE BAROJA,E. Comentarios.. ob°. citada, pág 328

Por su parte, SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*.... Ob. citada, pág. 740, opinan que "no nos encontramos ante supuestos de renuncia tácita, sino ante actos de renuncia expresa. La STS 25 de enero 1974 señala que la renuncia tácita se da cuando «se infiere necesariamente de una actitud o conducta, es decir, de un hecho concluyente la voluntad de renunciar. En este caso la ley equipara ciertos actos a la renuncia expresa, lo que no sucedía antes de esa disposición expresa..

116. Hoy por hoy, como señalan SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág. 744, " el consentimiento a la enajenación de la vivienda, cuando es de titularidad privativa del otro cónyuge, no presupone la renuncia al derecho expectante, ni siquiera cuando precede la autorización judicial de la que habla el Artículo 51, se comprende en la misma la renuncia al derecho expectante. Así para que tuviera lugar, a su vez, la extinción del derecho expectante sería necesaria la solicitud de la misma por parte del cónyuge propietario de la vivienda familiar en virtud del Artículo 76.2.2 de la Compilación"

Dicho esto, quiero dejar claro que lo que no considero adecuado es extender estas previsiones a todos aquellos supuestos en los que un cónyuge asista sin más a un acto de disposición de bienes privativos por parte de su cónyuge.

La posibilidad de que el derecho expectante de viudedad de una persona se vea extinguido a través de su silencio, de la ausencia de reserva explícita, la considero acertada tan sólo en aquellos casos en que sí se exige su consentimiento expreso al acto dispositivo que precisamente va a originar la extinción de su derecho expectante, no en aquellos casos en que su asistencia al acto de enajenación es meramente testimonial, sin tomar participación activa en él[117]. De lo contrario me pregunto como podría valorarse la pureza de su consentimiento, la ausencia de cualquier tipo de circunstancia que viciara su voluntad, si realmente ese consentimiento no ha sido expresado de ningún modo.

---

117. En el Artículo 143 del Anteproyecto preparado por le Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses se señalaba que "este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges"

(BATALLA CARILLA, J.L. *El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy*, RDCA 1997 - III (número 1), respecto de dicho precepto decís "utiliza el Seminario el verbo «concurrir» quizá como forma, menos exigente que las utilizadas en los diversos textos, de expresar un consentimiento, que puede ser tácito a la no subsistencia del derecho expectante de viudedad".)

Idéntica redacción tenía el Artículo 148 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962.

Este tenor, que podía propiciar que la asistencia pasiva de uno de los cónyuges conllevara la extinción de su derecho expectante, es modificada a partir del Artículo 144 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963, en el que se indica que "éste no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble si no la consienten ambos cónyuges".

El término de «consentida» va a ser mantenido y es el que finalmente pasa al texto definitivo de la Compilación.

En el Artículo 75.2 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación de 1965 se introduce la cláusula "a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe".

Estas reflexiones son suscitadas por la lectura del voto particular formulado por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Excelentísimo Señor Don José Ramón San Román Moreno a la, ya anteriormente citada, Sentencia de 30 de octubre de 1996, en el que recoge los razonamientos de a Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza vertidos en la Sentencia de 7 de febrero de 1996.

En el Fundamento Jurídico decimoséptimo de ese voto particular el Señor San Román considera como causa de extinción del derecho expectante de viudedad el hecho de que los cónyuges hubieran enajenado bienes que privativamente les pertenecían a cada uno de ellos, formalizándose las disposiciones en un único documento. Sin duda, dicho razonamiento, como señala la profesora Bayod, implica la aplicación analógica del Artículo 76.2 párrafo segundo, siendo ello técnicamente incorrecto. Como norma restrictiva de derechos dicho precepto debe ser de interpretación estricta, más aún teniendo presenta el criterio interpretativo del favor viduitatis que informa esta institución, lo que impide extender las previsiones del Artículo 76.2 párrafo segundo a supuestos no comprendidos dentro de su ámbito (no pudiéndose considerar que la regulación actual presenta una laguna en este punto).

Cuestión diferente es que de lege ferenda propugnemos la extensión de este régimen de la renuncia implícita otro supuesto, con el que sí existe identidad de razón ya que también se presta un consentimiento expreso al acto dispositivo, pero no creo conveniente, es más creo que podría afectar seriamente a la institución de la viudedad, entender implícita la renuncia al derecho expectante en todos casos en que un cónyuge asistiera, aunque de forma totalmente pasiva e inconsciente a un acto dispositivo por parte de su cónyuge. Su presencia en ese acto puede obedecer a muy diversas razones. Incluso el hecho de que enajene él por su parte otros bienes, documentándose conjuntamente, su silencio, cuando no se requiere su participación, no puede entenderse ni como un

consentimiento a la enajenación ni como renuncia al expectante. Si no se opone a la enajenación o reserva expresamente su derecho expectante es porque esas manifestaciones no tendría ninguna trascendencia jurídica, dado que no se exige su consentimiento a la enajenación de un bien privativo (que no constituya vivienda familiar) de su cónyuge, ni se exige, como regla general, ninguna actividad para que su derecho expectante no se vea afectado por las enajenaciones de los bienes a él afectos.

Analizados ya los supuestos en que el expectante se extingue por la renuncia de su titular, bien se trate de renuncia expresa o bien porque se entiende que esta renuncia está implícita en el consentimiento otorgado al acto dispositivo, procede pasar a analizar la solución que el legislador prevé para aquellos casos en que el cónyuge no pueda o no quiera llevar a cabo esa renuncia.

La respuesta a este problema, contenida en el párrafo tercero del Artículo 76.2, proviene también de la reforma llevada a cabo en 1985[118] (obedeciendo a las mismas razones de agilizar el tráfico) y consiste en permitir al cónyuge que pretenda llevar a cabo un acto de disposición y que no pueda obtener de su cónyuge la renuncia al expectante (y que va a ser lo que, en definitiva, va a permitir llevar a cabo la enajenación, pues de otro modo nadie le va a comprar el bien con ese gravamen), bien porque esté incapacitado, bien porque se niegue a ello con abuso de su derecho, acudir al Juez, para que supla esa renuncia.[119] Con ello se evita que se per-

118. La actual redacción procede de una enmienda transaccional presentada in voce por el Diputado Sr. Merino en el curso de la Sesión Plenaria celebrada el 16 de mayo de 1985 para el debate y votación del dictamen de la Comisión de Derecho civil relativo al Proyecto de ley sobre la Compilación de Derecho civil de Aragón (Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón (Diario de sesiones de las Cortes de Aragón, número 33, pág. 1344). Dicha enmienda fue aprobada votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención (pág. 1348).

119. El Artículo 76.2 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General De Codificación, texto para revisión de 1966, se introdujo como novedad, tras indicar que "este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los

petúe esa inmovilización que de facto afectaba a esos bienes, salvaguardándose al mismo tiempo los derechos del cónyuge titular del expectante, ya que el Juez, antes de acordar la extinción del expectante deberá comprobar si concurren todos los extremos que exige el precepto.

Así, en el caso del cónyuge incapacitado, el Juez deberá en primer lugar, cerciorarse de este dato y en segundo lugar analizar la conveniencia de la enajenación para los intereses del incapacitado, que sin duda son los más necesitados de protección[120].

En cuanto a la negativa a la renuncia por parte del cónyuge, el Juez deberá analizar los motivos que amparan esa negativa, confrontándolos a los que mueven al cónyuge que pretende llevar a cabo la enajenación.

Estando perfectamente claros los restantes elementos de la acción (en la anteriormente citada Sentencia de 30 de octubre de

---

inmuebles, al menos que fuera consentida por el otro cónyuge" "o en su defecto por la Autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada".

Se mantiene así en el Anteproyecto del Pleno de la Comisión de Codificación aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de ley, pero finalmente no pasa al texto definitivo de la Compilación.

El texto de la Ponencia designada para informar al Proyecto de ley mantiene la redacción del Proyecto de ley, mantiene la redacción del Proyecto, pero al referirse a la posibilidad de actuación de la Autoridad judicial sustituye la expresión «en su defecto» por la conjunción «o» de manera que pueda acudirse alternativamente a la Junta de Parientes o a la Autoridad judicial.

Fue en el último debate en la Comisión de Justicia de las Cortes donde ese eliminó la actuación subsidiaria de la Junta de Parientes o de la Autoridad judicial.

Al proyecto de la Comisión asesora sobre Derecho civil aragonés de 1985, Ricardo Gimenez presentó una enmienda que no se incorporó finalmente al Proyecto, y cuya redacción era «no será necesaria la renuncia en los supuestos previstos en esta Compilación y especialmente en el del Artículo 48.2, párrafo 1º y podrá ser sustituida en caso de negativa injustificada a prestarlo por la autorización de la Junta de Parientes y, en su defecto, por el Juez de primera Instancia".

120. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios*... ob. citada, pág 746, "en la duda, el Juez, en aplicación del principio favor viduitatis, habrá de fallar en favor de la subsistencia del derecho expectante"

1996 se repasan detenidamente estos elementos personal, causal y temporal[121], tan sólo queda por dilucidar a qué tipo de bienes se aplica esta previsión legal, hallándose en ese punto dividida la doctrina.

Así hay autores que consideran que este último inciso del Artículo 76.2 tan sólo se aplica a la enajenación de los bienes privativos y no a la enajenación de los bienes consorciales, cuya disciplina vendría recogida en el párrafo primero del Artículo 76.2 (Zapatero González, Martínez de Aguirre y Aldaz);[122] mientras que

---

121. En el Fundamento Jurídico tercero de dicha Sentencia, de una manera perfectamente clara y didáctica se señala: "para poder recabar del Juez la extinción deben concurrir:

un elemento personal: que el solicitante «propietario» sea uno de los cónyuges del matrimonio con que los bienes se relacionan [...]

un elemento objetivo: la norma no es aplicable exclusivamente a los bienes consorciales e incluso la doctrina duda si en ningún caso puede aplicarse a los mismos, pero sí es aplicable evidentemente a los bienes propios de uno de los cónyuges.

un elemento causal: ya que debe de concurrir alguno de los motivos que justifique la actuación judicial a que se refiere el número 5 del precepto.

122. Son de esta opinión:

ZAPATERO GONZALEZ, R. *De la vivedent foral...* ob. citada, pág 227.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Comentario a la STS 27 de mayo de 1988 (comunidad conyugal y vivedent)* en CCJC, número 17, 1988., págs. 571 y 572.

SERRANO GARCIA, J.A. *Comentario a la STS 26 de junio 1989, ob. citada, pág 14* "la posibilidadlidad de acudir al Juez, ante la negativa abusiva o incapacidad del otro cónyuge para consentir la enajenación o renunciar al expectante, se ha extendido a todos los supuestos de enajenación de bienes conyugales, comunes o privativos. Para los comunes por la vía del Artículo 50 y para los privativos por la vía del nuevo párrafo del Artículo 76.2 que parece que habrá que aplicar también a los supuestos de legitimación individual".

MERINO HERNANDEZ, J.L., proponía en 1985 la siguiente adición al Artículo 78.2 (enmienda número 67, al Proyecto de ley sobre la Compilación de Derecho civil de Aragón, Boletín de las Cortes de Aragón número 57, 1 de mayo de 1985, pág 971) "también se extinguirá el derecho expectante:

tratándose de bienes comunes, cuando medie decisión favorable a la disposición de los bienes, por parte de la Junta de Parientes o del Juez, en los casos a que se refieren los números 1 y 3 del Artículo 49.

si se trata de bienes privativos, cuando así lo acuerde el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del cónyuge titular de los bienes".

otros autores (Sancho Rebullida, De Pablo Contreras, Bayod) optan por la aplicación de dicho precepto tanto a bienes privativos como consorciales[123].

Por mi parte, me inclino por la última de las soluciones apuntadas, y así considero que esta posibilidad de acudir a la autoridad judicial está también al alcance del cónyuge que desea enajenar unos bienes consorciales, no accediendo o no pudiendo acceder a ello el otro propietario de dichos bienes.

Los Artículos 49 y 50 de la Compilación prevén tanto para el caso de desacuerdo en la gestión como para el caso de que uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento, la intervención del Juez (o de la Junta de Parientes, en el primero de los casos) para lograr la disposición de bienes comunes.

Así pues, el Juez decidirá analizando las circunstancias del caso y autorizará o no el acto de disposición pretendido por uno de los cónyuges, sin que nada se diga acerca de la subsistencia del derecho expectante que sobre esos bienes recae. Respecto de este derecho expectante, y, volviendo a la regulación de la viudedad, caben dos opciones; por un lado, cabría pensar que es aplicable lo previsto en el segundo inciso del Artículo 76.2 y así entender que en la autorización de la Junta de Parientes o del Juez a la disposición de los bienes comunes va implícita la renuncia al derecho expectante, o, por el contrario entender aplicable el párrafo tercero del Artículo 76.2 también a los actos de disposición sobre bienes comunes.

Personalmente prefiero por esta última solución, al considerar que en todo caso va a precisarse un pronunciamiento judicial

---

123. SANCHO REBULLIDA, F. Y DE PABLO CONTRERAS, P. *Comentarios...* ob. citada, págs 745 a 747.

BAYOD LOPEZ, M. C. *El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes*, ob. citada, pág 132.

expreso acerca del derecho expectante de viudedad, no bastando la autorización para el acto de disposición, ya que en ambas decisiones entran en juego elementos de juicio diferentes, y al mismo tiempo, considero que, en cualquier caso, sobre la extinción del derecho expectante de viudedad debe pronunciarse la autoridad judicial, no bastando la determinación de la Junta de Parientes.

Así pues el cónyuge que desee disponer de bienes comunes y no pueda obtener el consentimiento del otro cónyuge, y que desee que se extinga el derecho expectante de viudedad que sobre esos bienes recae, deberá acudir en todo caso al Juez de Primera Instancia, solicitando además de la decisión acerca del acto de disposición en sí, el pronunciamiento expreso acerca de la extinción del derecho expectante, al que alude al tercer párrafo del Artículo 76.2..

4. Causas de indignidad para suceder

Quizá la mayor novedad que presenta esta referencia a las causas de indignidad para suceder es que para hallarlas ya no es preciso acudir al Artículo 756 del Código Civil, ya que a partir de la nueva Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, éstas están recogidas en el propio ordenamiento aragonés, por lo que ya no tiene entrada, en este punto, el Código Civil como Derecho supletorio.

Poco difieren ambos listados de causas, salvo matices terminológicos y de redacción, por lo que el cambio tan apenas afecta al objeto de nuestro trabajo.

De estas causas que recoge el Artículo 13 de la Ley aragonesa, salvo la contenida en la letra e), las demás son perfectamente aplicables (con las debidas adaptaciones) y su concurrencia genera la extinción del derecho expectante del cónyuge que haya incurrido en ellas, una vez que ese hecho haya sido debidamente acreditado. Con toda seguridad esta extinción precisará declaración

judicial, que asevere que su concurrencia está debidamente probada. En cuanto a la legitimidad activa para solicitar dicha declaración, considero que la poseen tanto el consorte del cónyuge que haya incurrido en estas causas, como los descendientes o aquellas personas que hayan sido designadas herederas por aquel cónyuge (aunque todo testamento como acto de última voluntad, sea naturalmente revocable y esa designación pueda ser cambiada), ya que éstos poseen la legitimidad conferida por el hecho de que sobre su posible derecho de propiedad puede recaer ese eventual usufructo vidual.

He aludido a la inaplicabilidad a estos efectos de la causa recogida en el apartado e) del Artículo 13, ya que al presuponer esta causa un anterior fallecimiento del cónyuge, este hecho ya ha supuesto la extinción del derecho expectante de su viudo, por haberse transformado en usufructo vidual, por lo que, en todo caso estamos ante una causa de extinción de este usufructo y no del derecho expectante.

Critica Latorre Martínez de Baroja[124] la inclusión de las causas de indignidad para suceder entre las causas de extinción del derecho expectante, por la diferencia conceptual existente entre ambas instituciones. Para este autor es dudoso que "el cónyuge inocente se conforme solamente con solicitar la extinción del derecho expectante de viudedad del culpable" no solicitando además la separación personal, que por sí ya entrañaría la extinción del expectante de su cónyuge (en ese caso el de ambos, como veremos). A partir de ahí Latorre deduce que si el cónyuge no ha querido intervenir con mayor fuerza contra su consorte es porque le ha perdonado, con lo que el derecho expectante del último debería mantenerse. De todo ello se infiere que para este autor esta norma no

124. *Comentarios...* ob. citada, págs. 347 y 438.

es de Derecho obligatorio, debiéndose estar en todo caso a la voluntad del cónyuge "inocente", a la posibilidad de reacción que tiene, y, en el caso de que ésta no se haya producido ninguna consecuencia debería tener el acaecimiento de aquellas causas.

No puedo compartir esta opinión, a la luz de los graves hechos que contemplan estas causas de indignidad.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que no siempre va a ser el cónyuge el ofendido por los comportamientos que recoge el Artículo 13 de la Ley de sucesiones por causa de muerte (vemos como se tipifica el abandono, la prostitución o la corrupción de los hijos, el atentado contra ascendientes o descendientes...)

En segundo lugar, también hay que tener presente que, en definitiva el cónyuge no es el más perjudicado por la subsistencia del derecho expectante de su consorte. Evidentemente la existencia de este derecho expectante afecta y limita considerablemente las posibilidades de actuación de un cónyuge, condicionando el tráfico jurídico de sus bienes[125], pero a la larga, a quienes más afectará que no se haya extinguido el derecho expectante de viudedad, es a los que en su día sean propietarios de esos bienes, por haberlos recibido del premuerto, ya que sobre esos bienes recaerá el usufructo vidual.

125. Hoy ya parecen superadas algunas dudas y clara la idea de que la falta de renuncia a su derecho expectante de viudedad por parte de un cónyuge no priva al otro de la libre disponibilidad de sus bienes privativos (aún incurría en este error la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989). La enajenación llevada a cabo sin renuncia del expectante es válida y eficaz pero dada la configuración de gravamen real de este derecho y su adherencia a la cosa objeto del mismo, en la práctica no habrá muchos adquirentes que se arriesguen a su adquisición con la carga del expectante.

Por eso, considero que deben mantenerse las causas de indignidad para suceder como causas de extinción del derecho expectante, ya que la finalidad que éstas persiguen no se ve cubierta tan sólo con la posibilidad de solicitar el divorcio o la separación, ya que esto sólo está en manos del cónyuge y, como he tratado de explicar, no sólo a él debe competer la decisión.

Otra cosa es que previstos estos supuestos como causa autónoma de extinción, los legitimados para ello no las hagan valer.

Teniendo en cuenta que la mayoría de estas causas son de orden público, considero que lo adecuado es dotar a esta acción de un amplia legitimación activa, y así pudiera instar esta extinción todo aquel que se fuera a ver, o se pudiera ver beneficiado por ella: descendientes o designados herederos del cónyuge "inocente", personas a las que éste hubiera transmitido bienes afectos al derecho expectante sin que hubiera mediado renuncia e incluso acreedores de este cónyuge (teniendo en cuenta que el usufructo vidual, al poseer naturaleza familiar se antepone a deudas privativas anteriores al matrimonio)

Así, si ninguna de las personas que podría verse beneficiada por la extinción del derecho expectante (en la medida que éste luego no podría convertirse en usufructo) insta esta declaración judicial, parece que nada más cabe hacer y el legislador y la sociedad deben tolerar que la persona que ha incurrido en estos comportamientos tipificados por el Articulo 13 de la Ley de sucesiones siga disfrutando del derecho expectante de viudedad, que en su día puede convertirse en usufructo vidual.

5. Declaración de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial

El último inciso del Artículo 78 alude a tres supuestos que afectan al propio vínculo matrimonial, bien por entender que nunca ha existido, bien por disolverlo o simplemente relajarlo.[126]

Es evidente que siendo la viudedad, y por tanto la primera de sus fases que consiste en el derecho expectante, un efecto del matrimonio que surge desde el mismo momento de la celebración de éste, todas las vicisitudes que sufra el vínculo matrimonial deben tener repercusión en el derecho expectante.

Así, si ya no existe matrimonio, o porque fue nulo o porque se ha disuelto por sentencia de divorcio, no debe seguir existiendo el derecho expectante que, como digo, no es más que uno de sus efectos.

Distinto es el planteamiento que debe hacerse frente a la separación judicial ya que éste no implica una ruptura del vínculo matrimonial, sino tan sólo una relajación de éste, lo que se traduce en el diferente régimen legal previsto para la separación, ya que sólo en este caso y no en los dos anteriores se prevé la posibilidad de que medie pacto entre los cónyuges de cara a evitar esa extinción y así que el derecho expectante de viudedad siga existiendo para los cónyuges separados judicialmente.

---

126. A raíz de la reforma llevada a cabo sobre la Compilación por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, se introdujo entre las causas de extinción del derecho expectante todo supuesto se de separación judicial y el divorcio, eliminando la mención al cónyuge culpable e introduciendo un último subpárrafo en virtud del cual, el Juez, al apreciar las circunstancias, para fijar la pensión alimenticia o compensatoria del divorciado o separado, tendrá en cuenta la extinción operada.

Considero que en este punto cabría introducir alguna reforma similar, que siguiera el mismo criterio que el que ha servido de orientador a la nueva Ley de sucesiones.[127]

Entiendo que la extinción del derecho expectante debe producirse una vez que esté decretada judicialmente la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, pero si antes de que recaiga esta Sentencia se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges, el hecho de encontrarse en tramitación los procedimientos encaminados a ese fin debe tener alguna relevancia. O bien los herederos estarían legitimados para continuar el pleito a estos solos efectos[128] o bien el hecho de que uno de los cónyuges haya interpuesto la demanda, determina en este caso, per se, la extinción del derecho expectante de viudedad.

Personalmente me inclino por esta última solución. Tendiendo la viudedad a mantener la unidad familiar tras la muerte de

---

127. El Artículo 89 de dicha ley determina en cuanto a la ineficacia de la sucesión paccionada "salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges, quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin".

Idéntico es el criterio seguido por el Artículo 123 que señala "salvo que del testamento resulte la voluntad del testador o testadores fue otro, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin".

Con anterioridad el derogado Artículo 98 de la Compilación se limitaba a señalar "las Sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas. A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades", remitiéndose al Artículo 103.4 a aquel precepto en cuanto a la ineficacia de las disposiciones sobre sucesión paccionada."

128. El último inciso del Artículo 64 del Apéndice señalaba "si por defunción del inocente se sobresee en los procedimientos, sus herederos tendrán las acciones conducentes a los pronunciamientos definidores de la condición de los bienes".

uno de los cónyuges, considero que carece de sentido la subsistencia de esta institución cuando esa unidad, esta familia se ha quebrado ya en vida de ambos cónyuges.

Por ello opino que la mera interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad (en este caso de que el óbito de un cónyuge se produzca antes de que recaiga Sentencia, no en otro) produce per se la extinción del derecho expectante, máxime teniendo en cuenta que esta extinción se produce para los dos cónyuges, y que de esta interposición es notificado el otro cónyuge.

VI. CAPITALIZACION DEL USUFRUCTO VIDUAL.

Tras haber tratado las principales cuestiones que plantea el derecho expectante de viudedad, y sin perjuicio de haber sugerido líneas de actuación para la reforma de diversas cuestiones puntuales atinentes a la institución en su conjunto, considero que no puede concluirse este trabajo sin abordar el tema que sin duda será objeto de la mayores y más importantes discusiones a la hora de llevar a cabo esta reforma.

Ciertamente se trata de la segunda de las cuestiones, junto con la extensión y consistencia del derecho expectante, que más trascendencia va a tener a la hora de configurar la nueva institución de la viudedad aragonesa. y entiendo que no estaría completo un trabajo como este, teniendo en cuenta el enfoque que he pretendido darle, sin abordar esta gran cuestión de lege ferenda. Como digo, el propósito de este estudio ha pretendido ser eminentemente crítico, centrándose desde un principio en aquellos aspectos de la regulación actual de la viudedad más espinosos, que más problemas plantean, y por tanto que son susceptibles de ser modificados en el futuro. Pero junto a esas cuestiones a las que he venido refiriéndome a lo largo del trabajo, conviene abordar también esta otra que voy a pasar a plantear.

Voy a centrarme en el que sin duda va a ser el tema más controvertido e importante de los que se debatirán a la hora de emprender la reforma de la viudedad, como es la posibilidad de introducir en su seno la capitalización, esto es, la posibilidad de que el usufructo vidual, manifestación actual de la segunda fase de la viudedad, se vea sustituido por la percepción de un capital o una renta.

Esta opción de capitalizar el usufructo vidual no se plantea ahora ex novo, sino que ya en 1975 Merino Hernández[129] la contemplaba como deseable, pero es en estos momentos, en los que la reforma del Derecho de Familia aragonés se ve como inminente, y necesaria, cuando esta posibilidad se empieza a ver por la mayoría de los autores como factible, por lo que se empieza a estudiar con detenimiento su viabilidad, los casos en los que debería operar, la concreta forma en que debería articularse y las consecuencias concretas que generará.

También José Joaquín Oria Liria[130] planteó la vía de la capitalización en el seno de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés, y así señalaba "yo le tengo cierto cariño a la posibilidad de extinguir el derecho expectante de viudedad por capitalización"

---

129. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Un problema resuelto y* ...ob. citada, pág. 426 "alguna vez hemos pensado que una extraordinaria solución a los problemas que el usufructo de viudedad universal plantea en Aragón sería la aplicación a esta región foral del criterio de conmutación de usufructo que establece el Código Civil en su Artículo 839. Con ello, los herederos nudo - propietarios podrían hacerse con el pleno dominio de todos o gran parte de los bienes hereditarios, garantizando al cónyuge viudo supérstite su valor usufructuario en alguna de las formas que dicho artículo del Código Civil establece".

130. *Sobre la extinción del derecho expectante*... ob. citada, pág. 42.

Tras esta propuesta las palabras del profesor Sancho Rebullida[131] fueron lo suficientemente ilustrativas: "yo me atrevo a exhortar, sobre todo a los jóvenes, a que busquen la síntesis superadora y coherentemente foral, es decir, la aplicación de los mismos principios manifestados para una sociedad rural, agraria y patriarcal que puede chirriar frente a estos medios de vida urbana, profesionales y nucleares, mediante una adaptación del mismo espíritu y de aquellos mismos principios a estas realidades cambiantes. Precisamente yo creo que este final que nos ha expuesto J.J: Oria Liria respecto de la capitalización, el usufructo puede ser un claro exponente de los frutos de esta metodología".

En realidad esta hipótesis tampoco es ajena por completo ni a la disciplina actual de esta institución ni a sus antecedentes, por lo que para recurrir a ella no debemos apelar a preceptos del Código Civil, sino que en nuestro propio ordenamiento podemos hallar el germen de esta capitalización.[132]

En cuanto a la regulación actual, vemos como el Artículo 87 (que no es sino continuación de lo indicado en el Artículo 85) contempla la posibilidad de que se produzca la transformación del usufructo en una renta que el viudo recibiría de los antes nudo propietarios, que en virtud de dicha transformación pasarían a ostentar las plena propiedad de los bienes en cuestión.[133]

---

131. *La viudedad y el derecho expectante de viudedad* en Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1992, pág 46.

132. El propio MERINO HERNANDEZ, J. L. señalaba "la situación actual de la legislación aragonesa hace, desde luego, bastante dudosa la aplicación de estos criterios, por consecuencia, especialmente de ser considerado el usufructo de viudedad un derecho familiar y no sucesorio, y ser la disposición del Artículo 839 del Código Civil de carácter eminentemente sucesorio".

133. En 1963 desde el Informe del Colegio Notarial de Zaragoza, y de los Registradores de las tres provincias aragonesas sobre el Anteproyecto de la Compilación de Derecho civil de Aragón, se propugnaba la reforma de los Artículos 157 y 159 de este Anteproyecto (preceptos equivalentes a los actuales artículo 85 y 87) "que someten al cónyuge viudo a un control del Consejo de Parientes que se juzga inadmisibles por depresivo de la posición del viudo, improcedente y peligrosa"

Por lo que respecta a los antecedentes, tanto próximos como remotos, de esta previsión vemos como en las Conclusiones votadas por el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1881[134], en la número 55 se decía "el viudo usufructuario estará obligado a practicar en las fincas objeto del disfrute las reparaciones necesarias para su conservacion, a juicio de peritos, en discordia de los interesados; y si, requerido por los herederos del premerto no las realizara dentro de un semestre,a contar desde el requerimiento, se incautarán los herederos propietarios de dichas fincas, pero con la obligación de entregar al viudo usufructuario el producto de las mismas que quedare después de deducido el interés del importe de las citadas reparaciones". La conclusión número 56 señalaba "también estará obligado el viudo a consentir que los herederos propietarios hagan en las expresadas fincas las mejoras de que sean susceptibles para aumentar su producció. Este aumento se capitalizará tan pronto como hayan sido realizadas las mejoras y el viudo abonará anualmente a los mencionados herederos la mayor renta que rindieren los bienes mejorados. La falta de cumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones producirá la incautación de los bienes a que se contraiga aquella".

En la "Memoria sobre las Instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer", elaborada por Franco y López (Vocal de la Sección Primera de la comisión General de Codificación) se decía "los inconvenientes económicos a que se supone hallarse sujeta la viudedad, podrán remediarse concediendo al propietario de los bienes el derecho para incorporarse en su usufructo, contrayendo la obligación debidamente garantizada, de entregar mensualmente al usufructuario el producto líquido que hubieran aquellas rendido en el último quinquenio o en de-

134. Recogidas en "Biblioteca Judicial. Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón."

fecto de este dato el que de una regulación pericial apareciese que deben rendir. A la vez que por tal medio, respetándose los derechos del usufructuario al producto de los bienes, no podrá éste tener motivo fundado de queja, podría cuidar de sus bienes el propietario con cuanto esmero el propio interés le inspirase y procurar su mayor producción y prosperidad.

Se conceden facultades análogas para el caso de que los bienes de que está usufructuando un viudo fueren susceptibles de mejoras y se niegue éste a ejecutarlos". Estas ideas se plasman en los Artículo 94 y 95 de la propuesta de regulación que Franco y López hace.

Todo ello nos demuestra que la capitalización no constituye en elemento extraño a la viudedad, estando, al mismo tiempo en armonía con el sentido y finalidad de esta institución.

Obvio es insistir en que el propósito de esta institución es posibilitar el mantenimiento de la situación, del status quo familiar, cuando la unidad de la familia se ve quebrada por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Con la asignación del usufructo vidual al cónyuge supérstite el legislador pretende que éste conserve una posición análoga a la que antes disfrutaba en el seno de esa familia, posición contemplada tanto en el orden económico como en el funcional.

Es decir, la institución de la viudedad, el usufructo que al cónyuge supérstite corresponde tiende a que éste conserve la administración de los bienes del premuerto con la doble finalidad de mantener un nivel de vida similar y una posición de autoridad dentro de la familia equivalente a la que ostentaban antes ambos cónyuges.

Realmente, considero que en la actualidad el aspecto patrimonial de esta aspiración prima sobre el de conservar una situación de poder o de autoridad dentro de la familia. Como pone de

relieve la posibilidad prevista en el Artículo 87, en último término se trata con la viudedad de salvaguardar el status económico del que venía disfrutando el ahora viudo, ya que la autoridad familiar que en primer término se asigna a éste (y que no deja de ser también un elemento importante) puede verse desvirtuada a través de las intromisiones y las facultades que la ley reconoce y ampara a los nudo propietarios[135].

De hecho con esta previsión se pretender paliar los inconvenientes que suscita la casi siempre antieconómica escisión entre la nuda propiedad y el usufructo, por las perniciosas consecuencias que ello tiene de cara a la fructificación de los bienes en cuestión, sobre todo si entre usufructuario y nudo propietarios no media una fluída relación[136]. Se pretende así reunir ambas parcelas del derecho de propiedad en unas solas manos, las de los herederos del premuerto, salvaguardando al mismo tiempo la posición económica del cónyuge viudo.

Y esto que actualmente está previsto con carácter un tanto excepcional, como último remedio, que en muchos casos puede llegar tardíamente, podría ahora articularse, si no como solución ordinaria, sí como medida más accesible y frecuente.

Considero pues que la nueva regulación que la viudedad reciba, debería articular la capitalización no ya como una solución extrema a la que sea difícil acceder, sino como remedio subsidia-

---

135. ORIA LIRIA, J.J. *"Sobre la extinción...*", ob. citada, pág 45 "la autoridad familiar hay que verla caso por caso porque puede estar muy desnaturalizada, pero es que además en la propia Compilación el Artículo 87 dice...[...] "

136. En esta línea, MERINO HERNANDEZ, J.L., *Un problema que se resuelve*...ob. citada, afirmaba "siempre hemos pensado que el usufructo universal de la viudedad aragonés no es en modo alguno beneficioso, especialmente en relación con los herederos nudo propietarios que se ven así imposibilitados a toda actuación económicamente ventajosa en relación con las fincas heredadas, mientras el usufructuario viva, y siempre, por supuesto, que no exista acuerdo entre ambos para la actuación concreta de que se trate (lo que suele ser muy común)".

rio de primer grado, conservando el usufructo vidual como manifestación ordinaria de la segunda fase de la viudedad, planteándose la capitalización como solución a la que inmediatamente se pueda acudir en todos aquellos casos en que resulte gravemente antieconómico o inconveniente el mantenimiento de la separación entre el usufructo y la nuda propiedad.

Para prever cuáles son esos casos es evidente que el legislador no puede caer en el casuismo, impropio de toda norma con pretensión de generalidad, al mismo tiempo que siempre impracticable.

Es incuestionable que el disfrute del usufructo vidual por parte del viudo es la solución más adecuada cuando a la muerte de un cónyuge, tan sólo han quedado huérfanos, descendientes que lo son de ambos cónyuges y de corta edad. También parece claro que la solución plantea más inconvenientes cuando se trata de un viudo de elevada edad y escasos conocimientos empresariales en cuyas manos se deja la llevanza de una explotación industrial, correspondiendo la nuda propiedad a un hijo que estaría perfectamente capacitado para hacerse cargo, con éxito, de la empresa, o cuando los nudo propietarios son descendientes sólo del premuerto[137]. Entre uno y otro extremo, la vida real va a plantear infinitas situaciones a las que el legislador debe tratar de dar respuesta de una manera general y abstracta.

En mi opinión el legislador debería ofrecer, en primer lugar la capitalización como una opción al alcance de todos los viudos y de todos los nudo propietarios, permitiendo siempre y en todo caso

137. ORIA LIRIA, J.J. *"Sobre la extinción..."*, ob. citada, pág. 45. "naturalmente esta adaptación de las circunstancias de cada caso es difícil pensar que se pueda producir en los despachos ni de los profesionales del Derecho, abogados, notarios o registradores, pero sí llamar a una institución que se le ha dado mucha cancha en la reforma de la Compilación como es la Junta de Parientes"

el acuerdo entre ellos que genere la sustitución del usufructo por una renta.

En segundo, lugar para casos muy concretos y determinados la capitalización debería articularse como obligatoria para el viudo, que no podría oponerse a ello, si era voluntad de los nudo propietarios hacerse con la plena propiedad de los bienes sobre los que recae la viudedad.

Y, por último, en ciertos supuestos muy excepcionales, en los que la situación no fuera tan extrema como para imponer ex lege la capitalización al viudo, debería posibilitarse el acceso a la autoridad judicial para que fuera éste la que, examinando las circunstancias concurrentes, decidiera sobre la conveniencia de la capitalización.

A continuación voy a pasar a analizar con detenimiento cada una de estas tres posibilidades.

En cuanto a la opción de pactar la sustitución del usufructo por la percepción de una renta o un capital, considero que debería preverse con carácter general y sin ningún tipo de restricción. Quizá no sería necesario insistir tanto en la necesidad de contemplar expresamente esta posibilidad, en un ordenamiento como el aragonés caracterizado por la libertad de pactos plasmada en el aforismo standum est chartae, de no ser porque actualmente esta posibilidad está gravemente restringida por el Artículo 83[138], e

138. La posibilidad de este pacto se introdujo como novedad en el Artículo 151 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963, que señalaba "no obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge premuerto, el viudo o viuda pueden pactar con los herederos de aquél lo que convenga, sin perjuicio de las cargas establecidas por el mismo".

cuanto a su ámbito, no en cuanto a las modalidades que pueden adoptar los pactos.[139]

Este precepto, basándose en la indisponibilidad de este derecho veda esta posibilidad, considerándola un acto de enajenación incompatible con el carácter de derecho personalísimo que la viudedad ostenta, y tan sólo la permite en los casos en que "no haya descendencia del cónyuge fallecido".[140]

Sin perjuicio de lo ilógico de esta limitación, considero desacertado el precepto ya que al dejar tan estrecho margen a la posibilidad de pacto entre los nudo propietarios y el viudo usufructuario lo único que se logra es que estos sujetos lleguen a ese resultado que la norma pretende proscribir a través de caminos indirectos, que pasan por la renuncia del viudo que se ve acompa-

---

139. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E. *Comentarios*... ob. citada, pág 379 "en cuanto al alcance de los pactos que se pueden establecer, no veo limitación alguna de ellos, salvo lo dispuesto en el Artículo 3 de la Compilación para el apotegma stamdum est chartae; por ello y lo norma será el pacto de distribución de bienes en plena propiedad entre el viudo o viuda y los herederos nudo - propietarios, normalmente basándose en una valoración del usufructo, teniendo en cuenta la edad del usufructuario; ello no impide la cesión a cambio de determinada cantidad en metálico e incluso la creación de una renta vitalicia, todo ello, permite a los herederos empezar a disfrutar de presente una herencia que de otra manera tendrían que esperar, y alñ viudo, poder tener algo tangible e incluso contraer nuevo matrimonio sin que afecte al patrimonio recibido".

ORIA LIRIA, J. *Sobre la extinción*... ob. citada, pág 45 "creo que en el caso de inexistencia de hijos o descendientes no tendríamos ningún problema [...] entiendo que no habría dificultad de pactarlo, por ejemplo, en capitulaciones matrimoniales o en testamento [...]Quien pueda lo más puede lo menos, se podrá pactar que se sustituirá por una capitalización, teniendo en cuenta, por ejemplo, las edad del usufructuario, como hace la legislación del impuesto de sucesiones y donaciones"

140. El Apéndice en su Artículo 73, preveía como causa por la que el derecho de viudedad cesa o se extingue "la división que el sobreviviente haga con los sucesores del finado de los raíces o inmuebles comunes, con respecto a la parte que le sea entregada; sin perjuicio de que perdure el disfrute de la viudedad sobre los bienes peculiares del difunto".

ñada de lo que en realidad son contraprestaciones, previamente pactadas, de los herederos del premuerto[141].

En primer lugar conviene señalar que carece de sentido la restricción introducida por el Artículo 83, al permitir el eventual pacto entre los herederos del premuerto y su viudo sólo en los supuestos en que no haya descendencia del cónyuge fallecido.

Siendo este el tenor literal del precepto ("cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido") creo que debe llevarse a cabo una interpretación correctora del artículo y así entender que en realidad el precepto pretende referirse a los supuestos en los que no haya descendencia que lo sea de ambos cónyuges.

A esta conclusión se llega atendiendo a la presumible filosofía que subyace bajo esta norma, y la finalidad de la institución de la viudedad en sí misma considerada.

Si la viudedad tiende a que, acaeciendo el fallecimiento de uno de los cónyuges, continúe la unidad familiar, teniendo ahora como cabeza al cónyuge supérstite, es lógico que el legislador permita que se prescinda de estos propósitos en aquellos supuestos en los que esa unidad familiar no puede continuar por la inexistencia de vínculos entre los herederos del premuerto y el cónyuge supérstite; y esa desvinculación se producirá en aquellos supues-

---

141. Ya en 1952 ARNANZ DELGADO, R. (*Causa de extinción de la viudedad*, ADA, VI, 1951 - 52, págs 89 a 98) afirmaba "que es lícita la renuncia a cambio de una cantidad alzada o por unos bienes. Nos lo demuestra positivamente una Sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 7 de febrero de 1942 ". Tras lo cual, pasa a transcribir algunos párrafos de esa Sentencia « que otorgado el aludido contrato [...], siendo su objeto la cesión o renuncia al usufructo vidual [...] a cambio de la cesión en propiedad, por los herederos del fallecido cónyuge, de determinados bienes de la herencia, objeto lícito, legalmente aceptable por tratarse de un derecho renunciable y de frecuentísima aplicación en esta región foral, siendo la causa del contrato la mutua prestación, por parte de unos y otros contratantes, del beneficio económico que con la renuncia del usufructo y la adquisición de fincas en plena propiedad se pudiera obtener, causa verdadera y lícita»":

tos en que estos herederos no sean descendientes del premuerto (supuestos a los que actualmente se refiere el Artículo 83), pero no sólo en esos supuestos, sino también en aquellos en los que los herederos sean descendientes tan sólo del cónyuge premuerto y no del supérstite.[142]

Así pues, en la actualidad, a la luz de la regulación vigente, considero que esta interpretación extensiva del Artículo 83 es la más adecuada con la propia ratio del precepto y de la institución de la viudedad en general.

Sin embargo, estimo que de lege ferenda se debe ir más lejos y extender esta posibilidad de pacto a todos los supuestos en que esa sea la voluntad de los sujetos interesados.

Hoy por hoy, a tenor de lo señalado por el Artículo 83 y en función de la interpretación extensiva (que pretende extender el ámbito de la excepción a la restricción, por lo que no deja de ampliar el ámbito de loa autonomía de la voluntad), esta posibilidad de pacto estaría vedada en aquellos supuestos en los que quedara descendencia común de ambos cónyuges y ello como expresión del carácter indisponible de este derecho de viudedad (tal y como

---

142. Lo lógico sería que el tenor de la norma fuera similar al del Artículo 141 del denominado "Proyecto Gil Berges" (referido éste a las precauciones y garantías para el ejercicio de la viudedad) que hablaba de "cuando al fallecimiento de uno de los cónyuges no quedasen descendientes legítimos de su matrimonio con el supérstite..."

LATORRE MARTINEZ DE BATOJA, E. *Comentarios*... ob. citada, pág 380 "opino que aquí podría verse alterada la finalidad de la institución vidual cuando habiendo tenido el cónyuge difunto hijos extramatrimoniales, éstos no tengan el status familiar, lo que conllevará a situaciones tirantes entre el viudo y estos descendientes, que no pueden pactar con aquél amparándose en esta excepción que estudio. Ello se podría evitar dando mayor amplitud al contenido de este número 1 del artículo. Expongo el caso a debate haciendo constar que sólo con la mención de descendencia «común» podrían solucionarse problemas que comienzan a plantear y que en el futuro se incrementarían, hago referencia al Artículo 839 del Código Civil como posible fórmula válida para solventar la cuestión"

señala el Artículo 83, reiterando lo ya señalado por el Artículo 74.1, que en realidad se remite a este precepto y no al Artículo 87[143].)

Ciertamente considero que se trata de una restricción excesiva al ámbito de la autonomía privada que pretende salvaguardar un valor no fácilmente cognoscible. Si concurriendo el viudo usufructuario y los nudo propietarios (sean o no descendientes suyos) pueden enajenar la plena propiedad de bienes determinados[144] (con lo que de forma palatina, uno a uno, puede llegar a enajenarse todos sobre los que recaía el usufructo vidual) sin que el precio o la cosa adquirida como contraprestación se subrogue en el lugar de lo enajenado (por hacerlo constar así expresamente, como también permite en Artículo 83.2[145]); si el viudo puede renunciar a su derecho de usufructo, consolidándose la propiedad de los herederos del premuero, cabe preguntarse por qué no pueden unos y otros pactar directamente, sin necesidad de acudir a subterfugios la capitalización del usufructo, si con ello se lograría, por un lado salvaguardar la posición económica del viudo, sin afectar a su autoridad, ya que sería él quien decidiría la capitalización, y, por otro lado que las facultades de administración y disposición permanecieran unidas en manos de los propietarios, con los beneficios que ello tiene de cara a la productividad de los bienes.

---

143. La errónea remisión al Artículo 87 arrastrada desde que el Anteproyecto definitivo de la Compilación modificó la numeración del Anteproyecto Provisional, como explica Francisco de Asís Sancho Rebullida en *Comunicación sobre algunas erratas en la regulación de la viudedad*, ADA XIV 1968 - 69, pág. 545.

144. Ya el Artículo 150 del Anteproyecto preparado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses señalaba "el derecho de viudedad es inalienable, si bien puede el cónyuge viudo ceder el ejercicio del usufructo sobre bienes determinados. Concurriendo con el viudo propietario pueden ambos enajenar la plena propiedad de tales bienes, pero quedando automáticamente subrogados el precio o la cosa nuevamente adquiridos en lugar de lo enajenado"

145. Esta previsión de excluir el automatismo de la subrogación se introdujo en el Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación, texto para la revisión de 1966, que añadió "salvo pacto en contrario".

Por ello creo que de lege ferenda no debería establecerse ninguna restricción a esta posibilidad de que abiertamente nudo propietarios y viudo pudieran acordar la sustitución del usufructo de que disfruta el viudo por la percepción por parte de éste de una renta o un capital, a cuenta de los herederos del premuero que pasaría así a disfrutar de los bienes en plena propiedad.

Junto a esta primera alternativa que haría que siempre que fuera esa la voluntad de nudo propietarios y viudo pudiera capitalizarse el usufructo, considero que en determinadas ocasiones esta transformación debería establecerse como imperativa para el viudo.

Así en función de las circunstancias concurrentes, opino que en ciertos casos debería imponerse al viudo esa capitalización. Con ello la posición económica de éste no se vería sustancialmente alterada, ya que en virtud de la renta o del capital que percibiera ésta sería equivalente a la que generaba el disfrute del usufructo vidual[146], y al mismo tiempo los propietarios de los bienes sobre los que recaía ese usufructo no se verían obligados a soportar ese gravamen.

Soy consciente de la trascendencia que esta innovación supondría para el régimen de la institución de la viudedad, pues implicaría que en determinadas ocasiones la viudedad, en su segunda fase, esto es, a partir del momento del fallecimiento de uno de los cónyuges no se manifestaría como un usufructo vidual, sino

146. ZAPATERO GONZALEZ, R. *De la viudedad foral*.. ob. citada pág.239 "en cuanto a la cuantía de la renta sustitutiva del usufructo transformado, la fórmula del Artículo 87 de la Compilación es claramente más beneficiosa para el usufructuario que la del Artículo 520 del Código Civil. En aquél existe un mínimo asegurado y unas amplias posibilidades de revisión - «cuando varían las circunstancias objetivas» - mientras que en éste, es el usufructuario desposeído el que debe correr con el "riesgo de empresa" al percibir cada años los frutos producidos por los bienes".

que su consistencia se reduciría a la percepción de una renta o de un capital por parte del cónyuge viudo.

Aparentemente pues el cambio sería importante, pero tras esta primera impresión, considero que ni la originalidad es tanta ni tiene tanto de novedoso. Ya hemos visto como la idea de la capitalización no es ajena a los antecedentes de la actual regulación de la institución, ni a esta misma regulación, como tampoco es innovadora la imposición de esta capitalización.

Observando el Artículo 87 cuya rúbrica es precisamente "transformación del usufructo" vemos como el legislador en 1967 ya contemplaba esta posibilidad de imponer la sustitución del usufructo por una renta, aunque esta posibilidad tenía un ámbito de aplicación muy limitado pues se preveía sólo para casos muy excepcionales.[147]

---

147. Esta regulación ya aparecía en los Artículos 152 y 154 del Anteproyecto preparado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses. Así el Artículo 152 señalaba "aquél o aquellos a quienes compete la nuda propiedad en un bien sujeto a usufructo vidual, pueden hacer advertencias o indicaciones al viudo relativas a la administración, régimen o explotación del mismo. Desatendidas éstos podrán recurrir al Consejo de Parientes, cuyos acuerdos serán apelables ante la autoridad judicial cuando resulten gravemente perjudiciales". Continuaba el Artículo 154 "en el caso del 152 si el viudo usufructuario no pudiera o quisiera cumplir el acuerdo del Consejo de parientes, podrán pedir los nudo propietarios la entrega de los bienes y sustitución del usufructo normal por una renta, a su cargo, no inferior al rendimiento medio obtenido en los últimos cinco años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas"

La redacción no varía en los Artículos 157 y 159 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962 ni en los número 153 y 155 del Anteproyecto de 1963, ni en los Artículos 84 y 86 del Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación de 1965.

Es en el Artículo 85 del Anteproyecto del Pleno de la Comisión General de Codificación aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de ley, donde se introduce junto a la posibilidad de acudir a la Junta de Parientes, la de acudir "y en su defecto a la autoridad judicial".

En efecto, el Artículo 87 tiene como presupuesto necesario lo contemplado en el Artículo 85 (por ello, por la continuidad lógica existente entre ambos preceptos no se entiende su ubicación separada).[148] Este ultimo precepto prevé y articula la posibilidad que tienen los nudo propietarios de acudir al Juez o a la Junta de Parientes en el caso de que el viudo usufuctuario desatienda sus indicaciones o advertencias sobre la administración y explotación de los bienes, posibilidad a la que se une la que contempla el Artículo 87 que prevé que si el viudo tampoco puede o quiere cumplir el acuerdo del Juez o de la Junta de Parientes, los nudo propietarios puedan instar judicialmente la capitalización del usufructo[149].

Como se ve, hasta llegar a esta sustitución del usufructo en que normalmente consiste la viudedad los nudo propietarios han debido recorrer un largo camino, han debido acudir al Juez en dos ocasiones (o en una si la primera vez ha intervenido la Junta de Parientes), con el peligro de que para entonces los daños causados sean irreparables y, por poner un ejemplo, lo que hasta entonces

148. El Artículo 168 del denominado "proyecto Ripollés" de 1889, preveía que si condenado el viudo usufructuario a la indemnización de daños y perjuicios causados por negligencia suya, no los abonaba y continuaban deteriorándose las fincas usufructuarias, "podrá el propietario solicitar del Juzgado que le admita información acerca de estos hechos y comprobada su exactitud, que se pongan los inmuebles deteriorados en administración judicial. En este caso el Juez acordará las obras de conservación y reparación que deban hacerse, la cantidad anual que ha de percibir el administrador y que se entreguen al viudo usfructuario los rendimientos anuales restantes". El Artículo 170 del mismo proyecto señalaba que "el propietario podrá hacer las mejoras de que sean susceptibles las fincas usufructuadas y el viudo usufructuario tendrá obligación de consentirlas, siempre que por la realización de las mismas no se limite o perjudique el derecho de éste, ni resulten disminuidos los rendimientos de la viudedad".

149. El Artículo 72 del Apéndice contemplaba como segunda obligación del viudo usufructuario la siguiente, "habrá de consentir las mejoras que los propietarios de los bienes puedan hacer a sus propias expensas, siempre que no mengüen el valor y disfrute de la viudedad".

era una boyante empresa haya quebrado, debido a esa incorrecta gestión.

Considero pues que el remedio contenido en el Artículo 87 es adecuado, no siéndolo las vías que el legislador ha establecido para llegar a él, ni su ámbito de aplicación.

En mi opinión esta solución sería la adecuada para todos aquellos supuestos en que de antemano se sabe que la relación entre nudo propietario y viudo usufructuario no va a ser lo suficientemente fluída que exigiría la propia conservación de los bienes y de su capacidad productiva. Por ello, considero que el legislador debería tipificar diversos supuestos en los que el mantenimiento del usufructo no originaría sino perjuicios a los bienes sobre los que recae, y establecer que siempre que, concurriendo las circunstancias tipificadas en esos supuestos los nudo propietarios solicitasen la capitalización, esta fuera decretada sin más por la autoridad judicial. Con ello se evitaría que los nudo propietarios debieran dejar transcurrir cierto tiempo hasta ver como son desatendidas reiteradamente las indicaciones acerca de la buena administración de los bienes,. Así, el juez se limitaría a constatar la concurrencia del supuesto previsto por el legislador, y de darse éste, automáticamente declararía extinguido el usufructo vidual, sustituyéndolo por una renta a favor del viudo, renta que, evidentemente, debería estar garantizada suficientemente (siendo quizá lo más adecuado una hipoteca que gravara los propios bienes en cuestión). Opino que esta es la solución más adecuada, que evita lapsos inútiles de tiempo, en los que el viudo usufructuario, sin ningún interés por el valor intrínseco de unos bienes que no le pertenecen, ni pertenecen a nadie vinculado a él, puede hacer que aquellos bienes pierdan valor considerablemente.

Evidentemente esta posible capitalización sólo se produciría a instancia de los nudo propietarios (el viudo nunca podría exigir que su usufructo fuera sustituido por una renta), nunca ope legis,

pues sólo el Juez la podría declarar a instancia de parte legitimada para ello, pues es posible que aún dándose los supuestos legalmente previstos no exista ningún inconveniente en la continuación del usufructo, con lo que la viudedad se desenvolvería de modo habitual.

Centrándonos en cuáles sería esos supuestos en que podría imponerse al viudo la capitalización, considero que éstos son fundamentalmente dos; el supuesto de que los herederos del premuero lo sean de él exclusivamente y no comunes a ambos cónyuges, y en segundo lugar el supuesto de que los bienes sobre los que debería recaer el usufructo estuvieran en manos de terceras personas, por que el premuerto los hubiera transmitido en vida, sin que hubiera mediado renuncia por parte del ahora viudo.

En cuanto al primero de los supuestos planteados, aquel en el que los nudo propietarios fueran descendientes tan sólo del premuerto[150], considero que esa falta de lazos entre ellos y el viudo justifica por sí sola que no se obligue a los nudo propietarios a soportar ese usufructo. Actualmente, ya hemos visto como el legislador contempla de un modo especial esta situación, para la cual prevé como solución, la reducción de la extensión del derecho de viudedad del cónyuge de aquel que tiene descendencia exclusivamente suya (Artículo 73).

---

150. Ya hemos visto al estudiar el Artículo 73, las consecuencias que de cara a la extensión objetiva de la viudedad tiene, y ha tenido, a lo largo de los diversos precedentes legislativos, el hecho de que uno de los cónyuges tuviera descendencia anterior. Junto a estas limitaciones el Artículo 156.3 del Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962 indicaba que "cuando los nudo propietarios sean hijos o descendientes legitimarios del viudo usufructuario, no podrán entonces los nudo propietarios introducir mejoras sin el consentimiento del usufructuario", lo que, interpretado a sensu contrario implica que siendo los nudo propietarios descendientes sólo del premuerto, sí podrían imponer esas mejoras al viudo usufructuario.

Ya he expresado la opinión que me merece el precepto, y por ello considero más adecuado articular esta solución, dejando inalterada la extensión del derecho de viudedad de ambos cónyuges (con lo que no alteramos su carácter recíproco), pero previendo que los descendientes que lo son sólo del premuerto puedan excluir el usufructo del cónyuge de su ascendiente y sustituirlo por una renta.

Esta regla, desde mi punto de vista, tan sólo debería excepcionarse en lo concerniente a un concreto punto, y es respecto de la vivienda habitual. Creo que el inmueble que viniera constituyendo vivienda habitual del matrimonio está especialmente afecto a ese uso, y por ello, en este extremo, el viudo gozaría de una especial posición, que impediría a los herederos del premuerto excluir el usufructo que recayera sobre esa vivienda habitual.

En lo concerniente a la vivienda habitual no pueden hacerse consideraciones equivalentes a las hechas respecto de los demás bienes sobre los que recaería el usufructo vidual. En este punto, la posición del viudo no es valorable sólo económicamente, sino que su permanencia en la vivienda afecta de manera substancial al mantenimiento de la vida que en vida del otro cónyuge llevaba.[151] En este aspecto en concreto considero que debe prevalecer la continuidad y los derechos del viudo, que no creo que deba verse despojado de lo que era el hogar familiar, pues ello entrañaría una brusca ruptura con lo anterior, que sí considero incompatible con

151. *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, ob. citada, pág. 55 " la del Artículo 51 de la Compilación es la única norma aragonesa específica sobre la materia, pero hay que significar cómo sirve en Aragón, y en no escasa medida al régimen de protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial el instituto de la viudedad manifestado en el usufructo vidual, al servir eficazmente para la continuidad del sobreviviente en la vivienda"

la esencia de la viudedad[152] y que por lo tanto desnaturalizaría esta institución.

En cuanto al segundo de los supuestos planteados, considero que dado que la protección del derecho de viudedad de los cónyuges exige que éste despliegue una primera fase de derecho expectante, los terceros que se ven afectados por él porque han adquirido un bien sobre el que pesa ese derecho de viudedad porque el cónyuge de su titular no renunció a él, puedan solicitar que el juez declare extinguido ese derecho de usufructo vidual, a cambio de pagar un capital al titular del usufructo.

Considero en este caso más adecuado que el usufructo se tranforme en la percepción de un capital, de una suma de dinero que el viudo recibiría de una sola vez, en lugar de obligar a ese tercero a pagar una renta hasta un momento indeterminable. (Los parámetros que servirían para determinar esa renta podrían ser utilizados igualmente por ese tercero al ejercitar las acciones que como comprador le competen frente a sus vendedor).

En estos casos de que el bien gravado por el usufructo vidual estuviera en manos de terceros, no cabe plantearse el supuesto de que el bien en cuestión constituya vivienda habitual del viudo. En caso de que la enajenación de este bien hubiera sido consentida por ambos cónyuges, el derecho expectante se habría extinguido, bien por operar la renuncia implícita que hoy contempla el Artículo 76.2, segundo inciso para los bienes comunes, y que yo propugnaba que se hiciera extensiva precisamente a los supuestos de enajenación de la vivienda familiar.

---

152. ARREGUI GIL, J. La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra, Pamplona, 1968 (perfectamente trasladable a la viudedad aragonesa) "su finalidad principal apunta as hacer posible la continuación del hogar familiar, conservando indiviso su patrimonio, evitando la disolución de la familia, que el cónyuge supérstite descienda de rango y sosteniéndole en su autoridad sobre los hijos".

En el caso de que el cónyuge no titular no hubiera autorizado la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar, en todo caso el tercero debería respetar la posición del viudo, pero en este caso en virtud de la especial protección que el Artículo 51 de la Compilación dispensa a la vivienda habitual, y no por el propio régimen del derecho de viudedad.[153]

Por último, fuera de estos dos supuestos, cuya concurrencia por sí determinaría, que de solicitárselo el Juez debiera declarar la extinción del usufructo vidual, podría articularse como cláusula de cierre la posibilidad que todo nudo propietario tendría de solicitar esa capitalización. En estos últimos casos, el Juez sí debería llevar a cabo una ponderación de todos los interese en juego, de las concretas circunstancias del caso y acceder o no a la capitalización en función de ellas, debiendo acceder al la capitalización tan sólo en casos muy excepcionales, en los que resulte flagrante que el viudo no va a ser capaz de administrar y gestionar correctamente los bienes, y ello va a ir en detrimento de los derechos de los nudo propietarios.

Vistos ya todos los supuestos en que podría producirse la capitalización del derecho de viudedad, tanto de forma voluntaria, como impuesta, tan sólo cabe señalar que el legislador debería establecer unos precisos parámetros en función de los cuales poder calcular el capital o la renta que sustituya al usufructo vidual. Junto a ello también deberían regularse los modos de garantía de

---

153. *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, SANCHEZ - RUBIO GARCIA, A.; GUTIERREZ CELMA, G. y CURIEL LORENTE, F. en *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, 1994, pág. 65 "el acto dispositivo no es perfecto, pero la deficiencia que en él se aprecia no es de aquella naturaleza de las que lo hacen inválido, sino más bien de aquella categoría de negocios inoponibles, en los que le titular del derecho dispuso de él, porque le correspondía en exclusiva, pero la disposición no produce todos los efectos que le son propios en relación con aquella persona a la que no puede serle opuesto, porque se omitió su aprobación".

estos pagos, especialmente para aquellos supuestos en los que la capitalización es impuesta al viudo.

Con esto se cerraría este repaso por lo que desde mi punto de vista debe ser la regulación que de la capitalización de la viudedad se haga en un futuro. Esbozado a grandes rasgos, tan sólo he pretendido señalar algunas de las reflexiones que el tema me sugiere, insistiendo en la idea de que en modo alguno la capitalización desnaturaliza la institución de la viudedad[154], más bien al contrario, considero que está en armonía con la finalidad de la institución, sirviendo para actualizarla y revitalizarla, adaptándola a las necesidades de los nuevos tiempos.

VII. CONCLUSIONES.

Concluyendo ya este trabajo, quiero insistir en la importancia que considero debe tener en la futura regulación de la viudedad la capitalización. La introducción de esta posibilidad en la disciplina de la viudedad, supondrá la solución de muchos de los problemas que la actual regulación plantea.

Así, de un lado, la imperativa sustitución del usufructo vidual por la percepción de una renta o capital dará una más correcta solución a aquellos problemas a los que, hoy por hoy, pretenden abordar preceptos como los Artículo 73 ó 74.2.. Al mismo tiempo se atenuarían, en la medida de lo posible, las perniciosas consecuencias que para el tráfico jurídico puede provocar la efectividad del derecho expectante como gravamen real, con eficacia reipersecuto-

154. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E., *Comentarios*... ob. citada, págs 411 y 412.

"la extinción del propio usufructo vidual consecuente a la transformación que contempla el Artículo 87 no supone, sin embargo, la extinción de la viudedad; ésta que se manifestó primero como derecho expectante y luego como usufructo vidual, se manifestará en el caso de dicho precepto, sin cambio ni menoscabo alguno en la institución de la viudedad, como renta vidual".

ria, que no se extingue por la mera enajenación del bien por parte de su titular. En relación con este tema, de la seguridad del tráfico de bienes, deberían articularse medidas para facilitar la posibilidad de que los terceros adquirentes puedan conocer la existencia de ese gravamen, con una adecuada publicidad del régimen económico matrimonial, aunque ello, en la medida que depende de la regulación de los Registros públicos, escapa de la competencia del legislador aragonés, y, en la misma medida, de nuestro trabajo. En cambio, sí nos atañe regular adecuadamente la figura de la renuncia en el seno del expectante de viudedad, señalando correctamente los supuestos en qué debe entenderse producida si ha mediado consentimiento a la enajenación de los bienes gravados, logrando conjugar adecuadamente la protección de la confianza de los terceros adquirentes con la debida protección que, sin duda, merece el titular del derecho expectante de viudedad.

De otro lado, la posibilidad de pacto que con carácter general debería articularse para nudo propietarios y usufructuarios, dotaría a esta institución de una mayor flexibilidad, que permitiría una mejor acomodación a los respectivos intereses de todas las partes implicadas, que no se seguirían viendo constreñidas por férreas y absurdas regulaciones legales.

Con ello, con esta introducción de la capitalización del usufructo legal, así como con la introducción de pequeñas precisiones en torno a la fase del derecho expectante (señalando expresamente su compatibilidad con cualquier régimen económico matrimonial, describiendo técnicamente su modo de funcionar y las consecuencias de la enajenación sin que medie renuncia…) se logrará la adaptación de esta institución a las nuevas demandas y necesidades que plantea la sociedad aragonesa actual, y, conservando su esencia y finalidades esenciales, se permitirá que la viudedad siga siendo uno de los mayores tesoros de los aragoneses.

BIBLIOGRAFIA

ARNANZ DELGADO,R.:»Causas de extinción de la viudedad», ADA, VI, 1951-52, págs, 89 a 98.

ARREGUI GIL,J.:

* *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*. Pamplona, 1968.
* «El derecho expectante de la viudedad y los bienes muebles», ADA, XIV, 1968 - 69, págs. 536 a 539.

BATALLA CARILLA,JL.:

* « EL derecho expectante de viudedad y la disposición de los bienes inmuebles por los cónyuges desde las Observancias hasta hoy», RDCA - III - 1997 - número 1, págs. 125 a 135.
* « La Compilación y el Registro de la Propiedad » en Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985), Cortes de Aragón, Zaragoza,1986, págs. 65 a 99..

BATALLA GONZALEZ,M.:

* «La viudedad en la Compilación aragonesa», RDCI, XLIV, 1968, págs. 437 a 469.
* «El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de los los bienes comunes», BCAZ, número 36, 1970, págs, 5 y ss.

BAYOD LOCEZ, M.C.: «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la STSJA de 30 de octubre de 1996)», RDCA- 1997- III, núm. 2, págs. 121 a 137.

BORRAS RODRIGUA,A *Comentario al Artículo 9.8* en "Comentario del Código civil", I, Ministerio de Justicia, 1993.

CALATAYUD SIERRA,A. *Las legítimas en Aragón* en Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, págs. 49 a 94..

CAMON AZNAR,L. :«Naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa», ADA, XIV,1968 - 69, págs. 540 - 543.

DELGADO ECHEVERRIA,J.:

* « La viudedad aragonesa en el Derecho interregional», ADA, XVII, 1974-1976, págs. 61 - 102.
* *Comentario al Artículo 16.2 CC* en "Comentarios a las reformas del Código Civil".; I, Técnos, Madrid, 1977, págs. 749 - 783.
* *Comentario al Artículo 16.2 CC* en "Comentarios al CC y Compilaciones forales", I, Edersa, Madrid, págs. 535- 543.
* *Comentario al Artículo 16.2* en Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 166 y ss.

DE PABLO CONTRERAS,P *El Derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad*, en "Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985), Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, págs. 246 a 254.

INFORME del COLEGIO NOTARIAL DE ZARAGOZA, DE LOS REGISTRADORES DE LAS TRES PROVINCIAS ARAGONESAS sobre el Anteproyecto de la Compilación de Derecho civil de Aragón.

ISABAL Y BADA,M. : *Exposición y comentario del Cuerpo legal Fueros y Observancias del reino de Aragón*, Zaragoza, 1926, Reed. CAZ, 1985,

LACRUZ BERDEJO,JL

* « Sobre algunos caracteres del Derecho de viudedad». ADA, III, 1946, págs. 353 a 356.
* *Cuestiones fundamentales de viudedad foral navarra* (conferencia leída el 6 de junio en la Institución «príncipe de Viana» de Pamplona y publicada en RDCI, 1964, págs. 553 a 584.

LACRUZ BERDEJO,JL Y SANCHO REBULLIDA,F.

* *Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial en Aragón, Navarra y Vizcaya*, en "Elementos de Derecho civil", IV, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 550 a 558.
* *Publicidad del régimen matrimonial*, en Elementos de Derecho civl", IV, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 210 a 215.

LAGUNA AZORIN,E. : «El derecho de viudedad ¿debe extenderse a los bienes muebles?», ADA, Vi, 1951 - 1952, págs. 179 a 181.

LATORRE MARTINEZ DE BAROJA,E.: "Comentario a los Artículos 72 a 86" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albadalejo, T.XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), págs. 282-404..

LORENTE SANZ,J.:«Una opinión reciente sobre la viudedad», ADA, III, 1946 págs. 345 y 346.

MARTIN - BALLESTERO Y COSTEA, L.:

* « Compilación del Derecho civil de Argón, Derecho de la persona y familia. La viudedad», BCAZ, número 26, 1967, págs. 105 y ss.
* « La viudedad», ADA, XIV, 1968-69, págs. 532 a 535.

MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ,C.: *Comentario a la S. 27 mayo 1988* (comunidad conyugal y viudedad) en CCJC, número 17, 1988, págs. 553 a 572..

MERINO HERNANDEZ,JL.:

* «Un problema resuelto y otro que se crea (Sobre el derecho de viudedad aragonés)», ADC, XXVIII, 1975, págs. 423 - 436.
* «La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés», RDCI, LII 1976, págs. 1397 a 1438.
* «Limitaciones al derecho de viudedad aragonés», en *Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación*, día 12 de junio de 1997. (separata) Edit. Imprenta provincial de Zaragoza, 1997, págs. 17 y ss.

MURILLO GARCIA - ATANCE, M. : «Prueba de la vecindad civil», Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho civil aragonés, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1991, págs 31 a 35.

ORIA LIRIA,J.J. : «Sobre la extinción del derecho expectante de viudedad», en Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés, 1992, págs 39 a 45.

PELAYO HORE,S.:

* *Problemas de la viudedad foral*, Segunda Semana de Derecho Aragonés (Jaca, 1943) Págs. 175 a 192.
* «La viudedad aragonesa (cuestiones extraregionales)», RDP, 1944, págs 22 a 35.

ROCA SASTRE : *Derecho hipotecario* I, Barcelona, 1979.

SANCHEZ - RUBIO GARCIA, A junto con GUTIERREZ CELMA,G. Y CURIEL LORENTE,F. : «Régimen jurídico de la vivienda familar en Aragón» en Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, págs. 49 a 81.

SANCHO REBULLIDA,F. Y DE PABLO CONTRERAS,P. :

* Comentario de los Artículos 72 a 88 (la viudedad) en *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, págs. 623 a 886.
* «La viudedad aragonesa», ADA, VII, 1955 - 56, págs. 9 a 228.
* « La viudedad en la Compilación de Derecho civil de Aragón», ADC, 1967,págs. 755 a 817.
* «Algunas erratas en la regulación de la viudedad», ADA, XIV, 1968 -69, págs. 544 a 556.
* « La viudedad y el derecho expectante de viudedad», en "Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés, el Justicia de Aragón 1992, págs. 65 a 72.

SAPENA TOMAS,J.« Vecindad civil y conflictos interregionales» en *Curso monográfico sobre la Ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, valencia, 1975, págs. 279 y ss.

SERENA VELLOSO,C. : «La vecindad civil». Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho civil aragonés, 1991, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1991, págs 9 a 29.

SERRANO GARCIA,J.A.:

* «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El Artículo 73 de la Compilación y la STSJA de 11 de julio de 1994». RDCA -1996 - III (número 1), págs. 85 a 109.
* «Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa en la reciente reforma del CC. Su posible inconstitucionalidad» en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz*, vol. 1º, 1992, págs. 763-789.
* «Comentario a la STS 26 junio 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles y derecho expectante de viudedad), CCJC, 20, 1989, págs. 609 a 623.

* «Comentario a la STSs 10 abril 1990 (Derecho civil aragonés: viudedad testamentaria, universal y vitalicia: sucesión intestada troncal en el Cuerpo de Fueros y Observancias)», CCJC, 24, !990, págs. 813 a 830.

TORRENTE GIMENEZ,R. :«Sobre el objeto de la viudedad foral», en Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho aragonés, 1992, págs. 37 a 39.

ZABALO ESCUDERO,E.: *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho* interregional. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1993, en especial págs. 157 a 200.

ZAPATERO GONZALEZ,R.: «De la viudedad foral, en "Actas de las Jornadas de Derecho civil aragones (Jaca, 1985)"», Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, págs. 201 a 242.

LA SUCESIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Sergio Ruiz Ruiz
(Beca 1998/1999)

INTRODUCCIÓN.

Desde la reforma de la Compilación Aragonesa de Derecho Civil llevada a cabo por la Ley 4/1995 de 29 de marzo, la Comunidad Autónoma Aragonesa hereda los abintestatos de personas que fallecen sin parientes en lugar del Estado.

Esta reforma legislativa, hace que Aragón se equipare en esta materia a otras Comunidades Autónomas que ya recogían la sucesión abintestato de la Comunidad en lugar del Estado.

Así, desde 1984, la Generalidad de Cataluña recibe las herencias de personas fallecidas intestadas y sin parientes con derecho a suceder. En la actualidad, la regulación aparece recogida en los art. 347 y 348 del Código de sucesiones de Cataluña.

Navarra, también hereda los bienes de personas fallecidas sin parientes con derechos sucesorios y sin haber testado, si bien el caso navarro, presenta especialidades en los supuestos de troncalidad que hace que puedan resultar herederos abintestato parien-

tes de 5º o 6º grado. La normativa sobre esta materia se recoge en el art. 304.7 del Fuero Nuevo de Navarra.

La Comunidad Autónoma de Galicia a partir de la reforma de 1995, también hereda en estos casos según se deriva de los art. 153 y 154 de la Compilación Gallega.

En los tres supuestos anteriores, existe una nota común compartida con la sucesión intestada en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. Así, en todos estos casos, la Comunidad Autónoma, resulta heredera pero debe destinar los bienes o el producto de su enajenación a determinadas entidades o fines.

El caso del País Vasco, es diferente, ya que el art. 73 del fuero, destina los bienes o el producto de su enajenación al Territorio Histórico del lugar de residencia del causante, siendo en este caso el Territorio Histórico el heredero y el destinatario de los bienes.

El caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, es diferente; Pues sin tener un Derecho de sucesiones propio, su estatuto de Autonomía en el art. 50 recoge la posibilidad de sucesión abintestato por parte de esta Comunidad, previsión estatutaria que ha sido desarrollada por la Ley de Patrimonio de la Comunidad Valenciana en su art. 22 Ley de Patrimonio de la Generalitat. En este caso, la Generalidad debe destinar dos tercios del producto de la sucesión a los establecimientos del art. 956 CC al que se remite la normativa de la Comunidad Valenciana.

El presente trabajo, tiene por objeto, tratar de estudiar los caracteres de la sucesión intestada en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón recogido en la actualidad en el art. 220 de la Ley de Sucesiones de las Cortes Aragonesas de 1 de febrero de 1999. Dentro de la primera parte, se observaran las cuestiones de competencia y el fundamento de la sucesión intestada en favor de la Comunidad Autónoma Aragonesa.

También, dentro del primer bloque, se examinaran los casos en los que entra en juego la sucesión por la Comunidad Autónoma. El caso aragonés, no es tan sencillo como la solución que aportan el Código Civil o algunos ordenamientos forales que fijan que tras los parientes colaterales de 4º grado, sucede el Estado o la Comunidad Autónoma correspondiente.

En el Derecho Aragonés, la existencia de bienes troncales de abolorio hace que puedan concurrir en una misma sucesión, varios llamamientos universales.

Además, teniendo en cuenta que en el caso de los bienes troncales de abolorio pueden suceder parientes de hasta 6º grado resultará esencial a la hora de determinar los derechos de la Comunidad Autónoma de Aragón la calificación de un bien como troncal o como no troncal.

Se estudiara también, basándonos fundamentalmente en la legislación aragonesa, la posibilidad de repudiar las sucesiones abintestato por parte de la Comunidad Autónoma. Tema este de los mas discutidos por la doctrina y sobre el que no existe una regulación precisa.

En la segunda parte del presente trabajo, se trataran fundamentalmente, problemas de Derecho Internacional privado y de Derecho Interregional que pueden surgir en este tipo de sucesiones así como de las soluciones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales existentes.

El punto de conexión de la norma de conflicto española, es la nacionalidad en el caso de sucesiones por causa de muerte según el art. 9.8 CC. Sin embargo, la aplicación de este precepto, puede resultar problemática por la existencia de dos sistemas distintos de atribución de bienes de personas que han fallecido sin parientes con derecho a heredar y sin haber realizado testamento:

1. Por un lado, existe un sistema basado en la ocupación de los bienes *"ad bona vacantia"* fundamentado en un Derecho de soberanía del Estado, que atribuye al Estado por esta vía los bienes procedentes de los abintestatos.

2. Por otro lado, los Estados que consideran a las administraciones publicas como un ultimo heredero, hacen que este suceda en todos los bienes, independientemente del lugar donde se encuentren.

Es digno resaltar, que en estos casos, la herencia no queda vacante al existir un último heredero que asume la obligación de liquidar la herencia

En la tercera parte, se observaran cuestiones relativas al heredero, es decir, la Comunidad Autónoma, así como a los beneficiarios o destinatarios de los bienes procedentes de los abintestatos o del producto de su enajenación.

Para ello, observaremos la expresión *"....establecimientos de asistencia social de la comunidad..."* que aparece recogida en el art. 220 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte y trataremos su posible equiparación con los establecimientos de acción social a los que se refiere la Ley 4/1987 de Acción Social así como los decretos que la desarrollan.

Una vez realizada dicha identificación, trataremos de analizar a que se refiere el legislador al hablar de establecimientos de acción social de la Comunidad Autónoma. Es decir se analizará si solo pueden beneficiarse de esta regulación los establecimientos de asistencia social constituidos en Aragón que estén inscritos en los registros de la Diputación General de Aragón o si también pueden beneficiarse otros establecimientos. Del mismo modo se estudiara si las instituciones y establecimientos aragoneses que prestan servicios fuera de Aragón pueden beneficiarse.

Posteriormente, se examinara el criterio del art. 220 de la Ley de Sucesiones de dar preferencia a los establecimientos de Asistencia Social situados en el municipio correspondiente al ultimo domicilio del causante así como las razonables excepciones que podrían hacerse en estos casos.

También se tratará el tema de la supletoriedad del derecho estatal en esta materia:

1. En lo referente a la Ley de Sucesión por causa de muerte, el art. 220 de la misma debe considerarse como autosuficiente, no siendo de aplicación lo recogido en los art. 956 y ss del CC al resultar innecesarios.

2. Sobre los aspectos administrativos, el Decreto 2091/71 de 13 de agosto, que regula la determinación de abintestatos, su liquidación y su distribución es aplicable supletoriamente en Aragón al no existir todavía un procedimiento propio de la Comunidad para regular estas actuaciones. Si bien, como tendremos ocasión de exponer, resultaría beneficiosa la existencia de un procedimiento propio pues determinadas cuestiones del Decreto 2091/1971 no encajan bien con la normativa legal de la Comunidad Autónoma.

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y COMPETENCIA.

La sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, aparece recogida en el art. 220 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte. Del precepto y del conjunto del sistema jurídico se observa que deben darse una serie de presupuestos o requisitos para que la Comunidad Autónoma de Aragón llegue a ser heredera abintestato.

PRESUPUESTOS

1. En primer lugar, es necesario que no exista testamento sobre la totalidad de los bienes. Si existiese testamento parcial, la Comunidad Autónoma podría ser heredera, –si no existiesen parientes con mejor derecho a suceder que la Comunidad Autónoma– de la porción de bienes respecto de la cual el causante no había testado.

Esta idea, aparece recogida en el art. 201[1] de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte y plantea una diferencia esencial con otros ordenamientos jurídicos de base romanista como el catalán (art. 322 del Código de Sucesiones de Cataluña[2]) que no recoge la regla de sucesión parcialmente testada y parcialmente intestada siguiéndose la regla *"nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*.

Por otro lado, se requiere que no existan personas con mejor derecho a heredar que la Comunidad Autónoma. El art. 202 de la Ley 1/1999[3] regula el orden de la sucesión legal. Solo en defecto de todos los parientes a los que hace referencia el precepto tiene la Comunidad Autónoma un derecho a la sucesión intestada.

---

1. Según este precepto: *"en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento se abre la sucesión legal"*

2. En virtud de esta norma: *"la sucesión intestada se abre cuando fallece una persona sin dejar heredero testamentario o en heredamiento, o cuando el nombrado o nombrados no llegan a serlo"*

3. Art. 202 ley 1/1999, que regula el orden de la sucesión legal: *"1.En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendiente.*

En defecto de descendientes:

1º. Los bienes recobrables y los troncales se deferirán a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente.

2º. Los bienes no recobrables ni troncales, y también estos si no hay parientes con derecho preferente, se deferirán, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los parientes hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza.

Si bien, esta norma tiene una excepción en lo relativo a los bienes troncales de abolorio ya que, según el art. 211.3 de la Ley 1/1999, pueden llegar a ser herederos de esta clase de bienes los parientes colaterales hasta el sexto grado.

Así pues, es importante la calificación de un bien como troncal de abolorio o no, ya que de ello dependerá que la Comunidad Autónoma pueda llegar a ser heredera o no de esos bienes. Pero esta es una cuestión que examinaremos en la tercera parte del presente estudio.

Además, para que la Comunidad Autónoma aragonesa sea heredera de las sucesiones abintestato se exige que sea aplicable la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte.

Esta norma será aplicable, por la aplicación sistemática de los art. 16.1.1 CC y 9.8 CC cuando el causante ostente la vecindad civil aragonesa, tema este que será tratado en la parte segunda del presente trabajo.

Por ultimo, como cuarto presupuesto, se requiere que la Comunidad Autónoma sea declarada heredera pues, solo en este caso, podrá entrar en la posesión de los bienes, siendo el supuesto de sucesión intestada a favor de las Administraciones Públicas una excepción a la norma general recogida en el art. 440 CC y relativa a la posesión civilísima.

Sin embargo, algunos autores discuten que las Comunidades Autónomas o el Estado carezcan de posesión civilísima. En este sentido ROCA-SASTRE MUNCUNILL[4], estima que el Estado y las Comunidades Autónomas gozan de la posesión civilísima aun cuando no hayan sido declarados herederos.

---

4. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *"Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña"*. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona, 1994. Pág. 1180.

En este ámbito, todas las regulaciones existentes, ya sean de Derecho Común o Derecho Foral, hacen referencia a la previa declaración de heredero para entrar en la posesión de los bienes. En este sentido, pueden consultarse los art. 958 CC, art. 348 del Código de Sucesiones de Cataluña, art. 154 de la Compilación de Derecho Civil Gallego y art. 220 Ley 1/1999 para la Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y 221 del mismo cuerpo legal para el caso de la sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza. En el caso navarro, la previa declaración de herederos se regula en el Decreto Foral 166/88 que regula el procedimiento de administración, liquidación y distribución del caudal hereditario, en los casos de sucesión abintestato y sin parientes una persona con vecindad civil navarra.

La explicación a la excepción respecto de la normativa reguladora de la posesión civilísima en los casos en los que el heredero es una administración publica solo puede explicarse en consideración las cautelas que el legislador establece en estos supuestos. Se trata de una serie de supuestos en los que generalmente, se cree que no existen parientes pero no existe una certeza absoluta. Por eso, en estos supuestos, se considera mas acertado no entregar la posesión de los bienes a la Administración hasta que exista un mayor grado de seguridad sobre la inexistencia de parientes con derecho a heredar tras un procedimiento judicial que concluye en un Auto por el que se declara heredera a la Comunidad Autónoma correspondiente o al Estado.

Tal vez sea esa la razón por la que por la que los distintos Legisladores de las Comunidades Autónomas han optado por privar a las respectivas Administraciones de la posesión civilísima, teniendo en cuenta, además, que entregar la posesión de los bienes a una Administración Publica antes de haber sido esta declarada heredera abintestato del derecho común podría generar problemas por el régimen exorbitante que los bienes adquirirían.

Sobre la forma de declaración de herederos existió con anterioridad a la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte una polémica en la doctrina aragonesa sobre si la declaración debía ser necesariamente judicial o podría ser notarial.

MERINO HERNANDEZ[5] sostenía que en caso de resultar heredero el Estado, las Comunidades Autónomas o el Hospital de Nuestra Señora de Gracia, la declaración podría realizarse indistintamente ante Juez o Notario.

Por el contrario, MOLINS GARCÍA-ATANCE[6] consideraba que la declaración de herederos en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón debía ser necesariamente judicial.

En la actualidad, la polémica ha quedado zanjada con el art. 220 de la Ley 1/1999[7] que exige la declaración de herederos por medio de Auto.

---

5. MERINO HERNANDEZ, J.L., *"La sucesión intestada: aspectos concretos."* En *"Actas de los segundos encuentros del foro de Derecho aragonés"*. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 1993. Págs. 118 y ss.

"Y por lo que respecta al resto de declaraciones abintestato (parientes colaterales, Estado o Comunidad Autónoma, según los casos y Hospital de Nuestra Señora de Gracia en Aragón) mi opinión basada en cuanto queda expuesto, es que en el momento actual, (aunque igual con anterioridad a la reforma de la LEC) este tipo de declaraciones pueden instarse indistintamente, ante el Notario o el Juez, y ambas serán válidas y eficaces."

6. MOLINS GARCÍA ATANCE, E. *"La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón"*. RDCA-1995-I-(nº1) págs 54 y ss.

7. Según el art. 220.2 Ley 1/1999: *"Previa declaración judicial de herederos..."*

FUNDAMENTO

Históricamente[8], han existido dos formas básicas para fundamentar la adquisición por el poder publico de los bienes de aquellas personas que fallecen intestadas y sin parientes con derecho a heredar:

Teoría de la adquisición basada en el derecho de soberanía

Existe por un lado una teoría que considera que el Estado o cualquier otra Administración Pública, adquieren los bienes procedentes de herencias en las que no existe testamento o parientes con derecho a suceder, como bienes vacantes y sin dueño.

En estos supuestos, la adquisición de bienes por parte del Estado se configura a partir del concepto de soberanía. Este sistema, como acertadamente explican DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON y GULLON BALLESTEROS[9] produce un injustificado corte en las relaciones jurídicas del causante que puede perjudicar a los acreedores y otros interesados.

Históricamente el derecho español se basó en este sistema de adquisición de los bienes procedentes de personas fallecidas in-

---

8. Para un análisis histórico sobre la evolución de la institución jurídica objeto del presente estudio pueden consultarse: DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. *"La sucesión abintestato a favor del Estado"* ADC, págs 396 y ss., CASTAN TOBEÑAS, *"Derecho Civil Común y Foral"* Tomo VI, Derecho de Sucesiones. Volumen Tercero. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1971. Pág.148 y ss.

9. DIEZ PICAZO, L, Y GULLON BALLESTEROS, A, *"Sistema de Derecho Civil"*. Volumen IV. Ed.Tecnos. Madrid. 1989. Pág 517.

"Si solo se ocupasen bienes y no hubiese sucesión, se produciría un injustificado corte en las relaciones del difunto, con evidente perjuicio de los demás interesados en tales relaciones jurídicas (v. gr., relaciones obligatorias, créditos y deudas, derechos de otro tipo, etc....), pues quedarían extinguidas por la muerte sin sucesor de su titular activo o pasivo"

testadas y sin parientes con derecho sucesorio tal y como explican DE LOS MOZOS[10] y FERNANDEZ FERNANDEZ[11].

En la actualidad, siguen este sistema estados como Francia, Reino Unido, EE.UU. o Bélgica[12].

Teoría basada en el derecho de sucesión.

Por otro lado, existe otra teoría que considera al Estado como auténtico heredero de las personas que fallecen intestadas y sin parientes con derecho a suceder. En estos supuestos, no es correcto hablar de sucesiones vacantes o sin dueño ya que la vacancia en estos supuestos no llega a producirse al existir siempre un último heredero o *"ultimus heres"*.

En la actualidad, siguen esta teoría los ordenamientos jurídicos de Alemania, Suiza, Italia y España[13].

Una vez visto como se configura el derecho del Estado y otras Administraciones Públicas para obtener los bienes de personas que fallecen intestadas y sin parientes en el plano comparado pasemos a observar cual es la teoría que acoge el ordenamiento jurídico aragonés:

A) En primer lugar, es necesario descartar la posibilidad de admitir la adquisición de los bienes por parte de la Comunidad

---

10. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. *"La sucesión a favor del Estado"* ADC 1965, pág. 410 y 411.

11. FERNANDEZ FERNANDEZ, C *"La sucesión intestada en la Comunidad Autónoma de Aragón"* Informe especial del Justicia de Aragón 1994. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1995.

12. Para un desarrollo detallado de los distintos sistemas en derecho comparado puede consultarse: HIDALGO GARCÍA, S. *"La sucesión por el Estado: el derecho de las instituciones de interés general y de algunas Comunidades Autónomas"*. Ed. Bosch. Barcelona. 1995. Pág. 110 y ss.

13. Para un detallado estudio sobre derecho comparado, HIDALGO GARCÍA, S. op. cit pág 85 y ss.

Autónoma en ejercicio de un derecho de soberanía. Las Comunidades Autónomas no pueden adquirir basándose en la idea de soberanía por la sencilla razón que carecen de ella. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en dos ocasiones; Así la STC 58/1982[14] en el Fundamento jurídico tercero trata la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley de Patrimonio de Cataluña que atribuía a la Generalidad los bienes mostrencos situados en su territorio.

El Tribunal Constitucional considero que el precepto era inconstitucional pues la adquisición de bienes vacantes se basa en la idea de soberanía, soberanía que, según declaro el Tribunal Constitucional en la Sentencia antedicha *"pertenece al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto"*.

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1998 también declara inconstitucional un precepto de la Ley de Concentración Parcelaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-León que atribuía los bienes vacantes a la Junta de Castilla-León haciendo uso, también en este caso, del mismo razonamiento utilizado en la STC 58/1982.

Así pues, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, se deduce de modo claro que las Comunidades Autónomas no pueden fundamentar la adquisición de bienes de personas que fallecen sin testamento y sin parientes con derecho a suceder en la idea de *"Ius Imperii"* o soberanía puesto que en este caso habría que concluir que la regulación que contuviese una disposición en este sentido sería necesariamente inconstitucional.

B) Una vez descartada la posibilidad de considerar a la Comunidad Autónoma como un ente que adquiere los bienes de per-

14. La STC 58/1982de 27 de julio, consideró inconstitucional el art. 11 de la Ley de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña, por atribuirse esta entidad *"los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades y particulares"*

sonas fallecidas como bienes vacantes, pasemos a continuación a observar los fundamentos y los argumentos en los que nos basamos para considerar a la Comunidad Autónoma como un auténtico heredero.

Por un lado, si partimos del argumento literal, podemos llegar a considerar a la Comunidad Autónoma como un auténtico heredero. Así, el art. 220 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte establece en su párrafo 1: *"...sucede la Comunidad Autónoma..."*. También, en el párrafo 2 del mismo precepto se dice: *"...previa declaración judicial de herederos... "*

Además el art. 202.2.2º de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte habla de la Comunidad Autónoma como ultimo orden de la sucesión legal.

Por ultimo, tratando el tema desde un punto de vista sistemático el art. 220 de la Ley 1/1999 aparece regulado dentro del titulo VIII titulado *"de la sucesión legal"*.

COMPETENCIA

Como ya hemos anticipado anteriormente, el derecho de sucesión intestada a favor de las Comunidades Autónomas no puede fundamentarse en la adquisición originaria de los bienes u ocupación privilegiada por parte de las Administraciones Autonómicas, pues sería inconstitucional.

Por lo tanto, la competencia de las Comunidades Autónomas para regular esta materia, se encuentra en el art. 149.1.8º CE.

Sobre la validez constitucional de esta regulación, en mi opinión no cabe la menor duda sobre la competencia de los Parlamentos Autonómicos con Derecho Civil Foral propio para regular esta materia.

Además de estos casos en que exista competencia en materia de Derecho Civil propio también cabe que por vía del Estatuto de Autonomía y las correspondientes Leyes de patrimonio pueda la Comunidad Autónoma recibir abintestatos. Pero en este caso la competencia para legislar sobre esta materia la competencia no se deriva del art. 149.1.8 CE sino de la subrogación de la Comunidad Autónoma en el papel que tiene el Estado. Dicha subrogación es perfectamente valida al ser consentida por el Estado cuando aprueba el Estatuto de Autonomía[15].

El art. 149.1.8 CE recoge una excepción a la competencia exclusiva del Estado en materia de Legislación civil. Dicha excepción hace referencia a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales allá donde existan. Sin entrar ahora en la polémica sobre la interpretación de este precepto constitucional, por estar fuera del objeto del presente trabajo, podemos concluir que las Comunidades con derecho foral o especial propio a la entrada en vigor de la Constitución tienen competencia para regular, entre otras materias, la sucesión intestada a favor de las distintas Comunidades Autónomas pues dicha materia entra dentro de la competencia de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales.

Al tratar esta cuestión, HIDALGO GARCÍA[16] plantea la falta de lógica que supondría permitir a las Comunidades Autónomas legislar sobre la sucesión intestada de parientes mas allá del cuarto grado (como por ejemplo ocurre en Aragón con la institución de la sucesión en bienes troncales de abolorio donde pueden heredar parientes de hasta sexto grado) y en cambio considerar que la sucesión a favor de las Comunidades Autónomas es inconstitucional.

---

15. El único ejemplo de sucesión intestada por vía de Estatuto de Autonomía y Ley de Patrimonio, es el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, si bien es cierto, que cualquier Comunidad Autónoma podría, por esta vía, beneficiarse de los abintestatos.

16. HIDALGO GARCÍA, S. op. cit. pág 387 y ss.

GUILARTE ZAPATERO[17] también estudia el tema de la constitucionalidad de esta regulación y llega a una conclusión contraria a la anteriormente analizada al estimar que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para regular la sucesión intestada a favor de la Administración Autonómica.

En su opinión, pese a aparecer regulada la materia en el Código Civil y remitirse el art. 24 LPE a este cuerpo legal, se trata de una cuestión no civil sino administrativa al tratar un tema relativo al patrimonio del Estado y en consecuencia, las Comunidades Autónomas no tienen competencia para regular esta materia.

En mi opinión, GUILARTE ZAPATERO confunde el medio de adquisición de la propiedad de esos bienes por parte del estado con el resultado consistente en la adquisición de los bienes por parte de la administración estatal:

La Ley de Patrimonio del Estado (LPE) regula, como su nombre indica, los bienes que integran el patrimonio de la administración estatal y su régimen jurídico, por esta razón, es lógico que en esta disposición se haga referencia a la sucesión abintestato a favor del Estado.

Pero ocurre que la materia es puramente civil y por ello, con un criterio acertado, el art. 24.2 LPE se remite a los art. 956 y ss del Código civil que regula el régimen de estos bienes.

Así pues, según mi criterio, la adquisición por el estado tiene un fundamento civil y se basa en la sucesión intestada como medio de adquirir recogido en el art. 609 CC.

---

17. GUILARTE ZAPATERO, V. *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"*. Tomo XII. Volumen I. Ed. Edersa. Madrid. 1980. Pág. 297 y ss.

Una vez que el Estado ha adquirido de conformidad con los art. 956 y ss CC[18], esos bienes pasarían a tener la condición de bienes patrimoniales o en su caso demaniales[19], y entonces estarían sometidos como bienes del Estado a la LPE.

Queda claro pues, que el fundamento y la materia tiene carácter civil y no administrativo lo cual, tiene como consecuencia que las Comunidades Autónomas con Derecho Civil Foral o especial propio, al amparo del art. 149.1.8 CE, estén habilitadas para legislar sobre esta materia.

GUILARTE ZAPATERO utiliza otro argumento para negar la competencia de las comunidades autónomas sobre esta materia asociando la sucesión a favor del Estado con la idea de nacionalidad o ciudadanía del causante[20]. En mi opinión, esta idea carece de fundamentación jurídica basándose exclusivamente en la determinación de la regla aplicable según la normativa de Derecho Internacional Privado recogida en el art. 9.8 CC, al remitirse este precepto a la Ley de la nacionalidad del causante, sin que de este precepto, según mi criterio, pueda deducirse que el fundamento de la sucesión intestada esta en la nacionalidad del causante.

SUSTITUCIÓN O ANTEPOSICIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS AL ESTADO.

Se plantea si la introducción de las Comunidades Autónomas como sucesor abintestato de las personas fallecidas sin parientes con derecho a heredar, hace que las Comunidades Autónomas se

---

18. Al Estado le corresponde un tercio de los bienes según el art. 956 CC

19. Si no se hubiese procedido a la enajenación que según la normativa vigente sobre la materia es la regla general.

20. GUILARTE ZAPATERO, V. Comentarios. Op. cit. Pág 298: "*Finalmente, y desde una óptica más abstracta y general, se sostiene que el título sucesorio del Estado en la sucesión legítima se fundamenta en la relación de soberanía o nacionalidad del causante con aquel, o, en su caso en su relación de residencia*"

subroguen en la posición del Estado o simplemente se anteponen quedando este siempre como un ultimo heredero (*"Ultimus heres"*) en caso que las Comunidades Autónomas repudien la herencia atribuida por esta vía.

En opinión de SALVADOR CODERCH[21] la idea de considerar que el Estado es siempre un último heredero resultaría injusta, pues supondría que el Estado no recibiría ningún beneficio[22] y por el contrario asumiría las herencias deficitarias[23] herencias en las que, pese a existir beneficio de inventario según el art. 957 CC el Estado estaría obligado a liquidar, administrar y distribuir, de conformidad con la normativa administrativa vigente[24].

Por tanto, en este punto, coincido con la opinión de SALVADOR CODERCH de considerar a la Comunidad Autónoma como un *"ultimus heres"* que sustituye al Estado.

POSIBILIDAD DE REPUDIAR LAS HERENCIAS ADQUIRIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

En la doctrina se discute si el Estado y las Comunidades Autónomas pueden o no repudiar una herencia:

En España, un amplio sector doctrinal considera que el Estado o las Comunidades Autónomas con derecho a suceder abintestato, no pueden repudiar la herencia cuando son los últimos here-

---

21. SALVADOR CODERCH, P. *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"*. Tomo XXIX, Volumen Tercero. Ed. Edersa. Madrid. 1986. Pág 66 y 67.

22. Ya que cuando la herencia fuese positiva la aceptarían la Comunidad Autónomas anteponiéndose al Estado.

23. Que serían repudiadas por las comunidades autónomas si hubiese otro heredero tras ellas

24. Fundamentalmente, el Decreto 2091/1971 de 13 de Agosto en el que se regula la administración, liquidación y distribución del caudal en las sucesiones a favor del Estado.

deros[25] ya que, de lo contrario, esta quedaría vacante y los bienes podrían ser ocupados por cualquiera, en caso de ser bienes muebles y por el Estado en caso de tratarse de bienes inmuebles, produciéndose así un grave perjuicio para los acreedores del causante que de este modo verían como se perdían sus créditos sin poder exigirlos a los nuevos tenedores de los bienes que con anterioridad pertenecían al deudor.

Los argumentos utilizados por la doctrina que considera que el ultimo heredero no puede repudiar por ocupar una posición de cierre dentro del sistema jurídico son los siguientes:

1. Por un lado, se basan en el art. 957 CC concretamente en el inciso que establece *"... la herencia se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario..."*. Si bien los autores que estiman que el ultimo heredero puede repudiar la herencia contraargumentan considerando que el adverbio *"siempre"* hace referencia al beneficio de inventario y no a la aceptación.

En mi opinión este argumento resulta insuficiente, pues considero que, efectivamente, el adverbio "siempre" se refiere al beneficio de inventario y no al acto de aceptación[26].

2. Por otro lado los autores partidarios de la imposibilidad de la repudiación por parte del Estado argumentan que la aceptación

---

25. Entre los autores que consideran que el Estado, o en su caso, las Comunidades Autónomas no pueden repudiar, destacan:

DIEZ PICAZO,L, Y GULLON,A. op. cit. Pág. 518. Estos autores, consideran que existe un deber o función social, y no un simple derecho del Estado a heredar. PUIG BRUTAU, J, *"Fundamentos de Derecho Civil"*. Tomo V. Volumen Tercero. Ed. Bosch. Barcelona. 1964. Pág.429 y ss. SALVADOR CODERCH, P, op. cit. Pág.62 y ss. O´CALLAHAN, X, *"Compendio de Derecho de Civil"*. Tomo V. Derecho de Sucesiones. Ed. Edersa. Madrid.1995. pág. 390.HIDALGO GARCIA, S., op. cit. Pág. 170 y ss.

26. En este sentido, como he indicado , considero acertada la posición de DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *"La sucesión. op.cit"* pág 424. Y LACRUZ BERDEJO J.L., "Derecho de Sucesiones" Tomo II. Pág. 255.

por parte del Estado o las Comunidades Autónomas en estos casos esta exenta de riesgos, pues como indica el art. 957 CC y los preceptos que regulan la sucesión intestada a favor de las Comunidades Autónomas en los distintos derechos forales, la aceptación se produce siempre a beneficio de inventario

Sin embargo, este argumento no tiene mucho peso en Aragón pues el Derecho de sucesiones aragonés admite la posibilidad de repudiación con carácter general[27], aun cuando todo heredero tiene limitada su responsabilidad por Ley, sin que sea necesaria la aceptación a beneficio de inventario según el art. 40 de la Ley 1/1999.[28]

3. Consideran también estos autores, que el Estado ocupa una posición de cierre dentro del sistema y aluden a los problemas de orden publico que podrían plantearse de no existir ningún heredero. Así pues, como dicen estos autores, el Estado, o las Comunidades Autónomas, en su caso, no tienen un derecho a heredar, sino la obligación de hacerlo, pues de este modo se protegen principios básicos del sistema como la seguridad jurídica.

4. También consideran DIEZ-PICAZO Y GULLON que la repudiación de una herencia en la que existen bienes inmuebles por parte del Estado plantearía una situación peculiar ya que el Estado pese a haber repudiado la herencia percibiría los bienes como vacantes[29].

---

27. Según el art. 27 Ley 1/1999: *"El llamado a una herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla, una vez producida la delación a su favor"*

28. Este precepto establece lo siguiente: *"El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario"*

29. DIEZ-PICAZO y GULLON, op. cit. Pág. 518. La situación, además de resultar curiosa, podría ser empleada por las administraciones publicas para lograr por esta vía, una adquisición derivativa en lugar de una originaria.

5. Por ultimo, se afirma que el Decreto 2091/1971 de 13 de Agosto que regula el procedimiento de administración, enajenación y liquidación de estos bienes no recoge la posibilidad de repudiar la herencia.

Pero en este punto, como de un modo acertado indica HIDALGO GARCIA[30] el decreto se limita a tratar el tema de la liquidación de abintestatos sin entrar a regular todo lo referente a la sucesión intestada a favor del Estado, sino únicamente los aspectos parciales y concretos que interesa tratar.

Frente a la postura y los argumentos anteriormente descritos tendentes a considerar la imposibilidad de repudiar por parte del ultimo heredero existe otro sector doctrinal minoritario, pero muy cualificado (LACRUZ[31], DE LOS MOZOS[32] o GUILARTE ZAPATERO[33]), que admite la posibilidad de repudiación de herencias intestadas por parte del ultimo heredero. Los argumentos utilizados por estos autores son los siguientes:

1. Se sostiene por estos autores que el art. 988 CC considera la aceptación y la repudiación de la herencia como actos que tienen un carácter completamente libre y voluntario fijándose una regla general que solo podría ser exceptuada por un precepto expreso que hoy en día no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En Derecho Aragonés, el art. 27 de la Ley 1/1999[34] de Sucesiones por Causa de Muerte establece el mismo principio que el art.

---

30. HIDALGO GARCÍA, S, op.cit. pág 170 y ss.

31. LACRUZ BERDEJO, J.L., *"Derecho de Sucesiones"* Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona. 1973. Pág. 255.

32. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., *"La sucesión por el Estado"* ADC. 1965. Pág. 420 y ss. y DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L., en *"Comentario del Código Civil"* Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991. Pág. 2259 y ss.

33. GUILARTE ZAPATERO, V, en *"Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales"*. Ed. Edersa. Madrid. 1980. Pág. 343 y ss.

34. cit. *Supra*.

988 CC[35], pero posteriormente, el art. 32 de la Ley 1/1999[36] se remite a las normas que específicamente resulten aplicables a las personas jurídicas.

En el caso de la Administración Autonómica como persona jurídica la norma aplicable es el art. 51 de la Ley 5/1987[37] de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El art. 51.1 de la Ley 5/1987, regula las adquisiciones de la Comunidad a título gratuito. En este caso, la Ley faculta la adquisición de la Comunidad Autónoma estableciendo que esta y sus entidades publicas dependientes *"... podrán adquirir... salvo que el importe de las cargas o gravámenes que les afecten supere el valor intrínseco de los mismos."*

Sin embargo, el art. 51.2 de la Ley 5/1987, modificado por la Ley 4/1995 de 29 de marzo que regula el supuesto específico de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma, no establece una facultad o posibilidad de adquirir herencias intestadas

---

35. Art. 988 CC: *"La aceptación y repudiación de la herencia, son actos enteramente voluntarios y libres".*

36. Art. 32 Ley 1/1999: *"La capacidad y los requisitos para la aceptación y repudiación de las herencias deferidas a las personas jurídicas de derecho público o privado se rigen por las normas que específicamente les sean aplicables. A falta de estas, se aplican a la aceptación las reglas de las personas jurídicas relativas los actos de administración y a la repudiación las reglas de los actos de disposición de bienes.*

37. Art. 51 Ley de Patrimonio de Aragón, en la redacción dada por la Ley 4/1995 de 29 de marzo:

"La Comunidad Autónoma de Aragón y entidades públicas dependientes de la misma podrán adquirir a título gratuito, intervivos o mortis causa, bienes y derechos, salvo que el importe de las cargas y gravámenes que les afecten superen el valor intrínseco de los mismos, según resulte de la valoración realizada por Departamento de Economía y Hacienda y el informe preceptivo de la asesoría jurídica.

La competencia para las citadas adquisiciones corresponde, en todo caso, a la Diputación General mediante Decreto.

"En defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa, sucederá la Comunidad Autónoma de Aragón, de conformidad con lo previsto en la Compilación de Derecho Civil de Aragón".

sino que, de modo imperativo, fija la adquisición sin tener en cuenta ni distinguir si esas herencias son deficitarias o no.

2. Por otro lado, se dice que el juicio de testamentaría protege de un modo adecuado a los acreedores del deudor fallecido, razón por la cual no se estima necesaria la presencia de un heredero.

Sin embargo, HIDALGO GARCÍA[38] pone de relieve las deficiencias y problemas que este procedimiento podría plantear si se aplicase a estos supuestos, concluyendo de un modo acertado que el juicio de testamentaria no protege suficientemente a los acreedores.

3. Sostiene GUILARTE ZAPATERO que la adquisición por parte del Estado (a la que cabría añadir la adquisición por las Comunidades Autónomas) no es automática, fundamentando esta argumentación en el art. 4 del Decreto 2926/1965 de 23 de septiembre[39] que regula el régimen jurídico de los bienes del estado en el extranjero.

Según el art. 4.1 del Decreto que acaba de ser mencionado, antes de proponer el Ministro de Economía y Hacienda la aceptación de herencias de bienes situados en el extranjero, habrá que recabar informe del Ministerio de Asuntos Exteriores.

---

38. HIDALGO GARCÍA...op. cit. Pág. 171 y ss.

39. Publicado en el BOE nº 249 de 18 de Octubre de 1965. Según el art. 4:

"Antes de proponer el Ministro de Hacienda al Consejo de Ministros la aceptación de herencias, legados o donaciones de bienes sitos en el extranjero o de persona no nacional, habrá que recabare el informe del Ministerio de Asuntos exteriores.

Siempre que por el Ministro de Asuntos Exteriores se tenga noticia de algún abintestato en el extranjero, cuyos bienes puedan ser atribuidos al Estado español, practicará las gestiones precisas para el aseguramiento de los bienes y el reconocimiento de tal derecho, dando cuenta al Ministerio de Hacienda para que este autorice o no la continuación del procedimiento, y reciba en su caso, los bienes declarados a su favor."

Sin embargo, como acertadamente indica HIDALGO GARCÍA, el precepto aplicable a los abintestatos a favor del Estado no es el art. 4.1 del Decreto de 1965 sino el 4.2 de la misma norma por tratarse de una norma especial sobre abintestatos, que no reconoce la facultad de repudiar ni la necesidad de recabar el informe previo, limitándose simplemente a ordenar que se realicen las gestiones pertinentes.

La estructura de este precepto es similar al art. 24 LPE o al art. 51 LPAr. En todas ellas existe un primer párrafo en el que en el que se hace referencia a las adquisiciones a titulo gratuito en general, tratándose posteriormente el tema de la sucesión intestada a favor de la administración publica correspondiente como un supuesto especial.

Se utiliza también como argumento para defender la posibilidad de renuncia del Estado y de las Comunidades Autónomas que en caso de que estas no aceptasen difícilmente se les podría obligar a aceptar. Sin embargo, en mi opinión, no es cierta la afirmación anterior al no tener en cuenta estos autores en cuenta el contenido de los art. 999 y 1000 de la LEC.

Según el art. 999 LEC[40] si no se presenta ningún pariente del causante con derecho a heredar en la sucesión intestada o si fuesen declarados sin derecho los que hubiesen acudido, se producen una serie de llamamientos transcurridos los cuales, a instancia del Ministerio Fiscal, se dará a la herencia el destino previsto por las leyes.

---

40. Art. 999 LEC: *"Transcurrido el término del tercer llamamiento sin que nadie se haya presentado, o si fueren declarados sin derecho los que hubieren acudido reclamando la herencia, se considerará ésta como vacante, y a instancia del Ministerio Fiscal, se le dará el destino prevenido por las leyes."*

Por lo tanto, ante una actitud pasiva por parte del Estado, quien actuará será el Ministerio Fiscal; En estos supuestos, según indica el art. 1000 LEC[41] se entregaran al Estado los bienes con los libros y papeles que tengan relación con ellos.

En conclusión, en estos supuestos el Estado heredará siempre aun cuando no haga absolutamente nada para ello, ya que en los supuestos de omisión el Ministerio Fiscal actuará concluyendo su actuación una vez sea firme la resolución judicial de declaración de heredero según indica el art. 996 LEC[42]. Pero sobre este tema volveremos posteriormente (al tratar los apoyos para sostener la imposibilidad de repudiar por parte del Estado y las Comunidades Autónomas).

5. Por último, los autores que sostienen la imposibilidad de repudiar por parte del Estado o las comunidades Autónomas, estiman que el Decreto 2091/71 de 13 de Agosto y en el mismo sentido los Decretos de las Comunidades Autónomas al regular esta situación, están pensando en una herencia con saldo positivo.

En mi opinión, resulta algo lógico que los Decretos no hagan referencia a la existencia de saldos negativos, ya que la finalidad del Decreto se centra básicamente en regular la administración de bienes de las personas que fallecen sin parientes y sin haber testado, y la posterior liquidación y distribución del caudal hereditario entre las entidades a las que hace referencia los preceptos que regulan quienes son los beneficiarios de estas sucesiones.

---

41. Art. 1000 LEC: *"En el caso del artículo anterior, se entregarán al Estado, los bienes, con los libros y papeles que tuviesen relación con ellos."*

42. Art. 996 LEC: *"Luego sea firme la resolución judicial por la que se ha hecho declaración de herederos, cesará la intervención del Ministerio Fiscal en estos juicios, y todas las cuestiones pendientes, o que puedan promoverse, se entenderán y sustanciarán con el heredero o herederos que hayan sido reconocidos por dicha resolución."*

En este punto, vuelvo a compartir las posiciones de HIDALGO GARCÍA[43] al considerar que el decreto 2091/1971 de 13 de Agosto es solamente una norma de carácter administrativo que regula algunas cuestiones sobre la determinación distribución y liquidación del caudal hereditario.

Una vez han sido expuestos y refutados algunos de los argumentos utilizados por la doctrina para determinar la posibilidad o imposibilidad de repudiar las herencias intestadas por parte del estado y de las comunidades autónomas que tienen derecho a tales sucesiones pasare a exponer mi posición sobre el referido asunto:

En este punto, sostengo la tesis mantenida por la mayoría de la Doctrina y estimo que las Comunidades Autónomas o el Estado no pueden repudiar una sucesión intestada.

Para sostener esta teoría, voy a valerme de una serie de argumentos algunos de los cuales están basados en la normativa aragonesa, pero que en cualquier caso, pueden extrapolarse a otros ordenamientos forales o al ordenamiento estatal por existir preceptos similares:

• Así, en primer lugar, partiendo de la Ley 5/1987 de Patrimonio de Aragón (LPAr) modificada en el tema que nos ocupa por la Ley 4/1995 podemos llegar a sostener que la adquisición por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón es automática resultando imposible repudiar.

Antes de la Ley 4/1995, el art. 51.2 LPAr establecía un llamamiento sucesorio a favor de la Comunidad Autónoma en el supuesto de existir repudiación o renuncia expresa o tácita por parte del Estado a esa herencia siempre que el causante hubiese tenido su residencia en territorio aragonés.

---

43. HIDALGO García, op. cit. Pág. 171.

Este precepto, planteaba serios problemas. Así, por ejemplo, parece que el Estado según la propia literalidad del precepto autonómico podría libremente repudiar herencias, planteándose así un serio problema en aquellas Comunidades Autónomas en las que la administración autonómica no se hubiese hecho responsable de administrar, liquidar y distribuir los bienes del caudal hereditario.

Pero además, el precepto resultaba seriamente perjudicial y problemático para la propia Comunidad Autónoma Aragonesa. Pues al ser un llamamiento subsidiario y solamente en caso de renuncia del Estado, lo más normal sería que la administración estatal aceptase las herencias que le resultasen beneficiosas y repudiase las herencias gravosas que habrían de ser liquidadas por la Comunidad Autónoma de Aragón como *"ultimus heres"*.

Por esta razón, debemos agradecer al legislador aragonés la modificación de este precepto que, o bien dogmáticamente resultaba un imposible caso de que fuese posible repudiar al ultimo heredero produciéndose así un supuesto de vacancia en la herencia, o bien en la practica hubiese resultado nefasto para la Comunidad Autónoma en caso de que hubiese sido esta quien hubiese tenido que hacer frente a las herencias gravosas y deficitarias.

En la actualidad, como hemos adelantado anteriormente, el art. 51 LPAr consta de dos partes.

La primera de ellas, se refiere de modo genérico a las adquisiciones a titulo gratuito de bienes patrimoniales por la comunidad autónoma de Aragón y sus entidades dependientes. En estos casos como indica el propio precepto, la adquisición es voluntaria según se desprende del propio articulado de la ley de patrimonio de la comunidad:

"... podrán adquirir..." si bien, para llevar a efecto esta facultad es necesario que el valor intrínseco de los bienes sea superior al

conjunto de cargas y gravámenes que pesan sobre el bien según la valoración realizada por el Departamento de Economía, Hacienda y Función Publica de la Comunidad Autónoma y el informe preceptivo de la asesoría jurídica.

La competencia para proceder a la adquisición en estos casos corresponde a la Diputación General de Aragón mediante Decreto según el inciso segundo del art. 51.1 LPAr.

Sin embargo, en mi opinión, el art. 51.1 LPAr es una norma general inaplicable en caso de entrar en conflicto con una norma general como lo es el art. 51.2 LPAr precepto del que se deduce que la Comunidad Autónoma adquiere automáticamente al no hablar de la posibilidad de aceptar o del órgano encargado de la aceptación.

Por otro lado, esta aceptación automática a la que nos estamos refiriendo, hace que la Comunidad Autónoma no pueda repudiar, ya que por el juego de esta disposición especial de derecho administrativo, queda limitada la facultad de aceptar o repudiar o repudiar reconocida con carácter general en el art. 27 Ley 1/1999[44].

En la practica, parece que el Departamento de Economía, Hacienda y Función Publica de la Comunidad Autónoma, sigue la teoría anteriormente expuesta y considera que la adquisición es automática; ya que pese a haberse tramitado varios expedientes y haber sido declarada heredera la comunidad autónoma no aparecen en el BOA los decretos de aceptación de estas herencias intestadas.

Existe sin embargo una excepción: Así, el Decreto 86/1999 de 30 de Junio[45] recoge la única aceptación de herencia intestada de la Comunidad Autónoma por vía de Decreto.

---

44. Cit. *Supra*.
45. Publicado en el BOA nº 89 de 16 de Julio de 1999.

La aceptación recogida en el Decreto 86/1999 de 30 de junio dogmáticamente resulta criticable, pues en el mismo decreto se hace referencia al art. 51.1 LPAr, norma que en este supuesto no resultaría aplicable, como ya se ha dicho anteriormente. Además se habla de aceptación a beneficio de inventario, cuestión que en Aragón no tiene excesiva importancia al existir una limitación de responsabilidad *"ex lege"* según el art. 40 de la Ley 1/1999[46] sin necesidad de solicitar el beneficio de inventario.

Solo se ha producido esta aceptación expresa de sucesión intestada por decreto. Tal vez, en este caso, la Diputación General de Aragón ha creído que resultaba conveniente la aceptación teniendo en cuenta la importancia cuantitativa de la misma, como se indica en el texto de la disposición[47].O la existencia de bienes situados fuera de España[48] ha hecho que la Administración Autonómica haya tomado una serie de cautelas para evitar problemas con respecto a los bienes que no se encuentran en España.

• El segundo argumento que utilizamos para defender la imposibilidad de repudiación por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón esta fundamentado en el art. 6.2 CC[49]. En este precepto, se autoriza la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos en ella reconocidos fijándose unos límites: Por un lado, se exige que la renuncia o exclusión, no resulte contraria al orden publico y por otro lado, se exige que la renuncia o exclusión de Ley aplicable no perjudique a terceros.

---

46. Cit. *Supra*.

47. Según el Decreto: *"...el caudal relicto constituye un importante patrimonio..."*

48. como indica el Decreto *"... el patrimonio consta, entre otros bienes, de dinero y valores situados en diversas instituciones financiera de España y la República de Chile..."*.

49. art. 6.2 CC: *"La exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, solo serán validas cuando no contraríen el orden público o no perjudiquen a terceros"*

La mejor doctrina, LACRUZ[50], DIEZ-PICAZO y GULLON[51] consideran que la repudiación de una herencia supone una renuncia a derechos puesto que a través de ella alguien se despoja de algo que ya había adquirido (la facultad de aceptar). Por tanto el 6.2 CC es aplicable al tema que estamos tratando.

Una vez hemos llegado a la conclusión de considerar la repudiación de la herencia como un supuesto de renuncia de derechos, pasemos a observar si se respetan los limites fijados por el art. 6.2 CC:

En principio, no cabe la menor duda de que esa renuncia puede resultar perjudicial para terceros[52]. En este supuesto, los bienes inmuebles se atribuirían al Estado como bienes vacantes, por aplicación del art. 21 LPE y los muebles corresponden a cualquier persona que los ocupe produciéndose así un perjuicio para el acreedor al no resultar el juicio de testamentaria un medio adecuado para lograr la satisfacción de los créditos que este tuviese frente al deudor fallecido.

Según los autores que sostienen la posibilidad de repudiar por parte del Estado, esta situación de renuncia a derechos no plantea perjuicios para los terceros dado que estos siempre podrán instar el juicio de testamentaria. Pero una vez han sido expuestos los problemas y deficiencias que el procedimiento plantea necesariamente hemos de llegar a la conclusión de considerar que la renuncia por parte de las Comunidades Autónomas o del Estado lesiona claramente los intereses de terceros y en consecuencia es no posible renunciar a los abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma.

---

50. LACRUZ.op.cit. pág. 138.

51. DIEZ-PICAZO Y GULLON.op.cit. pág. 536.

52. P. ej. Pensemos en un acreedor que no puede satisfacer un crédito contra el patrimonio de su deudor ya fallecido por que el Estado o la Comunidad Autónoma a la que la Ley reconoce ese derecho no ha aceptado.

El otro límite a la renuncia de derechos al que se refiere el art. 6.2 CC, es el interés o el orden publico. Así, en mi opinión, no cabe la menor duda acerca de los problemas que plantearía la repudiación de los bienes por parte de la Comunidad Autónoma o la administración que aparece como *"ultimus heres"*. Sin un heredero los bienes quedarían vacantes y serian susceptibles de ser ocupados por los particulares.

Por eso el ordenamiento jurídico español y los ordenamientos jurídicos forales establecen un ultimo heredero que debe necesariamente heredar en caso de que los llamados con anterioridad no hayan podido o no hayan querido heredar.

Así pues, la posición del Estado o de las Comunidades Autónomas que heredan en lugar del Estado no solo esta caracterizada por la existencia de un derecho a heredar en caso e que los llamados con anterioridad no hayan podido o no hayan querido heredar, sino que además, existe una función publica atribuida por la ley consistente en liquidar y distribuir el caudal relicto.

Para finalizar, en lo que respecta a este argumento, el art. 6.2 CC es un apoyo a la para defender la imposibilidad de repudiación por parte del Estado o las Comunidades Autónomas de los abintestatos.

• Como tercer argumento para defender la imposibilidad de repudiación por parte del Estado o de la Comunidad Autónoma con derecho a suceder en lugar del Estado nos encontramos con la literalidad del art. 220 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte.

Así, el art. 220 de la Ley de sucesiones por causa de muerte establece:

"...en defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión de conformidad con las a las reglas anteriores sucederá la comunidad autónoma..."

La utilización de una forma tan tajante (*"... sucederá..."*) contrasta con el art. 221 Ley 1/1999 que regula el privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza[53].

Según la dicción de los art. 220 y 221 Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte, parece que el legislador aragonés establece para el caso en que el heredero sea la Comunidad Autónoma de Aragón la adquisición automática y la imposibilidad de repudiar. Sin embargo, y este es un importante dato a tener en cuenta, en el caso en el que es llamado el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, lo que existe es un llamamiento a favor del mismo pero este puede libremente aceptar o repudiar, por existir siempre un *"Ultimus heres"*, Y antes de 1995 el ultimo heredero era el Estado y desde la Ley 4/1995 lo es la Comunidad Autónoma de Aragón.

Esta idea podemos deducirla claramente del art. 220 de la Ley 1/1999 ya que esta normativa fija que el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, será llamado con preferencia, lo que hace que siendo preferente, si repudia la herencia siempre habrá un ultimo heredero que será la Comunidad Autónoma de conformidad con lo fijado en el art. 220 Ley 1/1999.

En cuarto lugar, podría alegarse aunque quizá resultasen excesivamente genéricos los art. 103.1 CE, 3.1 LRJAP-PAC y 2 de la Ley 11/1996 de Administración de la Comunidad Autónoma, que

53. *Art. 221 Ley 1/1999: "en los supuestos del artículo anterior el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado con preferencia a la sucesión legal de los enfermos que falleciesen en él o en sus dependientes..."*

fijan los principios de actuación de las Administraciones Públicas[54].

Conforme a la primera idea recogida en el precepto, si la herencia reporta beneficio para las instituciones de asistencia social a las que se refiere el art. 220 Ley 1/1999 o aun no reportase beneficio alguno la Comunidad Autónoma no puede repudiar por que esa repudiación resulta contraria al interés general, al afectar a los intereses de los acreedores y al principio de seguridad jurídica.

• Por otro lado, el Decreto 2091/1971 de 13 de Agosto, que se aplica supletoriamente en Aragón al no existir procedimiento propio, aun sin hacer referencia a la posible repudiación del Estado o de las Comunidades Autónomas puede servirnos como punto de apoyo para reforzar la argumentación que defiendo sobre la imposibilidad de repudiación por parte de la Comunidad Autónoma:

El art. 2 del Decreto 2091/1971[55] impone una obligación a los funcionarios públicos, consistente en poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda la posible existencia de abintestatos que puedan ser atribuidos a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas a las que se aplica subsidiariamente el Decreto sin distinguir entre sí estas pueden llegar a arrojar saldo positivo y negativo.

---

54. El contenido de estos preceptos recoge, fundamentalmente los principios del art. 103.1 CE:

"La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho".

55. Art. 2 Decreto 2091/1971: *"Toda autoridad o funcionario público, bien pertenezca a la administración central, local o autónoma, que por cualquier conducto tenga conocimiento del fallecimiento de alguna persona que carezca de herederos legítimos esta obligado a dar cuenta del mismo a la Delegación de hacienda de la Provincia en la que el finado hubiese tenido su último domicilio."*

Cierto es, como dice HIDALGO GARCÍA[56], el Decreto en ocasiones piensa en una herencia con saldo positivo pero ello, tiene lugar porque el decreto tiene como misión administrar, liquidar y distribuir los bienes entre los establecimientos de asistencia social. Sin embargo, en otras como en el art. 2 del Decreto 2091/71 no distingue.

• Por ultimo, un argumento decisivo para sostener la adquisición automática por parte del Estado, o de las Comunidades Autónomas con derecho a suceder abintestato es el que se deduce de los art. 999[57] y 1000 LEC[58].

Estos preceptos, como ya se ha visto con anterioridad, nos muestran como, aun cuando el Estado o la Comunidades Autónomas adoptasen una posición pasiva, la LEC en sus arts. 999 y 1000 obligan al Ministerio Fiscal a dar a la herencia el destino previsto por las leyes, que en Aragón no es otro que el que aparece recogido en el art. 220 de la Ley 1/1999. Es decir en caso de omisión del deber legal por parte de la administración el Ministerio Fiscal, conforme a lo recogido en el art. 220 de la Ley 1/1999 tiene atribuida la función de instar la declaración de herederos a favor de la Comunidad Autónoma según el art. 999 LEC.

La actuación del Ministerio Fiscal cesaría en estos supuestos cuando se ha producido la declaración judicial de herederos conforme al art. 996 LEC.

El art. 1000 LEC considera que se entregaran al Estado (o en su caso a la comunidad autónoma) los bienes, libros y papeles que tengan relación si bien la entrega no es automática sino que en estos casos, será necesaria la declaración de heredero a la que hace referencia el art. 220 Ley de Sucesiones por Causa de Muerte.

---

56. HIDALGO GARCÍA, op.cit. pág. 193 y ss.
57. Cit. *Supra*.
58. Cit. *Supra*.

Este artículo resulta de capital importancia en la argumentación sostenida: Así, algunos autores interpretan este art. 1000 LEC en el sentido de considerar que en el se hace referencia a bienes concretos. En este sentido encontramos la interpretación del artículo realizada por GUILARTE ZAPATERO[59].

Sin embargo, en mi opinión, el precepto no se esta refiriendo a bienes concretos o saldos positivos, sino a un patrimonio en sentido genérico. Además, en esta fase del proceso ni siquiera se puede saber si la herencia tiene saldo positivo o negativo por no haberse realizado todavía el inventario de los mismos.

Teniendo en cuenta estos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil e interpretándolos en este sentido, se puede contraargumentar la idea sostenida por los autores que consideraban que el Estado o las Comunidades Autónomas no pueden ser obligados a instar el procedimiento conducente a la declaración de herederos de la Comunidad.

En efecto, el Estado o la Comunidad Autónoma no pueden ser obligados a instar el proceso, pero aún en caso de no instarlo y de adoptar una actitud pasiva acabaran siendo declarados herederos por la actuación del Ministerio Fiscal.

Finalmente, pasemos a observar como quedara la situación en un futuro próximo cuando entre en vigor la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Básicamente, la situación sigue siendo la misma: si no actúa la Administración de oficio para instar el proceso de declaración judicial de herederos entra en juego la actuación de una institución encargada de iniciar el proceso tendente a la declaración de herederos abintestato.

---

59. GUILARTE ZAPATERO, op. cit. Pág. 319.

La diferencia es que ya no es el Ministerio Fiscal quien insta la declaración judicial de herederos abintestato, sino que en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la función ha sido atribuida a los Órganos Jurisdiccionales según el art. 788.1[60] y 789 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil[61].

Así, dicho precepto en su párrafo segundo establece que el órgano jurisdiccional ordenara de oficio la apertura de pieza separada para hacer la declaración de herederos abintestato.

En conclusión, de todo lo dicho en este epígrafe, se desprende que la adquisición de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como del Estado y el resto de Comunidades Autónomas con derecho a la sucesión abintestato se produce de modo excepcional y automático sin necesidad de aceptación.

Además, la Comunidad Autónoma, a diferencia del resto de herederos no goza de la facultad de aceptar o repudiar la herencia.

---

60. "*Siempre que el Tribunal tenga noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de ascendientes, descendientes o cónyuge del finado, ni de colaterales dentro del cuarto grado, adoptará de oficio las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto si fuere necesario y para la seguridad de los bienes, libros y papeles correspondientes y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación.*"

61. Según el art. 789: "*1. En el caso a que se refiere el apartado primero del artículo anterior, una vez practicadas las actuaciones que en él se mencionan, el Tribunal adoptará las medidas que estime más conducentes para averiguar si la persona de cuya sucesión se trata ha muerto con disposición testamentaria o sin ella, ordenando, a tal efecto que se traiga a autos certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, así como certificado de defunción luego que sea posible.*

A falta de otros medios, el Tribunal ordenará que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto este abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima.

2. Si, en efecto, resultare haber fallecido sin testar y sin parientes llamados por la Ley a la sucesión, mandará el Tribunal se proceda:

1.º A ocupar los libros papeles y correspondencia del difunto.

2.º A inventariar y depositar los bienes, disponiendo lo que proceda sobre su administración, con arreglo a lo establecido en esta Ley.

En la misma resolución, ordenará el Juez la apertura de pieza separada para hacer la declaración de herederos abintestato.

ESTUDIO COMPARADO

Como ya se dijo anteriormente, todas las Comunidades con Derecho Civil Foral o Especial propio en materia sucesoria, salvo la Comunidad Autónoma de Baleares, han modificado sus preceptos en materia de sucesión intestada fijando otros entes públicos distintos del Estado como últimos herederos en defecto de parientes con mejor derecho.

Incluso Comunidades Autónomas que no tienen un Derecho Foral propio en materia sucesoria, como la Comunidad Valenciana, suceden en lugar del Estado, siendo esta sucesión perfectamente constitucional al estar refrendada por el Estatuto de Autonomía Valenciano.

Sin embargo, pese a existir un heredero en todos estos casos, la Comunidad Autónoma correspondiente[62], los destinatarios finales de los bienes varían en función de las distintas Comunidades Autónomas:

• Así, en el caso del País Vasco los bienes o el producto de su enajenación van a parar al territorio histórico correspondiente, por lo que en este caso no es necesaria la existencia de un procedimiento para la distribución de los bienes.

• En el caso de la Comunidad Foral Navarra el abanico de instituciones es amplísimo, reproduciendo prácticamente el art. 956 CC. De este modo, la Ley 304.7 del Fuero Nuevo de Navarra establece:

"En defecto de los parientes comprendido en los números anteriores sucederá la Comunidad Foral de Navarra que aplicara la herencia a instituciones de beneficencia, instrucción, acción social o profesionales por mitad entre instituciones de la comunidad y municipios de Navarra."

62. Salvo en el caso del País Vasco donde el heredero es el territorio histórico donde reside el causante según el art. 73 de la Ley 3/1992

El art. 956 CC, del que fue tomado el precepto anteriormente mencionado, es igualmente amplio.

• Otro grupo de Comunidades Autónomas, concretamente, Galicia[63] y Cataluña[64] fijan como beneficiarios a los establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma o instituciones de cultura de la misma.

• Por nuestra parte, en la Comunidad Autónoma de Aragón, según el art. 220 de la Ley 1/1999 -pero ya desde 1995 cuando se introdujo la modificación al art. 136 de la Compilación por la Ley 4/1995 que también modifico la Ley 5/1987 de Patrimonio de la Comunidad- los bienes procedentes de los abintestatos o el producto de su enajenación se distribuyen entre los establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma.

Según se deriva del estudio de la tramitación parlamentaria de la Ley 4/1995 de 29 de Marzo, el legislador autonómico decidió reducir el ámbito de las instituciones susceptibles de ser beneficiarias de los bienes.

La justificación que se dio a esta reducción, fue la de considerar que dada la escasa relevancia económica que tienen estas sucesiones habitualmente y las escasas situaciones en que se producen abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma resultaba aconsejable optar en exclusiva por los establecimientos de asistencia social según se recoge en el Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón[65].

---

63. según el art. 153 de la Compilación de Derecho Civil Gallego (CDCG).

64. en virtud de lo establecido en los art. 347 y 348 del Código de Sucesiones (CS)

65. Según la entonces Consejera de Educación y Cultura y encargada de defender el proyecto, ABÓS BALLARÍN: "*en cuanto al contenido, se ha optado por efectuar la precisión de los bienes a heredar... se ha optado por la remisión a las instituciones sociales... se ha considerado...la escasa importancia económica de estas herencias lo que aconseja no dispersar el destino de los bienes, y a la hora de elegir, parece preferible optar en exclusiva por los establecimientos de asistencia social...*"

En mi opinión, esta decisión resulta acertada puesto que resulta preferible que los beneficios que pueden producir los abintestatos a favor de la comunidad se concentren en esta clase de establecimientos con la intención de lograr por esta vía un mayor nivel de eficacia.

Como tendré ocasión de exponer mas adelante estimo que la legislación relativa a la actuación administrativa en materia de acción social, ofrece elementos para reducir todavía más los criterios de selección de estas instituciones a través de la idea del interés social que aparece recogida en el art. 32 de la Ley 4/1987 de Acción Social en Aragón[66] desarrollada por el Decreto 7/1999 y la orden de 18 de marzo de 1999 del Departamento de Sanidad Bienestar y Trabajo.

DESTINATARIOS: NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN

El art. 220 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte es tajante al establecer que la Diputación General de Aragón destinará los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, teniendo preferencia los radicados en el municipio aragonés donde el causante hubiese tenido su ultimo domicilio.

La claridad de este precepto, contesta con la complejidad de los arts 956 y ss del CC, donde los establecimientos y el Estado se consideran herederos.

---

66. Según el art. 32 de la Ley 4/1987: "*La Diputación General de Aragón declarará de interés social a aquellas entidades privadas sin animo de lucro que se caracterícen por un alto grado de utilidad en la prestación de los servicios o realización de actividades en materia de acción social y cubran sectores o campos de actuación que no sean desarrollados por las Administraciones Publicas en Aragón.*

Tal declaración supondrá el acceso a las ventajas y beneficios que se puedan derivar de la Legislación autonómica o hagan referencia a competencias gestionadas por la Comunidad Autónoma..."

La consideración de herederos de las instituciones o establecimientos llevó a un sector de la doctrina antigua representado por SANCHEZ ROMAN y CLEMENTE DE DIEGO[67] a tratar de armonizar el art. 956 y el art. 957 CC, considerando que lo que existía era una situación analógicamente equiparable a una sustitución fideicomisaria.

Esta teoría, no puede sostenerse en Aragón y ello por varias razones:

- A diferencia de lo que ocurre con el Código Civil, la Ley 1/1999 no hace referencia a la posición de herederos de los establecimientos de asistencia social. considerándolos como meros destinatarios de los bienes, por lo que la teoría de la sustitución fideicomisaria no es sostenible, en este caso.

- Por otro lado como indica HIDALGO GARCÍA, la sustitución fideicomisaria, a tenor de lo dispuesto en los art. 783 y 785 CC debe ser interpretada en un sentido estricto por lo que una extensión a un supuestos tampoco resultaría aceptable.

Además, la institución de la sustitución fideicomisaria según el art. 781CC se basa en la conservación y transmisión de la totalidad o parte de una herencia, actividad esta que dista bastante de la que en los supuestos de sucesión abintestato desarrolla la Comunidad Autónoma (en estos casos, según se recoge en el art. 15 del Decreto 2091/1971[68] se prevé la enajenación de los bienes y posterior distribución del caudal hereditario entre las entidades designadas).

---

67. HIDALGO GARCÍA, explica detalladamente la posición de estos autores. Op. cit. Pág. 276 y ss.

68. Art. 15 Decreto 2091/1971: "*Los bienes de la herencia no comprendidos en el apartado quinto del art. 12, se enajenarán por la Delegación de Hacienda una vez transcurrido el plazo de doce meses desde la fecha en que se haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 11*".

De esta contradicción esencial se deduce que la posición de las instituciones o establecimientos de asistencia social no puede ser la de un heredero fideicomisario. El papel del Estado tampoco es el de un heredero fiduciario, ya que la función atribuida por la Ley y el Decreto de 13 de agosto de 1971 es antitética con la labor de heredero fiduciario.

• Además, no cabe la menor duda de que la sustitución fideicomisaria es una institución pensada para la sucesión testada, razón por la que no seria aplicable a los supuestos de sucesión intestada.

• Finalmente, la teorizaron realizada sobre la naturaleza jurídica sobre la posición de los establecimientos de asistencia social que concluye que estos ocupan el papel de sustituto fideicomisario es criticable por carecer de aplicación practica, ya que en definitiva, los preceptos que regulan la sustitución fideicomisaria no podrían aplicarse a estos supuestos.

Por todos los argumentos vistos hasta ahora, debemos concluir que no es posible sostener la idea de sustitución fideicomisaria como la base para explicar las relaciones entre el causante, las Comunidades Autónomas o el Estado y las instituciones o establecimientos de asistencia social.

Podría explicarse la naturaleza jurídica de la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma y la posterior liquidación y distribución del caudal hereditario entre los establecimientos de asistencia social de la Comunidad con una fiducia sucesoria cuya regulación aparece en los art. 124 y ss de la Ley 1/1999.

Ambas figuras tienen entre sí evidentes analogías. Así, existe una entidad, cuya función consiste en ordenar la sucesión del causante (en el caso de la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma es esta la entidad encargada y en el caso de la fiducia sucesoria son los fiduciarios quienes desarrollan esta función).

Por otro lado, en las dos figuras que están siendo objeto de análisis, es posible disponer de los bienes:

El Decreto de 13 de agosto de 1971 autoriza al Estado y a las Comunidades Autónomas a enajenar los bienes para posteriormente distribuirlos entre las entidades o establecimientos de asistencia social, siendo este el modo normal de concluir el procedimiento.

Por su parte, el art. 138 de la Ley 1/1999 autoriza al fiduciario a disponer de los bienes de la herencia a título oneroso, subrogándose el caudal relicto en lugar de los bienes embargados.

Sin embargo, observamos que pese a existir una serie de notas comunes entre ambas instituciones, existen también una serie de diferencias esenciales entre ambas figuras que hacen imposible la equiparación de su naturaleza jurídica:

- Existe una diferencia esencial en lo relativo a los sujetos.

La diferencia radica en que según las normas reguladoras de la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma[69], ésta es quien sucede y los establecimientos de asistencia social elegidos por la junta distribuidora de herencias, son meros destinatarios de los bienes o beneficiarios de la sucesión.

Sin embargo, de la regulación de la fiducia sucesoria, se deduce que el fiduciario no es heredero ya que quien ocupa esta situación es son las personas que finalmente son designadas por éste según los art. 124 y ss Ley 1/1999.

Así pues, aun cuando la Comunidad Autónoma no reciba ningún bien del abintestato, no se le puede considerar como un simple fiduciario o distribuidor de los bienes de la herencia, pues

69. art. 220 Ley 1/1999 y supletoriamente el Decreto 2091/1971.

los art. 202.2.2º y 220 de la Ley de Sucesiones dejan bastante claro que la Comunidad Autónoma sucede al causante fallecido abintestato y sin parientes con mejor derecho.

Además, la figura de la fiducia sucesoria no permite explicar las relaciones y los problemas existentes en las relaciones entre el heredero, que es la Comunidad Autónoma, y los destinatarios de los bienes, es decir, los establecimientos de asistencia social.

Una tercera posibilidad seria la de considerar que las relaciones entre la Comunidad Autónoma y los establecimientos de asistencia social, se articula en torno a la idea de existencia de una herencia con una carga modal que consistiría en distribuir los bienes o el producto de su enajenación entre los establecimientos de asistencia social de la Comunidad.

Sin embargo, esta fundamentación teórica también resulta criticable por varios motivos:

- En primer lugar, el modo *"es una determinada obligación accesoria que puede pedirse al beneficiario de un determinado negocio gratuito"* según definición de ALBALADEJO[70].

Entre las características del modo según nos indica HIDALGO GARCÍA[71] se encuentran las siguientes:

A) **Voluntariedad:** Al ser el disponente quien voluntariamente la realiza. Esta característica choca con el art. 220 Ley 1/1999, ya que la destinación de los bienes o el producto de su enajenación se configura con su obligación *"Ex Lege"* de destinar los abintestatos de personas fallecidas sin parientes a los fines es-

70. La definición de ALBALADEJO aparece recogida en HIDALGO, op. cit. pág. 300.

71. La explicación sobre la teoría del modo como fundamento de la naturaleza jurídica de la sucesión intestada a favor del Estado se encuentra en HIDALGO, op. cit. Pág. 300.

tablecidos en ese precepto sin que llegue a intervenir en estos casos la voluntad del causante.

B) **Sucesión testada:** Por otro lado, la institución modal esta pensada para la sucesión testada resultando problemático el intento de encajarla en la sucesión intestada.

C) **Problemas practicos:** Además, tampoco nos sirve esta teoría para solucionar los problemas que pudiesen surgir entre el heredero y los beneficiarios de la carga modal, que solo podrían exigir y reclamar una vez hubiesen sido declarados herederos de conformidad con el Decreto 2091/1971.

De todo lo anteriormente expuesto, deducimos que en la sucesión intestada a favor del Estado y de las Comunidades Autónomas no puede considerarse como una carga modal la atribución de los bienes o el producto de su enajenación a las entidades o establecimientos de asistencia social.

Una solución más reciente y sostenida por autores como DIEZ-PICAZO Y GULLÓN[72], SALVADOR CODERCH[73] E HIDALGO GARCÍA[74], considera que el Estado y las Comunidades Autónmas son herederos, existiendo una obligación, impuesta por una norma legal consistente en distribuir los bienes o el producto de su enajenación entre los establecimientos a los que hace referencia la norma.

Así pues, de lo dicho hasta este momento se deduce que nos estamos moviendo en dos planos diferentes:

1. Por un lado y desde una perspectiva exclusivamente civil, existe un único heredero que en el caso aragonés sería la Comu-

72. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. Pág. 517. De este modo, según afirman estos autores, existe mayor protección a los Derechos de los acreedores.

73. SALVADOR CODERCH, op. cit. Pág. 63.

74. HIDALGO, op, cit, pág. 317 y ss.

nidad Autónoma de conformidad con lo dispuesto en los art. 202 y 220.1 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte.

2. Una vez han sido atribuidos los bienes a la Comunidad Autónoma, como indica el art. 220.2 Ley de Sucesiones, surge la obligación legal, impuesta por este mismo precepto, consistente en distribuir los bienes o el producto de su enajenación entre establecimientos de asistencia social de la Comunidad.

Esta segunda obligación recogida en la Ley aparece desarrollada en el Decreto 2091/1971, aplicable supletoriamente en Aragón al no existir procedimiento propio de administración, liquidación y distribución de abintestatos.

De lo analizado hasta este momento, se deduce que las relaciones entre la Administración de la Comunidad Autónoma y los establecimientos de asistencia social de la Comunidad, a los que hace referencia el art. 220 de la Ley 1/1999 son relaciones fundamentadas en el derecho administrativo, por tanto toda controversia que surja en estas relaciones deberá resolverse por los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de conformidad con lo recogido en el art. 1.2 LJCA.

Conforme a esta explicación, logran salvarse definitivamente todos los problemas que nos planteaba la posibilidad de que el Estado adoptase una actitud pasiva:

Como hemos tratado anteriormente, en caso de adoptar la Comunidad Autónoma una posición pasiva en el procedimiento judicial de declaración de herederos abintestato, el Ministerio Fiscal de conformidad con los art. 999 y 1000 LEC se encarga de que la Comunidad Autónoma sea declarada heredera, cesando su actuación una vez se ha conseguido este objetivo.

Si una vez ha sido declarada heredera la Comunidad Autónoma, la administración no actúa, cualquier entidad de asistencia

social de la Comunidad, que lo sea conforme a la definición del art. 220.2 Ley 1/1999 y a la normativa autonómica de asistencia social, esta legitimada, de conformidad con el art. 32 LRJAP-PAC para exigir en vía administrativa el cumplimiento del reglamento reclamándolo en vía administrativa si transcurrido el plazo al que alude el art. 15 Decreto 2091/71 no se hubiese distribuido el caudal[75].

Una vez han sido seleccionadas las instituciones de asistencia social, solo serán estas las que podrán pedir a la administración la entrega de bienes en concepto de interesados.

ESTABLECIMIENTOS DE ASISTENCIA SOCIAL DE LA COMUNIDAD

1. SOBRE LA POSIBLE VECINDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Es discutido en la doctrina si a las personas jurídicas se les puede atribuir vecindad civil. Sobre este punto, y a diferencia de lo que ocurre con la vecindad civil de las personas jurídicas, el Código Civil no recoge ningún precepto relativo a este tema.

En los ordenamientos jurídicos civiles de España, solo la Ley 15 del Fuero Nuevo de Navarra[76] establece que la vecindad civil de las personas jurídicas se determinara por su domicilio.

A partir de este argumento, y algunos otros, se ha defendido la posibilidad de defender la existencia de vecindad civil de las personas jurídicas[77].

---

75. El plazo que recoge el presente precepto es de cuatro meses a partir de la recepción de los bienes.

76. La Ley 15 del Fuero Nuevo de Navarra, considera que las personas jurídicas tendran vecindad civil navarra cuando estén domiciliadas en la Comunidad Foral.

77. VAQUER ALOY, Antoni, *"Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas"* Revista de Derecho Privado. Septiembre 1996.

De admitir esta posibilidad, la de la existencia de vecindad civil de las personas jurídicas, una interpretación derivada de una lectura apresurada del art. 220 de la Ley de sucesiones podría llevarnos a la conclusión de considerar que solo los establecimientos de asistencia social que tuviesen *"vecindad"* aragonesa podrían beneficiarse de los abintestatos a favor de la Comunidad.

Sin embargo, esta interpretación carecería de cualquier tipo de fundamento, pues la Ley aplicable a las sucesiones de conformidad con el art. 9.8 y 16.1 CC, es la de la vecindad civil del causante sin tenerse encuentra la vecindad civil de los herederos o destinatarios finales de los bienes.

Otra posible argumentación para defender que solo los establecimientos de asistencia social de la Comunidad pueden beneficiarse de los abintestatos a favor de la comunidad nos lo ofrece la literalidad del art. 220 Ley 1/1999, en virtud de dicho precepto:

"... La Diputación General de Aragón, destinara los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la comunidad..."

Sin embargo, este argumento flaquea cuando entramos en un estudio mas detenido de la normativa de acción social de la Comunidad Autónoma. Del estudio de esta normativa, se deduce que cuando el legislador civil dice establecimientos de asistencia social de la Comunidad quiere decirse establecimientos de asistencia social en la Comunidad Autónoma aragonesa.

Pasemos a explicar las razones en que nos basamos para defender la anterior interpretación:

• En primer lugar, el art. 9 EA Aragón, establece como principio general el principio de territorialidad de las normas, sin que sea posible aplicar el punto 2 del art. 9 EA, que trata el tema del principio de personalidad en la aplicación de las normas jurídicas,

ya que resulta claro que la intención del legislador en este punto, ha sido la de ha sido la de aplicar el precepto solamente a personas físicas. Además, en Aragón, no existe un Derecho Civil aplicable a las personas jurídicas.

• Otro argumento para defender la tesis anteriormente expuesta, nos lo ofrece el art. 1 de la Ley 4/1987[78] de Ordenación de la Acción social en Aragón al fijar entre los objetivos de la Ley "*...la regulación (de la acción social) en el ámbito de la comunidad autónoma de Aragón...*". Desde el punto de vista de la eficacia de las normas, este precepto, también parte del principio de la extraterritorialidad de las normas.

• El art. 32 de la ley 4/1987 de ordenación de la acción social en Aragón[79], al regular la declaración de interés social de la Comunidad habla de entidades privadas sin animo de lucro, que se caracterizan por un alto grado de utilidad, ya sean públicos o privados, de cualquier clase o naturaleza que se encuentren ubicados en la Comunidad Autónoma de Aragón.

De este precepto se deduce que el ámbito de la acción social en Aragón, como no podría ser de otra forma, tiene carácter territorial, por lo que lo más lógico resultaría que pudiesen ser beneficiarios de los abintestatos de la Comunidad todos los establecimientos de asistencia social que prestasen servicios en Aragón, independientemente del lugar donde estos se hubiesen constituido.

Así pues, podrán ser beneficiarios de los abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma los establecimientos de asistencia social que presten sus servicios en Aragón dado que el sistema nor-

---

78. Art. 1 Ley 4/1987: "*La presente Ley, tiene como objetivo la regulación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón de aquellos servicios, prestaciones y actuaciones cuyo objeto sea procurar el acceso de todos los ciudadanos a los diferentes sistemas públicos de protección social*"

79. cit. *Supra*.

mativo aragonés equipara establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma y establecimientos de acción social en la Comunidad Autónoma.

De hecho, lo esencial, según el Decreto 7/1999 de 9 de Febrero[80] y la orden de 18 de marzo de 1999 del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo[81], que desarrolla el Decreto anteriormente mencionado es que los establecimientos de asistencia social estén ubicados y desarrollen su actividad dentro del territorio aragonés, no pudiendo beneficiarse de los abintestatos aquellos establecimientos que pese a haberse constituido en Aragón, desarrollan su actividad fuera de la Comunidad.

Así pues, el criterio determinante para fijar quienes son los establecimientos que pueden llegar a beneficiarse de los abintestatos es el criterio de la territorialidad:

Es lógico teniendo en cuenta que el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo solo tiene control efectivo sobre las instituciones o establecimientos de asistencia social que desarrollen su actividad en el territorio de la misma, por lo que es comprensible que solo se distribuyan los bienes o el producto de su enajenación entre estas instituciones.

Mediante esta actuación se consiguen evitar situaciones abusivas que podrían darse si establecimientos de asistencia social constituidos en Aragón, que desarrollasen actividades de asistencia social fuera de la Comunidad Autónoma, pudiesen ser beneficiados por este tipo de ayudas procedentes de los abintestatos.

---

80. El art. 2.a) del Decreto 7/1999 de 9 de Febrero, BOA nº 20 de 19 de febrero, establece como requisito para obtener la declaración de interés social, que el servicio o actividad se preste en territorio de Aragón.

81. También esta norma, como no podía ser de otro modo exige que el servicio o prestación se desarrolle en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Lo abusivo de esta situación podría llegar a darse si entregase la Comunidad Autónoma recursos a estas entidades, sin que existiese un control en el cumplimiento de los fines y objetivos de dichas instituciones.

• Un argumento más para defender que el art. 220 Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte se refiere a establecimientos de asistencia social que presten servicios en Aragón, independientemente del lugar de procedencia de los mismos, lo hallamos en la tramitación parlamentaria de la Ley 1/1999 de Sucesión por Causa de Muerte.

Según la enmienda 349 interpuesta por el portavoz del grupo mixto en representación de los diputados de Chunta Aragonesista[82] se propuso la modificación del artículo del Proyecto de Ley donde se recogía la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma en los siguientes términos:

"Previa declaración judicial de herederos, la comunidad autónoma destinara los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos autonómicos de asistencia social de la comunidad preferentemente radicados en el municipio o comarca aragoneses donde el causante hubiese tenido su ultimo domicilio"

Parece que el objetivo de dicha enmienda consistía en lograr que solo los solo se beneficiasen los establecimientos de asistencia social constituidos en Aragón y que además fuesen de titularidad publica.

En mi opinión, resulta acertado que la enmienda antedicha no prosperase, pues en caso de haberlo hecho, se hubiesen producido antinomias entre la normativa civil y la normativa administrativa reguladora de la acción social en la Comunidad Autónoma.

82. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón de 20 de noviembre de 1998.

Así pues, en conclusión, la falta de admisión de esta enmienda, no hace sino confirmar que quienes pueden beneficiarse de los abintestatos son los establecimientos que prestan servicios de asistencia social en la Comunidad Autónoma de Aragón independientemente de donde hayan sido constituidos o de si el centro de actividad principal se encuentra situado en otro lugar.

EL CRITERIO DE LA PREFERENCIA DEL DOMICILIO

El art. 220.2 de la Ley 1/1999 establece un criterio de preferencia a la hora de designar los establecimientos de asistencia social beneficiarios de los abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. Tal criterio de preferencia se basa en que los establecimientos de asistencia social que van a beneficiarse del abintestato a favor de la Comunidad Autónoma estén radicados en el ultimo domicilio del causante.

Este criterio de la preferencia del domicilio que en principio resulta sencillo de aplicar en la práctica plantea graves problemas, al no existir normativa que lo desarrolle.

El art. 23 del Decreto 2091/1971 de 13 de Agosto establece que la distribución se llevara a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 956 CC; Es decir dividiéndose el producto de la enajenación de los bienes heredados en tres tercios. De conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, un tercio se asignara a instituciones municipales del lugar donde tuvo su ultima residencia el causante, otro tercio se asigna a instituciones provinciales y finalmente el otro tercio se destina al tesoro publico.

Como se observa, el art. 220 Ley 1/1999 tiene unos criterios de distribución del caudal procedente de los abintestatos bastante diferente al recogido en los art. 956 y ss del CC.

Al no existir en Aragón normativa reglamentaria que desarrollo lo recogido en el art. 220 Ley 1/1999 y fije un procedimiento para la administración, liquidación y distribución de los abin-

testatos a favor de la Comunidad Autónoma, se aplica con carácter supletorio la normativa estatal existente sobre esta materia. El problema es que en este punto concreto, y en otros que se examinaran al analizar la existencia de un procedimiento propio para la Comunidad Autónoma, el Decreto 2091/71 no recoge criterios para la distribución al tener un sistema distributivo de los bienes procedentes de abintestatos distinto al aragonés.

Observando detenidamente el precepto de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, observamos que la redacción del mismo, es muy similar a la recogida en el art. 347 del Código de Sucesiones de Cataluña de 1991[83], y al art. 153 de la Compilación de Derecho Civil Gallego[84].

El 347 CS ha sido desarrollado reglamentariamente. El Decreto, recoge en el art. 23 la posibilidad de excluir la preferencia del domicilio siempre que la Junta de Distribución de herencias lo haya motivado[85].

Esta exclusión resulta razonable pues de lo contrario podríamos hallarnos ante situaciones injustas[86].

Pero en Aragón, aun resultando una excepción razonable, no cabe excluir el criterio de la preferencia del domicilio pues una actuación de ese tipo supondría vulnerar lo establecido en el art. 220 de la Ley 1/1999.

---

83. Art. 347 CS: *"En ausencia de las personas señaladas en los artículos anteriores, sucede la Generalitat de Cataluña que deberá destinar los bienes heredados o su producto a establecimientos de asistencia social o a instituciones de Cultura, preferentemente los de última residencia habitual del causante en territorio catalán"*

84. Art. 153 CDCG: *"A falta de personas que tengan derecho a heredar, de acuerdo con lo dispuesto... heredará la Comunidad Autónoma de Galicia.*

Los bienes heredados serán destinados a establecimientos asistencia social o instituciones de cultura, preferentemente ubicados en la última residencia habitual del causante, y, en todo caso, en territorio gallego"

85. Art. 23 Decreto

86. *P ej. establecimientos que realmente no cumplen una función social podrían verse beneficiados si fuesen los únicos con apariencia de tales en una determinada localidad.*

Obsérvese que la norma legal en el caso catalán marca un criterio de preferencia que posteriormente se ve excluido por una norma reglamentaria. Pero en el caso aragonés el 220 de la Ley 1/1999, como en Cataluña, supondría realizar una actuación administrativa al margen de la Ley, razón por la cual los interesados podrían instar la anulabilidad de ese acto administrativo. Lo que ocurre es que en ocasiones resultara mas justo y razonable prescindir del criterio del ultimo domicilio del causante.

Ante el art. 220 de la Ley 1/1999 y careciendo de normativa de desarrollo que nos faculte a realizar interpretaciones determinadas de la misma, lo único que cabe es aplicar otro precepto legal. En este sentido, resultaría oponible al art. 220 Ley 1/1999 el art. 32 Ley 4/1987 reguladora de la acción social en Aragón. Dicho precepto establece en su párrafo segundo que la declaración de interés social supondrá el acceso a ventajas y beneficios que pudiesen derivarse de la Comunidad Autónoma.

Así, de una ordenación e interpretación adecuada de estos preceptos pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- El requisito del interés social es exigible a todas las instituciones o establecimientos de asistencia social que aspiren a resultar beneficiarios en la distribución de abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma. La declaración de interés social de estos establecimientos se rige por el Decreto 7/1999.

Esta interpretación se deduce del párrafo 2 de la Ley 4/1987 al establecer que la declaración de interés social supondrá el acceso a ventajas y beneficios que puedan derivarse de la legislación autonómica o hagan referencia a competencias gestionadas por la Comunidad Autónoma.

No cabe duda que la distribución de bienes entre establecimientos de asistencia social de la Comunidad es un beneficio derivado de la legislación autonómica por lo que de conformidad

con lo establecido en este precepto solo los establecimientos que hubieran sido declarados de interés social podrán beneficiarse de la distribución de abintestatos.

- El otro criterio de selección es el del domicilio, pero según se deduce del art. 220 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, este criterio no es esencial sino mas bien una guía de preferencia según la expresión literal del art. 220 Ley de Sucesiones.

Así pues, de lo anteriormente expuesto se deduce que lo fundamental es la existencia de interés social, ya que, sin haber obtenido la declaración de interés social los establecimientos no podrán concurrir a la distribución del caudal hereditario. Existiendo varios establecimientos de asistencia social, los que estén radicados en el ultimo domicilio del causante tendrán preferencia sobre los otros, pero si no hubiesen sido declarados de interés social estos establecimientos radicados en el domicilio, no podrían concurrir a la distribución de bienes.

Esta solución nos lleva a resultados mas justos que la aplicación literal del art. 220 de la Ley 1/99 de Sucesiones por Causa de Muerte.

En el Decreto de la Comunidad Autónoma que en su día regule el régimen de administración, liquidación y distribución del los abintestatos a favor de la Comunidad Autónoma, no podrá recogerse la exclusión de la preferencia a favor de los establecimientos radicados en el domicilio del causante, ya que habiendo sido declaradas todas las instituciones concurrentes de interés social y existiendo un control sobre la eficacia de estas instituciones, parece lógico y razonable que entre instituciones y establecimientos que hayan sido declarados de interés social, tengan preferencia los que estén situados en el ultimo domicilio del causante, si los hay, al estar estos establecimientos mas próximos al causante.

CONTROL DE LA EFICACIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE ASISTENCIA SOCIAL.

Como ya hemos analizado con anterioridad, el art. 220 de la Ley 1/1999 prevé que se destinen los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad. Ante la vaguedad de estos términos, es preciso consultar la normativa de acción social de la comunidad para llegar a conocer que es lo que realmente quiere decir el legislador en este precepto.

Según el art. 3 del Decreto 81/89 de 20 de Junio, publicado en el BOA nº 74 de 10 de Julio de 1989:

"se entiende por centro o establecimiento de servicios sociales el inmueble o conjunto de ellos donde se dispensan uno o varios servicios sociales con unidad organizativa y funcional..."

Siendo esta la definición ofrecida por la normativa de servicios sociales nos encontramos con que en la practica la definición sigue siendo excesivamente amplia.

Por ello, con la intención de restringir todavía mas el ámbito del concepto de establecimiento de asistencia social al que se refiere el art. 220 de la Ley 1/1999 observamos el art. 32 de la Ley 4/1987 de Ordenación de la Acción Social en Aragón. De dicho precepto, que hemos analizado someramente en el apartado anterior para interpretar adecuadamente el criterio de preferencia del domicilio recogido en el art. 220 Ley de Sucesiones, se deriva que las entidades privadas sin animo de lucro que se caractericen por un alto grado de utilidad en la prestación de los servicios y cubran sectores o campos de actuación que no sean desarrollados por las Administraciones Públicas en Aragón, podrán ser declarados de interés social por la Diputación General de Aragón.

En el párrafo segundo del mismo precepto, se dice que tal declaración supondrá el acceso a las ventajas y beneficios que pue-

dan derivarse de la legislación autonómica o hagan referencia a competencias gestionadas por la Comunidad Autónoma.

En el mismo sentido se expresa el art. 4 del Decreto 7/1999 de 9 de Febrero, publicado en el BOA nº20 de 19 de Febrero que desarrolla el art. 32 de la Ley 4/1987.

De este sistema normativo, se deduce que el legislador ha querido que las ventajas o beneficios derivados de la legislación autonómica resulten beneficiosos solo para una serie de establecimientos, los que hayan obtenido la declaración de interés social.

Y todo ello por una simple razón: Lo que se busca con esta declaración es que es la eficacia en la actuación de estos establecimientos, eficacia que se demuestra en varios preceptos:

- Art. 3.1b) del Decreto 7/99 de 9 de Febrero. Según esta norma, para que una entidad sea declarada de interés social se exige que los beneficios sean reinvertidos en los fines sociales previstos en los estatutos.

- Art. 3.1c) del mismo Decreto exige que la trayectoria en el desarrollo de las actividades para la consecución de los objetivos estatutarios sea correcta y adecuada a los principios y normas reguladoras de la acción social en la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Por su parte el art. 3.1d) de la misma norma, exige para poder obtener la declaración de interés social es preciso que se cuenten con medios materiales necesarios para el ejercicio de estas actividades, con lo que no basta tener unos fines sociales adecuados sino que es necesario disponer de unos medios materiales para el ejercicio de esta actividad y la consecución de las finalidades previstas en los estatutos.

• Finalmente el art. 3.1.e) del Decreto considera que para la obtención de la declaración de una entidad como entidad de interés social es necesario que este dirigida y administrada por personas cualificadas por su formación y su ámbito para actuar en el marco de la acción social y resulte acreditado que las compensaciones por los gastos debidamente justificados que puedan percibir de la entidad por los gastos por razón de la gestión de la misma mantienen la debida proporcionalidad con el cumplimiento de los fines sociales estatutarios.

• Estos requisitos se reiteran en la Orden del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de 18 de Marzo de 1999 que en el número cuarto de la misma se establece que cuando un establecimiento de acción social haya sido declarado de interés social, estas entidades vendrán obligadas a dar cuenta anual de su actividad contable de conformidad con el Plan General Contable, ante el organismo que los declaro como tales, a efectos de comprobar que se cumplen los requisitos que motivaron su reconocimiento presentar memoria de las actuaciones desarrolladas a lo largo del año anterior.

De todo ello se desprende, que la actuación administrativa se rige por un criterio de eficiencia. Es decir, solo pueden concurrir, aquellas instituciones o establecimientos que cumplan fines de asistencia social, que tengan medios apropiados para la consecución de esos objetivos, existiendo un control del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo sobre los medios y los fines.

Por ello, cuando el art. 220.2 Ley 1/99 se refiere a establecimientos de asistencia social de la comunidad, debemos entender, en virtud de una interpretación conjunta de este precepto con la Ley 4/87 de Ordenación de la Acción Social, que realmente se esta refiriendo a establecimientos de asistencia social de la comunidad que hayan obtenido la declaración de interés social.

TRONCALIDAD Y SUSTITUCIÓN: PROBLEMAS QUE PLANTEAN

En el sistema del derecho común, el Estado es declarado heredero cuando no hay testamento y no existen parientes mas allá del cuarto grado. Sin embargo, la cuestión resulta mucho más compleja en Aragón, donde hay instituciones civiles que posibilitan que parientes mas allá del cuarto grado puedan ser declarados herederos abintestato.

La institución de la troncalidad, en los casos en los que actúe puede hacer que parientes de sexto grado del causante, resulten herederos si los bienes tuviesen la condición de bienes troncales de abolorio.

La definición de bienes troncales de abolorio, aparece recogida en el art. 212 de la Ley 1/99 de 24 de Febrero, en virtud de dicha definición:

"Son bienes troncales de abolorio, todos aquellos que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sea la procedencia y el modo de adquisición inmediato".

Dentro del contexto de la troncalidad, el art. 218 de la Ley 1/99 de 24 de Febrero, aclara el sentido de la expresión *"...pertenencia a la familia durante las dos generaciones anteriores..."* :

"Se entiende que un bien ha pertenecido a la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el numero de transmisiones intermedias...".

Así pues, de lo visto hasta este momento, se deduce que dos son los elementos esenciales en la sucesión de bienes troncales de

abolorio; por un lado se requiere la presencia de un elemento objetivo, es decir que los bienes tengan el carácter de bienes troncales de abolorio, y por otro lado, se exige la presencia de un elemento subjetivo, esto es, que existan parientes hasta el sexto grado.

Sobre los bienes, el art. 212 de la Ley 1/1999 no resulta todo lo claro que sería deseable, al no hacer referencia expresa a la inclusión o exclusión de los bienes de los bienes subrogados en aquellos en los que tuviesen la condición de bienes troncales de abolorio.

Al respecto, algunos autores, BERGUA OTÍN y BERGUA OTÍN, consideran que los bienes que se subrogan en otros que ya tenían la condición de bienes troncales de abolorio, deben seguir conservando este carácter.

Para sostener esta tesis, consideran estos autores, que en la actualidad, el fundamento de la troncalidad, *"no solo se justifica por un valor afectivo sino por el valor económico de los mismos"*.

En cambio, otro sector de la doctrina, MERINO HERNÁNDEZ, considera que no cabe la subrogación real por varios motivos:

- En primer lugar, sostiene que la subrogación real de dominio tiene como finalidad el ser clasificatoria de bienes.

- En segundo lugar, MERINO HERNÁNDEZ, se basaba en la literalidad de preceptos como el art. 130 de la Compilación de Aragón relativo al recobro de liberalidades. En este precepto, se hacia referencia a *"los mismos bienes donados"*. A partir de esta norma, se extendía su significado a otros supuestos.

Sin embargo, el art. 130 de la Compilación aragonesa resultaba ambivalente, ya que los autores que estimaban que era posible la sucesión en bienes subrogados en otros que tuviesen la condi-

ción de troncales, consideraban que al no recoger el art. 132 de la Compilación Aragonesa (actual 218 Ley 1/99) esta formula, el legislador no había querido incluirlo.

En mi opinión, en la actualidad, el art. 212 de la Ley de Sucesiones, es suficiente para considerar que no es posible la subrogación real, pues en el concepto normativo de bienes troncales de abolorio, no es posible incluir los bienes troncales de abolorio.

• Por otro lado, MERINO HERNÁNDEZ, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, considera que la verdadera esencia de la troncalidad radica en el afecto de los parientes hacia los bienes que tienen la condición de troncales, idea que comparto plenamente, pues la tesis sostenida por BERGUA OTÍN y BERGUA OTÍN, en virtud de la cual, el fundamento de la troncalidad, no solamente es afectivo, sino también económico, no resulta convincente, ya que el factor económico, es una consecuencia de la sucesión troncal, y no un motivo que origina la misma.

En cuanto al fundamento, de la sucesión troncal, en mi opinión éste solo puede estar fundamentado en el valor afectivo de estos bienes.

• Finalmente, como sostiene MERINO HERNÁNDEZ, la subrogación real, debe contar con una disposición expresa.

De todo lo anteriormente expuesto, en relación con el tema de la subrogación reales en bienes que tuviesen la condición de troncales, en mi opinión, queda claro, que no es posible, pues la intención del legislador ha sido atribuir ciertos bienes a parientes mas allá del cuarto grado. En estos supuestos, a mi entender, es claro que el legislador no se ha fundado en razones económicas para atribuir estos bienes a parientes de 5º o 6º, ya que si esa hubiese sido la intención del legislador, se hubiesen atribuido por sucesión intestada todos los bienes a esta clase de parientes y no solo los que hubiesen pertenecido a la familia durante dos generaciones.

Una vez tratado el tema de los bienes que pueden tener la condición de troncales de abolorio, y por tanto pueden ser heredados por parientes abintestato mas allá del 4º grado, veamos quienes son los parientes que pueden llegar a suceder.

Según el art. 211.3 Ley 1/1999, la sucesión en bienes troncales de abolorio, se deferirá a los mas próximos parientes colaterales hasta el sexto grado, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes, y en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito.

Si no hay parientes que reúnan las condiciones antedichas, habrá que acudir a la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma, según se deduce de lo dispuesto en el art. 211 de la Ley 1/1999.

En cualquier caso, la Comunidad Autónoma sucederá en todos los bienes que no tengan la condición de troncales, en caso de no existir parientes hasta el cuarto grado y no existir testamento.

En estos supuestos, habrá que estar a lo que dispone el art. 203 de la Ley de Sucesiones. En virtud de este precepto, en la sucesión legal de una persona, pueden concurrir diferentes llamamientos en función del carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicto.

LA SUSTITUCIÓN LEGAL EN LA SUCESIÓN INTESTADA

La sustitución legal, aparece regulada en la actualidad en los art. 19 y ss de la Ley 1/1999.

A través de la sucesión legal, salvo previsión en contrario del disponente, los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado preferente, ocupan el lugar de

este en la sucesión o en la legitimación por sustitución legal, en los casos previstos por la Ley.

Por otro lado, según el art. 23 de la Ley de Sucesiones, la sustitución tiene lugar, entre otros supuestos, cuando el llamado ha premuerto.

Una interpretación torticera del sistema de sustitución legal aragonés, podría llevarnos a concluir, que caben ilimitadas sustituciones.

Pero la sustitución, solo puede producirse una vez, sin que sea posible que tengan lugar varias sustituciones, pues de lo contrario no tendría sentido la sucesión a favor de la Conmunidad Autónoma, ya que casi siempre seria posible remontarse a un pariente de cuarto grado del causante a través de diversas sustituciones.

CUESTIONES RELATIVAS AL CAUSANTE.

IDEAS PRELIMINARES

En ocasiones, se plantean problemas cuando un causante fallecido intestado y sin parientes con derecho a suceder ostenta una nacionalidad determinada y existen bienes situados fuera del Estado del que es nacional.

En estos supuestos, debe acudirse a la normativa del Código Civil reguladora de los problemas de competencia legislativa en el plano del Derecho Internacional Privado.

En cuestiones de sucesión, el precepto basico es el art 9.8 CC[87] que determina como ley aplicable la que corresponde a la nacionalidad del causante.

87. Según el art. 9.8 CC,: *"la sucesión por causa de muerte del causante, se regirá por la Ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes o el país donde se encuentren...".*

Además, es preciso tener en cuenta la normativa de solución de conflictos de leyes, para solucionar los problemas de competencia legislativa que entre las diversas Comunidades Autónomas con derecho civil o foral propio pueden surgir. Estas normas para la solución de conflictos son de competencia exclusiva del Estado segun el art 149.1.8 CE[88] y en la actualidad, aparecen recogidas en el art 16 CC[89] que se remite en este punto al art. 9.8 CC.

Estas cuestiones que en principio parecen tener una fácil solución se complican en el caso del Derecho Internacional Privado por la existencia de dos diferentes concepciones sobre la adquisición por el Estado u otras administraciones publicas de los bienes de personas fallecidas intestadas y sin parientes.

CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Según el art. 22.3 LOPJ, los tribunales españoles son competentes en materia de sucesiones cuando el causante hubiese tenido su ultimo domicilio en España o posea bienes inmuebles en España.

En caso de considerar competente para conocer de una determinada cuestión a los tribunales españoles y exista en la situación jurídica un elemento de extranjería, se acudirá a las normas con-

---

88. En virtud de este precepto, "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso,* ***las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas,*** *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales,* ***normas para resolver los conflictos de leyes*** *y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho civil o especial*".

89. Considera este precepto: "*los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el cap. IV con las siguientes particularidades:... 1º Será Ley personal la determinada por la vecindad civil*"

flictuales del derecho español que aparecen en el Capitulo IV del Titulo Preliminar del Código Civil y determinan la Ley aplicable.

Concretamente, el art. 9.8 CC establece la aplicación de la Ley nacional del causante en el momento del fallecimiento como normativa aplicable.

A la hora de calificar un supuesto como sucesorio o no, según se deriva del art 12.1 CC[90] para determinar la Ley aplicable, se calificara siempre de conformidad con la *"lex fori "* española.

En consecuencia, los Tribunales conforme a los arts. 956 CC y ss. así como los preceptos correspondientes de las distintas normativas forales (entre los que se encuentra el art. 220 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte) calificaran siempre estos supuestos como casos de derecho sucesorio.

En ocasiones, los Tribunales extranjeros, también han considerado el derecho de las administraciones publicas españolas como un derecho de carácter sucesorio. Un ejemplo de dicha calificación lo muestra la Sentencia de la *"Court of appeal"* de 12 de noviembre de 1954 en el caso conocido como *"In re Maldonado"*:[91]

---

90. Según este precepto: *"La calificación para determinar la norma de conflicto, se hará siempre con arreglo a la ley española."*

91. Esta resolución dictada por la *Court of appeal* puede ser consultada en J..D. GONZÁLEZ CAMPOS y J.C. FERNANDEZ ROZAS *Derecho internacional privado. Materiales de practicas.* TECNOS. Madrid. 1983, págs. 118 y ss. Los hechos eran los siguientes:

"Eloisa Hernandez Maldonado murió en Santander en 1924, viuda intestada y sin parientes para sucederle en sus bienes según el Derecho español. Era nacional española y estaba domiciliada en España en el momento de su muerte. Poseía bienes muebles en Inglaterra consistentes en títulos depositados en un banco de Londres, valorados al morir en mas de 13.000 libras y en 26.000 en el momento del proceso. El Estado español solicito ante la Administración de Justicia inglesa su reconocimiento como heredero universal de acuerdo con el derecho español. A ello se opuso el Fisco ingles solicitando que tales bienes fuesen atribuidos a la Corona, como "bona vacantia" argumentando que el Estado español procuraba ejercer su suprema autoridad como tal Estado soberano para confiscar propiedad sin Dueño...". Como se indica

Esto plantea problemas y en ocasiones se critica dado que los ordenamientos jurídicos que consideran al estado como un ente que se apropia de los bienes de personas fallecidas sin parientes con derechos sucesorios y sin haber testado al quedar estos vacantes resultan favorecidos respecto de los Estados que fundamentan el derecho del Estado en la sucesión[92].

El Convenio de La Haya aplicable en materia de sucesiones, del que España no es parte, recoge en su art. 16[93] una solución en caso de conflicto que favorece a los Estados que parten de una concepción regaliana basada en el Derecho de soberanía tales como el ordenamiento jurídico Francés, Belga o Británico.

Esta situación, ha llevado a que algunos ordenamientos jurídicos, como ocurre en el caso italiano, hayan llegado a considerar al estado italiano como un ocupante privilegiado de los bienes que han quedado sin dueño como consecuencia del fallecimiento de

---

en esta obra, según el derecho internacional privado inglés, la sucesión sobre bienes muebles se rige por el último domicilio del causante, que era España. El Juez Barnard y la *Court of appeal* resolvieron a favor del Derecho español, considerándole un autentico heredero.

92. Así, por ejemplo, si un español fallece y tiene bienes inmuebles en Inglaterra, estos bienes inmuebles, serán para el Estado inglés, de conformidad con lo dispuesto para la sucesión en bienes inmuebles por el Derecho británico.

Si por el contrario un ciudadano británico fallece con bienes inmuebles en España los bienes serán heredados por el Estado ingles puesto que de conformidad con el art. 9.8 CC y 12.1 CC ya que el estado inglés sería considerado como el heredero último de los mismos.

93. El convenio de la Haya sobre ley aplicable a las sucesiones por Causa de muerte de 1 de Agosto de 1989, a fecha de hoy no ha sido firmado por España. Como se ha dicho, el Convenio perjudica a los Estados que consideran que las administraciones publicas reciben los bienes en virtud de un titulo hereditario y no en virtud de la ocupación de bienes vacantes y sin dueño. Prueba de ello es el art. 16 del Convenio: *"Cuando, según la Ley aplicable en virtud del Convenio, no hubiera heredero ni legatario instituído en una disposición por causa de muerte, ni persona física llamada por la Ley a suceder, la aplicación de dicha ley no será obstáculo al derecho de un Estado o una entidad designada por la Ley de dicho Estado a apropiarse de la parte del caudal relicto que se encuentre situada en su territorio"*.

una persona (que necesariamente habrá de ser extranjera, ya que sino se aplicaría el Derecho italiano de sucesiones) sin haber testado y sin tener parientes con derecho a suceder.

Esta situación, resulta curiosa, dado que en caso de fallecer un ciudadano italiano de conformidad con los preceptos que aparecen regulados en el Código civil italiano el Estado será heredero ultimo de los bienes del fallecido.

En cambio en los casos en los que fallezca un ciudadano extranjero y resulte que esa persona tenga bienes en Italia el Estado italiano ocupara esos bienes sin tener en cuenta la calificación que su derecho realice en estos casos.

La solución italiana aun pudiendo ser efectiva en la practica al posibilitar que el estado reciba un mayor numero de abintestatos, es criticable dogmáticamente al emplear dos tipos distintos de clasificación dependiendo de la nacionalidad del causante.

Así pues, en mi opinión la solución que plantea el art. 49 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Italia, no resulta procedente introducirla en España al distorsionar considerablemente la naturaleza y el fundamento de la institución jurídica.

DERECHO INTERREGIONAL

A) NORMAS DE CONFLICTO

Para solucionar los problemas de derecho interregional, es preciso acudir al art. 16CC.

Este precepto, se remite al capitulo IV del Titulo preliminar del Código Civil que regula las normas de derecho internacional privado. En consecuencia, de una aplicación sistemática de los arts 16 CC y 9.8 CC se llega a la conclusión de considerar que las sucesiones se rigen por la Ley aplicable a la vecindad civil del cau-

sante. Esta remisión, como indica DELGADO ECHEVERRIA[94] debe entenderse en un sentido flexible y no rígido

En lo relativo a la competencia para regular esta clase de normas, según el art. 149.1.8 CE corresponde exclusivamente al estado, que en dicho precepto se reserva la competencia para regular los conflictos de leyes.

Por lo tanto, las comunidades autónomas, no pueden entrar a regular estas materias. En este sentido, puede observarse la doctrina del Tribunal Constitucional recogida fundamentalmente en la STC 156/93.[95]

La doctrina, se ha ocupado de este tema. Así, ALVAREZ GONZALEZ[96] y ha llegado a la conclusión de considerar inconstitucionales las normas sobre conflictos de leyes que aparecen recogidas en las compilaciones y leyes de las Comunidades Autónomas.

ZABALO ESCUDERO[97], ha criticado la inclusión de la normativa de solución de conflictos en normas autonómicas, al consi-

---

94. DELGADO ECHEVERRIA, J. En *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1991, Madrid, p. 168 "... *La remisión a las normas de Derecho internacional privado no ha de entenderse de manera rígida, sino de tal modo matizada que se aproxima a una aplicación analógica...*"

95. Publicada en el BOE de 28 de mayo de 1993. Esta Sentencia es consecuencia de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno de la Nación, contra el texto refundido de la compilación de Derecho Civil balear por entender que vulneraba, entre otros preceptos, el art. 149.1.8 CE, en lo relativo a la competencia exclusiva del Estado para regular normas de conflicto y para regular las reglas relativas a la eficacia de las normas.

96. GONZÁLEZ ALVAREZ S., REDI, vol.XLVII-1995, Nº 2. Madrid, págs.473 y ss. "...*El art. 5 de la Ley es paradigmático: La sujeción al Derecho Civil de Galicia se determinará por la vecindad civil...este precepto se mueve fuera de las competencias de la Comunidad Autónoma Gallega y dentro de las competencias exclusivas del Estado. Es por ello inconstitucional...*"

97. ZABALO ESCUDERO Mª. E. REDI, vol.XLVII-1995, Nº 2. Madrid, págs. 477 y ss. "... *El art. 136.1 de la Compilación aragonesa invade formalmente ese sector nuclear del derecho internacional, al hacer girar su aplicación en torno a la vecindad civil aragonesa...*" Si bien la autora considera que si se limita a reiterar lo dicho por la legislación estatal, la normativa no será inconstitucional sino innecesaria.

derar que estas son inconstitucionales de conformidad con el art. 149.1.8 CE, o bien son reiterativas e innecesarias si se limitan a repetir lo dicho por la normativa estatal.

En mi opinión, el vicio de inconstitucionalidad esta en tratar una materia respecto de la cual las Comunidades Autónomas no tienen competencia y no en el resultado que pueda derivarse de esa regulación.

Sin embargo, la STC 156/93 que trata el tema de los conflictos de leyes como competencia exclusiva del Estado, considera que cuando las Comunidades Autónomas regulan una institución por completo ajena a sus competencias como lo seria la normativa reguladora de los conflictos de competencias, lo único que pueden hacer estas es reiterar - en su caso y cuando así lo exigiere la sistemática de la legislación- lo establecido en la normativa dictada por el Estado.

En este sentido, coincido plenamente con la opinión de ALVAREZ GONZALEZ. El legislador aragonés, también parece haber compartido esta opinión pues en la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte, a diferencia de lo que establecía en la Ley 4/1995 de modificación de la compilación de Derecho Civil de Aragón no se trata el tema de la vecindad civil del causante.

La Ley 4/1995 que modificó el contenido del art. 136.1 C.Ar. Este precepto, establecía lo siguiente:

"en defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa sucederá la comunidad autónoma de Aragón".

Esta norma, presuponía que el jurista acudiría directamente a la compilación de Derecho Civil de Aragón cuando lo más lógico resulta observar en primer lugar la normativa conflictual del Código Civil.

En conclusión, resulta mucho mas adecuada y coherente la redacción actual de la Ley de Sucesiones en su art. 220 que no hace mención alguna al punto de conexión de la norma de conflicto.

Sobre si resultaría aplicable en estos supuestos el titulo competencial relativo a la eficacia de las normas, es también competencia exclusiva del Estado; pero como fija la STC 156/93:

"en estos casos en los que se hace referencia a la vecindad civil- y aun existiendo una estrecha relación entre los conflictos de leyes y el ámbito de eficacia territorial de las normas- resulta aplicable lo relativo a los conflictos de leyes por resultar mas preciso y ajustado."

B) VECINDAD CIVIL

A priori, puede resultar muy sencilla la aplicación de la norma de conflicto entendiendo que basta con aplicar la ley relativa a la vecindad civil del causante por el juego de los arts 9.8CC y 16CC. Sin embargo en la practica, la regulación de la vecindad civil, su conservación y su perdida, plantean muchos problemas.

Los principales problemas están en aquellos supuestos en los que un ciudadano español con una determinada vecindad civil traslada su residencia habitual fuera del territorio o Provincia de la misma legislación civil. A partir de este momento, comienzan a correr los plazos del art. 14.5 CC[98].

Si bien es cierto, que el interesado puede manifestar su voluntad de no adquirir la vecindad civil del lugar donde reside, en la practica, esta declaración no se hace, por lo que pasados diez años de residencia habitual en territorio de diferente legislación civil, se producirá *"ipso iure"* el cambio de vecindad civil según el

98. Según este precepto: *"La vecindad civil se adquiere:1ª Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2ª Por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario en ese plazo".*

art. 225 RRC[99], salvo que antes de terminar el plazo, se formule declaración en contrario por el interesado, declaración que, como se ha dicho, no suele hacerse.

Esta situación, puede llevarnos a resultados injustos en relación con el tema que nos ocupa ya que por esta vía podrá verse privada la Comunidad Autónoma de una serie de potenciales abintestatos a su favor de los que podría beneficiarse si el art. 225 RRC no fuese tan rígido. Al respecto, podría alegarse que el art. 225 RRC juega para todas las vecindades civiles, sin embargo, en realidad perjudica mucho mas a aquellas Comunidades Autónomas con un importante numero de emigrantes.

Lo que ocurrirá, en estos casos, es que la Comunidad Autónoma que pretenda heredar abintestato tendrá que probar la vecindad civil adquirida por diez años de residencia continuada sin declaración expresa en contrario. En esto supuestos, se considera que la prueba debe realizarse por medios extrajudiciales con todos los problemas que esto conlleva. En este sentido se manifiesta MURILLO GARCIA-ATANCE[100]

EXISTENCIA DE BIENES FUERA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA HEREDERA

Es una cuestión que no plantea ningún problema. A mi juicio, la cuestión esta bastante clara. Por ejemplo, en el caso aragonés, el art. 220 de la Ley 1/1999 establece la sucesión en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón destinándose los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de

---

99. El art. 225 RRC establece: *"El cambio de vecindad civil se produce ipso iure por la residencia habitual durante diez años seguidos en Provincia o territorio de diferente legislación civil a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule declaración en contrario"*.

100. MURILLO GARCIA-ATANCE, M. *"La prueba de la vecindad civil"* En Actas del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, 1991. Zaragoza.

la Comunidad sin distinguir entre bienes situados en la Comunidad Autónoma aragonesa o fuera de ella.

Resulta pues bastante claro que la Comunidad Autónoma sucede en todos los bienes del causante independientemente del lugar donde estos se hallen pues la normativa que rige en los casos de sucesión es la relativa a la vecindad del causante y no la del lugar donde se encuentren los bienes.

De todo lo anterior, se deduce que la Comunidad Autónoma heredara independientemente de sí estos están en Aragón, en otra Comunidad Autónoma o incluso en otro Estado, si bien en este ultimo caso se requerirá la colaboración del Estado central.

Algunos autores, como por ejemplo HIDALGO GARCÍA[101], sostienen que, en principio, podría heredar una Comunidad Autónoma los bienes situados en otra pero en estos casos, actuaría como límite el art. 138.2 CE.

En este precepto constitucional se establece que las diferencias entre los distintos Estatutos de Autonomía no pueden implicar en ningún caso privilegios económicos y sociales.

En mi opinión, el antedicho precepto constitucional no puede alegarse en este contexto por varias razones:

En primer lugar, se trata de un principio programático que no puede ser interpretado y aplicado rígidamente, pues ello implicaría que un gran numero de disposiciones de las Comunidades Autónomas en materia económica y financiera se considerasen inconstitucional.

---

101. HIDALGO GARCÍA, S. *"La sucesión por el Estado. El Derecho de las Instituciones de interés general y de algunas Comunidades Autónomas"* J.M. BOSCH. Barcelona, 1995, pág. 435.

En segundo lugar, se nos plantea una cuestión de orden practico. En este sentido, HIDALGO GARCÍA señala que el art. 138.2 CE debe actuar como un limite a la sucesión por las Comunidades Autónomas, pero no establece, por ser imposible, una nítida línea fronteriza entre las sucesiones a favor de las Comunidades Autónomas que no atentan contra el art. 138.2 CE y las que si lo hacen.

Por tanto, hemos de rechazar este planteamiento ya que su aplicación generaría una gran inseguridad jurídica.

Por otro lado, creo que el privilegio económico existiría con independencia del lucro económico que se obtuviese sin necesidad de fijar un limite sobre cuando es constitucional o inconstitucional la sucesión a favor de las Comunidades Autónomas en función de la cuantía del caudal hereditario.

Además, el privilegio existiría con independencia del lugar donde los bienes estuviesen ubicados. Ya que la desigualdad se produciría aun cuando los bienes estuviesen exclusivamente en la Comunidad Autónoma heredera.

Finalmente creo necesario decir que la solución propuesta por HIDALGO GARCIA rompe con las categorías dogmáticas establecidas y en las que se basa la sucesión abintestato a favor de las personas fallecidas sin parientes:

En Derecho español, la practica totalidad de la doctrina considera que el Estado o las Comunidades Autónomas, en su caso, suceden a titulo de heredero. Sin embargo, la introducción de un elemento distorsionador como lo es el art. 138.2 CE, produciría que por encima de un determinado caudal hereditario, todo aquello que excediese de ese límite máximo, en mi opinión imposible de fijar, sería adquirido por el Estado.

No cabe duda que en estos casos, el Estado no podría ser heredero ya que heredero universal en los casos de sucesión intestada de personas que fallecen sin parientes lo sería solo la Comunidad Autónoma.

Por tanto, en estos supuestos, el Estado adquiría esos bienes en virtud de su derecho de soberanía ex art. 21 LPE[102]. Con lo que la regulación tradicional del Derecho español basada en la concepción del Estado como heredero se vería modificada en parte aproximándose en estos casos a la doctrina anglosajona del dominio eminente u ocupación privilegiada por parte del Estado.

Así pues, el problema que puede surgir en relación a la sucesión de una Comunidad Autónoma de bienes situados en otra, es en realidad un falso problema, dado que del conjunto del sistema jurídico (art. 9.8, art. 16.1.1 CC y los preceptos que regulan la sucesión en favor de las distintas Comunidades Autónomas, p ej; art. 220 de la Ley 1/1999 en el caso de Aragón) se llega indubitádamente a la conclusión de considerar que la Comunidad Autónoma hereda todos los bienes del causante.

En este sentido y para el caso concreto de Aragón, si bien en el resto de Comunidades que han regulado la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma existen preceptos similares y puede argumentarse en el mismo sentido, el art. 7.1 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte[103] considera que el heredero adquiere los bienes y derechos de la herencia.

---

102. Art. 21 LPE: *"Pertenecen al estado como bienes Patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño"*. Pero el Estado no solo adquiría estos bienes, sino que además y sin que exista un fundamento legal para ello adquiriría también, en virtud de la propuesta de HIDALGO GARCÍA los bienes muebles, careciendo, como ya se ha dicho anteriormente, de cualquier título habilitante para ello.

103. Art. 7.1 Ley 1/1999: *"El llamado a título de heredero que acepta al herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación"*. Se trata de un precepto general aplicable a todo tipo de situaciones sin que sea posible introducir una excepción en el supuesto de la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma al no estar previsto expresamente.

Este precepto de aplicación general en Aragón no distingue entre bienes situados dentro o fuera de una Comunidad Autónoma, por lo tanto no debe haber diferencias si los bienes están dentro o fuera de una Comunidad Autónoma.

Tampoco la normativa básica sobre reglas relativas a la solución de conflictos de leyes distinguen si los bienes están situados dentro o fuera de una Comunidad Autónoma.

POSIBLES CONFLICTOS DE LEYES QUE PUEDEN SURGIR ENTRE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS: EL CASO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

En principio, no se plantea ningún problema en caso de surgir conflictos de leyes, ya que en caso de plantearse, lo que debe hacerse es acudir a la normativa sobre resolución de los conflictos de leyes recogida en el art. 16 CC que nos remite, en este punto, al art. 9.8. CC.

Sin embargo, en el caso de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Valenciana conviene hacer una serie de precisiones.

Para empezar, creo preciso hacer un breve comentario sobre la forma en como esta regulada la sucesión intestada en el caso valenciano:

La sucesión intestada a favor da la Comunidad Autónoma Valenciana no se deriva de la existencia de un derecho civil foral Valenciano en materia sucesoria, sino del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana EACV:

El art. 50.1 EACV[104] considera que el patrimonio de la Comunidad Valenciana esta constituido, entre otros bienes, por los bie-

104. En virtud de este precepto: *"El patrimonio de la Generalitat está integrado por:...c) Bienes procedentes de las herencias intestadas cuando el causante ostentare la condición de valenciano en los términos que establezca la legislación del Estado"*

nes procedentes de las sucesiones intestadas, cuando el causante ostente la condición jurídica de valenciano en los términos que establezca la legislación del estado.

Este precepto, como ha puesto de manifiesto la doctrina, plantea serios problemas interpretativos:

El principal problema que se plantea es conocer que es exactamente la condición jurídica de valenciano a la que hace referencia el precepto del Estatuto de Autonomía.

Según algunos autores como BELTRAN LOPEZ DE HEREDIA[105] y BAYONA PEROGORDO[106], podemos entender que la condición jurídica de valenciano es equiparable a la condición política de valenciano que aparece recogida en el art. 4.1 EACV.

Por su parte, otros autores BLASCO GASCÓ y CLEMENTE MEORO[107] plantean la identificación de la condición jurídica de valenciano con la existencia de la vecindad civil valenciana.

En la actualidad, la Generalitat Valenciana solo interviene en los casos en los que el causante tiene vecindad administrativa en territorio de la Comunidad Valenciana, siguiendo así la tesis de BELTRAN LOPEZ DE HEREDIA[108].

El precepto del Estatuto de Autonomia, ha sido desarrollado por al art. 22 de la ley de patrimonio de la Generalitat Valenciana[109]

---

105. BELTRAN-LOPEZ DE HEREDIA, C. *"Instituciones de Derecho Privado Valenciano. Tirant Lo Blanch.* 1996. Valencia. Pág 211 y ss

106. BAYONA PEROGORDO, J.J., en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana, Madrid. 1985. Pág. 516.

107. BLASCO GASCÓ y CLEMENTE MEORO. *"La sucesión intestada a favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano.* En estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro. Universitat de Valencia 1989.Págs. 137 y ss.

108.BELTRAN LOPEZ DE HEREDIA, C.....*op.cit. pág 211.*

109.El art. 22.2 de la Ley de Patrimonio de la Generalitat dispone: *"En caso de sucesión intestada, y a falta de personas con derecho a suceder, según la Ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalitat, cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano. El procedimiento aplicable será el previsto en la legislación estatal.*

que en materia procedimental se remite a la legislación estatal, siendo pues de aplicación el Decreto 2091/1971 de 13 de Agosto.

El problema práctico que se nos plantea en este supuesto es el relativo a que ocurre en caso de que una persona con vecindad civil distinta a la común fallezca.

En este caso, quien heredaría sería la Comunidad Autónoma que resultase heredera, cuando el causante ostentase una vecindad civil distinta a la común, puesto que a esa conclusión nos lleva una interpretación correcta del art. 16.1.1 y 9.8 CC.

La explicación que nos lleva a razonar en este sentido, consiste en considerar que el art. 50.1 EACV tiene como presupuesto o requisito necesario la existencia de vecindad civil común.

Partiendo de esta consideración observamos que la condición jurídica de valenciano, que siguiendo el razonamiento de BELTRAN LOPEZ DE HEREDIA esta identificada con la condición política de valenciano, no es sino un requisito adicional que necesita la existencia del requisito previo de la vecindad civil común.

En caso de existir vecindad civil foral, no es de aplicación el art. 50.1 EACV al faltar el presupuesto necesario para la aplicación de esta norma.

En este sentido se manifiesta FERNANDEZ FERNANDEZ[110].

110. FERNANDEZ FERNANDEZ, C. *"La sucesión intestada en la Comunidad Autónoma de Aragón"*. En Informe del Justicia de Aragón.1993. El Justicia de Aragón 1994.Zaragoza

EXISTENCIA DE BIENES EN EL EXTRANJERO Y SUCESIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

En caso de hallarse los bienes en un Estado que siga la teoría de la ocupación privilegiada el problema ni siquiera se planteara.

Sin embargo en aquellos supuestos en los que el estado sucede como autentico heredero, salvo en el peculiar caso italiano por aplicación del art. 49 de la ley de Derecho internacional privado italiana a la que anteriormente se ha hecho referencia, nos encontramos con que puede fallecer un español con vecindad civil distinta de la común y con bienes situados fuera de España.

En estos casos, resulta de aplicación el Decreto 2926/1965 de 23 de Septiembre sobre regimen especial de los bienes del Estado en el extranjero.

Si bien este Decreto deberá ser adaptado a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, ya que en 1965 no existían las Administraciones de las Comunidades Autónomas y quien heredaba era el Estado en caso de personas que fallecían intestadas y sin parientes, con la excepción del privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza.

Por eso, los preceptos del Decreto resultan aplicables en sus líneas generales pero realizando una adaptación de los mismos a la realidad social del tiempo al que ha de aplicarse de conformidad con el art. 3.1CC.

En consecuencia, en estos casos, debe darse una colaboración entre el Estado, que operara en el extranjero a través de los órganos del Ministerio de Asuntos Exteriores, y las Comunidades Autónomas para que sean estas quienes finalmente reciban los bienes en el extranjero procedentes de abintestatos de personas fallecidas sin parientes, de conformidad con lo que dispone la Ley.

Los órganos encargados de realizar las labores necesarias para que finalmente el Estado (entiendasé aquí el termino estado en su concepción anfibológica en la que se incluyen tanto el Estado como las Comunidades Autónomas) son los consulados españoles en el país extranjero donde estén situados los bienes del caudal relicto. Esta competencia viene atribuida por la Orden Circular de 18 de Julio de 1932[111] que todavía continua vigente[112].

111. Publicada en la Gaceta de 26 de Julio de 1932.

112. Debe entenderse que la norma continúa vigente, ya que el Decreto de 1965 no la deroga ni establece otro órgano competente en esta materia.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *"Ley 4/1995, de 24 de Mayo, de Derecho Civil de Galicia"*. Revista Española de Derecho Internacional, vol. XLVII (1995), 2.

BAYONA DE PEROGORDO, José, en *"Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana"*. Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1985.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P. y CLEMENTE MEORO, Mario, *"La sucesión intestada en favor de la Generalitat Valenciana y la condición jurídica de valenciano"* separata del libro en recuerdo a la profesora Sylvia Romeu Alfaro. Universitat de Valencia 1989.

BELTRAN LOPEZ DE HEREDIA, Carmen, *"Instituciones de Derecho Privado Valenciano"*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.

BERGUA OTÍN y BERGUA OTÍN, *"La troncalidad en Derecho Civil aragonés"*, *"Estudios sobre Derecho sucesorio aragonés"*, Trabajos del Seminario de Derecho Foral 1985-1986 del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1986.

BERMEJO VERA, José, *"Derecho administrativo. Parte especial"* Tomo II. Ed. Civitas. Madrid. 1996.

BORRAS RODRIGUEZ, Alegría. *"La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho Interregional español"*. La Ley. 1988.(1)

CANO MATA, Antonio, *"Sentencias del Tribunal Constitucional sitematizadas y comentadas"*. Tomo II. Ed. Edersa. Madrid. 1983.

CANO TELLO, Celestino, *"La sucesión de las Comunidades Autónomas"*, Revista General de Derecho, Noviembre, 1991.

CASTAN TOBEÑAS, José, *"Derecho Civil Común y Foral"*, Tomo IV. Derecho de sucesiones, Ed. Instituto Editorial Reus. Madrid.1971.

CORRETJA I TORRENS, Mercè, *"Reformes recents del Dret de Succesions a Catalunya. Les Lleis de 25 de Maig de 1987"* Revista Jurídica de Cataluña. 1988. Any LXXXVII. Nº2.

DE ALFONSO Y PINAZO, Carles, *"La Generalidad como heredera en las sucesiones legítimas. Breve análisis del art. 248.3 de la Compilación de*

Derecho Civil Catalán". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año XXXIX, Números 1396 y 1397.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Derecho Procesal Civil" Vol. IV, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 1993.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, en *"Comentario del Código Civil"*. Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús y BERMEJO VERA, José, en *"Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón"* Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid. 1986.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, *"La sucesión abintestato a favor del Estado"*. Anuario de Derecho Civil. 1965. Vol. XVIII.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis, en *"Comentario del Código Civil"*. Vol. I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, y GULLON BALLESTEROS, Antonio, *"Sistema de Derecho Civil"* Volumen Tercero. Ed. Tecnos. Madrid. 1989.

DURAN RIVACOBA, Ramón, *"Derecho Interregional"* Ed. Dykinson. Madrid. 1996.

DURAN RIVACOBA, Ramón, *"El nuevo régimen de la vecindad civil y los conflictos interregionales"*. Ed. Dykinson. Madrid. 1992.

FERNANDEZ-CASQUEIRO DOMINGUEZ, Cesar y GOMEZ VARELA, Jose Manuel. En *"Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de Mayo de 1995"*. Ed. Consejo General del Notariado. Madrid. 1996.

FERNANDEZ FERNANDEZ, Cristina *"La sucesión de la Comunidad Autónoma de Aragón"*. Informe especial del Justicia de Aragón de 1994. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1995.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz. *"La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/95 de 24 de Mayo de Derecho Civil de Galicia"*. Actualidad Civil. nº 11, marzo de 1997.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *"Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales"* Tomo XII. Vol I. Ed. Edersa. Madrid. 1980.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio, y FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *"Derecho Internacional Privado. Materiales de practicas"* Ed. Tecnos. Madrid. 1983.

HIDALGO GARCÍA, Santiago. *"La sucesión por el Estado: El derecho de las Instituciones de interés general y de algunas Comunidades Autónomas"*. Ed. Bosch. Barcelona. 1995.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *"Aportación para una futura Ley de fundaciones"*. Estudios de Derecho Privado Común y Foral. Tomo I. Ed. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *"Estudios de Derecho Privado Común y Foral"* Tomo II. Obligaciones y Sucesiones. Ed. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *"Derecho de Sucesiones"*. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona. 1973.

LASARTE ALVAREZ, Carlos, *"Principios de Derecho Civil"*. Tomo VII. Ed. Trivium. Madrid. 1996.

MERINO HERNANDEZ, José Luis, *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales"*. Tomo XXXIV. Vol. Segundo. Ed. Edersa. Madrid. 1986.

MERINO HERNANDEZ, José Luis, *"La sucesión intestada: aspectos concretos"*. Actas de los segundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1994.

MOLINS GARCIA-ATANCE, Emilio, *"La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón"*.Revista de Derecho Civil Aragonés. 1995. Tomo I. nº 1.

MONTON REDONDO, Alberto, *"Derecho Jurisdiccional"* Tomo II. El Proceso Civil 2. Ed. Bosch. Barcelona. 1979.

MURILLO GARCÍA-ATANCE, Mauricio, *"La prueba de la vecindad civil"*. Actas de los primeros encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 1993.

NAVAS NAVARRO, Susana, *"La adquisición de inmuebles sin dueño conocido por la Genneralitat de Cataluña"*. Revista Jurídica de Cataluña. nº 1. 1994.

O'CALLAHAN, Xabier, *"Compendio de Derecho Civil"* Tomo V. Ed. Edersa. Madrid. 1996.

O'CALLAHAN, Xabier, *"Comentario al Código Civil"*. Ed. LA LEY. Madrid. 199?.

PUIG BRUTAU, José, *"Fundamentos de Derecho Civil"*. Tomo V. Vol. Tercero. Ed. Bosch. Barcelona. 1964.

PUIG I FERRIOL, Lluis, y ROCA TRIAS, Encarna. *"Institucions del Dret Civil de Catalunya"*. Dret de successions. Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, "Portic". *"La sucessió intestada a Catalunya"* Barcelona 1987. Any LXXXVI-Nº 3.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *"Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de diciembre"*. Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona. 1994.

SALVADOR CODERCH, Pau, *"Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales"*. Tomo XXXIV. Vol. Segundo. Ed. Edersa. Madrid. 1986.

TOMÉ PAULÉ, José, *"Instituciones de Derecho Procesal"* Tomo II. Ed. Trivium. Madrid. 1993.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms, *"Panorama del Derecho Civil de sucesiones. Perspectiva dinámica"*. Tomo II. Ed. Civitas. Madrid. 1984.

VALLS LLORET, José Domingo, *"El llamamiento sucesorio a la Generalitat de Cataluña. Una crítica al extinto recurso de inconstitucionalidad 1188/1987"*. Revista Jurídica de Castilla la Mancha. nº 19 abril de 1994.

VAQUER ALOY, Antoni, *"Algunas consideraciones sobre la vecindad de las personas jurídicas"*. Revista de Derecho Privado. Septiembre 1996.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *"Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil"*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.

VV.AA. *"Derecho Internacional Privado"*. Vol. II. Ed. Granada. Granada. 1998.

VV.AA. *"Derecho Internacional Privado. Parte especial"*. Ed. Centro De Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carende. Madrid. 1994.

ZABALO ESCUDERO, Mª Elena, *"El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho Internacional Privado e Interregional"*. Revista Aragonesa de Derecho Civil. 1997. Tomo III. nº2.

ZABALO ESCUDERO, Mª Elena, *"La reforma del Derecho Civil de Aragón en materia de sucesión intestada"*. Revista española de Derecho Internacional. Vol. XLVII.

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO: EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICA A LA LUZ DE LA LEY DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE 1/99.

Juan Antonio Martínez Blázquez
(Beca 1999/2000)

CONCEPTO. DERECHO INTERESPACIAL Y TRANSITORIO.

Una de las primeras necesidades que conlleva cualquier acercamiento a una institución jurídica se centra en su delimitación conceptual. Delimitar implica definir si bien, no obstante, el jurista y el legislador deben conformarse con un acercamiento más próximo a lo descriptivo que a lo definidor.

El calificativo "mancomunado" evoca en el campo del ordenamiento jurídico la idea de multiplicidad de sujetos intervinientes (propiedad en mancomún, obligaciones mancomunadas). En este sentido el art.91 de la Ley de sucesiones por causa de muerte (en adelante LS) configura la tipología testamentaria partiendo del dualismo: testamento unipersonal o mancomunado. Con ello nuestro derecho propio viene a admitir una posibilidad a la que el

legislador decimonónico cerró paso en el derecho del Código Civil, a través del art.669 Cc.

Frente al testamento unilateral configurado como "acto unilateral y esencialmente revocable por el cual una persona ordena, para después de su muerte, el destino de todos sus bienes o parte de ellos"[1] (descripción muy en la línea del 667 Cc, cuya redacción mejora al resaltar uno de los caracteres, el básico, en la distinción de este modo de delación del pacto sucesorio: su revocabilidad) de la configuración que del testamento mancomunado ha hecho el legislador cabe inferir como características esenciales: a) el ser un acto por el cual "dos personas ordenan" y b) "en un mismo instrumento", la totalidad o parte de sus bienes y derechos.

Estos requisitos, sin embargo, suponen ya la inclusión en el derecho positivo de una serie de opciones de política legislativa en la configuración de la institución. Así cabe mejor desde un punto de vista metodológico, caracterizar a dicha disposición mortis causa de forma ajena a la interpretación auténtica como "el acto de disponer de los bienes para después de la muerte, dos o más personas, que lo verifican en un sólo momento, en un sólo documento (...)" (Ibáñez Cerezo[2]).

El acto conjunto de tal disposición mortis causa por dos o más personas lleva a diferenciar, dentro de los sistemas jurídicos que admiten el testamento mancomunado, entre aquellos que optan por una configuración doble o plural respecto a los sujetos intervinientes (Merino[3]). El primero limita su posibilidad de otorgamiento a dos personas -generalmente cónyuges-, y el segundo

---

1. In fine que en coincidencia con el derecho común elimina la regla romana nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.

2. IBÁÑEZ CEREZO, Aurelio: "El testamento mancomunado". Segunda semana de Derecho aragonés, Jaca, 1943.

3. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. T.XXXIV. Vol.I. Pág.93. Edersa.1987.

amplía la posibilidad de participación a una pluralidad[4].

Caracteriza al testamento mancomunado el ser un negocio jurídico en el que se expresan dos (en el plural dos o más) declaraciones de última voluntad en un mismo documento, en definitiva, en un sólo acto. Por ello cabe afirmar con el profesor Lacruz que "la mancomunidad afecta esencialmente a la forma". No cabe hablar de testamento mancomunado sin la concurrencia de varias últimas voluntades en su otorgamiento. Sin embargo el testamento mancomunado no cabe ser reducido a una mera forma testamentaria. Ello conlleva diferenciar "lo que es el testamento mancomunado, que como tal es una forma de testar y las formas que pueden ser utilizadas para testar" (García Vicente). Derivándose que la posibilidad de testar en mancomún no la determina en los supuestos de tráfico externo o interregional, el artículo 1 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias[5]; el cual establece una pluralidad de puntos de conexión con carácter alternativo (y que dada la universalidad predicada por su art.6, desplaza al art. 11.1. Cc). Convenio de La Haya de 1961 cuyo art.4 extiende su ámbito de aplicación a las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas.

---

4. En la tradición jurídico histórica de la institución se observa un acercamiento, o por lo menos su admisión en la praxis, a la posibilidad del Testamento mancomunado plural. Así Bellod Fernández de Palencia demuestra tras minuciosa investigación, la existencia de testamentos mancomunados otorgados excepcionalmente por tres miembros, siendo frecuente su admisión especialmente en la zona de Calatayud y, sobre todo, en los supuestos de hermano clérigo de cualquiera de los esposos. Respecto a la mayor frecuencia de estos testamentos mancomunados plurales en esta zona, se plantea la proximidad en la regulación consuetudinaria de estos testamentos con el testamento de hermandad navarro (no deja de sorprender que fuera así como se denominaba el mancomunado en el área de Calatayud) donde la ley 199 del Fuero nuevo posibilita que los testadores sean dos o más.

5. Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988).

No se soluciona, no obstante, uno de los problemas que la pluralidad de regulaciones, tanto en la dimensión externa como interna, plantea: el de la calificación como cuestión de forma o fondo. Si se partiera de considerar como cuestión de forma, el brocardo *lex loci regit actum* nos conduciría a inadmitir el testamento mancomunado otorgado por aragoneses en territorios españoles o extranjeros donde dicha institución jurídica está prohibida. Si se postula la calificación de testar mancomunadamente como un problema de fondo, sería la ley personal la que habría de aplicarse, siendo admitido el otorgamiento mancomunado fuera del territorio de Aragón. La cuestión ha sido muy debatida tanto en la doctrina internacionalista como en la interna respecto a los supuestos de interregionalidad[6]. Debe resaltarse como ha sido la jurisprudencia de países con legislaciones contrarias a la admisión de dicha institución sucesoria los que se han mostrado más proclives a su calificación "formal"[7]. Ello ha llevado a que por la vía del conflicto de calificaciones, ordenamientos jurídicos nada

---

6. ZABALO ESCUDERO, Mª Elena: "El testamento conjunto en derecho...", Revista general de Derecho, oct.1989, pág.6365.

LORENTE SANZ, J.: "El testamento mancomunado en el Apéndice foral Aragonés", Primera Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942, pág.146.

TEIXEIRA GRACIANETA, A.: "El Testamento mancomunado Aragonés". ADA XII, 1963-1964, págs. 156 a 158.

7. Vid. GARCIA VICENTE, Fernando: "Del testamento mancomunado" en la obra colectiva "Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón", dirigida por LACRUZ BERDEJO, 1996. pág.179 y nota (31).

En igual sentido ZABALO ESCUDERO: op.cit., p g.6365

Así, Francia, cuya prohibición en el Code de 1804 está detrás del art.669 del Cc español, ha experimentado una importante labor jurisprudencial correctora al optar por una calificación formal en los supuestos de tráfico externo. En idéntica línea los pronunciamientos de la magistratura de los Países Bajos. Estando ambos Estados en la órbita del derecho comparado donde no se autoriza el testamento mancomunado por la fuerte influencia romanista de la revocabilidad plena de las últimas voluntades y evitar su captación mediante su configuración como acto personalísimo (como es el caso de Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Portugal e Italia -estos dos últimos se han pronunciado sin embargo por la consideración como cuestión de fondo-...).

proclives a dicha figura testamentaria hayan procedido a su admisión[7].

Por el contrario, la posibilidad de efectuar la declaración de última voluntad en un mismo instrumento es una cuestión, no de forma de efectuar dicha declaración, sino de fondo, de capacidad del sujeto que viene determinada por el art.9.1. Cc. Así dicho artículo estipula: "La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte". Corroborando las soluciones conflictuales del apartado primero el art.9.8 Cc establece: "Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión". Con ello el legislador optó, dentro de la orientación del derecho continental, por la inclusión de la capacidad testamentaria dentro de la capacidad general de la persona física y por tanto regulada por la ley personal; y esto frente a la tradición del Common Law más proclive a su consideración como un aspecto de la ley sucesoria.

Frente a ello los ordenamientos que mantienen cierto influjo germánico en base a la autonomía de la voluntad y el principio de conservación de los patrimonios familiares han optado por una calificación de fondo (Alemania, Austria, Suiza).

8. Vid. ZABALO ESCUDERO: Op. cit., pág.6366. En este sentido resulta de interés: la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París de 24 de abril de 1980.En ella se enjuiciaba un testamento conjunto realizado en Francia por dos esposos noruegos. De acuerdo con la calificación francesa como cuestión de forma aplicó el Convenio de la Haya de 1961 de unificación de las normas aplicables a las disposiciones testamentarias en materia de forma (art.1). Ello llevaría también a inferir la validez del testamento conjunto otorgado por franceses en un territorio que autoriza dicha forma testamentaria, y ello con base jurídica en el punto de conexión alternativo recogido en el art.1 a),c), d)y e) de dicha convención.

En este sentido, a mayor abundamiento, cabe cifrar el art.733 Cc: "No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado". De la falta de validez se deduce la consideración del testamento mancomunado como una facultad determinada por la capacidad o estatus de los testadores y no una mera forma testamentaria (de ser tal, el art.1 del Convenio de la Haya le otorgaría validez).

Dada la tradicional atipicidad legal de que gozó el testamento mancomunado aragonés dentro de su tratamiento histórico, no resulta extraño la inexistencia de una norma propia que se preocupara de las realidades jurídicas en que interviene un factor internacional, extranjero, o heterogéneo; esto es, de aquellos supuestos que cabe incardinar dentro del objeto de la disciplina científica del derecho internacional privado. Sin embargo, dicha regulación resultaba del todo necesaria ante la convivencia en una misma realidad de relaciones jurídicas inter privatos sujetas o conectadas a varios ordenamientos extraños o internos dada la pluralidad de ordenamientos jurídicos subsistentes en España.

Sería el insatisfactorio Apéndice foral, el primero en introducir una norma dirigida a solucionar los posibles conflictos de leyes. Así, su art.17 dispuso[9]: "Valdrá el testamento mancomunado

9. Como precedentes del mismo cabe recordar el proyecto de 1904, en la redacción de sus artículos 246 y 259.

art.246 "Respecto del testamento mancomunado que otorguen los cónyuges aragoneses fuera de este antiguo reino, se observará la prevención primera del art.259 en los diferentes casos que comprende."

art.259 "1" Valdrá el de mancomún o mancomunado que los cónyuges aragoneses otorguen en cualquiera otra provincia de la península o de las islas adyacentes, o a bordo de uno de nuestros buques, o fuera del territorio nacional o durante su navegación, en un barco extranjero, atemperándose siempre a las solemnidades exigidas por las leyes vigentes en el punto o en el país del otorgamiento o a que pertenezca el barco.

que cónyuges aragoneses otorguen en provincias españolas distintas del antiguo Reino, o a bordo de buques nacionales y también en país o a bordo de buques extranjeros, atemperándolo en cada caso a las solemnidades exigidas en el lugar del otorgamiento". Con esta disposición, propia de la calificación de la capacidad de testar en mancomún como problema de fondo, regido por la ley personal y no de mera forma, se vino a admitir que los cónyuges de vecindad aragonesa otorgasen disposiciones de última voluntad en un mismo instrumento en los demás territorios de España y aun del extranjero. Dentro del pluralismo metodológico existente en las técnicas de solución conflictual, el legislador estatal que promulgó el Apéndice (art.5 y 6 de la ley de bases de 1888) optó por el establecimiento de una norma material autolimitada con la que se vienen a configurar los límites de aplicación de la regulación aragonesa de esta institución, incorporando a su vez una solución de derecho material al pronunciarse por la validez de dichos testamentos (Valdrá ...). Pero, junto a esta técnica unilateral, el artículo 17 in fine vino a establecer una norma de conflicto en lo relativo a la forma del otorgamiento siéndole aplicables las "solemnidades exigidas en el lugar del otorgamiento"; es decir, *"ley fori regit actum"*.

En este sentido, es de destacar el pronunciamiento del Juzgado de 1ª Instancia núm.4º de Zaragoza[10], de fecha 31 de Enero de 1963, en el que se discutió la validez del testamento abierto otor-

---

Los Notarios, los Oficiales, Capellanes, Facultativos y Subalternos del ejército, los Contadores de naves de guerra, los Capitanes de las mercantes, los Agentes diplomáticos o consulares y cuantos funcionarios con ocasión de sus cargos o por sus cargos o por sustitución deban intervenir en el otorgamiento de testamentos, admitirán en los respectivos casos el de los cónyuges aragoneses a que se contrae esta prevención, y cumplirán las propias obligaciones que el Colegio les impone acerca de las últimas voluntades en general."

10. Foro Aragonés. T.XIV. 1963. Parágrafo 142, págs.189 y ss.

gado en mancomún por dos cónyuges en la localidad navarra de Tudela. En él se dice:

"Prohibición (la del testamento mancomunado del art.669 Cc) que afecta a la capacidad de los otorgantes y no a las formalidades del acto que celebran, por lo que es absolutamente indiferente el lugar de su celebración hasta tal extremo que el art.733 dispone que "no será válido en España el testamento mancomunado prohibido por el artículo 669 que los españoles otorguen en países extranjeros aunque lo autoricen las leyes de la nación donde hubiesen sido otorgados", prohibición que hay que estimar aplicable a los territorios o provincias de diferente legislación civil a las regiones expresadas (Aragón, Navarra y Vizcaya) en virtud del principio de reciprocidad que proclama el art.14 del Código antes expresado; de donde resulta que el problema fundamental de la litis estriba en resolver si el testador y en consecuencia la testadora, por razón de su matrimonio con aquél, conservaban en el momento de testar su vecindad civil aragonesa o no la conservaban porque la hubieran perdido al adquirir la vecindad en territorio de derecho común o de legislación extraña, sin que hubieran llegado nunca a recobrarla, pues el primer supuesto será válido el testamento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Apéndice foral aragonés, en relación con el párrafo segundo del artículo 12 del Código Civil, pero en el segundo será nulo ipso iure por afectarle la prohibición del art.669 del referido Código, cualquiera que fuere el lugar donde el testamento se otorgare." Cdo.3º.

En idéntico sentido se pronunció la Audiencia Territorial de Zaragoza en Sentencia de 28 de febrero de 1964[11].

11. Foro Aragonés. T.XV. 1964. Parágrafo 63. pág.74.

El segundo hito en esta materia lo supone el art 94.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón[12] (Comp.)aprobada por la ley de 8 de abril de 1967. Dentro de la redacción depurada se limita a establecer que "los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón". De manera que se mantiene la calificación de la capacidad para testar mancomunadamente como cuestión sujeta al estatuto personal de los disponentes.

Debe destacarse la influencia que supuso la aprobación de la Constitución de 1978 en esta materia. El texto constitucional viene a instaurar la existencia de una pluralidad de unidades políticas que gozan de órganos de impulsión política y de ejercicio de la potestad legislativa. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, si bien en el mejor de los casos permitieron la subsistencia de los ordenamientos jurídicos propios, éstos se vieron condenados a un continuo anquilosamiento como consecuencia de la desaparición y abatimiento de las instituciones políticas configuradoras de estos derechos. El establecimiento de un Estado compuesto, configurado a partir de los entes autonómicos, planteó la necesidad de establecer un reparto competencial. Reparto competencial que se plasmó en el establecimiento de una lista única que recoge las competencias exclusivas del Estado (art.149)[13]. En lo que respecta

12. Ante el fracaso de los Apéndices, estipulados en el art. 6 de la ley de bases, el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 dió paso a la elaboración de compilaciones en aquellos territorios que gozaran de una legislación civil propia (así el Decreto de 23 de mayo de 1947). Dichas compilaciones adoptan una técnica sincrética, a camino del Código y las recopilaciones. Del primero acogen su formulación científica, abstracta y general, así como su afán simplificador y sistemático; pero huyen de cualquier pretensión de completud. Al igual que las recopilaciones se muestran muy influenciadas por el derecho histórico de los distintos territorios.

13. El reparto competencial se efectúa a través de una lista única y no de una lista doble como podría parecer, prima facie, de una rápida observación de los artículos 148 y 149 CE. El art. 148 no es más que una norma de eficacia transitoria, que en pura técnica legislativa debería aparecer en las disposiciones transitorias (como así fue en la tramitación originaria).

al tema tratado resulta de interés el art. 149.1. 8 CE[14] de redacción nada fácil: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas, de los Derechos civiles, forales o especiales, allá donde existan. En todo caso las reglas relativas (...) normas para resolver los conflictos de leyes (...)." Por tanto, quedan incluidas dentro de las competencias exclusivas del poder central, las normas conflictuales.

Queda por determinar qué deba entenderse por "normas para resolver los conflictos de leyes". Aunque la vaguedad de la enunciación podría llevar a incluir los supuestos de conflictos de aplicación de la ley en el tiempo, de acuerdo con la mejor doctrina parece más conveniente entender limitada la reserva estatal al campo de los conflictos espaciales; es decir, los relativos al derecho internacional privado e interregional.

Plantea todo ello la posible inconstitucionalidad sobrevenida de aquellos preceptos que, localizados en las compilaciones forales (verbigracia el art. 94.1) regulan conflictos de leyes, ya sea a partir de una técnica bilateral localizadora (norma de conflicto) o unilateral (normas materiales autolimitadas). En este sentido Arce Janáriz[15] se pronunció diciendo: "Así como con anterioridad a la implantación del sistema autonómico, no existiendo más legislador que el estatal, la ubicación de las normas referidas no planteaba problemas formales irresolubles, el monopolio estatal en el sistema autonómico sí puede generar importantes problemas en este plano". Debe precisarse que la promulgación del texto no supuso la automática inconstitucionalidad de tales disposiciones,

14. Toma este artículo como precedente la Constitución republicana de 1931 en su artículo 15: "la regulación de los estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España"

15. Vid. ARCE JANARIZ, Alberto, Constitución y Derechos civiles forales, Madrid 1987.

consecuencia del juego de la disposición derogatoria tercera[16]. Las compilaciones, en este primer momento continuaban siendo normas promulgadas por el legislador estatal, hasta la fecha el único. El problema vino a plantearse a raíz de la progresiva incorporación de las legislaciones forales a los ordenamientos jurídicos[17] de las nacientes Comunidades Autónomas. Ello llevó a un sector doctrinal[18] a pronunciarse por la inconstitucionalidad de preceptos como el art.94.1 de la compilación aragonesa[19].

La cuestión vuelve a surgir a consecuencia de la aprobación de la ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte: "Art.102.- Testadores. 1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón." Con ello además de repetir lo que ya era tradicional en nuestro derecho más reciente (17 Apéndice y 94.1 Comp.), se incorpora un párrafo 2º (de igual carácter de norma interregional autolimitada) que incorpora una solución material a favor de la validez del testamento mancomunado otorgado por aragonés y persona que no lo tenga prohibido por su ley personal[20]. Pero, yendo aún más lejos, este apartado segundo del 102 LS, permite regular supuestos del tráfico externo. Bajo

16. D.D. 3ª: Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución. Resulta de sumo interés a este respecto las Ss.TC de 2 de febrero de 1981 (RTC 1981, 4)-FJ.1- y 8 abril de 1981 (RTC 1981,11).

LACRUZ BERDEJO, J.L.: op. cit. pág 115.

17. Así, la ley 15/1967, de 8 de abril de la Compilación de Derecho civil de Aragón por la Ley 3/1985, de 21 de mayo de las Cortes de Aragón (art.1).

18. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de Derecho civil. T.I. Vol.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1988. Pág.115.

19. Así, Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de Derecho civil. T.I. Vol.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1988. Pág.115. "Su integración ahora en los ordenamientos autonómicos excede el ámbito constitucional de competencia".

20. La mención a la no prohibición por "la ley personal" es un argumento más de lege data a favor de la consideración de la capacidad de testar en mancomún como una cuestión de fondo.

la cláusula "no lo tiene prohibido por su ley personal" cabe subsumir a un navarro, vizcaíno... o un alemán, austriaco o inglés.

Queda del todo fuera de duda la introducción por el legislador aragonés de una norma de resolución de conflicto de leyes. En una primera aproximación, afirmada la competencia estatal para dictar la normativa relativa a los conflictos consecuencia del sistema plurilegislativo intraestatal, dicho art. 102 debe enjuiciarse inconstitucional por infracción del título competencial del 149.1.8 CE..

Una vía jurídica para salvar su constitucionalidad cabe residenciarla en el pronunciamiento que el TC, máximo intérprete de la Constitución (art.1 LOTC 2/1979), efectuó en STC 156/1993, 6 de mayo[21]. En la misma se lee en su fundamento 3º:

"La Norma fundamental -siguiendo en esto el precedente del art.15.1 de la constitución republicana- optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de legislación general, ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es una materia enteramente sustraída por el art.149.1.8ª a la acción normativa de las Comunidades autónomas y atribuida "en todo caso" a la legislación del Estado. Las disposiciones de las Comunidades autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar

21. Dicho recurso de inconstitucionalidad, a instancia del Presidente del Gobierno, conoció de la constitucionalidad del art.2.1. de la Compilación del Dereho Civil de Baleares cuyo texto íntegro rezaba:

"Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas"

El fallo consideró inconstitucional el inciso "y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil".

-en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación- lo establecido en la normativa dictada por el Estado."

En la medida que el art.102 de la L.1/1999 reitera la solución que cabe inferir del 9.1. y 9.8 (segundo inciso) del título Preliminar del Cc, que prescribe la aplicación de la ley personal, y por tanto la calificación como cuestión de fondo de lo relativo a la capacidad para testar mancomunadamente[22], sería plenamene constitucional el art. 102 examinado.

La concurrencia de la vecindad civil aragonesa se plantea en el momento del otorgamiento. El posible conflicto móvil, consecuencia del cambio de vecindad civil, deber resolverse según lo establecido por el segundo inciso del art.9.8.Cc[23]. De manera que será válido el testamento mancomunado si en el momento de otorgarse los disponentes son capaces secundum su ley personal; pero deberá acomodarse en materia de legítimas a la ley sucesoria: "ello es lógico pues el contenido del testamento se encuadra forzosamente en el ámbito de la ley sucesoria"[24].

Uno de los aspectos que no suele ser objeto de tratamiento doctrinal, siendo de observado tratamiento jurisprudencial, es el relativo al derecho transitorio o los conflictos que genera la aplicación de la ley en el tiempo. Salvo aquellos excepcionales supues-

---

22. ZABALO ESCUDERO, Mª E.: op. cit. pág. 6362.

23. Art.9.8 Cc, inciso segundo: "Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última (ley personal del causante en el momento de su fallecimiento)".

24. ZABALO ESCUDERO, Mª E.: op.cit, pág.6363.

Ley sucesoria que dado el carácter personalista que la sucesión mortis causa tiene en el derecho español opta como punto de conexión: el de la nacionalidad, punto de conexión que además permite la universalidad y unidad del régimen sucesorio. Y ello, frente a la localización, propia de regímenes patrimonialistas a favor del último domicilio del finado, o en su caso, el lugar de situación de los bienes inmuebles.

tos en que la norma nace con el establecimiento de un término de vigencia (lex ad tempus), suele ser ordinario que el legislador promulgue normas de vigencia indefinida. El conflicto se plantea cuando la mutabilidad, que es constitutiva de la naturaleza del Derecho, lleva a que una nueva normativa afecte a relaciones o situaciones jurídicas, o sus efectos, nacidos al amparo de regulaciones anteriores. Ante ello cabe dos soluciones: establecer una regulación específica que trate de las situaciones intertemporales, u optar por el mantenimiento de la aplicación de las soluciones jurídicas anteriores a los supuestos nacidos bajo su vigencia (con la consiguiente irretroactividad de la lex nova) o la retroactividad, en sus diversos grados[25], del nuevo derecho.

Fue el Apéndice de 7 de diciembre de 1925 (en vigor a partir del 2 de enero de 1926) el primero en introducir una regulación de derecho intertemporal. La disposición transitoria única rezaba: "La aplicación de lo estatuido en este Apéndice a hechos o actos anteriores a la vigencia del mismo se regirá por las disposiciones transitorias del Código Civil". Nos encontramos, por tanto, ante una remisión al derecho común, que en nuestro objeto de atención quedaba determinada en la disposición transitoria segunda, de dicción larga y difícil[26]. En la misma se lee: "2.ª Los actos y contra-

25. En este sentido, la doctrina clásica vino a diferenciar: una retroactividad de grado mínimo (la nueva ley se aplica sólo a los efectos nacidos con posterioridad a al aparición de la nueva normativa); de grado medio (la nueva ley afecta a los efectos no ejecutados aun nacidos bajo la vigencia de la ley anterior); y de grado máximo (quedan afectados tanto la misma relación como los efectos ya conclusos).

En otro sentido, cabe destacar el influjo de la doctrina francesa: ROUBIER, Les conflictos des lois dans le temps, Paris, I, 1929 y II 1933. Defendiendo el "efecto inmediato" en la aplicación de la ley; reduciendo únicamente como supuestos de retroactividad los anteriores grado máximo y medio.

26. Las disposiciones transitorias se incorporaron con posterioridad a la primera edición del Código civil. De las trece transitorias las cinco primeras tiene una aplicación general, las restantes vienen a atender supuestos concretos y especiales; en este sentido la 12ª: "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o

tos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas al testador, y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo."

Una lectura apresurada podría conducirnos a considerar plenamente aplicable dicha DT[26]. 2 al caso de aquellos testamentos mancomunados otorgados antes del Apéndice[27]. Sobre la base de una dicción rigorista cualquier revocación de las disposiciones debería efectuarse según lo preceptuado por el art. 19 del apéndice, precepto que venía a introducir un auténtico "ius novum"[28] en la regulación tradicional del instituto. Frente a libre revocabilidad,

---

sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá conforme al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que corresponda según el Código".

27. La Resolución de la DGRN de 28 de octubre de 1894, vino a corroborar la vigencia de tal facultad de testar con posterioridad a la publicación del Cc, en los siguientes términos:

"El derecho foral Aragonés en la observancia 1ª DE TESTAMENTIS autoriza a los cónyuges a testar bajo la forma mancomunada.

Ante arts. tan categóricos como los 12 y 13 del código civil no es legal estimar derogado precepto alguno del Derecho foral por los del citado Código, siquiera se trate descripción tan terminante y general cual la del art.669 (...)".

Núm.389 y nota (1), p g.78.

28. LORENTE SANZ, J.: "El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés", Primera Semana de Derecho aragonés, Jaca, 1942,p g. 127.

elemento esencial y diferenciador del testamento desde el derecho romano (*deambulatoria est voluntas usque ad mortem*), reconocida en las Observancias[29], el Apéndice, partiendo de la presunción iuris et de iure de la correspectividad de las disposiciones vino a limitarla. De manera que, estando vivos ambos esposos, la modificación se llevaría acabo en testamento conjunto o unilateral con previa notificación por conducto notarial[30]. El cónyuge supérstite no podía, por contra, revocar sus disposiciones salvo renunciando a las liberalidades del premuerto[31].

Los problemas de derecho transitorio vendrían a plantearse en aquellos casos en que ambos testadores vivieran en la fecha de 2 de enero de 1926 o viviendo uno de ellos,éste hubiera aceptado beneficios y liberalidades del premuerto[32]. La jurisprudencia optó, según establecía la DT 2ª Cc por la aplicación de la nueva regulación del Apéndice en materia de revocación. En este sentido, la S. de la Sala de lo Civil de la audiencia de Zaragoza de 30 de julio de 1934[33] y, de forma especialmente elocuente, la S. de 24 de marzo de 1952[34].

---

29. OBERVANCIA 1ª DE TESTAMENTIS: "Si vir et uxor simul condiderint testamentum suum,..., superstes quatenus tangit bon sua potes illud mutare".

30. Art.19 Ap.: "El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado, no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de Notario al otro cónyuge.

31. Art. 19.2 Ap.: " Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado."

32. Vid. TEIXEIRA GRACIANETA, A.: "El Testamento mancomunado aragonés". ADA XII, 1963-1964,págs. 159.

En los supuestos de haber fallecido ambos, el testamento habría producido íntegramente sus efectos y no cabría revocación al no existir ninguno de los disponentes; en el caso de viudo supérstite que no hubiera recibido ninguna liberalidad, o la hubiera renunciado, pues sería perfectamente revocable según lo establecido en el apéndice.

33. En ella se lee: " Que estando perfectamente ajustadas a derecho las razones aducidas en la sentencia apelada, porque en ella se estima, como legislación aplicable al testamento que otorgó M.O.S. ante Notario el 21 de Enero de 1926, las disposiciones del Apéndice foral aragonés, que comenzó a regir el 2 de enero de aquel año, el que

Frente a este homogéneo pronunciamiento jurisprudencial, la doctrina foralista vino a manifestarse en bloque contraria[33]. Partió

---

estatuye en el en el art.19 normas para la modificación o revocación del testamento mancomunado (...), por lo que habiéndose demostrado en autos que la testadora había otorgado mancomunadamente con su esposo A.C. otro testamento en 7 de Noviembre de 1918 en el que se concedía a dicha señora determinados beneficios y no habiendo tenido en cuenta M.O.S. al otorgar su nueva disposición testamentaria,..., los requisitos que establece el mencionado art.19, es indudable que dicho testamento de 1926 es originariamente nulo".

Sentencia extraída de VALENZUELA LA ROSA y SANCHO, El Apéndice foral Aragonés a través de la Jurisprudencia, pág. 389.

34. CONSIDERANDO 3§: "Que si bien es cierto, como sostiene la parte apelante, que conforme a la legislación anterior al Apéndice los testamentos mancomunados, como el que nos ocupa, eran reformables en todo momento por cualquiera de los otorgantes, sin limitación ni traba alguna; no lo es menos que el hecho de que uno de los otorgantes, don J.B. falleciera en 1936, vigente ya dicho cuerpo legal, y que la modificación se otorgara por su viuda muy posteriormente, en 1940, obliga a examinar tal problema a través de las disposiciones transitorias del Código Civil, totalmente aplicables al territorio aforado, conforme a la transitoria única del Apéndice. Y habida cuenta que de acuerdo con la disposición 12 la herencia de los fallecidos después de la vigencia del Apéndice, sea con testamento o sin él, se ajustará a sus disposiciones y que conforme a la 2ª, son válidos los testamentos otorgados con anterioridad de acuerdo con las normas precedentes, pero la modificación o revocación de los mismos realizadas después de regir el Apéndice, habrá de ajustarse a sus disposiciones; es de evidente claridad que el testamento de la Sra. G.V. para que pudiera modificar el mancomunado tendría necesariamente que haberse ajustado a los preceptos, garantías y limitaciones señaladas en tan citado cuerpo legal. Y no habiéndose acreditado en el juicio que la testadora renunciara a los beneficios que le concedió el mancomunado sobre los bienes de su difunto esposo, ni cumpliera los requisitos exigidos en el art. 19 del Apéndice, su disposición testamentaria unilateral no pudo derogar la mancomunada respecto de los bienes existentes al momento de la disolución del matrimonio.

35. Vid. LORENTE SANZ, J.: "El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés", Primera Semana de Derecho aragonés, Jaca, 1942,pág. 148 y ss. Y ello con el argumento de justicia material de que:

"Desde el punto de vista del derecho constituyente bastará considerar que si los testadores hicieron una disposición mancomunada, creyendo que cada uno podría revocarla unilateralmente con entera libertad, sin tener que notificar ni renunciar a nada, bajo un ordenamiento para el cual las voluntades de los testadores no eran correspectivas, sería una teoría peligrosa el sostener que, a partir de una fecha dada, dichas voluntades fueran interdependientes y la revocabilidad estuviera fuertemente condicionada"

En idéntica línea LORENTE SANZ, J.: "El testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón". ADA XIV, 1968-1969, pág. 56.

de considerar que la aplicación de la DT. 2ª no era posible al regular un supuesto de hecho distinto a la problemática aragonesa. En esta transitoria se partía de considerar en vigor las formas testamentarias que el propio texto del Código había abrogado; de manera que su modificación debería efectuarse sólo a partir de las nuevas formas de testar. El criterio inspirador de la transitoria 2ª sería por tanto el condensado en el adagio latino (*tempus regit actum*) lo que es conocido por la doctrina moderna como teoría de los hechos consumados[36].

El Cuaderno foral[37] no supuso la derogación de una forma mancomunada, sino que mantuvo una institución ya reconocida por nuestro derecho histórico. El supuesto de la revocación de un testamento mancomunado otorgado antes de la vigencia del apéndice debe por ello reconducirse al tema de los derechos adquiridos[38] (LORENTE SANZ). La posibilidad de libre revocación de las disposiciones propias es un derecho que tienen los otorgantes que en el momento de expresar sus últimas voluntades les era recono-

---

Vid. TEIXEIRA GRACIANETA, A.: "El Testamento mancomunado aragonés". ADA XII, 1963-1964,pág. 160.

Vid. LORENTE SANZ y MARTIN BALLESTERO: La Norma en el Ordenamiento jurídico Aragonés, ADA, 1944.

Vid. IBAÑEZ CEREZO, Aurelio: El testamento mancomunado. SSDA, Jaca, 1943, pág.356.

36. Delimitada por FERRARA: "todo hecho jurídico, sea suceso casual o acto jurídico, está regulado, tanto en sus condiciones de forma y de sustancia, cuanto en todos sus efectos (pasados, presentes, futuros), por la ley vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado, salvo que la ley nueva quiera en mayor o menor medida excluir la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico".

37. Nombre con el que fue conocido el Apéndice de 7 de diciembre de 1925, por parte de cierto sector doctrinal (MONEVA Y PUYOL, Juan, Introducción al derecho hispánico. Ed. Labor, Barcelona, pág.34 y LORENTE SANZ, op.cit.pág.129)

38. Ya la Resolución de la DGRN de 17 de octubre de 1939 decía obiter dicta: "Las innovaciones del Apéndice, restrictivas de la libertad de testar, no son aplicables al testamento otorgado de mancomún por la causante y su marido porque, independientemente de lo estatuido respecto a la irretroactividad de las variaciones legales que perjudiquen derechos adquiridos..."

cido por el ordenamiento jurídico en vigor. La incertidumbre en el campo de la seguridad jurídica se plantea a la hora deslindar derechos y no las meras esperanzas o expectativas; sólo los primeros estarían a salvo de la retroactividad[39]. La doctrina italiana, Gabba[40], precisó: "Los derechos adquiridos son la consecuencia de un hecho idóneo para producirlos bajo el imperio de la ley en que el hecho fue realizado, y que si bien no se hicieron valer bajo el imperio de aquella ley sin embargo entraron en este tiempo a formar parte del patrimonio de la persona".

Por todo, la remisión efectuada por la disposición transitoria única en los supuestos de revocación o modificación de las disposiciones propias de un otorgante debería entenderse hecha, no al número segundo del Cc, sino mejor al primero: DT.1ª "Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen".

El texto de la Compilación vino ya a establecer un tratamiento específico de las cuestiones de derecho intertemporal. Respecto de esta materia, se lee en la disposición transitoria Sexta: "las normas sobre renovación o modificación unilateral del testamento mancomunado (artículo 97) sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia". Con ello se vinieron a aceptar los pronunciamientos defendidos por los foralistas de manera unánime, optando por la plena irretroactividad de la Compilación en esta materia. De forma que dichos testamentos, otorgados de 2 de ene-

39. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos.... T.I, Vol. I.pág.251.

40. Vid. GABBA, Teoría della retroattivitá delle legi, 4 vols, 3ª ed. 1891-99. Traducción de LACRUZ BERDEJO: op.cit.

ro de 1926 al 1 de mayo de 1967 (entrada en vigor de la Compilación), se continuarían sometiendo íntegramente a los postulados del Apéndice. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4ª en fecha de 14 de noviembre de 1990[41].

El Derecho transitorio incorporado por la ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999 realiza, en este mismo tema un pronunciamiento explícito. Se trata de la disposición transitoria Octava, cuya literalidad expresa: "Las normas de la presente Ley sobre modificación o revocación de los actos por causa de muerte o de cualquiera de las disposiciones contenidas en ellos serán aplicables desde su entrada en vigor aunque los actos que se modifican o revocan se hubieran otorgado con anterioridad"[42].

Con ello el legislador ha dado un giro de política legislativa a la normativa de la Compilación (DT. 6ª), y a la defensa doctrinal en esta materia de los derechos adquiridos por los disponentes, siendo difícil que esta normativa tenga virtualidad respectos tes-

---

41. Fundamento Jurídico PRIMERO: "Conforme a lo dispuesto por la disposición Transitoria Sexta de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, las normas aplicables a la revocación o modificación del testamento mancomunado otorgado por los cónyuges Dª y Dª el 21 de marzo de 1958 son las del Apéndice al Código Civil, de 7 de diciembre de 1925, vista la fecha de dicho otorgamiento y el principio de absoluta irretroactividad que sienta dicho precepto legal, cuya claridad literal descarta la interpretación propuesta por la parte apelante en apoyo de la aplicación al caso planteado del art.97 de la Compilación. En consecuencia, ha de estarse al art. 19 del mencionado Apéndice..."

42. Previamente se declara la absoluta validez de los negocios mortis causa celebrados de acuerdo a las legislaciones anteriores a la L.1/1999 en la disposición transitoria Segunda 1.: "Conservarán su validez los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella".

Incluso llega a incorporarse un supuesto de sanación en el párrafo segundo de dicha transitoria: "También serán válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes de la entrada en vigor de esta ley que lo sean conforme a ella , aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca estando esta Ley en vigor".

tamentos mancomunados regulados por el imperio de la Observancia 1ª De Testamentis, los cuales deben de tener como fecha de otorgamiento una cierta anterior al 2 de enero de 1926. El supuesto de mayor aplicación de esta innovadora DT.8ª residirá en los testamentos mancomunados dispuestos entre el 2 de enero de 1926 y el 1 de mayo de 1967, interregno de vigencia del Cuaderno foral. Con ello posiblemente se ha buscado acabar con la línea restrictiva del art.19 en materia de revocación unilateral por el sobreviviente a partir de la presunción iuris et de iure de interdependencia de las declaraciones de voluntad, cuyo fundamento, lejos de residir en nuestro derecho histórico, debe residenciarse no en una opción de política legislativa sino en una mala traducción y toma de conocimiento del derecho alemán, el cual, erróneamente, se pretendió imitar[43]. De esta manera el actual legislador pretende borrar los efectos perniciosos que dicha regulación pudiera plantear, entendiendo que la voluntas legislatoris de 1925 (evitar el fraude de la revocación unilateral) queda plenamente conseguida a través de la nueva normativa.

LAS FORMAS TESTAMENTARIAS Y LA MANCOMUNIDAD.

Caracteriza al testamento, a diferencia de otros negocios jurídicos, el ser de naturaleza formal y no meramente consensual. El art.92.2 LS 1/1999 lo dice así: "El testamento es un acto solemne, en cuyo otorgamiento han de observarse las formalidades previstas en la ley" (en igual sentido: art.687 Cc y, para el cerrado específicamente: art.715 Cc[44]). La forma no es un mero requisito ad probatio-

43. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.; Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge, y viudedad universal. ADA, XII, pág.351.

44. Art.687 Cc "Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo".

Art.715:" Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección (...)".

nem sino ad validitatem o ad solemnitatem[45]. Con ello se rompe el carácter básicamente consensualista del ordenamiento jurídico español. Dentro del derecho histórico castellano tuvo entrada el principio espiritualista a partir de la ley única del Título 16 del ordenamiento de Alcalá por el cual se vino a modificar Las Partidas[46]. Hoy halla plasmación en el art.1278 Cc[47], en concordancia con el art.1261 Cc, que no lo incluye en los requisitos del contrato.

En este principio consensualista alcanza su fundamento uno de los pilares del derecho aragonés: el de la libertad civil formulada en el principio del standum est chartae (art.3 Comp.). Principio que en el derecho histórico hunde sus raíces en la observancia 16 *De fide instromentorum* de "estar y juzgar a la carta y según lo que

---

45. Con ello se busca una mayor seguridad en la prestación del consentimiento y un reforzamiento del mismo; exigiéndose: en el matrimonio (art.49), en la donación de bienes inmuebles (art.633), las capitulaciones (1327), sociedad civil con aportación de inmuebles (1667), hipoteca inmobiliaria (1875)...

46. Dicha ley establecía "sea valedera la obligación o el contrato que fueron hechos, en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con él".

47. 1278 Cc "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez". La referencia al contrato como negocio jurídico bilateral inter vivos del 1278 Cc es extensiva a cualquier negocio jurídico ya que nuestro Código carece a diferencia del BGB alemán heredero de la tradición científica de la pandectística, de una regulación dogmática de carácter general del negocio jurídico.

En este sentido el deber de constancia en documento público impuesto por el 1280 Cc queda matizado y limitado por lo establecido por el precedente 1279, según el cual si "ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

VID. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de derecho civil, T.I, Vol.3º, Bosch, Barcelona, 1990. Págs.190-194.

LACRUZ BERDEJO; Op.cit., T.II, Vol.1º, Bosch, Barcelona, 1994. Págs.428-436.

en ella se contiene, salvo que haya en ella algo imposible o contra el derecho natural"[48].

En cuanto a las formas solemnes de manifestación de las últimas voluntades, el art. 94 LS expresa: "Forma de los testamentos. 1.El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas, y el unipersonal pueden revestir cualquier forma común, especial o excepcional, admitida por la ley". De esta manera, como hacía el art.94.2 Comp.[49], se efectúa una remisión al derecho común (arts. 676 y ss. Cc). El problema, con el que no contó el legislador de la compilación ni el del Apéndice fue que dichas formas testamentarias del Cc parten de la admisión exclusiva del testamento unilateral. Por ello la L.1/1999 ha venido a regular las especialidades que la mancomunidad puede plantear sobre dichas formas[50].

En este sentido, viniendo a solucionar múltiples interrogantes acerca de su posibilidad, el art. 96 admite y regula el mancomunado ológrafo. En derecho comparado, las regulaciones positi-

48. En otros ordenamientos forales se encuentran idénticas formulaciones, como en el caso del Fuero General de Navarra y su "paramiento fuero vienze". Hoy en la ley 7 del Fuero Nuevo.

En tema de forma, sin embargo, el Fuero Nuevo a diferencia del Cc (que en el 1279 opta por una presunción de forma ad probationem) establece en la ley 18.3 que "en los casos en que esta compilación exija cierta forma, se considerará de solemnidad".

49. 94.2 Comp: "El testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, en tanto aquél sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes".

El Apéndice de 1925 no incluía ninguna disposición en esta materia, implícitamente quedaban admitidas las formas comunes y especiales por lo dispuesto en el 17.3: "Los Notarios, Oficiales, Capellanes, Facultativos y Subalternos de Ejército, los Contadores de naves de guerra, los Capitanes de buques mercantes, los Agentes diplomáticos y consulares y cuantos funcionarios deben intervenir en otorgamientos testamentarios, admitirán el mancomunado de los cónyuges aragoneses y cumplirán las obligaciones que les imponen las disposiciones testamentarias.

50. En este sentido se pronuncia la Exposición de motivos en su apartado V.

vas van desde su admisión como es el caso de los arts.2265 y 2267 BGB, al más expreso rechazo (ley 199 FN.navarro, el art.49 Comp. País Vasco). En principio son múltiples los problemas que la admisión de forma ológrafa plantea con la mancomunidad, más aun cuando la ología del Cc supone la sola existencia de un testador en un instrumento, y en Aragón la ología es extraña a su derecho histórico[51].

El Cc configura la forma ológrafa en torno a tres requisitos fundamentales de ejecución (atrs. 678 y 688.2 Cc): escritura de mano del disponente, firma del testador y fecha (no hora) de otorgamiento, añadiendo uno de capacidad (art.688.1Cc): por personas mayores de edad -frente a los catorce años exigidos por el art.663 Cc.-.

Este último requisito de capacidad viene a ser reiterado en la nueva ley de Sucesiones; así el art.93.2: "Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad". Con ello se excepciona esta forma testamentaria del criterio general del párrafo primero de dicho artículo que sostiene el doble requisito de los catorce años y capacidad natural. Este requisito de edad debe cumplimentarse en ambos testadores como requisito de capacidad de testar (art.93.3 LS). Si bien la nueva ley se pronuncia[52] a favor del testamento mancomunado en cualquier forma especial o excepcional si concurren las circunstancias requeridas en uno de los testadores[53].

---

51. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Un dictamen y dos sentencias, RCDI, 1969, págs.1623 y ss.

52. Ello de acuerdo con el derecho comparado; en especial el alemán, la ley 199 de la Compilación navarra y la ley del Estatuto de la explotación familiar agraria de 24 de diciembre de 1981.

53. Con ello se acaba el debate de la doctrina foral acerca de la necesidad de su concurrencia en ambos o uno sólo de los testadores. Polémica que se venía planteando principalmente a raíz de la variedad testamentaria ante párroco (abandonada por la nueva ley de Sucesiones, párrafo V apartado segundo; pese a la discordancia de autores como Merino Hernández). Dicha forma recogida en el art.91 Comp. establecía el

Queda a interpretación del operador jurídico si la referencia a la mayoría de edad del art.93.2 LS, incluye la particularidad foral del art. 4 de la Compilación ("tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio"). Por juego de este artículo 4 cabría que un aragonés mayor de catorce años tuviera la consideración de mayor de edad; si contrajo matrimonio por dispensa del juez concurriendo justa causa (arts.46.1 y 48.2 Cc[54]). La doctrina del derecho común en estudio del 688 Cc (que emplea idéntica expresión de "mayores de edad") opinaba que tal referencia debía entenderse a favor de los dieciocho años cumplidos. Son esclarecedoras las palabras del profesor LACRUZ[55]: "Por mayor de edad ha de entenderse aquí, estrictamente, el mayor de dieciocho años, sin la inclusión de los emancipados o habilitados de edad. En efecto, las finalidades de la emancipación y la habilitación[56], dirigidas al tráfico inter vivos, no juegan ningún papel en materia testamentaria, donde además

---

requisito de inminente peligro de muerte, como también lo hace el art. 700 Cc para la forma extraordinaria del testamento abierto. Siendo discutido si tal peligro debía concurrir en un sólo de los cónyuges o en ambos. A favor de la respuesta cumulativa se pronunciaban autores como LORENTE SANZ ("El testamento mancomunado en la Compilación..., op.cit. pág.44; pronunciándose especialmente para el testamento militar) o TEXEIRA (op. cit., pág.89: ante párroco; pág.94: para el militar). Otro sector, encabezado por MERINO HERNANDEZ opta por la única exigencia de concurrencia en uno de los disponentes, si bien condicionando su razonamiento en gran medida al carácter de cónyuges de los disponentes: "Más que impedir la mancomunidad habría que aconsejarla: en los momentos de grave riesgo para la vida es cuando con toda seguridad, la persona necesita más que nunca de la asistencia de quien con ella ha compartido la mayor parte de su existencia"-referido al testamento ante párroco-.

Vid. MERINO HERNANDEZ, J.L.: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo. T.XXXIV. Vol.1º. EDERSA 1987.

54. Art.46.1º "No pueden contraer matrimonio:

1.1 Los menores de edad no emancipados.

Art. 48.2 " El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos (...) de edad a partir de los catorce años."

55. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de derecho civil, T. V, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pág.206.

56. Art. 323. 1 y 3 Cc.

puede otorgar testamento notarial el mayor de catorce años: y, por otra parte, las razones por las que se ha limitado la testamentifacción a los dieciocho años de edad cumplidos apuntan precisamente a las cualidades que se suponen adquiridas con la edad, y no a la extinción de la patria potestad o tutela".

Sin embargo, una visión integradora del ordenamiento jurídico aragonés parece aconsejar que la referencia a la mayoría de edad integra los supuestos del artículo 4 de la Compilación. La justa causa del art.48.2 del Cc, para las dispensa del impedimento de edad, lleva de suyo la necesidad de ponderar precisamente en el sujeto la adquisición de aquellas cualidades que normalmente acompañan al advenimiento de los dieciocho años. De acuerdo con esta opinión, se muestra MARTINEZ CORTES[57].

Quizá para una mejor hermenéutica de esta problemática quepa analizar este punto a la luz de las soluciones que se plantearon a raíz de la Compilación de 1967 en materia de sucesión paccionada. A este respecto el art. 99 Comp. establecía: "1. Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se establezcan, en escritura pública, por mayores de dieciocho años que sean consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias".

En virtud de ello se imponía como requisito de capacidad para otorgar pacto sucesorio, en los supuestos de escritura pública, el ser "mayor de dieciocho años". Fueron muchos los proble-

57. MARTINEZ CORTES, Jesús: Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil. Ed. Librería General, 1999, Zaragoza, pág. 71: "La cuestión de la edad no plantea mayores problemas y bastará estar a lo que resulta del estatuto personal del o de los testadores, así por ejemplo para Aragón el artículo 4 de la Compilación relativo a la consideración de mayores de edad de los menores desde el momento en que contraen matrimonio".

mas de interpretación que planteó dicho artículo[58]. Entre ellos si la referencia a los dieciocho años admite el juego del art.4 de la Comp. o si, por el contrario, la expresa mención de los años constituía una excepción al mismo. La doctrina más autorizada -LACRUZ, CRISTOBAL MONTES, MERINO HERNANDEZ[59]- acogió el segundo pronunciamiento más estricto. Con estas palabras afirma su postura CRISTOBAL MONTES: "se precisará, como criterio diferenciador y adicional, que los otorgantes sean mayores de dieciocho años, no simplemente mayores de edad, como dice LACRUZ, porque en Aragón los menores que contraen matrimonio tienen la consideración de mayores desde ese momento (art.4. Comp.), y, sin embargo, tales mayores de edad no podrán válidamente concluir el pacto sucesorio que se comenta en cuanto por no haber cumplido los dieciocho años carecerán de la capacidad de obrar especial que la ley exige al respecto".

La nueva ley 1/1999, distanciándose de la normativa anterior, opta por exigir a los otorgantes[60] el "ser mayores de edad" (art.63). La utilización de dicha expresión no puede juzgarse de caprichosa, dado que la anterior redacción había justificado doctrinalmente la inaplicación del art.4 Comp.. Con ello se ha producido un giro en la regulación, acorde con la voluntad de una mayor apertura y permisividad. En este sentido, BATALLA CARILLA, comentando la nueva redacción expresa: "Podrán otorgarlos los mayores de edad según la legislación aragonesa. Es decir, los que tengan 18 años o, siendo menores, hayan contraído matrimonio. Se desechó una expresión semejante a la del artículo 4 de la Compilación (tener "la consideración de mayores de edad") para dejar

58. Una buena síntesis de los mismos en MERINO HERNANDEZ, J.L: op.cit. págs. 160 a 164.

59. CRISTOBAL MONTES, Angel: Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón. Vol.3. Pág. 275.

MERINO HERNANDEZ, J.L.: op.cit. pág.164.

60. Al referirse a los otorgantes viene a solucionarse una de las espinosas cuestiones que el art. 99 no llegaba a aclarar. Vid. CRISTOBAL MONTES: op.cit.,pág. 275.

claro que en Aragón no hay dos clases de mayores de edad, los que lo son y los que se consideran"[61].

Ello sirve, a mayor abundamiento y de acuerdo con una interpretación sistemática para entender que la referencia a los mayores de edad del art.93.2 LS debe entenderse también comprensiva de los supuestos del menor de los dieciocho años que contrae matrimonio, es decir del art.4 Comp. Lo contrario supondría la afirmación de una antinomia, ya que con idénticas palabras y una diferencia de treinta artículos (art. 63 y 93 LS) habría cambiado de opinión del legislador.

Respecto a la manera de compatibilizar la autografía, característica del ológrafo, y la intervención de varios disponentes, propia del mancomunado, la doctrina permisiva de tal forma se mostró dividida. Así, Lorente Sanz consideró que la ejecución consistía en la redacción por duplicado de dicho testamento, una por cada disponente, con fecha, y firmados por sendos cónyuges[62]. Otra postura más próxima a la regulación positiva alemana[63], con acogida doctrinal[64] y jurisprudencial[65], optó por considerar suficiente

---

61. BATALLA CARILLA, JOSE LUIS: Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho civil. Ed. Librería General, Zaragoza, 1999, pág.52.

62. LORENTE SANZ, J.: El testamento mancomunado en el apéndice...op. cit. págs.131 y 132. Este criterio se adopta por PALA MEDIANO.

Idem. El testamento mancomunado en la Compilación... op.cit. pág.43.

63. El parágrafo 2267 del BGB establece que "para el otorgamiento de un testamento mancomunado según el parágrafo 2231, número 2 (referente al ológrafo), basta que uno de los cónyuges otorgue el testamento en la forma allí prescrita y que el otro cónyuge añada la declaración de que el testamento debe valer también como testamento suyo. La declaración debe ser escrita y firmada de propia mano, con indicación del lugar y día". Traducción tomada de MERINO HERNANDEZ, op.cit. pág.115.

64. GARCIA VICENTE, Fernando: Actas de los terceros encuentros del foro de derecho aragonés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994. pág.14

65. STS. 14 febrero de 1969, que casa la de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 30 noviembre de 1967, pronunciándose a favor de un testamento redactado íntegramente por el marido, limitándose la esposa a transcribir en la misma hoja lo siguiente:

que uno de los cónyuges redacte de su puño y letra el testamento y el otro declarara tener conocimiento del mismo y su voluntad de testar en mancomún.

La ley de Sucesiones procede a una regulación específica en el art.96 LS: "El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo". Adopta el legislador aragonés la solución del derecho alemán con el requisito adicional de firmar todas las hojas, buscando con ello una mayor garantía del total conocimiento por parte del testador que se adhiere y evitando que éste sea ampliado unilateralmente por el disponente que lo redacta.

LOS TESTADORES.

Ha venido siendo tradicional dentro de nuestro derecho histórico el ceñir la admisión del mancomunado únicamente a los supuestos en que los testadores fueran cónyuges. Así la primigenia regulación positiva, la Observancia 1ª *De testamentis*, hablaba de *vir et uxor*; los ulteriores proyectos de 1899 y 1904, el Apéndice de

---

"es mi última voluntad dejar heredero de todos mis bienes a mi esposo y doy mi conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel". Terminando con mención de fecha y hora, además de firma: "Para que así se cumpla, firmo este testamento, en Jaca, a las veinte horas del día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. Amelia G.M.G."

La integridad del testamento, así como los fallos de la Audiencia y el Tribunal Supremo pueden consultarse en: LACRUZ BERDEJO, J.L.: Un dictamen y dos sentencias, op.cit.

1925, y los anteproyectos previos a la Compilación como ésta misma aludían a los "cónyuges"[66].

No obstante, el pronunciamiento de la Observancia no deja de ser confuso en este punto y aunque en la doctrina antigua autores como Lisa y Sessé[67] se refieren siempre al otorgamiento por cónyuges, otros como Portolés[68], bajo la denominación de consortes parecen incluir sujetos extraños al vínculo matrimonial. Así

---

66. La Memoria y Adición a la memoria de FRANCO Y LOPEZ redactadas según el RD: de 2 de Febrero de 1880, en su art. 62 decía "Los cónyuges podrán otorgar testamento en un mismo instrumento o acto, o en distinto (...)".

El Congreso de jurisconsultos aragoneses celebrado en Zaragoza del 4 de noviembre de 1880 al 7 de abril de 1881 llegó a la conclusión de que debía "conservarse la facultad de testar en un sólo acto marido y mujer, disponiendo cada uno de sus respectivos bienes". Vid. COSTA, Joaquín; La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses. ED. Guara, 1981; pág.106.

Proyecto de Ley de 14 de Mayo de 1899 o Proyecto Ripollés, art.49:"Los cónyuges podrán otorgar última voluntad en un mismo acto...".

Proyecto Gil Berges de 5 de febrero de 1904, art.246: "Los cónyuges pueden en Aragón testar juntos en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho mutuo, ya en beneficio de tercero...".

Apéndice foral aprobado por RD. De 7 de diciembre de 1925, Art. 17: "Valdrá el testamento mancomunado que cónyuges aragoneses otorguen en provincias españolas..."

Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1961, Art.. 47. Testadores. Forma: "Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, incluso fuera de Aragón (...)".

Idéntica redacción tuvo el Art. 47 del Anteproyecto de Compilación de julio de 1962, y el de julio de 1963, el cual únicamente varió la numeración (nuevo Art.43). Ello se mantiene en el anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación de mayo de 1965 y mayo de 1966, salva ser situados en los arts 93 y 94, respectivamente.

La Compilación de 1967, siguiendo el anteproyecto del pleno de la Comisión General de codificación, posterior proyecto de ley, Art.49 "1. Los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón".

67. LISSA. Tyrocinium Jurisprudenciae forensis Cesaragustae, 1788. Libro II , Tit. XVII.

SESSE. Decesionum sacri senatus regii Regni Aragonum et en domini iustitias Aragonum causarum civilium et criminalium, 1624, Tomo III.

68. PORTOLES. Tractu de consortibus eiusdem rei fideicomiso legali, año 1619.

Teixeira[69] viene a sostener que cuando Portolés estudia el consorcio foral y la posibilidad de enajenar los consortes su cuota mediante testamento de todos ellos (los consortes), dicha expresión engloba a todos los que lo componen. Este criterio amplio fue sostenido en pronunciamiento de la Dirección general de los Registros y el Notariado. Así la resolución de 28 de octubre de 1894, en la que se instituían mutuamente herederos universales "con libre y absoluto dominio" dos hermanos[70], y el propio TS en sentencia de 28 de Mayo de 1912, en la que el objeto procesal giraba en torno a la interpretación de testamento otorgado por una madre y su hijo.

En el mismo sentido de admisión se decantó la práctica notarial. Así BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA dice: "Nosotros podemos afirmar y acreditar documentalmente que en Aragón se da, hasta finales del siglo XIX, la práctica de testamentos mancomunados otorgados por personas que no están unidas entre sí por vínculo matrimonial. Esta práctica, no habitual aunque no excepcional, se debe indudablemente a la libertad de hacer en Aragón todo aquello que la ley no prohíba"[71]. Más aún, dicha autora habla de que la regulación limitativa a los cónyuges introducida y mantenida a partir del Proyecto de Franco y López de 1880 y 1893 resulta "sorprendente" al no responder a la tradición histórica y ser ilógica "al ponerla en relación con la normativa del art.98 de la Compilación que mantiene la validez del testamento mancomunado en los casos de nulidad, divorcio y separación salvo las liberalidades y disposiciones correspectivas otorgadas en aquel que devienen ineficaces". De manera que puede sobrevenir un testa-

69. TEIXEIRA GRACIANETA; op.cit. pág. 65.

70. Vid. RIPOLLES Y BARANDA, op. cit.Jurisprudencia civil de Aragón, T.2, Zaragoza, 1897. Pág.282.

71. BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, Elena. Tesis doctoral "El Testamento Mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad". Colección El Justicia de Aragón, nº 6, 1997. Merece la pena detenerse en la enumeración de protocolos reseñados en las págs. 109 a 114.

mento mancomunado donde los disponentes no gocen de la condición de cónyuges.

Sin embargo, la exigencia de conyugalidad ha sido ligada estrechamente a la propia justificación de la existencia del testamento mancomunado. Así Binder dijo que "la necesidad de disponer mancomunadamente corresponde a la esencia del matrimonio como una comunidad total de vida y de voluntades, que legítimamente trata de hacerse valer para después de la muerte". Igualmente Teixeira lo justifica diciendo: "Un testamento mancomunado, tratándose de cónyuges de buena fe, ahorra complicaciones, economiza gastos y puede ser un signo más de la armonía y acuerdo con que en todos los actos de su vida proceden quienes, para hacerlo así, contrajeron matrimonio. Estas razones no se dan propiamente, o por lo menos en la misma extensión, en otros casos de otorgantes de mancomún que la historia de esta institución conoce".

La nueva normativa ha abandonado la restricción al ámbito de los cónyuges, ampliando con ello las posibilidades de juego de la institución[72]. Ello parece motivado en la necesidad de contemplar por parte de la legislación positiva nuevas formas de "familia" no constituidas a partir del vínculo matrimonial: las reconocidas como parejas de hecho. No obstante la posterior y próxima ley de parejas estables no casadas (L.6/99,de 26 de marzo) contemplaba esta facultad[73], reiterando lo obvio[74].

---

72. Ello no es genuino del testamento mancomunado; así institutos como la fiducia individual experimenta su extensión a terceros con los que el causante no se haya ligado por vínculos de conyugalidad.

73. Artículo 15.- Testamento Mancomunado.

Los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la ley sucesoria aragonesa.

74. No deberá esperarse al transcurso de los seis meses tras la publicación de la ley 6/99, bastando la entrada en vigor de la ley de sucesiones 1/99 (el 23 de abril de 1999), para el ejercicio por las parejas estables no casadas de su posibilidad de testar en mancomún, otorgar pactos sucesorios o conferir fiducia. Así DELGADO ECHEVERRÍA, Ley de Sucesiones. Comentarios breves.", op.cit.

LA CORRESPECTIVIDAD Y EL PROBLEMA DE LA REVOCACION DEL TESTAMENTO MANCOMUNADO.

Han venido predicándose como caracteres del testamento el ser un negocio jurídico mortis causa[75], unilateral, consistente en una declaración de voluntad no recepticia, formal o solemne, personalísimo y esencialmente revocable[76]. Pero de esta serie de notas algunas no son predicables o deben ser atenuadas a la hora de describir el testamento mancomunado. Así ocurre con la unipersonalidad ya que lo característico del mancomunado aragonés es precisamente la dualidad de últimas manifestaciones que son formuladas en un único instrumento. Igualmente ocurre respecto a la unilateralidad, según la cual sólo participa en la confección del testamento una única voluntad, sin una contraparte a la cual vaya dirigida la declaración: viene a romperse en el testamento mancomunado donde la bilateralidad puede dar lugar a disposiciones testamentarias interdependientes, condicionadas o correspectivas, correspectividad de ciertas disposiciones que lleva a matizar la esencialidad de la revocación de las disposiciones testamentarias. Ha sido la plena revocabilidad, la nota que ha servido para dife-

---

75. Parece más correcto en purismo dogmático el calificarlo de negocio jurídico y no de acto, como viene siendo tradicional en la legislación. Verbigracia el art.667 Cc "el acto por el cual una persona..." o el actual art.91 LS en sus párrafos segundo y tercero "2. El testamento unipersonal es el acto (...); 3. El testamento mancomunado es el acto (...)".

En este sentido, tras los trabajos de la pandectística alemana, suele distinguirse desde una visión metodológica entre actos jurídicos en sentido estricto y negocio jurídico dentro de los hechos jurídicos humanos o voluntarios. Los primeros, actos jurídicos en sentido estricto, se distinguen en la medida que "sus efectos se atribuyen ex lege con independencia de que el sujeto que lleva a cabo el acto los persiga o no". Por contra en el negocio jurídico, "los efectos se producen ex voluntate, no en el sentido de que no se deriven también de la ley, sino en el que ésta los provoca porque así lo quiere precisamente el sujeto y en la medida en que, según se deduce de su declaración, son perseguidos por éste".

LACRUZ BERDEJO, J.L.: op.cit. T.I, Vol. 3º, págs 133-134.

76. LACRUZ BERDEJO, J.L.: op.cit.,T.V, pág.182

renciar dos modos de delación del patrimonio hereditario: el testamento y los contratos o pactos sucesorios[77].

Allí donde se admiten ambas figuras jurídicas el testamento mancomunado viene a plantearse como un *tertius genus* a medio camino entre la revocabilidad del testamento unipersonal y la irrevocabilidad del pacto sucesorio. Como analizaremos ulteriormente, en principio, viviendo ambos disponentes cabe predicar la plena revocabilidad de las disposiciones, ya sea de forma unilateral o conjunta. Mas producido el fallecimiento de alguno de ellos, y tratándose de disposiciones correspectivas del supérstite son, salvo pacto en contrario, irrevocables (admitiéndose su modificación sólo en los supuestos de las causas que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, con lo que de lege data, ya viene a establecerse cierta equiparación entre pactos y testamentos mancomunados con disposiciones interdependientes).

El problema de la revocación o modificación, por tanto, constituye el núcleo del testamento mancomunado, núcleo que debe plantearnos si nos encontramos ante una institución jurídica que cabe encuadrar como especie dentro de un género (el testamento) o si, por el contrario su propia especificidad acaba desbordando la categoría testamentaria. Ello dependerá, como ocurre tantas veces en Derecho. de dónde se pongan los límites definidores de la institución testamentaria y, sobretodo, de la flexibilidad que adopten los mismos. Ya Benito Gutiérrez señaló para oponerse a la recepción de este instituto que "es preciso evitar que renazca la diversidad de jurisprudencia, que ha existido sobre la cuestión de si muerto uno de los testadores podía ser revocado el testamento por el sobreviviente. Permitir su revocación es violar la fe de la reciprocidad; declararle irrevocable es cambiar la naturaleza del testamento, que ya no sería un acto de última voluntad. Hay, pues, ne-

77. LACRUZ BERDEJO, J.L.: op.cit., T.V, pág.328.

cesidad de prohibir una forma incompatible o con la buena fe o con la naturaleza de los testamentos".

De lege data, el legislador aragonés de 1999 ha optado por considerar que el mancomunado no es más que una especie de testamento junto con el unipersonal. Así el artículo 2 LS, referido a los modos de delación reza: "1. La sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la ley". Más explícito, el siguiente artículo 3, que es una manifestación del principio de libertad civil en materia de sucesión voluntaria, establece: "El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio standum est chartae".

En el primero de los preceptos citados, encontramos referencia únicamente a una categoría: el testamento, y en el segundo la explicación de que dentro del mismo se incluyen el individual y el mancomunado[78]. Por último el art.91 LS, dentro del Título III "De la sucesión testamentaria", bajo la rúbrica "tipos de testamento" especifica dos: el unipersonal y el mancomunado. Pero el hecho de que no se considere un tertius genus entre las posibilidades de disponer la sucesión voluntaria, no impide que el legislador haya desconocido la diferente naturaleza de ambas posibilidades de testar. Precisamente para resaltarlo los párrafos segundo y tercero del art.91 contraponen la esencial revocabilidad del testamento unilateral frente a la natural del mancomún. Conduciendo a que lo que en otros ordenamientos es elemento constitutivo del testamento, su libre revocabilidad, en Aragón sólo cabe predicarlo del unipersonal.

78. Ello en coherencia con la regulación de la Compilación cuyo Título II "De la sucesión testamentaria", del Libro II "Derecho de sucesión por causa de muerte", incluye el testamento mancomunado en el Capítulo III.

Lo anterior aboca, y de lege data subyace, a discutir si tal forma de disponer no pasa por ser un fenómeno sincrético de testamento y pacto sucesorio[79]. Acercamiento que tiene su m s pleno sentido a raíz de la distinción de tipologías dentro del testamento mancomunado. Así afirma GARCIA VICENTE: "Hay tres tipos de testamento mancomunado. El primero, cuando dos personas acuden al notario y testan a la vez. Uno a continuación de otro. En ese caso el vínculo es meramente formal. Un segundo tipo se da cuando los dos testan al mismo tiempo, disponiendo en muchos casos sobre el mismo patrimonio, pero sin vincular lo que uno dispone a lo dispuesto por el otro. La tercera forma de testar mancomunadamente se da cuando hay correspectividad; de forma que cualquiera de los testadores no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición"[80]. Con ello viene a diferenciarse entre los *testamenta merae simultanea*, los cuales surgieron a raíz de un privilegio de forma, frente a la necesidad del testamento romano clásico de expresar cada sujeto sus últimas voluntades en un instrumento.

Nuestro derecho histórico ha venido a conocer distintos tratamientos de la posibilidad de revocar las disposiciones mancomunadas, acercando el particular instituto a caracteres más propios del testamento (la libre revocación, pues *deambulatoria est voluntas*) o del pacto sucesorio (sobre todo en los supuestos de revocación por parte de los supérstites).

---

79. En este sentido se pronunció MANRESA, criticando a la vez la admisión de tales formas de testar: "Estos testamentos , mezcla informe de disposición mortis causa y de contrato, como en ocasión solemne le llamara un profesor distinguido, eran incompatibles con el principio de la revocabilidad esencial en materia de sucesión testada....". En MANRESA NAVARRO, José Mª.: "Comentarios al Código Civil español con la colaboración de varios jurisconsultos", Madrid, 1932, pág.393.

80. GARCIA VICENTE, Fernando: Actas del Foru... op.cit. pág.9.

La primera regulación[81] se encuentra en la observancia 1ª *De Testamentis*, cuya traducción decía[82]: "Si marido y mujer hacen juntos su testamento, ya sea hablando y disponiendo de los bienes conjuntamente, ya sea hablando cada uno de ellos por su parte, haciendo sus propios legados y otros actos, el superviviente, en lo que atañe a sus propios bienes, puede cambiar el testamento. *Lo contrario ocurre si solamente uno dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro.* Entonces el que consiente no puede contravenir el testamento". Con esto se atiende a la norma consuetudinaria favorable a la plena libertad en la revocación de las disposiciones de última voluntad por parte de los disponentes, aún muerto uno de ellos. El segundo inciso plantea una situación que parece albergar una mayor proximidad con la sucesión paccionada, y, por tanto, se establece el carácter irrevocable de lo establecido. En este sentido se pronunció la doctrina: "Suelves dice que el consentimiento del que permite que otro disponga de sus bienes obtiene fuerza de contrato: del mismo modo se expresa Sesse"[83]. Por tanto si uno disponía y la otra parte se limitaba a consentir, el testamento era irrevocable para éste último; pero no para el disponente que, como verdadero testador, podía revocarlo en

81. Sin embargo ALONSO Y LAMBAN –Las formas testamentarias en la Alta Edad Media, Rev. De Derecho Notarial, 1954 y 1955- se pronunció por la irevocabilidad de los testamentos mancomunados consecuencia de la influencia de antecedentes como las donationes post obitum y reservato usufructo. Esta opinión es aceptada por MERINO HERNÁNDEZ – Comentarios... EDERSA, págs. 120 y 121.-

82. "Si vir et uxor simul condiderint testamentum suum, sive ambo loquantur, et disponant simul, sive quilibet de per se sua legata, et alia faciendo, superstes, quatenus tangit bona sua potest illud mutare,secus si alter eorum tantum disponat seu testetur, et alter non loquatur seu testetur, sed consentiat dispositioni seo testamento ipso per alium, quia consentiens non potest contravenire". Traducción de DELGADO ECHEVERRÍA, Manuel: "Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón", 1991, dirigida por Delgado Echeverría, Jesús.

83. PLANO: Manual del abogado aragonés, por un Jurisconsulto de Zaragoza. Madrid, 1842. En Texeira: El testameto mancomunado aragonés... op.cit.

SESSE: Deccesionum sacri senatus regii Regni Aragonum...op. cit en nota 62.

cualquier momento. Al que consiente simplemente se le aplica el aforismo, según Bages, de que lo que "le agradó una vez no puede desagradarle ya"[84].

En el supuesto de que testaran disponiendo conjuntamente de sus bienes o por separado se establecía la libre revocación (*superster quatenus tangit bona sua potest illud mutare*). No obstante la doctrina amplió certeramente la restrictiva literalidad contemplada en la redacción de la Observancia. Por una parte, ésta hablaba únicamente del sobreviviente, siendo lógico entender que la libre revocación podía darse también vivos ambos disponentes[85], ya que quien puede lo más –revocar muerto el otro co-disponente- alcanza lo menos. Y por otra la referencia a los bienes suyos no debía limitarse a los privativos, sino que entre los bona sua quedaba comprendida la porción correspondiente de los consorciales del régimen de comunidad[86].

En el interregno de tiempo abarcado hasta la aprobación del Apéndice, denominado por Teixeira "derecho constituyente"[87], merecen destacarse en la regulación dada por la Memoria y Adición a la Memoria de *Franco y López*, el proyecto de 1899 (conocido como *proyecto Ripollés*), el proyecto de 1904 (proyecto de Gil Berges), y el proyecto de 1924 (luego promulgado como Apéndice foral).

---

84. BAGES, Juan Antich: ANTICH DE GLOSA, citada por Texeira en op. cit., nota 16 pág, 123.

85. Así lo reconocen TEIXEIRA Y MERINO HERNÁNDEZ en las obras citadas.

86. En este sentido se pronunció la doctrina (LA RIPA, TEXEIRA, MERINO) y los tribunales (Sentencia de 20.6.1882. Recogida en Ripollés y Baranda: op.cit. T.II, pág.29).

En contra se manifestó BARRACHINA Y PASTOR (*Derecho Foral Español*. 1912. T.III, pág.395): "En su virtud, aquéllos –los cónyuges disponentes- pueden disponer de sus bienes particulares en otro testamento que hagan, no obstante el anterior mancomunado; otra cosa equivaldría a un secuestro de la voluntad, que no se compaginan con el principio liberalen que se sustentan las instituciones jurídicas aragonesas; pero los bienes del consorcio conyugal no están en esa clase; hay una personalidad que es esa sociedad, y habiendo dispuesto de ellos (...) tal ordenamiento es irrevocable (...) constituyendo, por tanto, un estado jurídico, contra el que no puede atentarse por la sola voluntad de dichas personas".

87. TEIXEIRA GRACIANETA: op.cit. pág.124.

El Congreso de Jurisconsultos aragoneses[88] celebrado del 4 de noviembre de 1880 al 7 de abril de 1881, en Zaragoza, aceptó el principio de la libre revocabilidad del testamento mancomunado; pero,sin embargo, proscribió la institución recíproca de herederos de los cónyuges, así como el testamento en que uno de los disponentes habla y el otro se limita a consentir[89].

La Memoria de Franco y López, según el R.D. de 2 de febrero de 1880[90], sigue los postulados del Congreso en materia de interdicción de la institución recíproca –tanto a título de heredero como de mandas o legados, pretendiendo evitar las captaciones de voluntad- y no efectúa pronunciamiento expreso acerca de la revocabilidad de las disposiciones, lo que llevó a presumir la continuidad de la plena revocabilidad en consonancia con el derecho histórico (TEIXEIRA)[91]. Tal silencio, vino a completarse en la Adición a la Memoria de 1890[92], cuyo art.78 recoge el siguiente inciso: "y cualquiera de ambos podrá, con absoluta separación del otro revocar su disposición".

---

88. Cuyo máximo impulsor fue el foralista D. Joaquín Gil Berges.

89. La Conclusión 4ª rezaba: "Conforme al principio general, ambulatoria est voluntas hominis usque ad mortem, serán revocables aun aquellos en que se haya consignado la cláusula de irrevocabilidad" en TEIXEIRA GRACIANETA, op.cit.

90. Dicho R.D., firmado por Alvarez de Bugallal, vino a incorporar representantes de los territorios forales a la Comisión general de codificación. Siendo vocal de Aragón en dicha Comisión Franco y López, barón de la Mora.

FRANCO Y LOPEZ, Luis: "Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del derecho civil aragonés y reformas y adiciones que es conveniente establecer". Zaragoza, 1886.

91. Art. 62 de la Memoria: "Los cónyuges podrán otorgar testamento en un mismo instrumento o acto, o en distinto; pero en el caso de que lo verifiquen en la primera de estas formas, no podrán instituirse ni hacerse manda alguna el uno al otro. Empero podrán facultarse recíprocamente para hacer entre los hijos o descendientes de ambos la distribución de los bienes del que premuera, dentro de los límites que por estas Instituciones se establezcan".

92. FRANCO Y LOPEZ, L: "Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S.M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el real decreto de febrero del propio año". Zaragoza, 1893.

El proyecto Ripollés[93] en su artículo 49 reconoció la revocabilidad y abandonó cualquier limitación a las disposiciones a favor del otro cónyuge[94].

El proyecto Gil Berges[95] fue el más rompedor con la tradición del derecho consuetudinario[96]. La misma exposición de motivos

---

93. Compuesto por una Comisión nombrada por la Diputación Provincial de Zaragoza, y en la que participan Gil Berges, Isabal, Casajús y mariano Ripollés, como director de los trabajos.

94. Art. 49: "Los cónyuges podrán otorgar última voluntad en un mismo acto o instrumento; lo dispuesto en ella será siempre revocable por los otorgantes juntamente o por cada uno de ellos respecto a sus bienes".

95. Elaborado a partir de la comisión creada por un R.D. de 24 de abril de 1899.

Su art. 248 decía: "En la revocación de los testamentos mancomunados se observarán los siguientes preceptos:

1°. La del que se hubiere otorgado hablando o disponiendo en plural a la vez los dos consortes no podrá realizarse por uno sólo mientras viva el otro, amenos de haberse negado éste después de requerido en forma fehaciente a ejecutarla de mutuo acuerdo.

2°. La del redactado en términos de que cada cual de los testadores ordene separadamente lo concerniente a sus bienes, podrá llevarla a cabo cualquiera de los otorgantes en vida de su cónyuge, siempre que acredite haberle notificado su propósito de variar la expresión de su voluntad.

En los casos de estos dos números, la revocación de sus disposiciones por uno de los cónyuges implicará la insubsistencia de las de su cootorgante, en cuanto quepa deducir por tratarse de una institución hereditaria o de un legado recíprocos, por contenerse llamamientos a favor de parientes o por el sentido general del documento, que no las habría consignado sino en razón de las de aquél.

3°. La del que resulte hecho llevando uno sólo la palabra por ambos y limitándose el otro a aceptar y consentir sus manifestaciones, no tendrá efecto más que por unánime consentimiento de los cónyuges.

4°. Muerto uno de los consortes, el sobreviviente que quiera modificar el testamento de mancomún, lo verificará solamente respecto de los bienes propios y renunciando a los beneficios que el prefallecido le hubiere señalado en los suyos.

La aceptación de la herencia del cónyuge premuerto por el supérstite convierte en obligatorias para éste todas las condiciones impuestas en el testamento mancomunado que no sean contrarias al derecho".

96. La propia Exposición de Motivos reconoce la clara influencia de "ejemplos tan recomendables como los del Código alemán".

explicó los términos de la novedosa normativa[97] que vino a introducir limitaciones a la libre revocación en base a la diferenciación dentro de las disposiciones testamentarias de aquéllas que " por tratarse de una institución hereditaria o de un legado recíprocos, por contenerse llamamientos en favor de parientes o por el sentido general del documento, "(...) *no las habría consignado sino en razón de las de aquél*". Con ello aparece la distinción de las disposiciones correspectivas por primera vez en el derecho foral aragonés, y aunque tal término no lo recogió la lex positiva si se hacía referencia al mismo en la Exposición de motivos".

Y aunque el Congreso de Jurisconsultos de 1880 había proscrito expresamente la forma de testar en mancomún exteriorizada de manera que uno de los cónyuges hablaba y el otro se limitaba sólo a consentir[98], el artículo 248.3º en consonancia con el 246[100] la

97. "El detalle de las disposiciones de los artículos 247 y 248 citados sobre ineficacia y sobre revocación (...) es sencillo de exponer . (...) La revocación del otorgad hablando los dos es irrealizable por uno solo mientras viva el otro, a menos de haberse negado éste, después de requerido en forma, a realizarla de acuerdo. La del que regula la herencia de cadda uno respectivamente, podrá realizarla cualquiera siempre que acredite haber notificado al otro su propósito de variar la voluntad. En cualquiera de estos dos casos la revocación de las disposiciones implica la insubsistencia de las *correspectivas*, o de las que por sentido general dependan de ellas. La del hecho en que consiente lo dicho por el otro exige unánime acuerdo. Muerto un cónyuge, el otro sólo podrá modificar lo concerniente a sus bienes propios, renunciando a los beneficios que el prefallecido le hubiere señalado en los suyos. La aceptación de la herencia del cónyuge difunto por el sobreviviente hace obligatorias para éste las condiciones del testamento mancomunado que no sean contrarias a Derecho".

98. Vid. Nota anterior.

99. "3º No debe conservarse el testamento en que un cónyuge testa y el otro consiente lo dispuesto por aquél".

Ha sido constante en la doctrina foralista la reiteración del desuso de esta fórmula. Así Lorente Sanz, op.cit 139 y Naval Schmid, Eduardo: Compilación articulada del derecho foral vigente en Aragón, Zaragoza, 1881, pág.39.

100. Art.246:"Los cónyuges pueden en Aragón testar juntos en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero, y ora hablen o dispongan en plural a la vez, ora ordene cada cual de ellos separadamente lo concerniente a sus bienes, **u ora, en fin, sea uno sólo quién lleve la palabra por ambos limitándose el otro a aceptar y consentir sus manifestaciones**

(...)".

admitieron de conformidad con el inciso segundo de la Observancia 1ª *De testamentis* y su interdicción de la revocación unilateral para este supuesto[101].

En el proyecto de 1924 se redactó prácticamente el texto luego promulgado en el Cuaderno foral de 1925. La polémica la desató el art. 19 cuya lectura decía:

"El testamento otorgado de mancomún puede ser revocado no sólo por ambos cónyuges en esta misma forma, sino también por voluntad de uno de ellos, con tal que antes de verificarlo haya notificado su intención por medio de notario al otro cónyuge.

Después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente no podrá modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes si no renuncia enteramente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado. Para los efectos de lo estatuido en este párrafo, se deberá liquidar y definir el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constare definido formalmente con anterioridad.

La aceptación por el supérstite de liberalidad a su favor, contenida en el otorgamiento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas".

En igual sentido se pronunció el Apéndice en su art.17: "Los cónyuges pueden testar de mancomún, en un mismo acto u otorgamiento, ya lo verifiquen en provecho recíproco, ya en beneficio de tercero, ora expresen juntos las disposiciones, **ora lleve uno solo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir sus manifestaciones;** ora cada testador ordene lo concerniente a sus respectivos bienes".

101. "... exceptuándose el caso de que sea uno de ellos quien disponga o teste y el otro no haga sino consentir en lo que aquél dispone, pues entonces no puede alterarlo". Traducción de ISABAL Y BADA, Marcelino: Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón". Zaragoza, 1926, págs. 264-5.

Tres son las fórmulas que, de lege data, ha utilizado el legislador en el derecho comparado para regular y atender los problemas de la revocación en testamentos en mancomún:

Prima facie, considerar tales testamentos como un mero privilegio de forma que permite conciliar una pluralidad de declaraciones de última voluntad, visión simplista que viene a reducir los testamentos tratados a un documento que alberga varios testamentos unipersonales, a testamenta simultanea. Tal fue la visión en el derecho de las Observancias, y en el derecho consuetudinario castellano previo al Cc, y fruto de este reduccionismo se predicó la completa revocabilidad de las disposiciones.

Otra solución fue la contemplada por el derecho alemán, precisando la existencia de disposiciones correspectivas[102]; es decir, disposiciones que habían sido adoptadas en dependencia, o en razón de lo dispuesto por el otro disponente: "Una disposición se ha otorgado en relación con la correspectiva, sine qua non, resultando así dos disposiciones interdependientes o una disposición conjunta formando un todo un unidad, que no puede dividirse o romperse parcialmente (deficiente una, déficit altera)[103]. En estos casos, se limitó la revocabilidad con el fin de evitar las deslealtades de aquella parte que pretendía revocar una disposición testamentaria que fue causante o a la que estaba "condicionada" otra disposición del otro testador[104].

El legislador del Apéndice fue más allá y vino a adoptar una postura extrema fundada en la presunción iuris et de iure de co-

---

102. La doctrina ha venido a admitir esta denominación (del latín correspective, de cum y respectus), y ello a pesar de no ser "término usuales" en nuestro lenguaje forense aunque su utilización procede ya de la escuela de los glosadores. Vid. PALA MEDIANO, Francisco. Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza, 1967, págs. 131-132.

103. PALA MEDIANO, Fco.: op.cit. pág. 132.

104. Advirtiendo que no cabe hablar de que una disposición sea verdadera condición frente a su correspectiva.

rrespectividad entre las disposiciones realizadas mancomunadamente[105], buscando ser la nueva normativa, en palabras de Maura, la triaca contra el veneno de futuras deslealtades. Con ello aunque basándose en una mala lectura[106] del BGB, se aproximaba a la regulación del testamento de hermandad navarro[107]. Detrás de todo late un acercamiento de la consideración de la naturaleza del mancomunado más próxima al acuerdo de voluntades –entiéndase pacto sucesorio- y alejada de las disposiciones de última voluntad[108].

El Apéndice vino a diferenciar dos supuestos: la revocación producida en vida de ambos cónyuges, y la intentada por el sobreviviente.

Para el primero de los supuestos no se estableció ningún tipo de cortapisa cuando se llevara a cabo conjuntamente por ambos cónyuges *"en esta misma forma"* y únicamente esta última referencia fue objeto de discusión en la línea de si sólo cabía expresar tal voluntad conjunta a través del testamento mancomunado, o, por el contrario, defendiendo una virtualidad de aplicación más am-

---

105. LORENTE SANZ, J: "El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés", op.cit. pág.129.

PALA MEDIANO, Fco.: "El testamento mancomunado". BCAZ, XXVI, 1967, pág.131.

106. LACRUZ BERDEJO, J.L: "Un dictamen..."Op.cit.

107. En este sentido, AZPEITIA ESTEBAN defendió que tanto el proyecto de 1924 como su hijuelo de 1925 estaban imbuidos de la normativa navarra (El proyecto de Apéndice al Código Civil, correspondiente al D° foral de Aragón: comentarios y problemas, Madrid, 1924).

El derecho histórico del Reino de Navarra se sustentó en la admisión de la revocación conjunta en vida de ambos cónyuges, y tras las Cortes de 1766 se permitió la revocación unilateral en vida de ambos "con noticia y sabiduría del otro cónyuge". Sobrevenida la muerte de uno devenían irrevocables las disposiciones del otro.

108. PALA MEDIANO, Fco. : "Observaciones al proyecto de Apéndice", Barbastro, 1924, pág.54.

plia cabía tal revocación en otros modos de delación de la herencia como los pactos sucesorios[109].

La revocación unilateral en vida de uno de los testadores se permite previo cumplimiento con el requisito de notificarlo al otro de manera fehaciente, mediante notario[110]. Lorente Sanz interpretó tal requisito presuponiendo que "lo que quiso el legislador fue que conste de modo auténtico que el cotestador tiene conocimiento de que su cónyuge intenta revocar el testamento de mancomún (...)se deduce que la forma de dicha notificación no debe ser otra que el instrumento público conocido en la función notarial con dicho nombre de notificación, es decir, acta notarial"[111]. Cabe destacar, en este momento que la notificación se reducía a la intención de declarar y no al contenido de la nueva disposición testamentaria.

Para el supuesto de que hubiese muerto uno de los cónyuges el apartado 2 del art.19 establecía una total irrevocabilidad. Era este párrafo en el que se mostraba la presunción iuris et de iure de la correspectividad, de manera que se presumía que los beneficios recibidos por el supérstite del causante lo habían sido en razón del mantenimiento de sus disposiciones testamentarias. Lo cual conlleva la desnaturalización de las funciones que desempeñaba el testamento mancomunado en la vida jurídica aragonesa: evitar los

---

109. De esta opinión, TEXEIRA GRACIANETA: op.cit. pág. 129; y LACRUZ BERDEJO, J.L.: Notas a Binder, J.

-Derecho de Sucesiones-, 1953, pág.125.

110. Este requisito siendo conocido en le derecho comparado (alemán, o fórrales como el navarro –ver nota 101-) suponía una novedad en el derecho de Aragón. Aunque ya el proyecto de Gil Berges lo contempló –ver nota 89-.

111. LORENTE SANZ, J: Of.cit. pág. 142.

No lo entendió así el Ts que en su Sentencia de 26 de noviembre de 1929 casando el pronunciamiento de la A. de Zaragoza, consideró suficiente el conocimiento por el marido transmitido por el notario, cuando éste iba a autorizar el testamento de la mujer. Comentario de la misma por Castán y Bonet puede encontrarse en la Revista de derecho Privado, Abril de 1932, pág.116 -reseñada en Lorente Sanz: ver nota anterior-.

conflictos relacionados con la liquidación de la sociedad conyugal, o el fortalecer la posición del supérstite asegurando el respeto de los hijos comunes[112].

Además, la correspectividad en que se fundaba el 19.2 partía de una presunción sólo en los casos de liberalidades a favor del otro cónyuge, pero no de tercero, y la correspectividad no se equiparaba con una concesión recíproca entre los disponentes, cabe que la interdependencia discurra entre diposiciones realizadas a favor de tercero. Algo que fue advertido por la más fina doctrina pues "después de morir uno de los otorgantes, el sobreviviente podía modificar lo dispuesto de mancomún acerca de sus propios bienes, renunciando a los beneficios que le provenían de las disposiciones del finado; y, dispuesto esto sin más, quedaban válidas y eficaces las disposiciones del difunto a favor de parientes o allegados del renunciante, que podían ser *correspectivas* de las disposiciones que éste revocaba o modificaba. Y he aquí cómo, para evitar una deslealtad, se abría la puerta a otra mayor que podríamos calificar de fraudulenta"[113].

Pero la dificultad de llevar a cabo la revocación post mortem se magnificaba como consecuencia de la confluencia de la regulación del art.19.2 y el derecho vidual contemplado en el Cuaderno foral, que vino a establecer un derecho vidual consistente en un usufructo legal de los bienes inmuebles[114]. Como hemos dicho an-

112. VITORIA, URSINO: El apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado, RGLJ, 1927, núm. 150, pág.464.

Este autor menciona las vías utilizada para este fortalecimiento de la posición del viudo: concesión de "la propiedad de los frutos, la de toda clase de bienes muebles; la facultad de vender alguna finca ganancial y, aún si fuera posible, todas de la herencia; la viudedad universal; los legados de tercio, que suele ser límite marcado por la ley a sus mayores deseos y, ..., la facultad de distribuir el sobreviviente los bienes del premuerto entre los hijos comunes, dando a cual más a cual menos, y tanto por actos inter vivos como mortis causa.

113. PALA MEDIANO: "El testamento...", op.cit. , BCAZ, 1967. pág.132.

114. El art. 64 Ap. establecía que "el derecho de viudedad puede extenderse ...sea por acto de última voluntad, a los bienes muebles"

teriormente, una de las funciones que cumple el testamento mancomunado en la vida aragonesa es permitir la consolidación de la persona supérstite, moral y económicamente, frente a los descendientes[115]. Pues bien, una vía de conseguirlo es ampliar mediante disposición testamentaria la concesión recíproca entre los cónyuges de una viudedad universal que abarca tanto los bienes muebles como los inmuebles. Ocasionando la usual práctica y la regulación positiva un conflicto de intereses: por un lado el causante habría buscado amparar la situación de su viudo/a tras su óbito mediante la concesión de la viudedad universal; pero por otro, la consideración de la extensión del usufructo vidual a los inmuebles como beneficio, conllevaba que su aceptación llevara aparejada la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias realizadas, debilitando en gran medida su posición jurídica.

La vía utilizada por la doctrina fue huir de la calificación como beneficio o liberalidad del otorgamiento de la viudedad universal, pero tal posicionamiento fue desoído por la jurisprudencia que se situó de forma divergente. Destaca en este sentido el dictamen que sobre la cuestión efectuó el docto LACRUZ BERDEJO, considerando la imposibilidad de caracterizar la concesión recíproca de viudedad universal como liberalidad, partiendo de que tanto derecho expectante como usufructo vidual tienen naturaleza de derecho de familia, independiente de que su extensión a los bienes muebles se produzca vía instrumentos típicamente sucesorios como el testamento mancomunado. Ello no puede oscurecer su auténtico carácter oneroso y su proximidad de funciones de seguro mutuo, resultando beneficiario el cónyuge sobreviviente.

115. Tan inextricablemente permanece unido a la realidad aragonesa que se ha podido decir: "la verdadera especialidad del derecho aragonés consiste en la vigencia del testamento mancomunado y por comisario". Vid. SANTOS DE OTO, N. en Derecho foral, Barcelona, 1945, pág.422. Y en verdad resulta del todo incuestionable la vinculación de ambas instituciones pues el otorgamiento de la fiducia ordinaria al sobreviviente viudo era una forma de afianzar su posición con respecto a los hijos, únicos que son legitimarios en el derecho sucesorio aragonés a una legítima colectiva.

"Así pues, el viudo a quien no le ha sido atribuida por testamento otra ventaja sobre el patrimonio del premuerto que la viudedad universal no recibe una donación, sino una especie de premio de supervivencia", el hecho de que la posición de un cónyuge pueda resultar más ventajosa que la del otro implica lo que la doctrina francesa llama una "ventaja matrimonial"[116].

No obstante, como indica LACRUZ, aun persistiendo en la calificación del supuesto de la concesión de la viudedad universal recíproca como liberalidad, la finalidad última del supuesto –su ratio legis- nos llevaría a descartar los supuestos en que no ha tenido lugar la adquisición del derecho real limitado sobre los bienes del finado. En este sentido, el art. 64 Ap. establecía ope legis la obligación de proceder a un inventario de los bienes usufructuados en el plazo de 50 días[117]; cuya relevación por el cónyuge premoriente era dudosa por la doctrina, de manera que la adquisición del usufructo sobre los bienes muebles queda condicionado al cumplimiento del deber de inventariarlos. La finalidad del art. 19 con su condicionamiento de la revocabilidad, muerto uno de los testadores, a la renuncia de liberalidades obtenidas es evitar un posible fraude a la confianza del causante agravado por el enriquecimiento del accipiens[118]. Pero en este supuesto no habría tal li-

116. LACRUZ BERDEJO, J.L.: Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge, y viudedad universal. ADA, T.XII, págs 351 a363.

117. La redacción del Art.64 del Apéndice rezaba: "Dentro de los cincuenta días primeros de la viudez, el cónyuge supérstite está obligado a terminar el inventario de los bienes raíces o inmuebles pertenecientes al finado, ora como peculiares suyos, ora por su participación en los comunes de la sociedad conyugal. Cuando el sobreviviente haya de disfrutar viudedad universal hará también inventario de los bienes muebles dentro del antedicho plazo.

Pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario".

118. Este motivo lo condensó D. Antonio Maura diciendo que la nueva regulación pretendía ser "la triaca de la pérdida de liberalidades contra el veneno de la deslealtad"

beralidad, si ha recibido frutos de la herencia sin formalizar el preceptivo inventario estos serían reivindicables por los herederos y su único dominio sólo podrá tener como título la posible ussucapión de los mismos.

También vino a ser muy discutida en la doctrina, e incluso por la jurisprudencia en pronunciamientos obiter dicta, la posibilidad de una renuncia de liberalidades posterior a la aceptación. Lacruz, partiendo de la consideración de la renuncia como un negocio jurídico fundado en una declaración de voluntad no recepticia, dirigido a la extinción de derechos y cuya suerte ulterior es muy divergente dependiendo de su naturaleza obligacional o real, y en este último caso de tratarse de un derecho real pleno –propiedad- o limitado. La jurisprudencia del Apéndice fue ajena, en gran medida, a tales consideraciones dogmáticas. Dentro de una línea muy restrictiva a lo que daba pie la literalidad del 19.3 Ap., la Audiencia de Zaragoza, se pronunció en la Sentencia de 18 de marzo de 1954[119].

---

119. "Una vez fallecido uno de los otorgantes, la disposición conjunta permanece intangible para el sobreviviente, salvo que éste, si desea modificarla, lo que podrá hacer sólo respecto a sus propios bienes, renuncie expresamente los beneficios que le provengan de las disposiciones del finado, para lo que se deberá definir y liquidar el caudal propio de cada cónyuge testador, si no constara formalmente definido ya con anterioridad. Si esto no se realiza, lo que aun cuando nada dice el texto legal, **parece que deberá efectuarse al abrirse la sucesión del premuerto**, el párrafo 3º del mismo artículo establece que la aceptación por el supérstite de liberalidad a su favor, contenida en el otorgamiento mancomunado, hace irrevocablemente obligatorias para él todas las condiciones y disposiciones del testamento que sean originariamente lícitas".

Con ello viene a romperse y aportar luz sobre otros posicionamientos de los tribunales aragoneses, como el comentado por Lorente Sanz de fecha 10.12.1953: "el esposo no podía modificar –muerta la esposa- aquel testamento mancomunado según precepto imperativo del párrafo segundo del artículo 19 del Apéndice de Derecho foral aragonés, por dos razones: a) ..., y b) porque aunque los tuviera, era preciso que **antes de otorgar el segundo testamento o en el mismo** renunciara a los beneficios que provinieran de la disposición de la finada, lo que no ha hecho ni se ha demostrado en ningún momento".

En este sentido si la liberalidad ha consistido en la institución de heredero, la renuncia posterior a la aceptación de la herencia no es suficiente para recuperar el status quo, anterior a la aceptación. Resulta aplicable el adagio latino semel heres, semper heres (art.997). De forma que una vez aceptada la herencia no cabe renunciar a la posición del heredero subrogado en la posición jurídica del causante, sino renunciar a los derechos individuales que conlleva detentar dicha posición. En otras palabras, si la transmisión de los derechos hereditarios se produce uno ictu, su renuncia una vez ocupada la posición del causante se produce de forma singular. La repudiación inicial por parte de quien es llamado y tiene la posibilidad de aceptarla conlleva la interacción de fenómenos jurídicos netamente sucesorios como el derecho de acrecer, las sustituciones hereditarias, o en último término la apertura de la sucesión ab intestato. Por el contrario la renuncia tras la aceptación de la condición de heredero conlleva la extinción de los derechos de crédito, la conversión en res nullius de los anteriores derechos de propiedad y la recuperación de la plena propiedad, dada la fuerza de absorción que ésta tiene sobre el resto de derechos reales limitados[120]. En el legado aceptación inicial y posterior renuncia son igualmente a título singular, no obstante persisten las diferencias en cuanto a las consecuencias.

Al comenzar a tratar esta cuestión poníamos de manifiesto la existencia en el derecho comparado de tres corrientes de política legislativa en torno al tratamiento de la revocación, con la Compilación penetra en el derecho foral la tercera posibilidad. Consistente en la diferenciación dentro del testamento mancomunado de

120. Es precisamente, esta facultad de reversión que tienen los derechos reales limitados para integrase en el derecho de propiedad al que gravan, lo que hace viable, en opinión de Lacruz Berdejo, la renuncia posterior de liberalidades en el supuesto concreto de la concesión de viudedad universal: "cuando la renuncia versa sobre un usufructo, y concretamente sobre el usufructo del cónyuge viudo que **no ha llegado a ejercitarse aunque se haya aceptado**, la renuncia parece un acto exactamente contrario a la aceptación : deja las cosas tal como estaban antes de ella"

disposiciones correspectivas o no. Estableciendo para las primeras un régimen peculiar en materia de modificación y manteniendo para las segundas el principio de libre revocabilidad esencial en las disposiciones de última voluntad.

La diferenciación de disposiciones correspectivas dentro del mancomunado había sido recogida por el proyecto de 1904 de Gil Berges –aun sin recoger dicho término-. La doctrina alemana, y más en concreto Kipp define su existencia en los supuestos en que: "la eficacia de las disposiciones de un testador deben de depender de la eficacia de las disposiciones del otro"[121]. La compilación de 1967 vino a apostar por una interpretación auténtica de correspectividad, recogida tanto en su Preámbulo como en el art.97.1: disposiciones que "por voluntad declarada de ambos –cónyuges-, en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas". De forma que la disposición de un cónyuge no se hubiere adoptado sin la disposición del otro"[122], operando la causalización de una disposición en otra del otro cónyuge[123]. No debiendo confundirse correspectividad y reciprocidad, término este último propio del derecho de obligaciones[124]. Así, la reciprocidad implica que una prestación se efectúa como contraprestación a lo que otro se obliga a hacer[125]. Más próximo al concepto de correspectividad es el interdependencia de las disposiciones: no bastando que las disposiciones se hayan otorgado tomando en consideración las otorgadas por el otro cónyuge y siendo necesario que las disposiciones no se hubieran efectuado sin la otra.

---

121. Esta definición plantea la cuestión de si la correspectividad recogida en la legislación aragonesa es de eficacias o de llamamientos. Cuestión que no eludo sino que trataré en un momento ulterior.

122. TEIXEIRA, A.: op.cit. pág.111.

123. Próximo a este concepto se muestra el derecho positivo navarro.

124. GARCIA VICENTE, F: op.cit.

125. En otro sentido parece manifestarse MERINO HERNÁNDEZ: Comentarios a la Compilación... pág. 124.

La regulación parte de la no presunción de la correspectividad debiendo constar la misma en el mismo testamento o documento público. Parece posible el dar el carácter de correspectivas a disposiciones otorgadas en otro testamento mancomunado anterior, mas no parece ser posible cuando éstas se encuentran en testamentos unipersonales dado su régimen de libre revocabilidad. El carácter expreso de la correspectividad no implica, sin embargo, la mención o calificación de correspectivas, aunque la iurispericia del Notario y la seguridad jurídica lo aconsejen. Creo que bastará con que se deduzcan del sentido y dicción de las mismas tal interdependencia.

La diferenciación siguiente es la que se refiere a desentrañar si el legislador optó por una correspectividad de llamamientos o de eficacias. En el primero de los supuestos el condicionamiento recae en "los contenidos de las disposiciones, es decir, en el mantenimiento de las voluntades declaradas"; en el segundo, en la eficacia de las mismas (LORENTE SANZ)[126]. Este autor pone el ejemplo siguiente: " En el primer sentido: el marido quiere que Pedro sea heredero suyo si la mujer quiere que Juan sea su sucesor, y viceversa. En el segundo entendimiento: Pedro llegará a ser heredero del marido si Juan llega a ser heredero de la mujer y viceversa". La compilación, salvo pacto de los cónyuges basado en el standum est chartae, se refería al primero pues la correspectividad se predicaba de las disposiciones y no de los efectos. En virtud de ello, cuando la persona designada como heredero o legatario en disposiciones correspectivas no llegue a serlo en virtud de premoriencia o repudiación, dado que el condicionamiento recíproco lo es en los llamamientos, no quedará ineficaz su correspectiva.

---

126. LORENTE SANZ, JOSE: El testamento mancomunado en la compilación del derecho civil de Aragón... op.cit. pág.47.

Otras clasificaciones son las que distinguen entre correspectividad unilateral y bilateral, y perfecta e imperfecta[127]. Se produce una correspectividad unilateral cuando las disposiciones otorgadas por un otorgante se condicionan a las disposiciones del otro, pero no a la inversa. La correspectividad bilateral implica la interdependencia de las de uno con las de otro.

En lo referente a la segunda clasificación la correspectividad perfecta establece que el mantenimiento de las disposiciones de uno se supedite de la subsistencia de las del otro con las que se encuentra recíprocamente condicionada. La imperfecta cuando sólo en determinados supuestos de nulidad una disposición dependa de la otra.

La Compilación vino a establecer a partir de la diferenciación de disposiciones un doble régimen de revocación: uno caracterizado por la mayor dificultad y gravamen para los supuestos de correspectividad. Las disposiciones no correspectivas continuaban sometidas al régimen típico de las disposiciones testamentarias, es decir, la más absoluta libertad de revocación durante toda la vida del disponente tanto por testamento unipersonal como mancomunado.

La aplicación de lo estatuido en los artículos 96 y 97 queda limitado en su aplicación a los casos en que concurran como requisitos los siguientes: "1.º La existencia de una disposición de esta clase –correspectiva-; 2.º Que esta posibilidad esté en vigor, es decir, con posibilidad de surtir efecto; 3.º Una nueva disposición acerca del mismo objeto y que sea incompatible con la primera, ya sustancialmente (contradictoria), ya accidentalemente (condición, término o modo)"[128].

---

127. Procedentes de la doctrina extranjera, REICHEL, su aplicación al derecho aragonés es defendida en estudios varios: ver.TEIXEIRA, op.cit. pág.111 y MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: Comentarios, pág. 125.

128. LORENTE SANZ: op. cit. Pág. 52.

La revocación de las disposiciones correspectivas solamente puede llevarse a cabo en vida del testador[129]. Con lo cual la muerte de un cónyuge supone que devenga irrevocable para el supérstite las disposiciones correspectivas sobre sus propios bienes. De manera que la institución del testamento mancomunado parece experimentar un acercamiento al pacto sucesorio. Acercamiento que conllevará que la nueva normativa de la LS. 1/99 introduzca como novedad en esta cuestión la posible revocación de tales disposiciones cuando concurran las circunstancias que permiten la revocación unilateral de los pactos sucesorios[130].

En vida de ambos testadores dicha revocación será posible bien conjunta o unilateralmente, mas la revocación unilateral goza de un estatuto especial en orden a evitar las posibles deslealtades. Por un lado la revocación unilateral en vida del otro (único supuesto admitido) conlleva ope legis la ineficacia total de sus disposiciones correspectivas. Además dicha revocación se somete formalmente a la necesidad de llevarse a cabo notificación por el notario autorizante del documento revocatorio dentro de los ocho días hábiles siguientes. Pero dicha notificación a diferencia del Apéndice (el cual como sabemos no diferenciaba entre correspectivas o no) no actúa como presupuesto o requisito de la revocación. Se establece que dicha revocación unilateral se limite a formularse dentro de las forma testamentaria abierta. Y ello es lógico, pues si se hace recaer en el Notario que autoriza el deber de notificación, solo el testamento permite conocer a autorizante y testigos el contenido de las disposiciones de última voluntad. En ma-

129. ART. 97.3 Comp.: "Muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones correspectivas que se hayen en vigor".

130. Art. 106.3 LS: "La revocación o modificación unilateral de disposiciones correspectivas sólo podrá hacerla un testador en vida del otro o, después, si concurre alguna causa de las que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa."

tería de notificación, la nueva ley de sucesiones parece ampliar su obligatoria realización a toda revocación unilateral del testamento mancomunado, aun cuando la disposición no sea correspectiva. En este sentido el artículo 106 cuya rúbrica es "Revocación" (y no disposiciones correspectivas) habla de toda revocación o modificación unilateral[131].

Queda por último el hacer una necesaria referencia a la cuestión del derecho intertemporal en esta materia y a cómo el legislador aragonés ha adoptado diferentes soluciones para el conflicto de leyes en el tiempo. Así el art. 19 del Apéndice resultó aplicable a los testamentos mancomunados otorgados antes de la entrada en vigor del cuaderno foral. Y ello con base en la disposición transitoria única que el derecho del Apéndice contenía y que suponía una total remisión a las normas intertemporales del Código civil. En esta materia la DT2ª Cc establece "... En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados (...) pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el código, sino testando con arreglo al mismo". El art.19, por tanto estaba dotado de una aplicación retroactiva respecto de testamentos otorgados con anterioridad a enero de 1926.

La compilación vino, no obstante, a modificar el criterio de política legislativa en esta materia. Y por ello dentro de las disposiciones transitorias específicas la sexta se dedicaba a la Revocación y modificación del testamento mancomunado. Estableciendo que "Las normas sobre renovación o modificación unilateral del

131. Art 106.4 LS "Toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario. El otorgante hará saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro contrayente, a quien el notario notificará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho del nuevo otorgamiento. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación".

testamento mancomunado (artículo 97) sólo serán aplicables a los que se otorguen bajo su vigencia". Con ello las normas sobre revocación de 1967, fundadas en la distinción entre disposiciones correspectivas y no correspectivas, y en el primer caso en el momento de ser llevadas a cabo de forma unilateral, únicamente podían aplicarse a los testamentos en mancomún apoyados en la nueva normativa al otorgarse bajo su autoridad. Con ello se vino a considerar por parte del legislador la conveniencia de respetar los derechos adquiridos por los cotestadores en orden al artículo 19 y su presunción iuris et de iure de correspectividad.

La nueva ley de sucesiones 1/99, de 6 de febrero, parte de un criterio opuesto y más cercano al del Apéndice. Así la DTª. 8 ha venido a establecer lo siguiente: "Las normas de la presente Ley sobre modificación o revocación de los actos por causa de muerte o de cualquiera de las disposiciones contenidas en ellas serán aplicables desde su entrada en vigor aunque los actos que se modifican o revocan se hubieran otorgado con anterioridad". Con ello se borran de forma total los efectos perniciosos que la mala lectura del derecho comparado había ocasionado en el Apéndice dentro la tradición del derecho histórico. Promoviendo su aplicación retroactiva a todo tipo de disposiciones independiente de la fecha de su otorgamiento.

INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR LAS CRISIS MATRIMONIALES[132].

Siempre se ha constatado como una opinión generalizada, apoyada en una realidad indiscutible que la concesión de beneficios otorgadas por un cónyuge a favor del otro en sus disposiciones testamentarias encontraba parte de su fundamento en el cariño y confianza en que se desenvuelve la vida familiar. Por ello, tales disposiciones no son totalmente indiferentes ante las vicisitudes que pueda sufrir dicho vínculo matrimonial. Por ello, derechos como el alemán o el inglés optaron por establecer una ineficacia sobrevenida sobre tales cláusulas en los supuestos en que tal confianza resulta quebrada, con independencia que la testamentifacción se hubiere efectuado en derecho unipersonal como mancomunado. Precisamente una novedad de la Ley de Sucesiones está en quedar también ineficaces las liberalidades a favor de cónyuge aun a pesar de no encontrarse otorgadas en testamento mancomunado.

---

132. La regulación de tal supuesto de hecho tiene como precedentes positivos los siguientes:

El artículo 247 proyecto de 1904 de Apéndice cuya dicción era: "Perderá su eficacia el testamento mancomunado: 1º. Si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del otro matrimonio. 2º. Por haberse decretado antes también de ese hecho la separación , o entablado a lo menos la demanda de divorcio o la querella de adulterio.

Subsistirán en este caso, sin embargo, las disposiciones que, a juzgar por el tenor de las palabras de los otorgantes se habrían hecho aun en el supuesto de que pudieran darse los motivos determinantes de la demanda o la querella mencionadas".

A su vez el art. 18 Apéndice decía: "El testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges...se entabla demanda de divorcio o querella de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir"

Por último la Compilación, art 98: "1. Las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas. 2. A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades". (Siendo tal la redacción dada por la primera Comisión del proyecto de modificación de la Compilación aragonesa, posteriormente, ley 21.4.1985. Consecuencia de la admisión del divorcio en España por ley 7.7.1981.)

Así el art. 123 reza: " Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin".

En el caso de testamento mancomunado, como acontecía ya desde la compilación las crisis matrimoniales afectan a la eficacia únicamente de las disposiciones correspectivas y de las liberalidades establecidas. Y ello frente a la regulación del apéndice que influenciado por su art. 19, y su equiparación iuris et de iure de "correpectividad" y liberalidad mutua" (MERINO), establecía en su art.18 la ineficacia de la totalidad del testamento mancomunado[133]. Frente al requerimiento de sentencia firme de la Compilación, la actual regulación establece como requisito mínimo y suficiente la mera tramitación de los procedimientos. Con ello se acaba con la problemática generada por el párrafo 2º del art. 98 Comp. que venía a autorizar la continuación de dichos procesos a los herederos, y ello cuando doctrina y jurisprudencia se habían decantado por el carácter personalísimo y, por ende intransmisible, de tales acciones[134].

Una de las cuestiones que siendo discutida en la anterior redacción queda aclarada por la interpretación literal del artículo estriba en considerar que la simple separación de hecho no produce la ineficacia. Y ello porque el texto exige que la separación haya sido "declarada" judicialmente.

---

133. Siendo ello criticado por Ursino Vitoria, op.cit., en la medida que podían quedar afectadas disposiciones del todo ajena a la confianza conyugal.

134. En este sentido LACRUZ BERDEJO: Elementos... op.cit., Tomo IV.1997. Funda el carácter personalísimo de la acción de separación en una dicción literal del art. 81 Cc, por el cual los herederos no están legitimados a continuar el procedimiento; y cita la Sentencia del Supremo de fecha 26 de mayo de 1982 (pág.135). Respecto a la acción de divorcio sostiene igualmente su carácter "personalísimo y no se transmite a los herederos del legitimado para ejercitarla (art.88.1 Cc)" (pág.155).

MANCOMUNIDAD E INSTITUCIÓN RECIPROCA DE HEREDEROS.

El testamento mancomunado tiene como finalidad una fuerte defensa del cónyuge sobreviviente. Formando parte de aquellas instituciones de nuestro derecho foral cuya teleología última consiste en fortalecer la posición jurídica del supérstite frente a los terceros, y en menor medida ante los hijos por una posible actuación indiferente por ellos[135], ya que éstos gozan de la protección de la legítima colectiva. Instituto de origen netamente consuetudinario su génesis se plantea en matrimonios que han perdido la esperanza de tener hijos, por ello su concesión no solía llevarse en capitulaciones prematrimoniales sino en instrumento posterior a las mismas. No obstante, también ha servido dicho instituto como medio para fortalecer y configurar[136] una nueva casa por parte de segundones. Institutos como el agermanamiento, pacto al más viviente o casamiento al más viviente parecen fundarse en un principio individualista alejado de las consideraciones de familiaridad y troncalidad por las que parecía regirse el derecho foral histórico[137].

---

135. Resulta tremendamente útil en tal sentido la concesión reciproca de la condición de fiduciarios entre cónyuges, especialmente para el caso del cónyuge viudo cuyo exiguo patrimonio propio no garantiza una posición de fuerza frente a posibles ingratitudes de sus descendientes.

136. PALA y MEDIANO, Fco. El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca. Anuario de derecho Aragonés. X, págs.251y ss. Dicho autor afirma sobre dicha realidad tan cara a nuestro ordenamiento: La Casa es una institución personal no personificada, forma jurídica de una comunidad doméstica, grupo social familiar que vive en una misma casa y de la explotación de un patrimonio que pertenece *a un solo dueño y ha de transmitirse a un solo heredero sub modo, con cargas (obligaciones personales) y ciertas limitaciones en las facultades dispositivas*".

La Casa no cabe ser reducida a un mero patrimonio familiar (hay patrimonios familiares que no constituyen casa) sino que actúa como verdadera comunidad de vida, que precisamente para garantizar la vida, y en la medida de sus posibles, necesita de un patrimonio. Tal es la influencia que la realidad ha ejercido sobre las instituciones forales, ante todo sucesorias, que algunas han logrado sobrevivir gracias a la necesidad de mantener la unidad de la casa

137. Ya Costa intentó conciliar esta diatriba argumentando: "primero, porque este derecho distingue cuidadosamente entre matrimonios de herederos y matrimonios

Su primer reconocimiento en el derecho positivo se efectúa en el Apéndice de 1925 que reconoce la existencia y validez de una serie de instituciones jurídicas consuetudinarias, postulando para su regulación una remisión al derecho consuetudinario[138]. Su reconocimiento en la Compilación puede tildarse de asistemático, siendo tratado en función de las diferentes formas o instrumentos en que puede procederse al otorgamiento de la institución recíproca: Capítulos matrimoniales (art.33, dentro de las Instituciones familiares consuetudinarias), testamento mancomunado (art.95 como Institución recíproca de herederos) y pacto sucesorio (art.108)[139].

Forma parte del contenido típico del testamento mancomunado en los supuestos de matrimonios sin descendencia la institución recíproca entre los testadores de la condición de heredero[140]. La supresión de la limitación de testar en mancomún a los cónyuges amplía la posibilidad de su otorgamiento entre terceros como

---

de solteros (que casan constituyendo vecindad y familia aparte delas de sus padres, dotados los dos, heredado ninguno) y el agermanamiento es privativo de los segundos, como el casamiento en casa lo es de los primeros; segundo, porque limitan siempre la institución diversidad de condiciones, en consonancia con el carácter familiar que reviste dicha legislación consuetudinaria". "Derecho consuetudinario..." op.cit.

138. Art. 60 Cuaderno foral: " Cuando las estipulaciones hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias en el país, tales como "hermandad llana", "agermanamiento" o "casamiento al más viviente" ... los pactos deberán interpretarse y las omisiones que en ellos se noten suplirse conforme al uso local respectivo".

Los Proyectos Ripollés de 1889 y de Gil Berges sólo hacen referencia a tal pacto efectuado en Capítulos.

Su existencia no es privativa del derecho aragonés el mismo derecho Castellano reconoció 0instituciones similares como la hermandad del Fuero Real y Partidas.

139. Vid. MERINO HERNÁNDEZ: Comentarios Edersa, op.cit. pág.253.

140. De unanimidad habla TEIXEIRA GRACIANETA: op.cit, pág.104. Destacándo lo usual de acompañar estas disposiciones de otras limitativas de la facultad de disponer el sobreviviente "inter vivos" o "mortis causa".

LORENTE SANZ cita como usual la fórmula: "ambos testadores se instituyen recíprocamente herederos universales en pleno dominio; al fallecimiento del sobreviviente, en cuanto a los bienes que conservase o no hubiese enajenado, se harán dos partes iguales, una para la herencia del testador y otra para la de la testadora; llamándose a estos sucesores bien por grado bien por nombre"

también acontece en materia de pactos sucesorios[141]. La Compilación vino a regular dicha concesión mediante la fórmula de una remisión en materia de efectos al art.108, continente del agermanamiento o pacto al más viviente, todo ello salvo pacto en contrario[142]. Siendo ello criticado por la doctrina ya que la institución recíproca de herederos establecida de mancomún no es pacto[143], ni goza de la naturaleza irrevocable del mismo. Debe aclararse que institución recíproca de herederos no equivale a correspectividad en las disposiciones.

La declaración en contrario no se exige que sea expresa, bastaría por ello que cupiese ser deducida de la interpretación del mismo instrumento. En este punto la nueva ley de Sucesiones viene a introducir una novedad consistente en un giro de política legislativa de manera que prima facie no se remite a las consecuencias del pacto al más viviente[144]. Con ello se elimina la ineficacia sobrevenida que sobre tales disposiciones recíprocas recae en los

---

141. BATALLA CARILLA, J.L.: Ley de Sucesiones. Comentarios Breves. Op.cit. pág.57.

142. Art. 95. Institución Recíproca de Herederos.- "Se entenderá salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el "pacto al más viviente" regulado en esta Compilación".

Art. 108. 1. "La recíproca institución entre cónyuges o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes".

143. En este sentido se pronuncia CRISTÓBAL MONTES: Comentarios a la Compilación, op.cit. pág.346.

144. Art. **104 LS** 1/99.- Institución recíproca entre otorgantes.

1. Si los testadores no establecen los efectos del "pacto al más viviente", las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los efectos que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legitimarios.

En la Comisión de derecho civil se "consideró que esta regulación –la de la Compilación- respondía a épocas pasadas; a un sitema económico y social superado y a un recelo y desconfianza que está fuera de lugar. Por todo ello la regla que finalmente se ha aprobado deja funcionar las disposiciones recíprocas entre testadores con normalidad, dejando los efectos del pacto al más viviente para los casos en que aquéllos lo establezcan".

supuestos de tenencia de hijos no comunes en el momento de la muerte del causante, que coincide con el de la apertura de la sucesión[145]; y en el supuesto de existencia de sólo hijos no comunes su conversión en la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia. En la actualidad las instituciones recíprocas producirán los efectos que les son propios[146]. En caso de premoriencia de uno de los cónyuges, la del causante será eficaz, y la del viudo sobrevendrá ineficaz; en caso de conmoriencia (dado que la premoriencia no se presume[147]) ambas devendrán ineficaces. El único límite a tal institución recíproca reside en el respeto de las legítimas de los descendientes.

Mas si la institución recíproca de herederos supone una afirmación del principio individualista, éste viene contrarrestado o compensado por la introducción de una norma interpretadora o integradora de las voluntades de los testadores[148], para los supuestos de no disposición de los mismos por el sobreviviente. Se trata del actual art. 104.3 cuya redacción literal establece: *"Si no hubiere ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que de ellos quedaren a los parientes llama-*

145. Art. 5.1 LS: "La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, y en el lugar de su último domicilio".

146. El pacto al más viviente (art.108.3 Comp. y 81 LS) tiene como requisitos de eficacia el no tener hijos o que éstos hubiesen fallecido antes de alcanzar la edad para testar-funcionando en este último supuesto como una sustitución pupilar.

147. Art.5.2 Ls: "Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos del uno al otro".

En idéntico sentido el derecho común, art. 33 Cc: "Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de pruebas, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro".

148. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art.108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespacial. RDCA-1996-II-nº2. Pág.105.

dos, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente"[149]. Ello tiene como ratio iuris la perenne obsesión por el mantenimiento de la Casa que ha insuflado el derecho foral, y la aversión a sus dos mayores peligros: el fraccionamiento y la confusión. El primero tiene como principal atajo la sucesión legal o ab intestato, el segundo (el confusionismo de patrimonios familiares), la ruptura de la troncalidad[150]. La fuerza de ésta se vislumbra en institutos como el derecho de abolorio o de la saca, o el especial régimen de los bienes troncales en defecto de sucesión voluntaria[151].

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de este llamamiento para después de la muerte del sobreviviente sin ordenar sustitución voluntaria alguna y sin disponer de los mismos. El sector doctrinal más numeroso parte de considerar que nos encontra-

---

149. Su aplicación a la institución mutua y recíproca de herederos ya lo establecía la legislación anterior mediante la remisión del art. 95 Comp. al 108 cuyo párrafo tercero decía: "No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar , el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido".

Dicha solución se distanciaba del parecer mayoritario de la doctrina y de lo establecido en la Observancia 19 "de iure dotium" partidario de la división en dos mitades del caudal hereditario entre los parientes más próximos de los testadores. En igual sentido la práctica forense demostrada por la fórmula recogida por LORENTE SANZ y transcrita en la nota 131.

150. Ya la Sentencia de 29 de mayo de 1991 se pronunció acerca de los artículos 95 y 108.3 Comp. afirmando que 2no hacen sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncalidad del derecho aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario", Igualmente la S. AP. de Teruel de 30.8.1995 y la Resolución dela DGRN de 23 de abril de 1986.

151. En este sentido una de las políticas legislativas más asentadas en el derecho positivo ha sido el potenciar la sucesión troncal –línea ajena al derecho comparado hispánico, excluido el vizcaíno-. Ya se destacó en esta línea el Apéndice poniendo fin a la jurisrudencia que fundada en el Código y su temor a la vinculación e interrupción del mercado inmobiliario había realizado pronunciamientos contrarios.

mos ante una "sustitución fideicomisaria de residuo"[152] o "sustitución preventiva"[153] ex lege: es decir, el supérstite hace suyos la totalidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario del premuerto pero sujetos a la sustitución en favor de los beneficiarios de la sucesión legal de éste en cuanto que no se haya dispuesto de los mismos. Heredando tales personas del cónyuge premuerto y no del sobreviviente. Minoritariamente una segunda corriente parte de estipular el supuesto planteado como un supuesto especial de sucesión legal del cónyuge viudo, afectante únicamente a los bienes de su cónyuge [154], que los herederos reciben, en tal caso, del supérstite[155].

La consideración de la norma contenida en el actual art.104.3 LS (antes 108.3 Comp.) como una norma interpretativa de la voluntad de los cónyuges, parte de que éstos, de haber establecido algo para después de la muerte del cónyuge sin disponer, hubie-

---

152. En este sentido se pronuncian Merino Hernández, Lacruz Berdejo, Delgado Echeverría...

Incluso el actual derecho positivo, pues de lege data habla de "pasarán los que de ellos quedaren a los parientes llamados , en tal momento, a la sucesión legal de éste, *como herederos suyos y sustitutos de aquél*".

153. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art.108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespacial. RDCA-1996-II-nº2. Pág.106. Denominación también defendida por Navarro Viñuales.

154. El apoyo de esta tesis ha venido principalmente de manos de la jurisprudencia (S. TSJA de 29 de mayo de 1991) y en menor medida de la doctrina: Sánchez Rubio –habla de reversión- y García Rodeja –prefiere la consideración de sucesión intestato o legal específica o recuperación familiar de los bienes-.

155. Con esta discusión acerca de la naturaleza jurídica quedan afectadas cuestiones relativas tanto al mismo derecho sustantivo como al fiscal. En el primero de los criterios la capacidad para suceder deberá examinarse entre el premuerto y los llamados a sucederle, además al no estar ante un supuesto de sucesión intestada no será requerida la declaración de herederos; en el segundo entre éstos y el sobreviviente.

En materia fiscal es menos gravosa la primera de las posturas: pues los vínculos entre el premuerto y los llamados a sucederle abintestato, en principio, serán más estrecho que los existentes con el sobreviviente; más aun con la nueva regulación que no exige la conyugalidad.

ran distinguido en función de la procedencia familiar de los bienes. Por ello el derecho transitorio no debe guiarse por lo establecido en la DT 1ª LS[156] o el respeto a los derechos adquiridos (DT.3ª LS y sobre todo DT1ª Cc), sino que "el espíritu de conservación de los negocios... lleve a respetar el título sucesorio anterior a la reforma ya interpretado e integrado conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento". "En efecto el testamento o contrato sucesorio, con sus criterios interpretativos, debe quedar cerrado al otorgarse, ya que los testadores o contratantes y el Notario que lo haya redactado habrá tenido en cuenta las reglas interpretativas vigentes entonces y conforme a ellas podrán haber decidido incluir determinadas previsiones o por el contrario omitirlas por ser indispensables"[157].

Precisamente la opción de política legislativa de introducir dicha norma es la que ocasiona una divergencia de efectos entre la institución de heredero el uno al otro por vía del testamento unipersonal y la institución recíproca y mutua del "premoriente al sobreviviente" con base en la voluntad conjunta manifestada en un mismo instrumento. Dicha divergencia tiene lugar a raíz del fallecimiento del cónyuge sobreviviente[158], ya que tras su muerte y no habiendo procedido a disponer de dichos bienes "inter vivos" o "mortis causa" (salvo limitación de dicha facultad de diposición por el finado) se abre para los bienes procedentes del premuerto la

156. DT1ª: "Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión".

157. CALATAYUD SIERRA: op.cit. pág.108.

158. ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro. RDCA-1996-II-n°2.Pág.116.

Para el supuesto de fallecimiento de uno de los disponentes, la consecuencia es idéntica: el sobreviviente deviene heredero de la totalidad del caudal relicto. En caso de conmoriencia (dada la presunción iuris tantum de que parte nuestro derecho: art.5.2 LS, art.33 Cc) ambas disposiciones devienen ineficaces (art. 5.2 LS y art. 912.3 Cc). Con la consecuente apertrura de la sucesión intestada de cada uno de los testadores.

sucesión legal[159] del primeramente fallecido (art.104.3 LS). Ahora bien, con la particularidad de que en defecto o falta de aceptación de parientes y cónyuges[160], no se procede al llamamiento de la Comunidad Autónoma o a la aplicación del Privilegio de nuestra Señora de Gracia (arts. 220 y 221 LS), sino al de los parientes del otro testador sobreviviente[161]; y será en defecto de estos segundos cuando los arts.220 y 221 LS entrarán en juego[162].

Si la totalidad de los bienes relictos son propios del sobreviviente o premuerto (privativos o procedentes de su participación en la comunidad conyugal), sólo se abrirá su sucesión legal respectiva.

Si el caudal relicto a la muerte del supérstite contuviera tanto bienes "propios" como procedentes de la herencia del premuerto: los primeros se regirán por la sucesión legal del último causante, salvo que haya dispuesto de forma voluntaria de los mismos, y los segundos se deferirán a favor de los llamados en virtud de la sucesión abintestato del premuerto. Aclara el texto positivo que la herencia se transmite directamente desde el premuerto a sus suce-

---

159. La utilización de dicha terminología parece la más correcta y es la utilizada, mas no siempre, por el legislador de 1999 –rúbrica del Título VII de la LS-. En el derecho común la utilización de sucesión legítima lleva a confundir ésta con la limitación a la capacidad de disposición que suponen las legítimas. Y en el derecho propio la expresión sucesión intestada o abintestato no reconoce la existencia de otros modos de delación de la herencia como los pactos sucesorios (art. 2.1 LS). Vid. DELGADO ECHEVERRIA, J.: Ley de Sucesiones...op.cit. pags. 154 a 155-

160. Esto último posible en la medida que la nueva regulación del mancomunado no limita a los unidos por vínculo matrimonial el otorgamiento de últimas voluntades en mancomún (art.102. LS)

161. Art.104.3 "...A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente"

162. En este sentido se pronunció la doctrina anterior de la Compilación, a pesar del silencio del derecho positivo, y con base en la literalidad del precepto que hablaba de "personas llamadas", confirmado por la RDGRN 23 de abril de 1986 y la AP de Zaragoza, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1995 (Enciso Sánchez, J.M.: op.cit.pág.121).

sores legales como "herederos suyos". Que el heredamiento se produzca directamente desde el causante del que proceden los bienes al llamado en la sucesión legal, promueve la aplicación, en su caso, de las normas que sobre sucesión troncal se recogen en la nueva ley de Sucesiones, herederas de las de la Compilación (arts.202.2.1º y 211 LS, arts. 132 y 133 Comp.)[163].

Fue muy discutido, tanto en la doctrina del Apéndice como en la de la Compilación, el supuesto de haberse estipulado una sustitución vulgar para la muerte del cónyuge sobreviviente instituido heredero, y si en tal supuesto el sustituto heredaba directamente del premuerto los bienes procedentes de su caudal hereditario o, por el contrario, tal transmisión se producía por vía del sobreviviente[164]. La solución aportada por la doctrina fue entender que los "terceros heredan del testador cuyos eran los bienes, haya muerto el primero o el último"[165]. El derecho alemán establece una

163. Lo cual puede afectar a supuestos prácticos nada baladíes, pues en defecto de descendientes (lo cual como hemos dicho solía ser lo usual para la institución recíproca), los bienes troncales se deferían primeramente a los hermanos y no a los ascendientes (art.211 LS).

ENCISO SÁNCHEZ, con base en el texto compilado, ponía el ejemplo de que en "el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite, sobreviven el padre y un hermano del cónyuge premuerto", si el bien es troncal (interpretación auténtica en el 212 y 213 LS) y se considera no rota la troncalidad, pues se hereda del primeramente fallecido, pasará al hermano; si se considera que heredó del segundo causante, dado que se rompe la troncalidad al pasar a un patrimonio extraño -el del sobreviviente- (García Rodeja), el bien se deferiria por la sucesión no troncal y el primer llamado será el padre (art.214 LS).

ENCISO SÁNCHEZ, J.M.:op.cit. pág.120.

164. Así, LORENTE SANZ, ponía el ejemplo práctico siguiente: los cónyuges cotestadores Ay B se nombran recíprocamente herederos y disponen que, a la muerte del sobreviviente, los bienes que queden serán heredados por C, sobrino carnal de B. Si ocurre que B fallece antes que A, y a la muerte de éste, en virtud del testamento, los bienenes pasan a C, cuando más tarde C fallezca abintestato, sin descendencia, se planteará la cuestión de determinar si los bienes procedentes de B los ha adquirido C inmediatamente de B o inmediuatamente de A.

165. LORENTE SANZ, J.: El testamento mancomunado en el Apéndice...op.cit. pág.134. En igual sentido se pronunció LACRUZ BERDEJO en las notas al *Derecho de Sucesiones* de Julius Binder, pág.124.

solución contraria entendiendo que el tercero adquiere directamente del sobreviviente como único heredero éste del premuerto[166]. El párrafo segundo del art. 104 aclara en la línea mantenida por la doctrina foralista, diciendo: "Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento". Por tanto, será suficiente con que el tercero sobreviva al testador premoriente para que adquiera el ius transmisionis o posibilidad de deferir su delación hereditaria, siendo insignificante que sobreviva o no al testador supérstite[167].

Una de las particularidades de la institución recíproca de heredero, puesta de manifiesto por la doctrina alemana[168], estriba en la apertura del testamento mancomunado[169]. En principio, tal apertura sólo debe afectar a las disposiciones del testador falleci-

---

166. Parágrafo 2269: "Si en un testamento por el que se instituyen recíprocamente herederos, hubieran dispuesto los esposos que después de la muerte del superviviente se devuelva a un tercero la sucesión respectiva , deberá admitirse en caso de duda, que este tercero ha sido sustituido por toda la institución *como heredero del último superviviente de los esposos*. Si en dicho testamento hubieren hecho los esposos un legado que deba ejecutarse después de la muerte del superviviente, será necesario admitir en caso de duda, que no se entregará el legado al legatario hasta la muerte del superviviente".

167. Así el art. 784 Cc: "El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herderos."

168. KIPP, en la obra colectiva junto con Ennecerus y Wolf: Tratado de derecho Civil, Derecho de Sucesiones. T.V, 2º, pág.341.

169. TEIXEIRA GRACIANETA ya puso de manifiesto las dudas que generó el quando de la apertura del testamento mancomunado: si por tratarse de disposiciones mancomunadas basadas en la existencia de una voluntad conjunta, no debían surtir eficacia hasta fallecidos ambos testadores, más aún cuando los testadores habían dispuesto en primera persona del plural. No obstante, ya desde un principio se consideró que las disposiciones referentes a los bienes y derechos de una de los testadores debían ser eficaces desde su fallecimiento: así S. Audiencia de Zaragoza de 29 de noviembre de 1899, 25 de junio de 1903 y 11 de julio de 1921.

do, en cuanto que sólo de su caudal relicto se produce la apertura de la sucesión (art. 103 en correspondencia con el art.5.1 LS[170]). Dicha estipulación carecía de normativa específica en la Compilación. La doctrina[171] buscaba salvar tal laguna, preservando las últimas voluntades del cónyuge sobreviviente, acudiendo a la regulación del Reglamento Notarial cuyo art.237 establecía: "Los Notarios podrán, a instancia de parte, expedir copias parciales de determinados documentos... *se omitirá cuanto no interese al peticionario, en los testamentos mancomunados cuanto sea disposición especial del otorgante que sobrevive*". Precisamente en los supuestos de institución recíproca parece más propio que la muerte de uno de los testadores suponga "que debe de notificarse toda la disposición mancomunada y la exhibición del testamento y cualquier manifestación puede hacerse en su totalidad"[172].

INTERPRETACIÓN.

Dice el brocardo latino que "in claris non fit interpretatio", pero este predicado es falso, sobre todo en el mundo del derecho[173]. La interpretación del testamento unipersonal debe partir, primeramente, de su calificación como negocio jurídico unilateral, y su configuración como panoplia de disposiciones de última vo-

170. Art.103 LS: "Al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma. Los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento, que sin embargo no podrá incluir laas disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador".

Art.5.1: "La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, y en el lugar de su último domicilio"

171. GARCIA VICENTE, F: Comentarios...op.cit. pág.183.

172. Idem. en cita de KIPP.

173. En esta línea son reiterados los pronunciamientos de la jurisprudencia, así la Sentencia del TS de 1 de marzo de 1971. La propia STS de 2 de febrero de 1972 aclara "que si bien el primer elemento interpretativo es el gramatical, éste presupone la interpretación, dado que al afirmar que una cláusula es clara implica una valoración de las palabras y de la congruencia que con la voluntad guardan"

luntad de una única persona, y por tanto la no presencia de una voluntad conjunta, llevó a la necesidad de diferenciar sus reglas de interpretación de las de los contratos cuyo fundamento último reside en la custodia de la buena fe[174]. La indagación del significado de las disposiciones de última voluntad está presidido por el conocimiento de la verdadera voluntad del testador[175], mientras que en los contratos hay dos voluntades "pretendiendo cada parte que la composición de intereses establecida sea la más favorable para ella, de modo que el contrato señala la frontera común de ambas voluntades egoístas"[176]. Pero, a diferencia de los negocios inter vivos, la no presencia del testador, que es condición para la eficacia de lo dispuesto, dificulta el acceso a tal averiguación. No obstante debe quedar claramente delimitado que el objeto de interpretación y de conocimiento es la declaración efectuada o, a lo sumo, la voluntad declarada. Si situaramos el centro de atención en la intelección de la verdadera voluntad del testador, las disposiciones testamentarias de éste únicamente serían un medio de accesibilidad a la misma. Con ello, como ha puesto de manifiesto la

---

174. "La declaración mortis causa presenta caracteres especiales frente a los negocios inter vivos, al prescindirse en ella, como guía de los principios de la confianza y la autorresponsabilidad; de la consideración del común querer de las partes , el sentido objetivo de las expresiones y el equilibrio de intereses, para buscar a través de la fórmula verbal la verdadera y exacta intención del testador":

LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil, T.VI.Pág. 232. En la misma obra colectiva: RAMS ALBESA, Joaquín: T.II Vol.I, 1994, pág.521.

175. Art.101.1 LS: " Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o, si el testamento fuera mancomunado, la común de ambos testadores. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador o testadores según el tenor del mismo testamento".

En el derecho común el art.675 CC: " Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento".

176. RAMS ALBESA: Elementos...op.cit. pág.525.

civilística[177], quedaría desvirtuado el carácter formal ad validitatem (art.687 Cc y 92.2 LS) del testamento, pues por la vía de la interpretación podían resultar eficaces en el mundo jurídico "voluntades" sin basamento en las declaraciones recogidas en los instrumentos jurídicos.

Sin embargo, al analizar la especificidad del testamento mancomunado, obervamos la posible existencia de una voluntad general o común en los supuestos de correspectividad en las disposiciones. La existencia de tal voluntad común parece que debe restringirse a los supuestos de condicionamiento recíproco de las disposiciones, pero no todo testamento mancomunado es portador de voluntades comunes; así en los supuestos de "testamenta simultanea", donde la mancomunidad no es más que un "privilegio de forma"[178]. Dichas disposiciones correspectivas se fundan en la verdadera existencia de un negocio jurídico bilateral, formulado mediante sendas declaraciones de voluntad recepticias. Precisamente por ello, otra vez más se contempla un acercamiento del testamento mancomunado a la teoría general de los contratos, consecuencia de su carácter sincrético y defendiéndose ya por la doctrina foralista anterior[179], el nuevo derecho positivo estipula por ello en materia de interpretación de declaraciones correspectivas que lo dispuesto en el art.101.LS "deberá integrarse (...) con las

177. LACRUZ BERDEJO: op.cit. pág.233.

JORDANO BAREA afirma: El carácter formal del testamento (...) provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria". ALBALADEJO en la elaboración de una teoría general del negocio jurídica sostiene que éste está formado por la unidad constituida por la declaración (cuerpo) y la voluntad declarada (alma), "la voluntad interna, ni es elemento del negocio ni forma parte de otro elemento: la declaración de voluntad".

178. Frente a esta opinión de lege ferenda parece partirse de la defensa de dicha voluntad común por el mero hecho de unidad de instrumento dad la redacción del párrafo primero del art.101 en donde parecen ir correlativamente las ideas de mancomunidad y voluntad común de los testadores.

179. GARCIA VICENTE: op.cit. pág.185.

normas de interpretación de los contratos" (101.4. LS), remisión que debe entenderse efectuada a los artículos 1281 y ss Cc[180].

DISPOSICIÓN DE LOS BIENES.

Una de las causas por las que fueron prohibidos, y vistos con suma desconfianza, los pactos y contratos sucesorios por los legisladores decimonónicos, fue por su constante política legislativa de fomentar la constitución de un auténtico mercado inmobiliario[181] frente al monopolio de vinculaciones (fideicomisos, censos,mayorazgos, bienes troncales y retractos gentilicios), más aún cuando el pacto sucesorio puede surtir plenos efectos no sólo tras la muerte del disponente (institución para después de los días) sino también desde el momento de su perfeccionamiento (institución de presente). En este último supuesto, el instituido adquiere los derechos de titularidad del instituyente en el momento de otorgarse el pacto, por tanto, como titular de tales derechos puede disponer sólo él de los mismos de acuerdo con el axioma de "nemo dat quod non habet"[182] (salvo que el instituyente haya hecho uso de la reserva del señorío mayor[183]). Así la nueva ley de sucesiones de for-

180. Opiniones doctrinales parecen mostrarse favorables a limitar la aplicación de alguno de dichos preceptos a los negocios inter vivos (LUNA SERRANO, Agustín: Elementos...op.cit. T.I, Vol.III, 1990.pág.264.). En especial, los arts 1286 a 1289, que en su caso (salvo el principio contra proferentem del 1288), incorporan normas más integradoras del contenido que interpretativas de las declaraciones de voluntad. En mi opinión su aplicación a la interpretación de las disposiciones correspectivas no debe quedar de plano excluida; siempre que su uso esté guiado por los caracteres propios de las disposiciones mortis causa.

181. Otros argumentos contrarios a la admisión parecen menos convincentes: como el de que su práctica favorecería el deseo de muerte del disponente por parte del favorecido por la disposición. Tal anhelo cabe también en la persona instituida heredera o legataria una vez que conoce las últimas voluntades del testador.

182. Cuyas únicas excepciones se encuentran por las adquisiciones a non domino: para los muebles: art.464 Cc en interpretación germanística, y los inmuebles: art.34 LH.

183 Facultad muy próxima a la realidad del pacto sucesorio aragonés, donde la práctica unanimidad en la configuración del mismo de la institución de presente obliga al instituyente a salvaguardar su posición en la disposición Inter. vivos de los bienes constitutivos de la casa.

ma más clara que el anterior art.102 de la Compilación, establece en el art. 75, en Capítulo de la institución de presente: "Salvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido, con las limitaciones establecidas"[184].

El principio de libre revocabilidad del testamento (ambulatoria est voluntas) y la débil posición del instituido heredero antes de la apertura y posterior llamamiento a la herencia con posibilidad de aceptación (delación)[185], aseguran al testador la libre disposición de los bienes objeto del testamento. Su salida del patrimonio harán ineficaces, en su caso, las estipulaciones o su eficacia quedará condicionada al juego de la subrogación real. En este sentido, la norma imperativa del art.107.1 LS establece: "1. Aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro, con las únicas excepciones y modalidades contenidas en los apartados siguientes".

Las particularidades vuelven a renacer en materia de disposiciones correspectivas, donde el acuerdo de voluntades no puede

184. Para los otros supuestos de contrato a favor de contratante, institución para después de los días, o a favor de tercero se estipula el principio contrario. En el primer caso, el instituyente goza de la posibilidad de disponer libremente a título oneroso, inter vivos, en la medida que su ulterior responsabilidad –en caso de legado de cosa específica- o mantenimiento de la institución queda salvaguardado por le juego de la subrogación real. Para las disposiciones a título lucrativo, se requerirá el consentimiento del instituido como fórmula que evite el vaciamiento patrimonial y merme la principal garantía de cumplimiento con que goza la posición acreedora: el principio de responsabilidad universal (1911Cc).

En el segundo caso se permiten las disposiciones tanto a título oneroso como lucrativo del disponente.

185. Momento en que surge el ius transmissionis, aunque en puridad como aclara el maestro Lacruz, "el ser heredero en sí, no es un derecho subjetivo, sino un título para ingresar en los derechos que deja vacantes un fallecido". En la medida que la mera expectativa se configura como derecho integrante del patrimonio hereditario es susceptible de transmisión(arts.39.1 LS y 1006 Cc).

quedar desvirtuado por la actuación ulterior de uno de los testadores que actúe con deslealtad frente al otro. Por ello la disposición en vida de ambos testadores de bienes que impliquen la revocación "sustancial", conllevará la ineficacia sobrevenida de su correspectiva; y ello aunque la correspectividad de la legislación foral es de disposiciones y no de eficacias, como quedó dicho. Mas, los acuerdos alcanzados por los testadores no pueden quedar a la libre voluntad de una de las partes, como se inferiría de apreciar la libre disposición. Y ello en oposición con la regla general establecida en el art.105.2 LS donde se dice "la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter"; por lo que todo parece indicar que tal ineficacia sobrevenida del 105.2 LS deberá ser extraña a la voluntad de los testadores.

Pero muerto uno de los disponentes como una de las correspectivas ha devenido ya eficaz, y resulta fuera de todo sentido la privación de tal eficacia, la solución estriba en diferenciar los supuestos de disposición lucrativa y onerosa.

En el primero de los supuestos se establece la responsabilidad de los adquirentes o de sus herederos en la medida del valor actualizado siendo conforme con la presunción fraudulenta con que el derecho positivo contempla las donaciones. Así en materia de ejercicio de la acción pauliana resulta de suma importancia el art.1297 Cc que supone una desvirtuación de la carga probatoria; presunción iuris tantum que obliga a una difícil prueba en la medida que resulta más fácil probar la mala fe en el obrar que la actuación de buena fe[186]. Debe entenderse, con la mejor doctrina[187],

186. Art. 1297 Cc: "Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito".

Y el 643Cc: "Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella".

187. GARCIA VICENTE, F: Comentarios... op.cit. pág.289; y respecto a la 1/1999, LEY DE SUCESIONEs, op.cit

que no quedan incluidos en este supuesto las liberalidades usuales o de poco valor. Nada dice a este respecto el texto del art.107 LS; pero considero que bien puede aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art.77 LS en materia de pactos sucesorios a favor del contratante para después de los días.

En caso de disposición onerosa entrará en juego el principio de subrogación real quedando obligados los herederos del disponente a satisfacer el valor actualizado, en cuyo patrimonio se ha engrosado la contraprestación proveniente del acto dispositivo.

En ambos supuestos se establece un plazo fatal de caducidad de 2 años desde la apertura de la sucesión del disponente, es decir, desde su fallecimiento.

Quiero concluir este trabajo con un múltiple agradecimiento. Primeramente a mi familia que ha padecido las consecuencias del mismo debiendo prescindir de mí en algunos momentos. Posteriormente, a Cuca ya que "sine aliquo adflatu divino" nunca hubiese terminado este viaje a Itaca. Y por último, a toda la Institución del Justicia de Aragón y, en especial a Francisco Polo Marchador, por su especial paciencia y comprensión. A todos, gracias.

BIBLIOGRAFÍA.-

ALONSO LAMBAN, Mariano: Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón, Rev. de Derecho Notarial, Año II (1954).

ARCE JANARIZ, Alberto: Constitución y derechos civiles forales. Madrid. 1987.

BARRACHINA Y PASTOR: Derecho foral español.T.III. 1912.

BATALLA CARILLA, José Luis: Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Librería General.1999.Zaragoza.

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

BINDER, Julius: Derecho de Sucesiones, anotada por J.L. Lacruz Berdejo. Labor, S.A. Barcelona, 1953.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art.108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el derecho interespacial. Rev. de Derecho Civil de Aragón.1996.Nº2.

COSTA, Joaquín:
La Libertad Civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, Zaragoza, 1981.
Derecho consuetudinario y Economía Popular de España, Zaragoza, 1981.

CRISTÓBAL MONTES, Angel: Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Vol.III. DGA.1996.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesús: : Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Librería General.1999.Zaragoza.

ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro", Revista de derecho Civil de Aragón, II-nº2. 1996.

GARCIA ATANCE, Manuel: Revocación del testamento mancomunado, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943.

GARCIA VICENTE, Fernando:

El testamento mancomunado, Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón, 1994.
Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón. Vol. III. DGA.1996.Pags.166 y ss.
Comentarios breves a la ley de Sucesiones. Librería general. Zaragoza. 1999.

IBÁÑEZ CEREZO, Aurelio: El testamento mancomunado, Segunda Semana de Derecho Aragonés.Jaca. 1943.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal, Anuario de Derecho Aragonés, XII, 1963-1964, pags.351 a 363.
Un dictamen y dos sentencias, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1969. Págs.1623 a1654.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís:

Elementos de Derecho Civil, T. I, Vol.I, Ed. Bosch, Barcelona.1988.
Elementos de Derecho Civil, T. V. Bosch. Barcelona.1988.

LORENTE SANZ, José:

El testamento mancomunado en el Apéndice foral Aragonés, Primera Semana de Derecho Aragonés, 1942, págs.127 a155.
El testamento mancomunado en la Compilación de Derecho Civil aragonés. Anuario de Derecho Aragonés, 1968-1969. Págs.33 a57.

MANRESA NAVARRO, José Mª.: Comentarios al Código Civil español con la colaboración de varios jurisconsultos. Madrid.1932.

MARTINEZ CORTES, Jesús: Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Librería General.1999.Zaragoza.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: Comentario a los artículos 94 a 98 en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.XXXIV, vol.1, EDERSA.1987.

MONEVA Y PUYOL, Juan: Introducción al derecho hispánico. Labor. Barcelona.

PALA MEDIANO, Francisco:

El testamento mancomunado, Boletín del colegio de abogados de Zaragoza,XXVI,1967.

El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca. Anuario de Derecho Aragonés. X.

TEIXEIRA GRACIANETA, Antonio: El testamento mancomunado aragonés, Anuario de Derecho Aragonés, XII, 1963-1964.

VITORIA, Ursino: El Apéndice aragonés y la doctrina de la revocabilidad del testamento mancomunado. Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, núm.150, 1927.

ZÁBALO ESCUDERO, Elena: "El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés", Revista General de Derecho, núms.541-542,1989.

12. Historia del Reinado de Don Pedro III El Grande, de Aragón, y de los orígenes de la penetración aragonesa en Italia.
Manuel de Soroa y Pineda

13. El Protonotario de Aragón, 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna.
Juan Francisco Baltar Rodríguez

14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803).
Manuel Gómez de Valenzuela
Ana L. Navarro Soto

15. El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.
José Luis Calvo Miranda

16. Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.
Gabriel García Cantero (Coordinador)

17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730)
Manuel Gómez de Valenzuela

18. La responsabilidad penal del menor.
Carmen Samanes Ara (Coordinadora)

19. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego. (1428-1895)
Manuel Gómez de Valenzuela

20. Capitulaciones matrimoniales de Jaca. (1420-1791)
Manuel Gómez de Valenzuela

EL JUSTICIA DE ARAGON

Relación de Títulos
publicados de la Colección

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fiducia Sucesoria.
   José Luis Merino

2. El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés.
   Carmen Sánchez-Friera González

3. La Protección Internacional de los Derechos del Niño.
   Natividad Fernández Sola.

4. Informes del Seminario (1954-1958).
   Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés.

5. La Edad en el Derecho Civil Aragonés.
   Francisco Mata Rivas

6. El Testamento Mancomunado: estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad.
   Elena Bellod Fernández de Palencia

7. La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés.
   Rafael Bernad Mainar

8. Los Antecedentes Históricos de la Justicia Constitucional en el Reino de Aragón.
   José Iglesias Gómez

9. De la Protección de la Infancia a la Prevención de la Delincuencia.
   María José Bernuz Beneitez

10. Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado.
    María del Pilar Diago Diago

11. El Consorcio Foral después de la reforma introducida por Ley 1/1999, de 27 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte.
    Carmen Sánchez-Friera González

ESTUDIOS SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

–BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN 1997-2002

Javier RODRÍGUEZ ALONSO
Cristina MAYNAR BONACHO
Rebeca MELÚS SEBASTIÁN
Sergio RUIZ RUIZ
Juan Antonio MARTÍNEZ BLÁZQUEZ
Vanessa LAYRO GÓMEZ
Diana LÁZARO LAGUARDIA
Ana Belén AUNES GONZÁLEZ
Vanesa VIÑOLA VERA

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2003

«Nuguinos Tibalo: Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés.
Autores: Javier Rodríguez Alcaide, Cristina Mayoral Benacho, Rebeca Melús Sebastián, Sergio Ruiz Ruiz, Juan Antonio Martínez Blázquez, Verónica Tayed Gómez, Diana Lázaro Laguardia, Ana Belén Andrés González, Vanesa Viñola Vera.
Colección: El Justicia de Aragón
Edita: El Justicia de Aragón
D.L.: Z-3198-2000
I.S.B.N. Obra completa: 84-89510-55-9
I.S.B.N. Tomo II: 84-895 0-56-X
Imprime: Gorfi, s.a. Menéndez Pelayo, 4. Teléfono 56 23 22 • 50009 ZARAGOZA

ÍNDICE

TOMO II

ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA.

Diana Lázaro Laguardia
(Beca 2000/2001)*

PRÓLOGO

"En Roma el pobre no puede ni pensar en dormir. Pues, ¿cómo dormir con los maestros de escuela por la mañana, los paraderos por la noche y el martillo del caldevero durante todo el día?...". "En esta ciudad cuesta mucho dormir, y es lo que nos mata". Así denuncia Marcial[1] las condiciones de vida de la bulliciosa Roma. Igualmente Séneca[2] se lamentaba del "rugitus" de dicha urbe: *"Moriré si el silencio es tan necesario como parece para el que quiere retirarse al estudio. Y así me hallo rodeado de un griterío abigarrado... ¿No será alguna vez más cómodo estar libre de todo tumulto? Estoy seguro: por eso es que me iré de este lugar. Intenté probarme y ejercitarme. ¿Qué necesidad de torturarse más tiempo...?* Como se ve, el ruido es un problema que data desde an-

* El presente trabajo incorpora las novedades más importantes desde su fecha de terminación hasta su fecha de publicación.

1. Marco Valerio Marcial, nacido en *Bilbilis* (Calatayud) alrededor de año 40 y muerto en su ciudad natal en el 104 después de haber pasado la mayor parte de su vida en Roma, ciudad que no era un prodigio de sosiego. Liber XII, Epigrammaton CVII.

2. Lucio Anneo Séneca (Córdoba, 4 AC - Roma, 65 DC), Epístola LVI de Seneca a Lucilio.

tiguo y que va adquiriendo mayor magnitud a medida que avanza la civilización industrial y la incivilización humana.

Pero, ¿qué entendemos por ruido? Es difícil que exista una aceptación unánime de lo que se considera ruido, puesto que indudablemente es un concepto dotado de alta subjetividad (lo que para unos será ruido, para otros constituirá un agradable sonido); sin embargo, podríamos poner el acento para identificarlo como tal, en que el ruido es un fenómeno físico, un sonido efectivamente, pero insalubre y peligroso, y por ello, constituye un sonido no deseado.

El ruido constituye una dislocación del medio de suficiente entidad como para ser considerado como agente contaminante del medio ambiente, lo que nos lleva a hablar de contaminación acústica. Esta puede darse en diferentes ambientes, como el urbano, el doméstico, el laboral, el rural...porque el ruido no tiene fronteras. A su vez, los agentes contaminantes también son plurales; así tenemos la industria, el tráfico, las aeronaves, los propios ciudadanos, los animales...

Y España no se libra de esta lacra; de hecho, según la OCDE, somos uno de los países mas ruidosos del mundo. Esto no conlleva mas que efectos negativos sobre el medio ambiente y la salud (efectos que van desde meros trastornos del sueño hasta la agravación de enfermedades cardíacas o incluso la muerte en animales). Y es que la creencia sobre la adaptación al ruido es un mito.

Ante toda esta problemática, las soluciones han de venir por la educación y las normas; el legislador debe enfrentarse al fenómeno del ruido desde su originación, su transmisión y su producción de efectos. Quizá lo mejor sea aplicar el lema de "más vale prevenir que curar", incidiendo pues en las medidas preventivas más que en las sancionadoras, si bien estas últimas también son necesarias en caso de que falle la previsión o la voluntad humana.

Los campos de acción son diversos; y es que el ruido es tratado tanto en el ordenamiento civil, como en el penal, fiscal, laboral y cómo no, administrativo. Es precisamente en este último, donde residen las mayores posibilidades de lucha contra el ruido.

En definitiva, el ruido es un fenómeno físico que no pasa inadvertido para la sociedad, que cada vez con más insistencia reclama una mayor protección frente al mismo, y de cuyas peticiones debe hacerse eco la normativa y la aplicación de la misma.

1. INTRODUCCIÓN

1) El ruido como agente contaminante

El ruido ha estado siempre presente en todas las épocas y sociedades, de forma unas veces más y otras menos acuciante[1]. En el tiempo que nos toca vivir, la vida social se caracteriza por un ritmo desenfrenado, lo que provoca nuevas formas de sonoridad molesta, es decir, nuevas formas de ruido.

El ruido, como forma de energía contaminante, es evitable en la mayoría de los casos; sin embargo, hace falta una mayor concienciación social y una mayor voluntad legislativa para hacer del ruido un agente contaminante de menor entidad, y debe tenerse en cuenta en toda planificación que contemple la calidad de vida como objetivo final a conseguir.

2) Definición de ruido

La definición del ruido es algo difícil de precisar, al partir del hecho de que, en la apreciación del mismo, incide un componente subjetivo inevitable. Sin embargo, parece existir consenso en que

1. A partir del siglo XVI, las recomendaciones de los filósofos han ido en línea de exhortar a los hombres a guardar silencio. Escribía Schopenhauer: "el ruido es una tortura para los intelectuales y la más impertinente de las perturbaciones".

el ruido es *un sonido carente de cualidades musicales agradables o un sonido que no es deseado por una persona determinada en un momento dado. Es un sonido irritante, perturbador, molesto y dañino*[4].

3) Tipos de ruido

En función del tiempo, los ruidos pueden clasificarse en *ruidos continuos y ruidos esporádicos*. Dentro de los ruidos continuos podemos distinguir a su vez tres clases: el ruido continuo uniforme, el variable y el fluctuante, dependiendo del nivel de presión acústica.

Dependiendo de la relación establecida entre la fuente sonora causante de la molestia y el manipulador de dicha fuente, podemos distinguir dos tipos de ruido: *el ruido objetivo y el subjetivo*. El primero de ellos se produce de forma automática, no dependiendo pues de la manipulación humana; la producción del segundo si que depende de la voluntad del manipulador.

4) Fuentes de ruido

Los principales focos de ruido pueden dividirse en tres grupos: la industria, los transportes y el ocio.

Las **industrias** son agentes generadores de ruido que afectan en primer lugar a nivel interno a sus trabajadores y en segundo lugar, también produce efectos externos, al llegar a las viviendas cercanas[5]. El control del ruido industrial pasa por una buena planificación del uso del suelo, además de tener en cuenta los resultados arrojados por el Estudio de Impacto Ambiental y por su-

4. V Congreso Español de Sociología-Granada 1995, Grupo 3. Sociología del Medio Ambiente, Sesión 2ª. Análisis de problemas medioambientales.

5. Martín Mateo, "Tratado de Derecho Ambiental", vol. II, 1992. Pág. 609.

puesto, la adopción de las medidas técnicas necesarias para evitar lo máximo tanto la producción como la transmisión de ruido (selección de los equipos adecuados, buen aislamiento acústico etc)[6].

Los transportes en sus diferentes manifestaciones, son fuente de ruido. El transporte terrestre caracterizado en el caso por la **circulación rodada de vehículos** (ya sean automóviles, motos[7], camiones, autobuses etc) constituye un factor contaminante acústico importante[8], debido en parte al aumento del volumen de tráfico durante los últimos años[9]. El ruido producido por un vehículo tiene su origen en el grupo motor (escape incluido), el contacto de los neumáticos en la calzada (esta es una de las causas más importantes) y los frenos.

---

6. Para un estudio más detallado, ver "La problemática ambiental de las industrias ubicadas en el casco urbano", Mestre y García Senchermes, Págs. 499 y ss, dentro del libro "El ruido como agente contaminante del medio ambiente", director. Javier Celma y otros, segunda parte, edita el Ayto. de Zaragoza y la MAZ, Zaragoza, 1987

7. Por poner un ejemplo, en el año 2000 eran 2823 motos las que circulaban por Huesca, produciéndose con asiduidad concentraciones de jóvenes con motos en el Paseo de las Autonomías (Barrio de Santiago), con las consiguientes molestias para los vecinos de la zona; desde la entrada en vigor de la nueva Ordenanza sobre ruidos y vibraciones del Ayuntamiento de Huesca, la Policía Local ha incrementado los controles de ruidos emitidos por los ciclomotores, habiéndose producido la retirada de 26 de ellos, obligados a rectificar sus deficiencias acústicas como medida cautelar, además de la exigencia de 150, 25 euros (25.000 pts) como fianza para asegurar el cumplimiento del compromiso firmado. Las asociaciones de vecinos de Huesca piden rigor en la aplicación de la norma. (fuente: Heraldo de Aragón, 1 septiembre 2001)

8. Del transporte se derivan costes sociales externos de diversa índole, y cómo no, uno de ellos es el ruido; por tomar un ejemplo, en Alemania en 1993, los camiones de mercancías suponían un coste de 0.6 ecus, los trenes de mercancías, 0.3 ecus, los coches, 1.2 ecus, los trenes de transporte de viajeros, 0.3 ecus y los aviones de transporte de viajeros, 1.6 ecus. Se puede apreciar como el transporte es en Alemania una fuente importante de problemas medioambientales que genera costes sociales y medioambientales de un 2.5 % del PIB, ocupando el ruido un 0.17% del total (Fuente: Kageson, 1993).

9. España, en 1993, según datos de la OCDE y de la OMS, era el segundo país con mayor porcentaje de exposición al ruido debido al tráfico rodado; en los Países Bajos el transporte rodado es la causa principal de molestias causadas por el ruido (mas del 80%).

Las posibles soluciones[10] radican en reducir los niveles sonoros de la fuente, evitar la transmisión (por ejemplo, mediante pantallas acústicas), actuar sobre los edificios mejorando su aislamiento frente al ruido, colocar asfalto absorbente (y no reflectante del ruido), aplicar medidas urbanísticas como la restricción del uso de automóviles en el centro de las ciudades y en zonas residenciales mediante la creación de zonas peatonales o la imposición de límites de velocidad y aparcamiento[11], facilidades para renovar vehículos acústicamente contaminantes por otros vehículos más "limpios", y por supuesto, ser exigentes con el cumplimiento de la normativa existente al respecto[12]. Una buena calidad acústica del medio ambiente urbano es un indicador más de calidad medioambiental, y puesto que el tráfico urbano es el principal factor contaminante del medio ambiente de las urbes, es en la disminución de éste en lo que hay que incidir para conseguir un desarrollo sostenible y una buena calidad de vida[13].

---

10. Por ejemplo, la ciudad de Zurich (Alemania) ha propuesto los siguientes objetivos: modificar el itinerario del tráfico para reducir el ruido de los vehículos, construir barreras, crear zona peatonales, limitar la velocidad y asfaltar con firme que absorba los ruidos. La gestión del tráfico en Bergen (Noruega) ha sido una solución al grave problema de ruido que el tráfico genera: desde los años 60 la ciudad se enfrentaba al ruido proveniente del tráfico. Hubo debates públicos acerca de cómo combatir los problemas del mismo. Se decidió poner en funcionamiento un sistema de anillo de peaje (estaciones de peaje en los accesos a la ciudad, como vías de pago). Junto al sistema de peaje, se tomaron medidas como la restricción de acceso de automóviles privados a determinadas zonas, mejora del transporte público, planificación de los usos del suelo. Gracias a esta estrategia frente al tráfico, el número de personas expuestas a niveles de ruido de 60 dB(A) se espera que se reduzca en un 50% antes del año 2010.

11. Informe Dobris, "Medio Ambiente en Europa", Pág. 404.

12. Para una información más detallada, ver "Ruido de Tráfico", de Perera Melero, dentro del libro "El ruido ..."(op. Cit, Págs. 521 y ss)

13. Los entes locales ostentan un papel fundamental para conseguir un desarrollo sostenible urbano. Así lo estableció en 1992 la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo, en el programa 21, capítulo 18: "*...las autoridades locales crean, hacen funcionar una infraestructura medioambiental...establecen los reglamentos medioambientales locales y ayudan a llevar acabo las políticas medioambientales nacionales y regionales. Al ser el nivel de gobierno mas cercano a la gente desempeñan una función vital en al educación...para la promoción de un desarrollo sostenible.*

El **transporte aéreo** circunscribe principalmente su efecto contaminador a las viviendas cercanas de los aeropuertos; las fuentes de ruido en las aeronaves son principalmente los motores, además de causas externas a las mismas como los horarios, las rutas de vuelo etc. Por ello, los métodos de reducción del ruido en las aeronaves podrían centrarse en la modificación de motores, procedimientos de vuelo antirruido (en relación al despegue y aterrizaje), restricciones de utilización del aeropuerto en relación a la imposición de límites de ruido, la prohibición de ciertos movimientos nocturnos, proceder a una zonificación, llevar a cabo insonorizaciones de viviendas y adoptar medidas de carácter económico como tasas por ruido aeronáutico[14].

El **transporte ferroviario** tampoco está exento de calificarse como fuente contaminante acústica, si bien tiene un impacto reconducido a las viviendas próximas al trazado ferroviario y a las estaciones de tren[15]. Entre las posibles solu-

14. Para una información más detallada, ver "Ruido de Aeronaves", de Mestre Sancho, dentro del libro "El ruido .."(op. cit, Págs. 549 y ss)

15. El ruido del tráfico ferroviario parece tener menor importancia que el del tráfico rodado. Suiza sin embargo, tiene un importante problema con esta fuente de ruido, ya que las limitaciones topográficas determinan el trazado de las vías a través de los mismos valles en donde se concentran los asentamientos humanos; una de las medidas correctoras que se están implantado son las pantallas protectoras a lo largo de las vías del ferrocarril; por otra parte, la presencia de bosques actúa como barrera contra el sonido. Igualmente en el ámbito local, la ciudad de Huesca, partida en dos mitades debido al paso de la vía del tren por el centro urbano, sufre problemas de ruido ferroviario afectando principalmente a los barrios de La Encarnación y Santiago/María Auxiliadora.

ciones cabría el tratamiento acústico antivibratorio de las vías, pantallas acústicas en las inmediaciones de las viviendas e incluso el soterramiento de las vías.

Y por último, dentro de las principales fuentes de ruido, se encuentra el **ocio**, y sobre todo, el nocturno. Este tipo de contaminación acústica afecta cada vez a más ciudades, que sufren el "botellón" de los jóvenes" y la saturación de zonas de bares, con las consiguientes molestias. Una mejor educación y un mejor planeamiento urbanístico ayudarían a reducir este tipo de ruidos gratuitos.

Otros agentes constituyentes de fuentes de ruido son los electrodomésticos, los equipos de construcción, y las simples molestias vecinales, entre otros.

5) El ruido y la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la **salud** no sólo como una simple ausencia de enfermedad o validez sino como un **estado de bienestar general, físico, psíquico y social**. Los tratadistas de salud ambiental[16] señalan al ruido como factor contaminante del medio ambiente y grave problema sanitario- social. La OMS ha publicado una Guía donde recoge los valores límite recomendados de decibelios, expresando los efectos que el ruido produce en la salud[17]. La primera Conferencia Ministerial sobre Salud y Medio Ambiente aprobó en 1989 la Carta Europea sobre Salud y Medio Ambiente, en la que se afirma que *la salud y*

16. Peña Castiñeira y otros, "Ruido ambiental y Salud", Editorial Ciencia 3, SA, Madrid, 1991.

17. Ver Guía de la Organización Mundial de la Salud: Valores límite recomendados, Pág. 25 del estudio.

el bienestar exigen un medio ambiente limpio y armonioso en el que todos los factores físicos, fisiológicos, sociales y estéticos reciban la importancia que merecen. El medio ambiente debe considerarse un recurso para mejorar las condiciones de vida y para aumentar el bienestar. Y es que, la habituación al ruido no se produce ni tan siquiera después de varios años de exposición[18]. No cabe duda de que el ruido afecta a la salud de las personas, de ahí que en nuestra legislación existan previsiones al respecto, como la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, cuyo art. 42.3.b) responsabiliza a los Ayuntamientos del control sanitario de ruidos y vibraciones.

A) Efectos del ruido sobre la salud

Las consecuencias del ruido sobre la salud de las personas pueden ser fisiológicas, psico-fisiológicas y patológicas; la trascendencia del ruido sobre la salud de los animales es menos conocida, aunque, como pone de relieve Martín Mateo[19], es indudable que el ruido incide negativamente en la fisiología animal.

a) Efectos fisiológicos

a.1) Sobre el sistema cardiovascular

---

18. Suter, 1992, en OMS, en prensa.

19. Martín Mateo, op. cit, Pág. 616: Martín Mateo expone que se han denunciado los efectos ecológicos producidos por vuelos de aviones supersónicos sobre reservas naturales y que han llegado a los tribunales reclamaciones por las consecuencias económicas de ruidos en la explotación ganadera (así sucedió en una explotación avícola de EE.U –*Los Estados Unidos contra Causby*, 328, US 256, 1946– y en una granja de visones en Francia, cuyos propietarios fueron indemnizados– sentencia del Tribunal Administrativo de Besançon de 16 de diciembre de 1963). C.Alonso García sostiene más: el ruido de los aeropuertos puede provocar una baja de la producción de leche y en la de huevos de las granjas avícolas situadas en sus proximidades. ("La contaminación acústica" dentro de la obra "Lecciones de derecho del medio ambiente", Ortega Álvarez (director), Págs. 313 y ss, Editorial Lex Nova, 2000).

Ante ruidos intensos, puede originarse una aceleración del ritmo cardiaco (taquicardia), elevación de la presión arterial[20] y vasoconstricción periférica[21].

a.2) Sobre el sistema respiratorio

Los individuos sometidos a presiones sonoras superiores a los 90 dB, sufren un aumento de la frecuencia respiratoria[22] que puede llegar a producir disnea y hasta polipnea.

a.3) Sobre el aparato digestivo[23]

El ruido puede ejercer un efecto inhibitorio, disminuyendo la secreción salivar, así como provocar náuseas, vómitos, pérdida de apetito y hasta úlceras gastroduodenales.

a.4) Sobre el sistema nervioso central

Según el Dr. Iriarte Irurzún, también se aprecia un aumento de la presión del líquido cefalo-raquídeo. Sobre las células cerebrales también produce importantes efectos según la intensidad del ruido. El metabolismo cerebral también resulta alterado (aumenta la utilización de glucosa, se crea sodio-dependencia...)[24].

---

20. Parece ser que el límite a partir del cual empiezan a encontrarse alteraciones de la presión arterial como respuesta al ruido se situaría en los 96 dB. (Iriarte Irurzún, "Efectos no auditivos del ruido", Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza 24- 28 de abril 1989, Pág. 32)

21. Carpenter demostró en 1962 como trabajadores sometidos a ambientes ruidosos presentaban trastornos circulatorios de las extremidades que se agravaban cuando el ruido era repentino. Esta vasoconstricción da lugar a la palidez y trastornos vasomotores, directamente proporcionales con la intensidad y duración del ruido, y que se mantienen durante cierto tiempo (incluso 1 hora) aun después de desparecido el estímulo. (Iriarte Irurzún, op. cit , Pág. 34)

22. Estos efectos también se detectan durante el sueño, lo que hace descartar que su influencia sea de origen emocional. (Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 34)

23. Cuando las intensidades ascienden a más de 150 dB, aun a pesar de utilizar protectores auditivos, aparecen molestias gástricas. (Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 34)

24. Entre 100 y 130 dB(A), pacientes epilépticos, pueden llegar a padecer crisis convulsivas con pérdida de conocimiento. (Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 30)

a.5) Sobre el sistema sanguíneo[25]

Aumenta la viscosidad de la sangre, se producen alteraciones plaquetarias, modifica la síntesis de las proteínas y produce alteraciones enzimáticas como las transaminasas y fosfatasas.

a.6) Sobre el equilibrio[26]

Sobre el órgano del equilibrio también provoca efectos negativos como vértigo de marcha inestable y perdidas de equilibrio ("otalgia").

a.7) Sobre la visión

En cuanto a los ojos se han observado dilataciones pupilares, restricción del campo visual[27], alteraciones en la visión de los colores[28] (disminución de la rapidez de la percepción cromática) y deterioro de la visión nocturna.

a.8) Sobre las glándulas endocrinas[29]

Se aprecian aumentos en la hormona del crecimiento, aumentos de adrenalina, aumentos de glucemia, disminución de la fertilidad en ratas etc.

a.9) Sobre el embarazo

Existe una relación entre el descenso de la hormona lactógena y un descenso de peso al nacer[30].

---

25. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 34.

26. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 34.

27. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 35: Si la intensidad del ruido supera los 110 dB se puede observar un estrechamiento del campo visual.

28. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 35: Déficit hasta el 10% en la percepción del color rojo

29. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 35.

30. Iriarte Irurzún, op. Cit. Pág. 36: A pesar de que la protección de la pared abdominal materna disminuye unos 20 dB el ruido, no es aconsejable que las mujeres embarazadas estén en ambientes con intensidades superiores a 80 a 85 dB

a.10) Sobre la piel[31]

También se aprecia una disminución de la resistencia de la piel por un incremento de la sensibilidad cutánea.

b) Efectos Psico- Fisiológicos

b.1) Trastornos sobre el sueño[32]

El ruido ambiental impide o dificulta conciliar el sueño, alterando la calidad y profundidad del mismo. El registro electroencefalográfico permite el estudio de las influencias del ruido sobre el sueño[33]. En general, perturba o rompe la alternativa rítmica necesaria en la vida cotidiana entre el gasto de energía que supone el trabajo y la recuperación de energía que proporciona el reposo[34].

b.2) Efectos sobre la salud mental

A nivel psíquico, los ruidos producen desde inquietud por las molestias que producen[35] hasta la excitación y la irritabilidad. Se acusan aumentos de casos de estrés, neurosis, depresiones, ansiedades y actitudes de hostilidad[36]. También impide los niveles mí-

31. Valedor do Pobo (Defensor del Pueblo de Galicia), "El ruido ambiental como agresión al derecho de la salud", IX Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Celso Morlesio, vicevaledor 2º.

32. Valedor do Pobo (Defensor del Pueblo de Galicia), op. Cit.

33. Los sueños más profundos son perturbados por ruidos de corta duración e intensidad de 20 dB por encima del ruido ambiente. Por encima de los 70 dB los ruidos de una duración de 500 milisegundos son suficientes para poner fin al sueño más profundo. (Fuente: Carrasco Munoz de Vera, "Sistema de Medio Ambiente", Tomo III, *Ruidos y Vibraciones*, Editorial La Ley- Actualidad, 1996).

34. Un ruido equivalente a unos 45 dB o más, puede ya constituir un serio perturbador del sueño: por ejemplo, el paso de un camión pesado puede causar unos 55dB en un dormitorio próximo a la carretera.

35. Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 36: Las molestias que el ruido produce son el factor más frecuente en la vida diaria; en ellas incide el componente psicológico que acompaña a las sensaciones sonoras que depende de cada individuo.

36. Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 39. A partir de intensidades de 75 dB comienzan a aparecer comportamientos desagradables; un alto nivel de ruido implica un sobreesfuerzo para conseguir la concentración, lo que provoca un coste psíquico que se traduce en irritación.

nimos de concentración y serenidad mental[37], llegándose a extremos de desequilibrios mentales importantes[38]. De hecho, la ansiedad y el estrés aceleran la metástasis del cáncer y el envejecimiento prematuro del cerebro humano[39].

c) Efectos patológicos

El efecto patológico mas directamente atribuido al ruido es la sordera; el aparato auditivo ve disminuida su capacidad de audición, denominándose la enfermedad "hiposacusia". Puede aparecer repentinamente por un traumatismo sonoro provocado por un ruido muy intenso (hay veces que es tan intenso que rompe el tímpano provocando una "otorragia") aunque lo mas corriente es que aparezca de forma progresiva: el caso mas ilustrativo es el de la sordera profesional[40], provocada por una exposición prolongada a niveles de ruido elevados. Cuando el déficit auditivo dificulta la capacidad del individuo para seguir una conversación normal recibe el nombre de "sordera social"[41].

---

37. Iriarte Irurzún, op. Cit, Pág. 38: En las Unidades de Vigilancia Intensiva (UVI), las enfermeras sufran con agotamiento y estrés debido a los ruidos de determinada maquinaria.

38. Iriarte Irurzún, Pág. 39: Estos trastornos parecen tener mayor incidencia cuando el individuo no puede controlar el ruido que le afecta.

39. Primeras Jornadas Internacionales Multidisciplinarias sobre Violencia Acústica, Rosario 2- 3 de octubre de 1997.

40. Sánchez Tricto, "Efectos del ruido en la audición", Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza 24- 28 de abril 1989, Pág. 19: En 1830 Fodinoque hablía de la "sordera del hierrero"; en España la sordera profesional es reconocida como enfermedad profesional desde el 13 de abril de 1961 y es una de las enfermedades profesionales más frecuentes.

41. El comienzo de la disminución de la audición se sitúa principalmente en la banda de frecuencias menores a 2000- 6000 Hz; el daño es grave cuando se han acercado a las frecuencias inaudibles a las del habla común.

B) El reconocimiento jurisprudencial de la afección del ruido en la salud

La jurisprudencia europea ha sido pionera a la hora de reconocer que el ruido afecta al derecho a la salud. El famoso **caso "López Ostra" de 9 de diciembre de 1994**[42] fallado por el TEDH reconoció que *"Atentados graves al medioambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del goce de su domicilio, deteriorando su vida privada y familiar, sin necesidad de poner en grave peligro la salud del interesado"*; esta reflexión de los magistrados liga el derecho a la protección del domicilio (como espacio donde se desarrolla la vida privada de las personas) con las condiciones ambientales que hacen factible el disfrute del derecho (desde el valor del bienestar de las personas). El TEDH se manifiesta como tribunal ecológico; se desenvuelve en el plano dogmático, de comprensión del CEDH como norma unitaria y axiológica[43]. Esta línea jurisprudencial se vio consolidada en la sentencia **"Guerra contra Italia" de 19 de febrero de 1998.**

Nuestro Tribunales muestran cada vez mayor predisposición a reconocer el ruido como agente capaz de provocar serios trastornos en la salud. Resulta necesario hacer mención especial al magistrado González Navarro, pues defiende un medio ambiente libre de contaminación acústica en sus magistrales resoluciones. Para muestra, en el **Auto del TS de 11 de mayo de 1989**[44], conmina al TS (como poder público responsable) para velar por un medio ambiente adecuado, lo que supone velar también por la salud, reconociendo que *la contaminación acústica no sólo impide el descan-*

42. Ver la explicación completa en las Págs. 66 a 69 del estudio.

43.Bandrés Sanchez-Cruzat, "Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo". Págs. 74 y ss

44. Igualmente, la STC 64/82 y las SSTS de 24 de octubre de 1990, 30 de noviembre de 1990 y 26 de noviembre de 1991.

so sino que también perjudica a la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios.

Otra sentencia que relaciona el ruido con el medio ambiente y la salud es la **STS de 7 de noviembre de 1990**, cuyo ponente es también González Navarro. Esta resolución pone de manifiesto como el grave deterioro del medio ambiente en todos sus aspectos afecta a la supervivencia, y en concreto, la contaminación acústica afecta a la salud y a la convivencia civilizada. *Es notorio que se han elevado voces autorizadas procedentes del grupo de la medicina denunciando cómo afecta al oído y al corazón el sometimiento continuado del individuo a un excesivo número de decibelios. Y lo único que hay que lamentar es que todavía hay poderes públicos que manifiestan una cierta pasividad en la adopción de medidas eficaces en defensa de las múltiples agresiones al medio ambiente que se dan todos los días y en todas partes.*

También merece la pena destacar las **SSTS de 3 de diciembre de 1991 y la de 10 de julio de 1992.** Igualmente relacionan el ruido con al salud. La primera de ellas defiende la escrupulosa observancia de los niveles máximos de ruido *puesto que en ellos está en juego la salud.* La segunda sentencia aludida justifica desde "la tranquilidad pública" la intervención administrativa para proteger los derecho de los ciudadanos en relación con el descanso, la calidad de vida y el medio ambiente adecuado.

El **TC en sentencias de 16 de abril de 2001 y 24 de mayo de 2001**, reconoció que el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos; la OMS así lo pone de manifiesto mediante estudios que demuestran los efectos de un nivel elevado de ruidos sobre la salud de las personas. Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido (debido a la acción u omisión de los poderes públicos) ponga en grave peligro la salud humana, esta situación puede implicar incluso una vulneración del derecho a la integridad física y moral del art.15 CE.

Incluso en el ámbito penal, la **Audiencia Provincial de Palencia, con fecha de 9 de noviembre de 2000**, reconoce que la exposición de una persona a niveles de ruido entre 30 y 40 dB(A) de forma reiterada durante los fines de semana puede causar, dependiendo de la sensibilidad de cada persona, afecciones psíquicas o psicológicas, con trastornos de sueño (impedimento para conciliar el sueño, despertares tempranos), alteraciones que en definitiva alteran el ritmo de vida normal pudiendo provocar fatiga, cansancio, irritabilidad, disminución de la atención, disminución del rendimiento laboral o escolar, pudiéndose llegar al desarrollo de brotes sicóticos (con cuadros alucinatorios, delirantes, de alteración de la conciencia) o a la existencia de síntomas vegetativos (taquicardia, hipertermia, aumento de la sensación de hambre, hiperfagia, cefaleas, gastralgias). Las consecuencias en niños pueden producir trastornos en la conducta; en las mujeres embarazadas puede originar un parto prematuro, además de someter al feto a un estrés que le pone es situación de especial riesgo durante el periodo neonatal.

Igualmente las *indemnizaciones por daño moral* van aumentando significativamente. La **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2000** concede una indemnización de 75, 13 euros (12.500 pesetas) por mes de padecimiento sufrido por el ruido de unas obras. La **sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 28 de febrero de 2000** eleva la cuantía indemnizatoria por daño moral causado por las molestias que provocaba una vía de tren construida por una industria para transportar sus materiales desde 4.327,29 hasta 12.020,24 euros (desde 720.000 pesetas hasta 2.000.000 de pesetas). La **STS de 2 de febrero de 2001** aumenta la indemnización de 1 millón a 42.070, 85 euros (siete millones de pesetas) en concepto de molestias por ruidos y polvo causados por una industria transformadora de áridos.

Como última incorporación a este elenco de sentencias, encontramos la **Sentencia 774/2001 de 2 de noviembre de 2001 del**

TSJ de Murcia, que ya ha sido calificada como sentencia ejemplar o en palabras del abogado J.L.Mazón "pionera y revolucionaria", pues dicha resolución reconoce que la actividad de nueve bares ha causado *molestias insoportables con importante trascendencia para la tranquilidad del vecindario, desequilibrios físicos y psíquicos e incluso depreciación de los inmuebles de los alrededores*, culpando de todo ello al Ayuntamiento por su insuficiente actividad para impedir la perturbadora actividad de dichos bares, puesto que, a pesar de contar con recursos legales para evitar aquellos daños, ha sido protagonista de una dejación del deber de velar por el cumplimiento del deber general de respeto a la persona, de tal modo que el Ayuntamiento ha sido condenado a pagar una indemnización de 10.968,47 euros anuales (1.825.000 pesetas anuales) mientras persista la perturbación, mas la cantidad única de 6.010,12 euros (1.000.000 de pesetas) en concepto de indemnización por daños morales.

Por último, es indudable que el ruido afecta en concreto a la salud de aquellos trabajadores que por las características de su puesto de trabajo se ven sometidos a un elevado número de decibelios, y en consecuencia, se convierten en candidatos idóneos para sufrir los efectos arriba descritos que el ruido es capaz de producir, siendo la enfermedad más frecuente la hipoacusia o sordera profesional. Este tema será tratado con detenimiento en otra parte del estudio[45], por ahora baste decir que la normativa estatal que rige en la materia es el **RD 1316/1989 de 27 de octubre sobre protección de los trabajadores contra el ruido ambiental** y el **Decreto 1995/1978 de 12 de mayo por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.**

45. Ver Págs. 109 a 119 del estudio.

6) Otros efectos del ruido

El ruido no solo provoca efectos negativos en las personas; también las investigaciones científicas realizadas hasta la fecha indican la existencia de efectos no auditivos (principalmente, estrés) en **animales** con un agudo sentido del oído expuestos a niveles de ruido tremendamente elevados, como el de un avión en vuelo rasante[46]. Por ejemplo, los mamíferos sufren efectos análogos a los padecidos por el hombre : los visones, asustados por el ruido de un bang supersónico pueden llegar a matar a sus crías[47]. El ruido de los aeropuertos o de las fábricas[48], puede provocar una baja de la producción de leche y en la de huevos de las granjas avícolas situadas en sus proximidades.

Así mismo, los resultados del ruido se proyectan en los **edificios y monumentos** en los que puede llegar a producir resonancia y fatiga con la consiguiente rotura de los mismos[49].

Además, el ruido también produce efectos económicos que se traducen en **costes económicos**: así, el deterioro de las zonas residenciales expuestas al mismo, pues disminuye el precio de las viviendas. También los costes médicos derivados de las enfermedades producidas por el ruido suponen un importante coste económico, suponiendo unas pérdidas anuales en la Unión Europea de entre dos y seis billones de pesetas [50].

---

46. Medio Ambiente en Europa, El Informe Dobris, Págs. 359 y ss

47.DESPAX, 1990, Pág.480

48.La STS de 2 de febrero de 2001 condena a una empresa de transformación de áridos a pagar una indemnización en concepto de responsabilidad civil, entre otras causas, por notable afectación al rendimiento agrícola de la finca colindante a la actividad industrial.

49.Alonso García,C. "La contaminación acústica", Págs. 313 y ss, dentro de la obra "Lecciones de derecho del medio ambiente" ,director Ortega Álvarez, editorial Lex Nova, 2000.

50.Medio Ambiente en Europa, El Informe Dobris, Págs. 359 y ss y el Periódico *La Voz de Galicia*, de 14 de enero de 2001.

7) El dispositivo jurídico

España, como país miembro de la **Unión Europea**, debe orientar su legislación sobre contaminación acústica a las directrices emanadas de los organismos comunitarios; existen diversas Directivas sobre vehículos, motociclos, tractores, instalaciones y equipos de construcción aviones, cortadoras de césped, electrodomésticos, trenes y trabajadores, que encauzan el derecho español. Lo mas novedoso a destacar en el campo de las Directivas relativas al ruido, es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194, presentada por la Comisión, que se centra en el ruido ambiental percibido por los seres humanos[51].

Nuestra **Constitución** no contiene ninguna referencia expresa sobre el ruido, aunque del juego de diversos preceptos de la misma, como el derecho a la integridad física y moral, la protección de la salud, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el derecho a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio, no es difícil concluir que existe un derecho constitucionalmente implícito a vivir con calidad en un medio ambiente acústicamente no contaminado.

El **Estado** todavía no ha procedido a regular con carácter general ni ley sobre medio ambiente en general, ni ley sobre contaminación acústica en particular. Lo único que existen son previsiones concretas en las distintas regulaciones sectoriales que tratan los diferentes ámbitos en los que interviene el ruido (las actividades molestas, el ruido en las costas, el ruido en los espacios naturales, el ruido en los edificios, el ruido de los vehículos etc). A nivel estatal, el protagonismo en la regulación del ruido reside en el derecho administrativo; sin embargo, no es menos cierto que tan-

51. Ver Págs. 62 a 63 del estudio.

to el ordenamiento civil, como el ordenamiento penal y el ordenamiento laboral, contienen previsiones al respecto[52].

Algunas **Comunidades Autónomas** han hecho uso de las previsiones constitucionales y estatutarias sobre competencia en materia medioambiental, regulando el medio ambiente acústico. Quizá hoy en España merezca ser destacada la regulación gallega por su exhaustividad y el tratamiento completo que otorga a la contaminación sonora[53].

Las **entidades locales** hoy en día son las Administraciones más cercanas al ciudadano, por lo que en principio deberían ser las más efectivas en la satisfacción de las necesidades vecinales. Ostentan suficientes potestades para luchar contra la contaminación acústica, conferidas no sólo por la legislación básica sino también por las distintas regulaciones sectoriales que inciden sobre el ruido[54].

Por último, en el marco del estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés, la Comunidad Autónoma de **Aragón** ha elaborado un Anteproyecto de Ley de protección contra la contaminación acústica y vibratoria; previsiblemente será en el mes de Marzo de 2002 cuando pase a las Cortes de Aragón. De este modo, Aragón contaría con un marco legal que uniformara los criterios en la actuación de la lucha contra el ruido que han adoptado algunas entidades locales aragonesas. Teniendo en cuenta la realidad de los municipios aragoneses, sobre todo de los pequeños municipios, la consolidación de la Comarca va a ser un medio esencial para dar cobertura a las necesidades de aquellos que por si solos no puedan satisfacer la demanda social del medio ambiente adecuado, libre de contaminación acústica, ayudando a controlar los ruidos y vibraciones que se produzcan en los mismos[55].

52. Ver Págs. 103 a 121 del estudio.
53. Ver Págs. 122 a 130 del estudio.
54. Ver Págs. 131 a 139 del estudio.
55. Ver Págs. 140 a 172 del estudio.

Guías de la Organización Mundial de la Salud: Valores límite recomendados

Ambiente	Efectos en la salud	LAeq (dB)	Tiempo (horas)	LAmax, fast (dB)
Exterior habitable	Molestias graves, día y anochecer Molestias moderadas, día y atardecer	55 50	16 16	- -
Interior de viviendas Dormitorios	Interferencia en la comunicación verbal, día y anochecer Perturbación del sueño, noche	35 30	16 8	 45
Fuera de los dormitorios	Perturbación del sueño, ventana abierta (valores en el exterior)	45	8	60
Aulas de escolar y preescolar, interior	Interferencia en la comunicación, perturbación en la extracción de información, inteligibilidad del mensaje	35	Durante la clase	-
Dormitorios de preescolar, interior	Perturbación del sueño	30	Horas de descanso	45
Escolar, terrenos de juego	Molestias (fuentes externas)	55	Durante el juego	-
Salas de hospitales, interior	Perturbación del sueño, noche Perturbación del sueño, día y anochecer	30 30	8 16	40 -
Salas de tratamiento en hospitales, interior	Interferencia con descanso y restablecimiento	[1]		
Zonas industriales, comerciales y de tráfico, interior y exterior	Daños al oído	70	24	110
Ceremonias, festivales y actividades recreativas	Daños al oído (asistentes habituales: < 5 veces/año)	100	4	110
Altavoces, interior y exterior	Daños al oído	85	1	110
Música a través de cascos y auriculares	Daños al oído (valores en campo libre)	85 [1]	1	110
Sonidos impulsivos de juguetes, fuegos artificiales y armas de fuego	Daños al oído (adultos) Daños al oído (niños)	- -	- -	140 [2] 120 [2]
Exteriores en parques y áreas protegidas	Perturbación de la tranquilidad	[3]		

Notas

[1]: Tan débil como se pueda.

[2]: Presión sonora pico (no LAmax, fast), medida a 100 mm del oído.

[3]: Las zonas tranquilas exteriores deben preservarse y minimizar en ellas la razón de ruido perturbador a sonido natural de fondo.

[4]: Bajo los cascos, adaptada a campo libre.

II. EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ACÚSTICAMENTE ADECUADO

1) El medio ambiente en España. Breve estudio histórico

Basándonos en el estudio realizado por Fernández Gimeno y Gamborino Martínez[1], podemos afirmar que en la época anterior al siglo XV, las regulaciones jurídicas carecían de un enfoque ambiental basado en elementos naturales sino que se centraban en la esfera de la protección de los intereses y derechos particulares, constituyendo en realidad un derecho regulador de las relaciones de propiedad mas que de auténticos precedentes del derecho ambiental, y que muy lejos estaban de figurar en una base constitucional.

Durante los s. XV a XVIII el concepto de ambiente se circunscribe a los recursos naturales, el medio urbano y la limitación de actividades lesivas, siempre ajeno a un enmarque constitucional.

Los precedentes durante el s. XIX se resumen en diversos intentos por regular diferentes aspectos del medio ambiente, entre los que se encontraban de nuevo los recursos naturales, el medio urbano y la limitación de las actividades lesivas, a cuya regulación se une la dispensada por el Código Civil que recogió el tratamiento de las cuestiones relacionadas con la contaminación de las actividades industriales.

La regulación en el siglo XX se puede dividir en cuatro fases. La 1ª, hasta 1971, se caracteriza por la carencia de normas que des-

1. F.Gimeno y G.Martínez, "Derecho ambiental español", Reyes López (coord.), editorial Tirant lo Blanch, 2001, Págs. 11 y ss.

taquen por su contenido medio ambiental[2]. La 2ª, desde 1972 hasta 1977, se empieza a tomar conciencia internacional sobre la necesidad de salvaguardar el medio. La 3ª fase, desde 1978 hasta 1985, se incrementaron las medidas de protección, con el estandarte de nuestro texto constitucional. Y en la 4ª, desde 1986 hasta la actualidad, destaca la cantidad de regulaciones sectoriales sobre el medio ambiente, contando siempre con la norma suprema como base.

2) Concepto de medio ambiente

La Constitución española no contiene una definición de medio ambiente sino tan solo datos que pueden servir para intentar definirlo.

Para Domper Ferrando[3], la protección del medio ambiente se centra en un ámbito natural: supone mantener los recursos naturales (renovables y no renovables) en buen estado para el desarrollo adecuado de la persona. Para Rodríguez- Ramos[4] la problemática medioambiental también se sitúa en el ámbito de los elementos naturales básicos. Para Bermejo Vera[5] igualmente el precepto constitucional parece acercarse más a la noción restrictiva de recurso natural. Para Loperena[6], todos los elementos susceptibles de

2. Pérez Luño, "Art. 45. Medio Ambiente", en la obra "Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978", Edersa, 1984, Págs. 247 y ss: Cabe excepcionar de algún modo la Constitución de la II República de 1931: presentaba un carácter fragmentario, pues sólo defendía algunas manifestaciones de la naturaleza; estático, pues sólo perseguía la persistencia de la naturaleza; negativo, pues no buscaba medidas que potenciasen la naturaleza; y abstracto, pues no relacionaba el ser humano y el medio ambiente.

3. Domper Ferrando, "Medio Ambiente", dentro de la obra "Derecho Público Aragonés", Embid Irujo (director), edita el Justicia de Aragón, 2000, Pág.637 y ss.

4. Rodríguez Ramos, "Protección penal del medio ambiente", en la obra "Comentarios a la legislación penal", Tomo I, VV.AA., Madrid, 1982, Pág. 262.

5. Bermejo Vera, "Derecho Administrativo especial", 1996, Págs. 601 y ss

6. Loperena Rota "La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución", Págs. 1455 y ss, dentro de la obra "Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor García de Enterría", 1991, tomo II

ser considerados ambientales que no tengan una protección específica, gozan de la genérica del art. 45. Para Martín-Retortillo sin embargo, el concepto de medio ambiente incluye no solo el medio natural sino también el cultural, el social y el artificial. Para el magistrado González Navarro[7] el sistema jurídico de medio ambiente se integra de diversos subsistemas entre ellos el de la lucha contra la contaminación, incluida la acústica; es más, califica el medio ambiente natural como un supersistema que integra a los demás, y que por ello ha de prevalecer sobre el resto (en concreto, sobre el urbanismo).

El TC, en su magistral **STC 102/1995**, estudia la expresión medio ambiente: la califica como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y por tanto interdisciplinar. Da una definición de medio ambiente como aquel *conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.* En definitiva dice que es el *entorno vital del hombre en un régimen de armonía que auna lo útil y lo grato.* También lo califica como un concepto relativo que depende de las coordenadas histórico- temporales, por tanto, una concepción concreta. Afirma que el art. 45 CE nos brinda *algunos* de los elementos del medio ambiente, cuales son los recursos naturales; por eso mismo los recursos naturales son eso, *sólo algunos* de los elementos que conforman el medio ambiente, y por tanto no únicos o exclusivos. Y precisamente del entramado complejo de relaciones de todos esos elementos nace el sistema de medio ambiente, conformando el concepto de medio ambiente como un concepto estructural. La idea se refuerza cuando el TC afirma que es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro, cuyos factores desencadenantes han sido entre algunos que nombra la sentencia, la contaminación acústica. El TC muestra una visión

7. Auto de 11 de Mayo de 1989 y Sentencia de 26 de diciembre de 1989.

amplia de la idea de medio ambiente que ayuda a hacer realidad la protección del mismo.

Se puede concluir que la Constitución parte de una concepción del medio ambiente en sentido amplio[8]. El contenido del medio ambiente se presenta como un concepto global, omnicomprensivo, que no hace referencia enumerativa a los elementos que lo componen (para evitar que los árboles no dejen ver el bosque). Se relaciona la idoneidad del medio ambiente con el desarrollo de la persona y la protección y mejora de la calidad de vida. En definitiva, todo lo que permite acompañar la vida del hombre en muy diversas formas; en consecuencia, uno de los contenidos del concepto de medio ambiente sería la protección respecto a un medio ambiente acústico, tesis que avala la propia legislación de evaluación de impacto ambiental[9], cuyo Reglamento de ejecución en su art. 6, establece como contenido de la evaluación del impacto ambiental la *estimación de la incidencia que el proyecto, obra o actividad tiene sobre...las condiciones de sosiego público, tales como ruidos, vibraciones...*

3) Reconocimiento Constitucional del Medio Ambiente

A) En España

La recepción constitucional en España del derecho ambiental representa una categoría de derechos que tienen como objetivo garantizar la armonía entre el hombre y su entorno[10]. Esta previsión constitucional se enmarca dentro del contexto socio- político de la década de los setenta en Europa que introdujo de manera decidida la preocupación ecológica[11]. Y esta recepción es importante porque

8. Reyes López(coord.). "Derecho ambiental español", editorial Tirant lo Blanch, 2001, Págs.31 y ss.

9. RD Legislativo 1302/1986 de 28 de junio de EIA, desarrollado por RD 1131/1988 de 30 de septiembre que aprueba su reglamento de ejecución.

10. Reyes López(coord.), op. Cit, Págs. 25 y ss.

11. Berrejo Vera, op. Cit , Págs. 601 y ss

la Constitución representa "la escala de valores esenciales de una determinada sociedad y el criterio rector de la vida social"[12].

El texto constitucional consagra en su **art. 45**, el derecho de todos a disfrutar del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona , así como el deber de conservarlo, lo que no excluye que se atribuya a los poderes públicos con base en la solidaridad colectiva, velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y defender y restaurar el medio ambiente dejando previstas sanciones administrativas y penales para los infractores sin perjuicio de reparar el daño causado[13].

---

12. Prats Canut, "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal", Pág. 745

13. Según Martín Mateo, el precepto "calidad de vida" se inserta desafortunadamente en un artículo que se ocupa del ambiente; además dice que no suministra pautas útiles ni para precisar su alcance ni para precisar las responsabilidades que incumben a los poderes públicos. Para Martín Mateo, el párrafo 1º del art. 45 es abstracto, genérico, de tal modo que resulta difícil extraer trascendencia práctica dada su inexpresividad. En primer lugar no deja claro si el medio ambiente al que se refiere es natural o natural- cultural; para Martín Mateo es sólo natural. Para otros autores como Rodríguez Ramos sería algo más que meramente natural (ver su obra "Delitos contra el medio ambiente"), de tal modo que el medio ambiente garantizado sería aquel que resultase adecuado para el desarrollo de la persona. Según Bermejo, la relación de los ciudadanos con el medio ambiente es configurada por este párrafo como un deber y un derecho. Para Martín Mateo, el párrafo 2º del art. 45 introduce erróneamente la noción calidad de vida pues enlaza el desarrollo de la persona con el medio ambiente, idea con la que no esta de acuerdo; descarta la idea de que la calidad de vida tenga algo que ver con el medio social, sino que para él está exclusivamente relacionada con el medio físico, aunque reconoce que pueden estar implicadas sensaciones psicológicas como la tranquilidad del entorno, y que por ello, unas malas condiciones ambientales, como los ruidos nocturnos, pueden hacer penosa la calidad de vida (ver *"La calidad de vida como valor jurídico"*, dentro de la obra Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, coordinador S. Martín- Retortillo, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1991, Págs. 1437-1451). Por otra parte, la solidaridad colectiva a la que alude dicho párrafo lo considera un postulado constitucional de amplio espectro. Bermejo pone de manifiesto como ante la referencia a la solidaridad colectiva en el precepto, algún autor ha entendido que existe incluso una modulación del principio comunitario de que *quien contamina paga*. El párrafo 3º del art. 45 para Martín Mateo, sanciona el llamado "delito ambiental" de un modo concreto.

B) En algunos países de Europa[14]

La legislación de la mayoría de los países de la Unión Europea tienen en su base una Constitución que contiene alguna referencia sobre el medio ambiente.

Albania y Malta hacen un abreve alusión al medio ambiente como una de las varias responsabilidades del Estado, pues tiene el deber de protegerlo y evitar su deterioro[15].

Checoslovaquia y España prestan gran atención al papel que deben desempeñar los poderes públicos en defensa del medio[16].

Grecia pone en manos del Estado la protección del medio ambiente natural y cultural. También regulará el urbanismo para garantizar las mejores condiciones de vida posibles[17].

Portugal encarga al Estado la obligación de promover la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses. Este es el artículo considerado por la doctrina como el precedente mas inmediato de nuestro art. 45[18].

Polonia reconoce el medio ambiente como un bien nacional[19].

---

14. Esteban Ibáñez, "Introducción a la educación ambiental en el ámbito internacional", Edición Digital@tres, 2001.

15. Albania: Constitución de 29 de diciembre de 1976, cap. I "Del Régimen Social": "constituye un deber del Estado...la protección... contra la contaminación" , art. 20. Malta: Constitución de 1965, cap. I, art. 9

16. Checoslovaquia: Constitución de 11 de julio de 1960, ley núm. 100. España: Constitución de 6 de diciembre de 1978, cap. III del título I. Art. 45, dentro de "los principios rectores de la política social y económica".

17. Grecia: Constitución de 9 de junio de 1975, 2ª parte: "derechos individuales y sociales", art. 24

18. Constitución de 2 de abril de 1976, cap. III, "De los Derechos y Deberes Sociales", art. 66: "todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida saludable..."

19. Polonia: constitución de 22 de julio de 1952, "del régimen socioeconómico", art. 12

Suiza es uno de los países que más importancia le ha otorgado a los problemas medioambientales; presta especial interés a la contaminación por ruido[20].

Bulgaria centra su interés en la protección de la tierra y configura como un derecho y un deber la protección del medio ambiente.[21]

Italia protege el medio ambiente a través de varios preceptos, relacionándolo con el paisaje y la salud[22].

Alemania se refiere expresamente a la responsabilidad con las generaciones futuras en la protección del medio ambiente, haciendo alusión a los recursos naturales[23].

España, Polonia y Bulgaria regulan la protección del medio ambiente bajo el prisma socio- económico; Albania, Malta, Grecia y Portugal, lo enfocan exclusivamente desde un aspecto social.

C) En algunas constituciones hispanoamericanas[24]

Las Constituciones de Costa Rica, de Panamá y de Brasil, enmarcan la protección del medio ambiente en un marco social. La

---

20. Constitución de Suiza, de 29 de mayo de 1874, Cáp. I , art. 24: "la confederación legislará sobre la protección del hombre y de su ambiente natural contra interferencias nocivas o molestas que se le inflijan y combatirá en especial la contaminación del aire y el ruido".

21. Constitución de Bulgaria de 18 de mayo de 1971, cap. II, "de la organización socioeconómica"arts. 30 y 31.

22. Pérez Arraiz, "El derecho al medio ambiente en la Constitución Española de 1978. Su protección a través de Tributos": Art. 9 y art. 32; con una interpretación amplia, el derecho a la salud implicaría la existencia de un ambiente sano para el desarrollo de la persona.

23. Pérez Arraiz, op. Cit: tras la reforma constitucional de 27 de octubre de 1994 se introdujo el art. 20.a) que supone un enriquecimiento en la seguridad del medio ambiente.

24. Gros Espiell, "La protección del medio ambiente en el derecho constitucional", en la revista "Actualidad Administrativa" 39/27 oct- 2 nov 1997, Págs. 857 y ss.

Constitución de Perú lo encuadra dentro del régimen económico. Las Constituciones de Argentina y Paraguay simplemente lo encuadran como derechos y garantías. Las Constituciones de Ecuador y Nicaragua, Colombia lo configuran como un derecho y un deber. La Constituciones de México y de Costa Rica lo configuran como un derecho y la Constituciones de Guatemala y de Panamá como un deber.

4) Alcance del art. 45 CE

La regulación del medio ambiente se encuentra recogida en el Título I, sección segunda, cap. III, dedicado los **principios rectores de la política social y económica**; por tanto, dada literalmente su ubicación y lo que se desprende de su propia rúbrica ("De los principios rectores de la política social y económica"), la consecuencia inmediata es que precisan de su concreción a través de una Ley para poder ser alegados directamente ante los Tribunales.

A esta interpretación literal se adhiere determinado sector de la doctrina representado por Martín Mateo, Rodríguez Ramos, Pérez Moreno, Escribano, López González, Fernández Rodríguez y Alonso García Abad entre otros, al otorgar al artículo 45 un **mero alcance programático**; siguiendo la línea que el TC sostuvo en sus SSTC 32/83, 149/91, 102/95 y 199/96, sostienen que el art. 45 CE es un principio rector y no un derecho fundamental: recuerdan como los tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional.

Sin embargo, el alcance del art. 45 de la CE ha sido objeto de diversas opiniones provenientes de diferentes sectores doctrinales, en el intento de ampliar la eficacia y aplicabilidad del mismo. Lo cierto es que, en opinión de Serrano Moreno, hubiera sido preferible su consideración como derecho constitucional autónomo, mediante su inclusión como derecho- deber de los españoles en el

cap. II, sección 2ª; o incluso por su trascendencia para el libre desarrollo de la personalidad y por su incidencia directa en la vida e integridad física, su inclusión en la sección 1ª del cap. II hubiera estado ampliamente justificada, evitando así las especulaciones sobre su alcance.

Nieto[25] les atribuye **efectos jurídicos indirectos,** pues aunque tienen valor normativo, son sólo normas definidoras de valores principales, preceptos en estado de quiescencia, es decir, normas de eficacia diferida. En la misma línea, Beltrán Aguirre[26] defiende que, aunque todos los preceptos de la Constitución tienen **valor normativo**, son normas jurídicas y no meras declaraciones programáticas: los derechos económicos y sociales, entre los que se encuentra el derecho al medio ambiente adecuado, tienen una **eficacia judicial limitada** al necesitar ley que los desarrolle para poder ser alegados ante los tribunales y que por ello su aplicabilidad directa queda cuestionada. Igualmente, García-Trevijano[27] y Parada Vázquez[28] intentar solucionarlo alegando que si bien también dichos principios constituyen normas jurídicas **no por ello tienen que tener aplicabilidad directa**, puesto que dichos preceptos lo que establecen son valores materiales conformadores de la sociedad y que su eficacia directa reside en su virtualidad orientadora del proceso político pero no en la posibilidad de ser aplicados directamente por los tribunales, pues para ello requieren desarrollo previo por ley.

---

25. A. Nieto, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, nº 100-102 RAP, 1983, Págs. 371 y ss.

26. Beltrán Aguirre, *"El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, dentro de la *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto, 1994, Págs. 281-298.

27. García- Trevijano, "Tratado de Derecho Administrativo", 1974, Pág. 217

28. Parada Vázquez, "Derecho Administrativo I, parte general", Marcial Pons, 1991, Pág.39.

Otros autores recuerdan cómo dichos principios deben **informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos** (así lo dice el 53.3 de la CE) e incluso los conectan con el derecho a la vida y la salud (Cabanillas, Diez Picazo) imprimiéndoles de tal modo un halo de derechos fundamentales. El no reconocimiento del carácter fundamental del derecho al medio ambiente ha sido criticado por algunos autores como Álvarez García, Sánchez- Migallón, Briones Vives por considerar incomprensible que la Constitución no haya otorgado este carácter a algo que en afecta a la propia supervivencia del hombre.

Dando un paso más aperturista, Cossío Diaz[29] defiende su **eficacia directa** a través de la utilización de dichos principios para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Entre el **sector mayoritario de la doctrina,** García de Enterría[30], Perez Luño[31] y Parejo Alfonso[32], defienden la **eficacia y aplicabilidad directa de todos los preceptos que recogen los principios rectores de la política social y económica** dado su innegable carácter normativo y su tarea de informar la práctica judicial (en virtud del art. 53.3 CE); y es que es precisamente de este mandato imperativo de donde deducen la vinculatoriedad directa de los principios rectores respecto de los tribunales. Una hermenéutica no restrictiva de este imperativo constitucional avoca a reconocer a tales principios fuerza vinculante, de suerte que han de ser aplicados directamente por los tribunales, se hayan dictado o no leyes que los desarrollen.

El **TS** ha desarrollado este criterio: en su STS de 25 de abril de 1989, cuyo ponente es González Navarro, afirma que el art. 45 CE

29. Cossío Diaz, "Estado Social y Derechos de prestación", centro de estudios constitucionales, 1989, Págs. 266 y ss.

30. García de Enterría, "La Constitución como norma jurídica", 1980, Págs. 116 y ss.

31. Perez Luño, Op. Cit, Pág. 212.

32. Parejo Alfonso, "Manual de Derecho Administrativo", Ariel, 1990, Pág. 71.

no constituye una mera norma programática que limite su eficacia sino que tiene valor normativo y vincula a los poderes públicos de forma que lo hace eficazmente operativo. La STS de 18 de abril de 1990 defiende que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona tiene un contenido protegible y por eso los poderes públicos deben velar por su efectivo ejercicio. La STS de 26 de diciembre de 1991 afirma la aplicación directa del art. 45 por los tribunales mediante el reconocimiento, el respeto y la protección de dicho principio, que informará no solo la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos sino también la práctica judicial. En definitiva, los pronunciamientos del TS han servido para afirmar el pleno valor normativo del art. 45 CE, la necesidad de aplicar el resto del ordenamiento jurídico conforme a las exigencias de dicho artículo, la prevalencia de los intereses generales de protección del medio ambiente sobre los intereses al desarrollo económico, la consideración de la tutela ambiental como función pública y la ampliación de la legitimación procesal para recurrir en materia de medio ambiente[33].

5) El medio ambiente del art. 45 CE como derecho subjetivo general

Tradicionalmente se ha venido **negando** la existencia de un derecho subjetivo al medio ambiente, pues el art. 45 se incardina dentro de unos principios rectores que parecían dirigidos exclusivamente a los poderes públicos a modo de normas de acción y que quedaban excluidos de la tutela judicial puesto que solo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Lo cierto es que estos razonamientos pueden considerarse ya inconsistentes porque se contradice el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE) en la

33. López Ramón, "Derechos fundamentales subjetivos y colectivos al medio ambiente", Pág. 360

medida en que niega la tutela judicial de un derecho recogido en el propio texto fundamental[34].

El medio ambiente es un **derecho subjetivo general**, según se desprende de la regulación del art. 45: derecho porque supone la facultad de disfrutar de un bien tutelado por la ley; subjetivo general porque es un derecho de todos, es una situación de poder individual susceptible de tutela judicial.

López Ramón defiende la existencia de un derecho subjetivo colectivo al medio ambiente adecuado porque en primer lugar la redacción del art. 45 sigue el esquema de los derechos subjetivos: si alguien lesiona el derecho de otro al medio ambiente adecuado, incumpliendo el deber de conservarlo, el segundo tendrá acción judicial o bien para evitar la lesión, o bien para corregirla; y en segundo lugar es colectivo al tener su fundamento en la solidaridad, como todos los derechos de la tercera generación, y porque aglutina una serie de derechos subjetivos correspondientes primariamente a los individuos que trascienden hasta pasar al ser también de grupo[35].

Pérez Luño[36] cree que es un derecho de la comunidad, ejecutable mediante acciones populares. Bermejo pone de manifiesto el planteamiento universal del art. 45, que invita a la iniciativa popular. Martín Mateo y López Menudo opinan que del tenor del precepto se desprende un reconocimiento de derechos de la colectividad. Para Velasco Caballero, Jordano Fraga, Escobar Roca, Piñar Diaz y Loperena, existe un derecho público subjetivo no fundamental al disfrute de un medio ambiente adecuado. Para Domper Ferrando el derecho al medio ambiente se convierte en un autén-

34. López Ramón, op. Cit, Págs. 347 y ss
35. López Ramón, "Derechos fundamentales...", op.cit, Págs. 347 y ss.
36. Perez Luño, "Los Derechos Fundamentales", Tecnos, 1988, Págs. 211 y ss.

tico derecho subjetivo a través de su concreción legislativa, constituyendo un derecho humano de tercera generación.

6) El ruido, en concreto, y la Constitución[37]

La Constitución Española de 1978 **no contiene ninguna referencia expresa sobre el ruido**; quizá de redactarse de nuevo hoy en día, el legislador constitucional añadiría una mención expresa, dada la magnitud del problema que presenta la contaminación acústica.

Lo cierto es que, si bien lo deseable sería que la norma suprema del Estado contuviese una reseña expresa sobre el ruido, la Constitución contiene ciertas previsiones que pueden ser utilizadas para combatir la contaminación acústica que hace sufrir a tantos españoles:

En el **Preámbulo**, se dice que la Nación Española proclama su voluntad de *promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.* Siguiendo a L. Martín- Retortillo Baquer, la contención de los ruidos forma parte imprescindible de esa digna calidad de vida; la defensa contra el ruido es la defensa de un bien central en lo que a calidad de vida se refiere[38]. Martín Mateo los considera loables propósitos a conseguir por los responsables de la res pública pero insuficientes para deducir de ellos específicos compromisos de comportamiento político[39]. El Defensor del Pueblo en su Informe de 1999, califica al ruido como una contaminación que vulnera el derecho a una digna calidad de

37. L. Martín-Retortillo Baquer, "El ruido en la reciente jurisprudencia", RAP núm. 125, mayo-agosto 1991, Págs. 319 y ss

38. L. Martín-Retortillo, "La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional", RAP núm. 115, 1988.

39. Martín Mateo, "Tratado de Derecho Ambiental", Pág. 105.

vida. La jurisprudencia del TEDH ha colocado como estandarte a la calidad de vida en la lucha contra el ruido[40].

El **art. 15** garantiza el derecho a la *integridad física y moral*. Nuestros tribunales[41] se han pronunciado al respecto, exigiendo que, para considerar una violación de este derecho fundamental, es necesario una exposición continuada a unos niveles intensos de ruido que ponga en grave peligro la salud de las personas y que sea debido a una acción u omisión de los poderes públicos.

El **art. 18** garantiza la *intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio*. La jurisprudencia[42] ha establecido que para que se vulnere el art. 18 tanto en su párrafo 1º como en su párrafo 2º, es necesario una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables y que en el ámbito domiciliario impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida[43]. El Defensor del Pueblo defiende igualmente en su Informe de 1999 que las agresiones acústicas vulneran el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

El **art. 40.2** ordena a los poderes públicos a velar por la *seguridad e higiene en el trabajo*. El ruido en el ámbito laboral ha sido objeto de análisis jurisprudencial y ha dado como fruto resolucio-

---

40. Por ejemplo, el *caso Powell y Rayner* (STEDH de 21 de febrero de 1990): esta sentencia realiza un ensamblaje entre el derecho al respeto a la vida privada que se desarrolla en un domicilio y el derecho medioambiental a no sufrir contaminaciones acústicas irracionales, además del reconocimiento de la disminución de la calidad de vida a causa del ruido de los aviones.

41. STC 119/2001 de 24 de mayo, STS 431/2003 de 29 de abril.

42. SSTC 22/84 de 17 de febrero, 137/85 de 17 de octubre, 94/99 de 31 de mayo y 119/2001 de 24 de mayo, STS 431/2003 de 29 de abril.

43. Ver explicación mas detallada en el apartado 7.

nes que reconocen la penosidad de ciertos puestos de trabajo como consecuencia del ruido que soportan[44].

El **art. 43** reconoce el derecho a la *protección de la salud*. Partiendo de la base de que un medio ambiente libre de contaminación acústica es uno de los elementos que configura la expresión medio ambiente adecuado del art. 45, dicho medio ambiente y la salud humana están profundamente interrelacionados[45]: el derecho a la salud en su vertiente de protección tiene una parte que afecta al medio ambiente, y la protección del medio ambiente tiene en la protección de la salud una de sus finalidades principales. El ruido puede provocar consecuencias nefastas en la salud, como los estudios científicos demuestran y reiterada jurisprudencia del TS reconoce[46]. Es más, el art. 43 CE alude a la competencia de los poderes públicos para tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y servicios necesarios. La protección de la salud debe consistir primero en prevenir los males y en última instancia, en repararlos. El Informe del Defensor del Pueblo de 1999, afirma que los ruidos suponen un atentado contra la protección de la salud. Y es que la protección de la salud conlleva la lucha contra todos los factores que la puedan perjudicar, y uno de ellos es el ruido[47].

El **art. 45** reconoce el derecho de todos a *disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como el deber de conservarlo*. Como este artículo ha sido estudiado particularmente en el epígrafe anterior, no me detendré mas que para insistir en que el ruido es uno de los factores del deterioro del medio ambiente. El derecho a disfrutar del medio ambiente implica el derecho a disfrutar de un medio ambiente acústicamente no contaminado; como afirma el magistrado González Navarro, en su ya famoso

44. Ver Págs. 115 a 119 del estudio.
45. Lopenena Rota, op. Cit, Págs. 1467 y ss.
46. Ver Págs. 14 a 21 del estudio.
47. Blasco Esteve, "Idas y venidas en la lucha contra el ruido", RAP núm. 153, septiembre-diciembre 2000. Págs. 267 y ss.

Auto de 11 de mayo de 1989, el sistema jurídico de medio ambiente se integra por diversos subsistemas, entre ellos el de la lucha contra la contaminación acústica. El Defensor del Pueblo en su Informe de 1999 califica a la contaminación acústica como una forma de vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal, a la protección de la salud, y a una digna calidad de vida, como partes integrantes del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

En opinión de Blasco Esteve, el **art. 47** que recoge el derecho a *disfrutar de una vivienda digna*, pone de manifiesto que las incomodidades de la vivienda pueden provenir precisamente de la contaminación sonora[48].

El **art. 51** conmina a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo entre otros valores, la *seguridad y la salud de los mismos*. De nuevo sale a relucir la salud. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/84 de 19 de julio, en su art. 2.1.a) configura como derechos básicos de estos la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad; el art. 3 de la misma ley dice que los productos, actividades y servicios no implicarán riesgos para la salud y seguridad de los consumidores o usuarios. Por tanto, los productos, actividades o servicios deben respetar igualmente el medio ambiente acústico y la salud.

Todos los artículos nombrados, a excepción del art. 15 y 18, se engloban dentro de los **"principios rectores de la política social y económica"** (título I, cap. III de la CE). Se trataría del *tercer escalón* en la graduación de derechos fundamentales, a juicio de Martín-Retortillo. Sin embargo, para que dichos derechos sean operativos, necesitan de una ley que los desarrolle y concrete para que los ciudadanos puedan llevar a cabo sus pretensiones ante los tribunales de justicia.

48. Blasco Esteve, Op.Cit, Págs. 267 y ss.

7) Derecho fundamental a la intimidad familiar y a la inviolabilidad del domicilio en relación al ruido

El **art. 18** de la CE garantiza la **intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio**. Los ruidos que penetran en el domicilio constituyen *injerencias*, en el sentido que el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 da a las mismas: *"nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada...su domicilio...Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias"*. El TC[49] ha identificado como domicilio inviolable el *espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima.*

En esta tesis ha insistido L. Martín-Retortillo Baquer[50]. La conexión entre la intimidad- protección del domicilio y las intromisiones sonoras es indudable. Los ruidos ilegítimos constituyen una invasión del ámbito de privacidad que ataca a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad. El TC en sentencia de 24 de mayo de 2001 (119/2001) afirma que nuestro texto constitucional consagra derechos reales y por ello se hace imprescindible asegurar su protección frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada; en relación a esta llamada de atención al progreso científico, ya la STC 22/1984 reconocía que se podía hablar de contaminación acústica ante cualquier clase de invasión, incluidas las que pueden realizarse sin penetración directa, por medio de aparatos mecánicos, electrónicos, y otros análogos. El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Y este camino

49. SSTC 22/84 de 17 de febrero, 137/85 de 17 de octubre, 94/99 de 31 de mayo, 171/99, 119/2001 de 24 de mayo entre otras

50. L. Martín Retortillo- Baquer: "La Defensa frente al ruido ante el TC", RAP nº 115, 1988, Págs. 212 y ss; "Los ruidos evitables...", REALA nº 238, 1988, Págs. 1276 y 1277; "El ruido en la reciente jurisprudencia", RAP nº 125, 1991; "La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del TEDH", RAP nº 137, 1995, Págs. 27 y 28

constituye un buen arma para luchar contra la contaminación acústica ya que el art. 18 es un derecho fundamental[51] y por ello, posee inmediata fuerza vinculante, afectando a cualquier funcionario o poder público, y abriendo incluso la posibilidad de plantear recurso de amparo llegando hasta el Tribunal Constitucional. Como el ámbito domiciliario es uno de los ámbitos que constituyen la vida de las personas, a juicio de la STC 119/2001, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables[52], ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, cuando dificulten el libre desarrollo de la personalidad. También el TEDH se ha pronunciado en base a esta concepción: véase detalladamente en el estudio europeo el *caso Baggs* (16 de octubre de 1985), el asunto Powell y Rayner, (21 de febrero de 1990), la famosa sentencia de 9 de diciembre de 1994 conocida como *caso López Ostra* y el *caso Guerra contra Italia* (19 de febrero de 1998)

La jurisprudencia española se ha hecho eco de esta tesis; así, STC 22/1984 de 17 de febrero, STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1991, Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de octubre de 1988, STS 431/2003 de 29 de Abril. A raíz del reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, con tutela jurídica reforzada, (pues son susceptibles caso de desconocimiento o vulneración, en sede interna, de recurso de amparo y, en virtud del Convenio Europeo de Derechos humanos) se ha abierto paso con gran empuje, la tendencia doctrinal y jurisprudencial,

51. En contra de esta postura se encuentra Concepción Barrero Rodríguez, "La movida juvenil: la STSJ de Andalucía de 11 de septiembre de 1998", REALA 277 mayo-agosto 1998, Págs. 191 y ss. J.A. Carrillo Donaire y R. Galán Vioqué, "¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado?", REDA nº 86, 1995, Pág. 283.

52. La STC 119/2001 contiene un voto particular que emana del magistrado Jiménez de Parga y Cabrera, que no considera necesario que el ruido sea de un nivel intenso para considerar la lesión de dicho derecho fundamental sino que basta comprobar que los efectos del ruido sean nocivos.

a considerar esas inmisiones gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad, perturbado por estas intromisiones. En efecto, el derecho a la intimidad, reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente, dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, a no dudarlo, los ruidos desaforados y persistentes, aunque estos procedan, en principio, del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo, cuando se traspasan a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, con arreglo a la interpretación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8-1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre "Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales", que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; así la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001 –caso Halton y otros contra Reino Unido– en supuestos de ruidos producidos por el tráfico aéreo, que incide en la violación del artículo 8 del Convenio europeo de los Derechos humanos "al no mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del país y el disfrute efectivo por los demandantes del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar". A esta tendencia doctrinal no es ajeno a nuestro Tribunal Constitucional. Claramente, la STC de 24 de mayo de 2001, establece que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. Cobra especial relevan-

cia la primera de las sentencias citadas ya que al hablar de la inviolabilidad del domicilio la dota de contenido amplio de tal forma que se impone una extensa serie de garantías en las que se comprenden las de vedar *toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.*

8) Contaminación acústica y derecho de libertad de empresa

En este tema nos encontramos con derechos o intereses protegidos constitucionalmente en contradicción: por una parte, el derecho a un medio ambiente adecuado del art. 45, junto con el derecho a la integridad física y moral del art.15, la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio del art. 18, la salud del art. 43, y la vivienda digna del art. 47, y por otra parte, el derecho a la libertad de empresa del art. 38.

El art. 38 de la CE encomienda a los poderes públicos la garantía y protección del ejercicio de la libertad empresarial en una economía de mercado, y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación. Estamos hablando de un derecho subjetivo de los agentes económicos, sobre el cual se ha pronunciado el TC, especificando qué es lo significa esa libertad de empresa de la que son titulares: este derecho consiste en iniciar y sostener de manera libre una actividad empresarial legítima (STC 83/1984). Sin embargo, este derecho no puede ser ejercido sin límite alguno, y sobre todo, no puede ejercerse obviando los derechos que tienen el resto de ciudadanos en concreto, aquellos en los que se pueden basar en la lucha contra el ruido (los anteriormente citados, y muy en especial, el art. 18, derecho fundamental a la intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio). L. Martín Retortillo[53]

53. L. Martín-Retortillo, "La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional", RAP núm. 115, 1988.

expone que un sistema de libertad implica siempre el cuidado sobreañadido de procurar no molestar a los demás, de buscar el respeto de "el otro", el *alterum non laedare*...La defensa de la libertad, que es un bien de todos y no de unos cuantos, exige por eso la adopción de medidas de garantía a favor de la generalidad.

Ante este conflicto de intereses, el TC[54] se ha pronunciado: el interés jurídico prevalente, el más digno de protección, es el derecho de los ciudadanos al descanso, a la no recepción de ruidos molestos, en cuanto expresión de una calidad de vida digna, de preservación de la intimidad personal, de manifiesto de un medio ambiente adecuado y del derecho a la salud. En opinión de Blasco Esteve[55], el derecho a la libertad de empresa ha de ser interpretado a la luz del objetivo básico de la Constitución, cual es la calidad de vida; el derecho a la intimidad personal resulta de aplicación directa mientras que la libertad de empresa necesita desarrollo legislativo[56]; el derecho a un medio ambiente adecuado prevalece sobre cualquier planificación territorial o física y el derecho a la protección de la salud es obviamente prevalente sobre cualquier otro derecho[57].

54. Autos de 6 de octubre de 1988

55. Blasco Esteve, Op. Cit., Págs. 267 y ss.

56. La sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 29 de julio de 1999 se enfrenta con la problemática de la ponderación de derechos: las inmisiones acústicas en el domicilio suponen una vulneración de los arts. 15 y 18 de la CE... La prioridad del derecho a la intimidad y la integridad sobre los intereses económicos de los empresarios que se lucran con actividad que genera molestias, debe ponderarse entre un derecho fundamental constitucionalmente protegido y lo que son unos intereses económicos.

57. STS de 24 de octubre de 1990: el derecho a un medio ambiente adecuado implica un medio ambiente acústicamente no contaminado..Los vecinos tienen derecho al descanso y la salud, y uno y otro se ven conculcados si no se respeta la moderación en la música medioambiental. El Auto del TS de 11 de mayo de 1989 también aborda este conflicto de intereses: reafirma la prevalencia de lo medioambiental sobre lo urbanístico. Velar por el medio ambiente supone velar también por la salud, porque la contaminación acústica no solo impide el descanso de los que habitan en las viviendas cercanas sino que perjudica la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios.

Así entendida, la libertad de empresa no puede amparar conductas molestas o nocivas para los demás ciudadanos, y en caso de conflicto con los derechos mencionados, deberá ceder la libertad de empresa como derecho menos justificado frente a estos otros más dignos de protección[58].

9) Contaminación acústica y patrimonio cultural

No cabe duda de que España es también un país culturalmente ruidoso. Y esto supone de nuevo un conflicto entre dos intereses protegidos constitucionalmente: por una parte, el derecho a un medio ambiente adecuado (art. 45) y los derechos conectados con éste que sirven de fundamento en la lucha contra el ruido (citados en el epígrafe anterior), y por otra, el derecho a la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España, del art. 46 de la CE.

Ejemplos de la España cultural ruidosa lo son las procesiones de Semana Santa (incluidos los ensayos que se producen durante determinados meses del año), las fiestas populares en honor a determinados santos, los relojes de las torres, las campanas de las iglesias...

Precisamente de esta última manifestación se hizo eco el Senado el día 19 de junio de 2001[59]: se discutió una moción sobre las campanas y la contaminación acústica.

A favor de la exclusión del uso de las campanas de las iglesias y las catedrales de las normas sobre contaminación acústica se argumentó que no se puede equiparar el tradicional sonido de las campanas a la emisión de ruidos que producen las actividades calificadas como molestas. También se apeló a su uso desde tiem-

58. STS de 24 de octubre de 1990, Auto del TS de 11 de mayo de 1989

59. Diario de Sesiones del Pleno, núm. 50, de 19 de junio de 2001 (publicada en el BOCG, Senado, Serie I, núm. 219 de 18 de junio de 2001)

pos inmemoriales, y como así han pasado a formar parte de la cultura y civilización de nuestro país. Se hizo referencia al componente subjetivo inevitable en las molestias causadas por las mismas, argumentando que las campanas no producen ruido sino sonido. Si no se considerara la singularidad del sonido de la campana, se perdería un elemento fundamental de nuestro patrimonio histórico y cultural, ya que las campanas son elemento de nuestra identidad cultural, y son bienes patrimoniales simbólicos de muchos pueblos y ciudades.

En contra de tales argumentos, se alegó que una cosa es el concepto de ruido y otra son las emisiones sonoras que molesten a la tranquilidad de los ciudadanos españoles. Además, a veces es la propia contaminación acústica proveniente de otras fuentes la que impide incluso que se escuchen las campanas, salvo por la noche, que es cuando mas se oyen y es precisamente cuando mas molestan. Por otra parte, en España no existe una regulación general sobre contaminación acústica, que sería la que debería catalogar si las campanas producen ruido o sonido, sin olvidar de que tanto Comunidades Autónomas como municipios tiene competencia para regular este tema, como ya han hecho algunas y algunos de ellos (por ejemplo, Galicia, regula en su ley autonómica sobre contaminación acústica cualquier emisión sonora, no solo de ruidos sino también cualquier acción humana). Por eso este tema actualmente queda en ultima instancia en manos de las Comunidades Autónomas y entes locales.

A modo anecdótico, finalmente se aprobó la moción, excluyendo por tanto a las campanas de las normas de contaminación acústica.

Buscando en los anales de la historia, un edicto de Francisco, Arzobispo de Valencia, que publicó el 30 de septiembre de 1790, tenía por fin regular el abuso que existía en aquellos tiempos del toque de campanas. Venía a decir en castellano antiguo, que "para

evitar molestias, debe haber unas reglas fijas en el modo de tocarlas, y no dejarlo al arbitrio y voluntariedad de los que hacen diversión o de otras personas inconsideradas, y establecer cómo se deben tocar, *prohibiendo los toques nocturnos, extraordinarios, largos y a deshora*... Por la utilidad pública pueden ser expelidos los inmoderados tocadores de campanas porque dañan a los habitantes con el inoportuno y no necesario *ruido aturdidor* de ellas; pudiéndose afirmar así mismo que no es culto divino sino *estrépito humano*. Que se confunden así las festividades, que se trastorna desde los fundamentos el intento discreto y santo de la Iglesia".

No creo pues difícil armonizar el derecho a conservar el patrimonio histórico, cultural y artístico con el derecho a la tranquilidad que proporciona un medio ambiente adecuado. En el caso de las campanas, o incluso en el caso de la Semana Santa o relojes de campanarios, bastaría con que cada Ayuntamiento regulara la actividad o uso de estos bienes culturales tradicionales en cuanto a sus horas, de tal modo que se respetara tanto el gusto de unos por disfrutarlos como la necesidad de los otros al descanso.

La prensa[60] también se ha hecho eco de este singular caso de contaminación acústica, que no por anecdótico que parezca, deja de tener importancia.

---

60. Diariovasco.com, San Sebastián, 24/01/2001: "Medir el ruido de las campanas". Los técnicos municipales realizarán una medición del sonido que provocan las campanas de la parroquia de San Pedro después de que un grupo de vecinos de Artekale haya remitido una carta al Ayuntamiento con la queja de que las campanadas les molestan. Los técnicos acudirán con un decibelímetro o registrador de ruidos al domicilio de un vecina de Artekale para medir los decibelios que originan las campanadas de las diez de la noche, las últimas del día. Los técnicos del departamento de Urbanismo realizarán la medición con un decibelímetro para ver si las campanadas de las horas en punta, cuartos, medias de la parroquia de San Pedro superan los límites legales establecidos en decibelios. Para el horario diurno que está marcado de 8 a 22 horas la ley establece un máximo de 40 decibelios y para el horario nocturno, de 22 horas a 8 de la mañana, está marcado un ruido tope de 30 decibelios. La campanas de la torre de San Pedro, que tocan a diario a San Martín, molestan a un importante grupo de vecinos de la calle Artekale que han presentado un escrito avalado por catorce firmas. Una pri-

10) Conclusión

El ruido es un factor más que agrede el medio ambiente adecuado, y por ello, un entorno libre de contaminación acústica es un aspecto más del medio ambiente adecuado que defiende la Constitución. Aunque no encontramos en la norma suprema referencia alguna concreta al derecho a vivir sin ruido, del juego de los diversos derechos que la misma recoge como la digna calidad de vida, la integridad física y moral, la intimidad personal e inviolabilidad del domicilio, la salud, y como no, el derecho a un medio ambien-

---

mera protesta se entregó el mes de noviembre y una segunda, en la que se solicitaba al Ayuntamiento que tomase mediadas y realizase la medición de ruidos, se presentó el 15 de diciembre. El concejal responsable del área urbanística manifestó ,«vamos a realizar la medición para ver si supera los límites. Si da por encima de los límites legales pediremos a la parroquia que baje el tono de las campanadas». Las marcas horarias de San Pedro suenan en las enteras, medias y cuartos de 8 de la mañana a 10 de la noche por lo que los vecinos afectados consideran ruidosas las campanadas en el horario diurno, en el que no deben superar la cantidad de 40 decibelios para encontrarse dentro de la norma. La protesta de un grupo de vecinos de Artekale ya ha provocado algunas reacciones en el sentido contrario, como manifestaba otro residente en la misma calle «personalmente no me parece que las campanas de San Pedro saquen tanto ruido. Desde hace mucho tiempo no tocan por las noches por respetar a la gente». San Sebastián, 07/02/2001. "Las campanadas de San Pedro dentro de los límites de ruido". La medición del ruido de las campanadas realizado el pasado 25 de enero ha dado un máximo de 40 decibelios, justo el límite máximo que permite la ley para el horario diurno de 8 a 22 horas. El registro sonoro se realizó con la campanadas de las 22 horas ya que desde ese momento hasta las 8 de la mañana del día siguiente el campanario de San Pedro calla para dejar conciliar el sueño a los vecinos de la zona. Con este resultado adelantado verbalmente, ya que todavía no ha llegado el informe oficial, el Ayuntamiento no se verá en la obligación de tomar ninguna medida como pretendía un grupo de vecinos de la calle Artekale que ha interpuesto dos quejas ante el Consistorio por lo que consideran un ruido desproporcionado de las campanadas al dar las horas, medias y cuartos. Dos opiniones distintas: la noticia de la medición de la sonoridad del repique ha provocado una rápida reacción de otros vecinos de la calle Artekale, que han dejado claro a este medio que han convivido de siempre con las campanadas y no les molestan para nada. La opinión no es compartida por un grupo de catorce personas que firmó desde esta misma calle la protesta formal para que el Ayuntamiento tomase las medidas. La legislación marca para el horario diurno, que está marcado de 8 a 22 horas, un máximo de 40 decibelios y para el horario nocturno, de 22 horas a 8 de la mañana, un máximo de 30 decibelios de ruido.

te adecuado, se puede afirmar que la Constitución española ampara tácitamente el derecho subjetivo general a no sufrir ruidos.

Por otro lado, el derecho a la libertad de empresa no debe prevalecer sobre el derecho al descanso de los ciudadanos garantizado por las diversas previsiones constitucionales que cierran filas entorno al derecho del medio ambiente adecuado y la calidad de vida. Igualmente, el interés en la conservación del patrimonio histórico no puede ostentar igual protección que el interés en un medio ambiente adecuado cuando la salud y el descanso están en juego.

En definitiva, la jurisprudencia ha protegido el derecho a un medio ambiente acústicamente no contaminado al estimar vulnerados en la mayoría de las resoluciones el derecho a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio por injerencias acústicas. Es así como nuestros tribunales realizan una interpretación de la Constitución en sentido favorable a la víctima de la contaminación acústica.

III. LAS DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

1) Protección global del Medio Ambiente en la Unión Europea

La regulación del medio ambiente en el ordenamiento comunitario tuvo su origen en los arts. 54 y 55 del Tratado de la CECA, refiriéndose exclusivamente al ámbito laboral, y en el Tratado CEE, en los arts. 30 a 39 del capítulo dedicado a la protección sanitaria de los trabajadores. Ambos Tratados presentaban una limitación sectorial tan evidente que imposibilitaba acudir a ellos para justificar actuaciones comunitarias de carácter general. Tras las sucesivas modificaciones mediante la aprobación del Tratado de Maastrich en 1992 y de Ámsterdam de 1997, se ha encontrado la fórmula que permite una protección global del medio ambiente, reforzando la importancia de la política en materia medioambiental de la Unión Europea.

De conformidad con el apartado 2 del artículo 174 (130 R) del TCE, la política de la Comunidad en materia de medio ambiente se basa en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Además, el apartado 3 del artículo 95 (100 A) estipula expresamente que "en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente... [la Comisión] se basará en un nivel de protección elevado". El art. 175 prevé que cuando una decisión implique costes desproporcionados para un Estado Miembro, este puede obtener apoyo financiero comunitario. El art. 176 y 174.2 recoge la posibilidad que tienen los Estados Miembros de adoptar medidas de mayor protección ambiental. No obstante, en materia de medio

ambiente únicamente actúa con arreglo al principio de subsidiariedad, en la medida en que los problemas puedan abordarse mejor en el plano comunitario que en el nivel de los Estados miembros o a escala regional.

2) El ruido en la Unión Europea

El ruido, o sonido no deseado, ha sido definido por la Unión Europea como *"conjunto de sonidos que producen en el hombre un efecto desagradable en razón a su molestia evidente, del cansancio, de la perturbación y del dolor producido"*

En un principio, la lucha contra el ruido no se consideró una prioridad en materia ambiental; su consideración para el derecho ambiental europeo nace como una simple perturbación (nuisance) ya que las consecuencias sobre la población eran menos espectaculares y la degradación de la calidad de vida era aceptada como una consecuencia directa del progreso tecnológico y la urbanización. De ahí que los datos sobre la contaminación acústica en Europa referente a la primera década suelan ser escasos ; los datos publicados por la OCDE en 1991 indican que la exposición al ruido, relativamente estable a principios del decenio de 1980, aumentó a finales del mismo sobre todo en algunos países de Europa occidental, como Francia, Alemania, Países Bajos y Suiza. En los países europeos industrializados (Alemania, Francia, Países Bajos, Reino Unido) pero también en Austria, España y Suiza, más del 50% de la población está expuesta a niveles de ruido del tráfico rodado superiores al nivel en que las personas empiezan a sentirse realmente mal durante el día (OMS, 1993); de hecho, España es el segundo país más ruidoso del mundo después de Japón[1]. Poco a poco se va tomando conciencia de que el ruido es una auténtica fuente de contaminación por formas de energía: es la contaminación acústica.

1. Medio Ambiente en Europa, El Informe Dobris, Págs. 359 y ss.

3) La normativa comunitaria sobre ruido

Es creciente la preocupación por establecer normas y técnicas adecuadas para luchar contra la contaminación acústica, aunque dada su minusvaloración inicial es un sector que todavía adolece de carencias. La protección contra el ruido ha sido incluida en todos los programas de acción hasta ahora existentes para la protección del medio ambiente; en el Tercer Programa el problema tomaba ya carta de naturaleza como auténtica agresión ambiental objeto de protección jurídica (con anterioridad al mismo el ruido era considerado como mera perturbación[2]); pero no fue hasta el *quinto programa de acción* (periodo 1992-2000) cuando se dio un importante paso: este programa preveía además de la creación de un catastro de ruido y proyectos de lucha contra el ruido, una mayor reducción de las emisiones sonoras de los vehículos a motor, aviones y máquinas. También contemplaba incentivos económicos como subvenciones para la compra de materiales menos ruidosos, tasas sobre el ruido teniendo en cuenta el principio de que *quien contamina paga*, licencias para poder generar ruido, subvención del desarrollo de productos más silenciosos, información acústica de los productos etc. En definitiva, trataba de atender el aseguramiento de la tranquilidad, la calidad de vida y la salud de los ciudadanos, o como en concreto establecía, "Nadie debe estar expuesto a niveles de ruido tales que pongan en peligro su salud y calidad de vida".

En 1996 la Comisión Europea presentó el *Libro Verde sobre la Política Futura de Lucha contra el Ruido* (COM 96, 540), aprobado por el Parlamento el 10 de junio de 1997. No obstante, el Parlamento instó a la Comisión a la previsión de medidas de reducción del ruido generado por el transporte de pasajeros y mercancías, de mejora de la educación acústica de la población, de limitación del ruido de los equipos musicales domésticos, de los vuelos noctur-

2. C. Alonso García, "La contaminación acústica", op. Cit, Págs. 313 y ss.

nos de los aviones y del aislamiento eficaz de los edificios. El Libro Verde presentaba una serie de propuestas concretas de lucha contra el ruido, como la armonización de los métodos de exposición al ruido, reducción del tráfico rodado mediante instrumentos fiscales y controles técnicos, limitar el ruido ferroviario y del transporte aéreo mediante la introducción de tasas y simplificar la normativa sobre equipos utilizados en el exterior. En definitiva, el Libro Verde respondía a la necesidad de examinar el planeamiento de la política contra el ruido para aumentar su eficacia[3]. Su objetivo era impulsar el debate sobre la futura política comunitaria de lucha contra el ruido[4].

El pasado 24 de enero de 2001 la Comisión Europea aprobó un documento denominado *"Medio ambiente 2010: nuestro futuro, nuestra elección"* (Diario Oficial C 154E de 29 de mayo de 2001); esta propuesta supone la base para el **sexto programa comunitario (periodo 2001-2010).** El nuevo programa comunitario que se propone subraya la necesidad de que los Estados Miembros apliquen mejor la legislación medioambiental existente, anunciando que la Comisión aumentará la presión sobre los mismos, dando mayor divulgación a los incumplimientos. La propuesta se centra en cuatro grandes áreas, de las cuales, la que ahora nos interesa es la de *medio ambiente y salud*: el objetivo señalado por la Comunicación en este ámbito es alcanzar un calidad del medio ambiente que contribuya a garantizar la salud pública; entre los puntos que la Comunicación propone, se encuentra el de *adoptar y aplicar una Directiva sobre ruido*, de la que hablaré mas tarde.

---

3. Ante la cifra de 80 millones de europeos occidentales expuestos a niveles de ruido que los expertos consideran inaceptables, causados sobre todo por las actividades industriales y recreativas, el Libro Verde planteaba la necesidad de mejorar la política de lucha contra el ruido.

4. Política Ambiental, Revista de Derecho Ambiental nº 18, Págs. 49 y ss. "Consideraciones acerca del Libro Verde sobre Política Futura de lucha contra el Ruido, Pedro Soler Matutes.

A) Directivas

Existen **diversas directivas** que regulan el ruido exterior, el ámbito doméstico y consumidores, completándose con el Acuerdo de Ginebra y Reglamentos que lo desarrollan. Estas Directivas están influenciadas por la conexión con el mercado interior de productos. Las mismas se fundamentaron en sus orígenes en el art. 100 A TCE. La normativa medioambiental comunitaria relacionada con el ruido se divide en varios campos: el ruido de los vehículos a motor , el ruido de las instalaciones y equipos de construcción, aviones y helicópteros, y otros sectores varios[5].

El efecto de las Directivas medioambientales es el propio de cualquier Directiva[6]. El control de la aplicación de las normas co-

---

5. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 119 y ss

6. *"La Directiva obligará al Estado Miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios"*.La Directiva se dirige en exclusividad a los Estados Miembros, teniendo éstos el derecho y la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr la aplicación efectiva de la Directiva en el ordenamiento jurídico nacional, y hacerlo en el plazo fijado por ésta. Entonces, cabe preguntarse **qué eficacia posee la Directiva durante el periodo que transcurre entre su entrada en vigor y la adopción de las medidas nacionales de transposición**. El TJCE en la década de los 70, se caracterizó por la permisividad de actuación que otorgaba a los Estados Miembros durante el periodo de transposición de una Directiva: la STJCE 148/78 de 5 de abril de 1979 supeditaba la eficacia aplicativa de la Directiva al vencimiento del plazo para su transposición, así que mientras este no hubiera vencido, dichos Estados no estarían obligados por la misma. De tal modo que durante este periodo, los Estados podrían utilizar libremente su potestad normativa, pudiendo adoptar disposiciones contrarias a la Directiva, lo que podía acabar en un atentado contra la Directiva siempre que los efectos de dichas disposiciones nacionales se prorrogaran mas allá del vencimiento del plazo para transponer. Es por esto que en la década de los 80, el TJCE empieza a limitar la actuación estatal durante el periodo de transposición. La STJCE 80/86 de 8 de octubre de 1987, declara que los Estados Miembros están obligados a interpretar el derecho nacional de conformidad con al Directiva antes de que expire el plazo de transposición; la Directiva posee valor interpretativo, desplegando pues un efecto anticipación por la vía interpretativa. El TJCE aplicó el llamado "principio de interpretación conforme". Y esta línea ha sido confirmada por el TJCE en STJCE 129/96 Inter environnement wallonie, de 18 de di-

munitarias ambientales también sigue los principios generales del derecho comunitario[7].

---

ciembre de 1997, al decir que durante el periodo de transposición de una Directiva, los Estados Miembros deben de abstenerse de adoptar medidas siempre que puedan comprometer gravemente el resultado querido por la norma comunitaria. De este modo el TJCE otorga un auténtico "efecto bloqueo" a la Directiva comunitaria de modo excepcional. La noción "efecto bloqueo" tiene su origen en la doctrina alemana, y supone una limitación de la actuación de los Estados Miembros durante el periodo de transposición de la norma. Y puesto que lo que se juzga es una norma nacional, serán los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de determinar si se compromete o no el resultado querido por la Directiva. El propio TJCE da pautas al los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar cuando las disposiciones nacionales comprometen gravemente el resultado prescrito por la Directiva, estableciendo que depende de si los efectos de la medida van a ser definitivos o no, y si van a ser concluyentes o no a la hora de conseguir el resultado querido por la misma. Además, se atentaría contra el principio de buena fe y de protección de la confianza legítima si se adoptaran normas que pudieran frustrar el resultado de la directiva una vez concluido el periodo de transposición (STJCE 115/94 de 22 de enero de 1997). La consecuencias jurídicas del incumplimiento no son expresamente dichas por el TJCE, pero se podría deducir de su jurisprudencia (STJCE 106/77 de 9 de marzo de 1978), que si un órgano jurisdiccional nacional llega a la conclusión de que una disposición nacional compromete gravemente el resultado de la Directiva comunitaria, se desprende la *inaplicabilidad inmediata* por parte del juez nacional de la disposición en cuestión, y el planteamiento inmediato de un recurso de incumplimiento ante el TJCE. Si el TJCE ha creado esta línea jurisprudencial es por la propia voluntad de los Estados, por su recalcitrante conducta incumplidora del Derecho Comunitario en general, y de la Directiva comunitaria en particular, ya que no es inusual que durante el periodo de transposición adopten medidas disconformes con la directiva, rozando así el límite de lo absurdo.

7. E. Alonso García, "El derecho ambiental de la comunidad europea", Vol. I, Págs. 152 y ss: los Estados Miembros están obligados a informar de las medidas adoptadas en relación con las Directivas ambientales. Junto a ese deber genérico, algunas Directivas obligan a informar a la Comisión de los resultados de la vigilancia y control de los estándares ambientales llevada a cabo por los Estados Miembros. Mas importancia tiene la obligación de informar de todos los proyectos de disposiciones legales, reglamentarias o prácticas administrativas relativas a la protección o mejora del medio ambiente; esta obligación de notificación vino impuesta por el Acuerdo de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo de 5 de marzo de 1973; sin embargo, el grado de cumplimiento de dicho Acuerdo fue siempre poco satisfactorio. Al instaurarse otro sistema paralelo mediante la Directiva 83/189 de 28 de marzo de 1983 (DOCE L 109/8 de 26 de abril de 1983), las escasas notificaciones al amparo del acuerdo fueron desapareciendo y fue ya en 1989 cuando el XXIII Informe General sobre la actividad de las Comunidades Europeas señaló expresamente

Veamos primero las Directivas sobre vehículos de motor:

a. Vehículos a cuatro ruedas [8]

La evolución de las disposiciones sobre contaminación acústica de los vehículos han seguido a la evolución de la tecnología: las innovaciones tecnológicas llevan aparejadas reducciones acústicas en la normativa europea[9]. En materia de automóviles, en la legislación europea se pueden distinguir dos fases: antes y después del Acuerdo de Luxemburgo (junio 1985). En un primer momento, el marco de actuación venía proporcionado por la Directiva 70/220 de 20 de marzo, cuya finalidad era suprimir las barreras técnicas. En junio del mismo año, presionada la CEE por la adopción de las normas japonesas y americanas más restrictivas, y por la posición alemana, holandesa y danesa, se alcanzó el citado Acuerdo de Luxemburgo[10].

La **Directiva 70/157/CEE del Consejo de 6 de febrero de 1970 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor**[11] (DOCE L 42/16 de 23 de febrero

---

que la comunicación se hacía exclusivamente al amparo de la Directiva. La Comisión puede ejercitar la acción de incumplimiento contra los Estados Miembros tanto de oficio como por denuncia de particular, bien sea por falta de notificación de la transposición de una Directiva al derecho interno, bien por haberse transpuesto incorrectamente o bien por inaplicación o aplicación defectuosa de la Directiva transpuesta. La Comisión ha sido criticada por insistir en combatir los problemas de transposición olvidando que lo realmente importante es la aplicación de la legislación transpuesta.

8. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 120 y ss.

9. Valerio Martínez de Munaín, "La legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España", Págs. 379 y ss.

10. C. Alonso García, "Transposición del derecho comunitario en materia de contaminación atmosférica y acústica" dentro de la publicación "Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria", Erakunde Autonomiaduna, Gobierno Vasco, Págs. 81 y ss

11. Adaptada al ordenamiento español por Real Decreto 2028/1986 de 6 de junio general para vehículos de motor

de 1970), fijó los niveles sonoros de los vehículos a motor a un número determinado de decibelios (entre 82 y 91 dB(A)). Fue modificada parcialmente por diversas Directivas posteriores (Directivas 73/50, 77/212, 81/334, 84/372); la mas importante modificación operó mediante la Directiva 84/424/CEE, pues dio un gran paso en la reducción del nivel sonoro (77 a 84 dB(A)). Esta también fue modificada en varias ocasiones por otras Directivas (Directivas 87/354, 89/491, 92/97), hasta llegar finalmente a la Directiva 96/20/CE de 27 de marzo de 1996 por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 70/157/CEE.

b. Motociclos[12]

El ruido generado por las motocicletas está limitado desde hace mucho tiempo por directivas comunitarias que disponen una reducción en varias etapas. Todos estos trabajos tienen su origen en acuerdos internacionales anteriores (Reglamento 41 de Ginebra)[13]

La Directiva 78/1015/CEE de 23 de noviembre de 1978 (DOCE L 349/21 de 13 de diciembre de 1978) reguló por primera vez el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de las motocicletas. Fue modificada principalmente por la Directiva 87/56/CEE de 18 de diciembre de 1986, que reducía significativamente los niveles sonoros, y por la Directiva 89/235/CEE del Consejo de 13 de marzo de 1989, que sometía los dispositivos de escape a homologación comunitaria equivalente a la existente para los de origen, para evitar así el fraude consistente en la posibilidad de cambiar los dispositivos de origen por unos de recambio que no se ajustaran a los niveles sonoros la Directiva. La Directiva 78/1015/CEE ha sido derogada por la **Directiva 97/24/CE**

12. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 121 y ss.

13. Valerio Martínez de Muniaín, op. Cit , Págs. 379 y ss.

del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de junio de 1997, relativa a ciertos elementos o características de los vehículos a motor de dos o tres ruedas (Diario Oficial L 226 de 18.08.1997), considerando que, en lo que se refiere a la protección del medio ambiente, concretamente a la contaminación atmosférica y acústica, es necesario plantearse como objetivo la mejora constante del medio ambiente y que, para ello, los valores límite de los contaminantes y del nivel sonoro deben fijarse a fin de ser aplicados lo más rápidamente posible. Es interesante la medida financiera que recoge: los Estados miembros podrán ofrecer incentivos fiscales únicamente para los vehículos de motor que cumplan las medidas contra la contaminación acústica establecidas en la Directiva.

c. Tractores[14]

La **Directiva 74/151 de 4 de marzo de 1974**, estableció entre otro requisitos técnicos los relacionados a los niveles sonoros y dispositivos de escape de los tractores (DOCE L 84/25 de 28 de marzo de 1974). La **Directiva del Consejo 77/311/CEE de 29 de marzo de 1977 regulaba el nivel sonoro en los oídos de los conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas** (DOCE L 105, de 28 de abril de 1977)[15].

d. Instalaciones y equipos de construcción

Dado que en el mercado interior deben armonizarse los requisitos sobre el ruido emitido por las máquinas de uso al aire libre, conviene simplificar la legislación y crear un marco común con respecto a la reducción del ruido emitido por dichas máquinas. Así se protegerá la salud y el bienestar de los ciudadanos, y por supuesto el medio ambiente, además de facilitar el funciona-

14. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 122 y ss.

15. La adaptación en España se encuentra en el Real Decreto 2028/1986 de 6 de junio.

miento del mercado interior. Por ello, el Parlamento Europeo y el Consejo aprueban la **Directiva 2000/14/CE de 8 de mayo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a la máquinas de uso al aire libre** (DOCE L 162 de 3 de julio de 2000). Ya en el Libro Verde sobre Política Futura de lucha contra el ruido la Comisión abordaba el ruido ambiental como uno de los problemas ecológicos locales más graves en Europa y anunciaba su intención de proponer una Directiva marco para controlar el ruido emitido por máquinas de uso al aire libre. Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva las máquinas destinadas al transporte de personas y mercancías por cualquier vía y las máquinas construidas con fines militares, policiales y servicios de emergencia. La Directiva permite a los Estados Miembros establecer medidas para reglamentar el uso de las máquinas limitando las horas de funcionamiento de las mismas en zonas que considere sensibles; también les permite establecer los requisitos necesarios para garantizar que las personas estén protegidas durante el uso de las máquinas sin modificar a las mismas.

Esta nueva **Directiva deroga**[16] **en la fecha de 3 de enero de 2002 las siguientes directivas: Directiva 79/113, Directiva 84/532,**

16. La Directiva 79/113/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la determinación de la emisión sonora de máquinas y materiales utilizados en las obras de construcción (DOCE L 33/15 de 8 de febrero de 1979), había armonizado el método de medición de ruido emitido por máquinas que se utilizan al aire libre. Fue modificada por la Directiva 81/1051 de 7 de diciembre de 1981 y por la Directiva 85/405 de 11 de julio de 1985. Las siguientes Directivas especificaban dichas instalaciones y equipos de construcción así, la Directiva 84/369/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1984 sobre el nivel de potencia acústica admisible de los motocompresores (DOCE L 300/123 de 19 de noviembre de 1984), modificada por la Directiva 85/406 de la Comisión de 17 de julio de 1985, para adaptarla al progreso técnico escala de 100 a 104 dB(A). La Directiva 84/534/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1984, sobre el nivel de potencia acústica admisible de las grúas de torre (DOCE L 300/130 de 19 de noviembre de 1984), modificada por la Directiva 87/405 de 25 de junio de 1987: 102 y 100 dB(A). La Directiva 84/535/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1984 sobre el nivel de potencia

Directiva 84/533, Directiva 84/534, Directiva 84/535, Directiva 84/536, Directiva 84/537, Directiva 84/538 y Directiva 86/662, anteriormente citadas. Su entrada en vigor se produjo el 4 de julio de 2000.

La adaptación al derecho nacional debía hacerse a mas tardar el 3 de julio de 2001, y la aplicación de dichas medidas por los Estados miembros causarán efecto a partir del 3 de enero de 2002, como regla general, salvo por lo que se refiere a los niveles de potencia acústica admisibles reducidos de la fase II (se refiere a determinadas máquinas sujetas a límites de potencia acústica relacionadas en el art. 12 de la Directiva), para las cuales se aplicarán con efectos a partir del 3 de enero de 2006.

e. Aviones[17]

El incremento del número de aviones y de líneas comerciales con el subsiguiente incremento de número de aeropuertos y sus

---

acústica admisible de los grupos electrógenos de soldadura (DOCE L 300/142 de 19 de noviembre de1984); la Directiva 85/407 de 11 de julio de 1985 adaptó al progreso técnico el sistema de medición. La Directiva 84/536/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1984, sobre el nivel de potencia acústica admisible de los grupos electrógenos de potencia (DOCE L 300/149 de 19 de noviembre de 1984); la Directiva 85/408 de 11 de julio de 1985 adaptó la progreso técnico el sistema de medición. La Directiva 84/537/CEE del Consejo de 17 de septiembre de 1984, sobre el nivel de potencia acústica de trituradores de hormigón y martillos picadores de mano (DOCE L 300/156 de 19 de noviembre de 1984); la Directiva 85/409 de 11 julio de 1985 adaptó al progreso técnico el sistema de medición. La Directiva del Consejo 84/532/CEE de 17 de septiembre de 1984 referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a las disposiciones comunes sobre material y maquinaria par la construcción (DOCE L 300 de 19 de noviembre de 1984). La Directiva 86/662/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las palas hidráulicas, de las palas de cables, de las topadoras frontales, de las cargadoras y de las palas cargadoras (DOCE L 384/1 de 31 de diciembre de 1986); el método de medición fue adaptado al progreso técnico por la Directiva 89/514 de 2 de agosto de 1989. Todas estas Directivas fueron transpuestas al Ordenamiento interno por el Real Decreto 245/1989 de 27 de febrero (BOE núm. 60 de 11 de marzo de 1989), modificado por el Real Decreto 71/92 de 31 de enero (BOE de 6 de febrero de 1992).

17. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 125 y ss, y Ecoiuris 2001, Págs. 1117 y ss.

ampliaciones, ha convertido el ruido aéreo en molestia de las áreas residenciales cercanas de los aeropuertos. El Parlamento Europeo insiste en que, en el ámbito del transporte aéreo, en relación con las zonas residenciales situadas en las proximidades de los aeropuertos, debe considerarse la prohibición de vuelos nocturnos, el establecimiento de tasas aeroportuarias en función del ruido y la supresión de la maniobras de despegue y aterrizaje especialmente ruidosas. Además, el Parlamento ha expresado su deseo de que en la reducción de las emisiones sonoras se incluyan también los aviones subsónicos militares a reacción (procedimiento de consulta: COS0478)[18]

La **Directiva 80/51/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1979 relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas** (DOCE L 18/26 de 24 de enero de 1980) creaba el "certificado de limitación sonora" a emitir por los Estados Miembros con valor para el resto de Estados Miembros para que las aeronaves que contasen con él pudieran aterrizar y despegar en el territorio de los demás países miembros; regulaba el sistema de pruebas y proponía el intercambio de información acerca de dichas pruebas entre los Estados; su ámbito de aplicación era territorial, debiendo ajustarse a la misma los aviones civiles que aterrizasen o despegasen de cualquiera de los Estados Miembros. Esta Directiva se creó con el fin de que todos los Estados Miembros adaptasen su legislación a las modificaciones del anexo 16 de la Convención Internacional de Aviación Civil (OACI)[19]; la Directiva fue adaptada a una nueva modificación del anexo 16 mediante **Directiva 83/206 de 21 de abril de 1983** (DOCE L 117/15 de 4 de

18. Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, Fichas Técnicas sobre la Unión Europea,1999, Págs. 249 y ss.

19. Mediante el Convenio de Chicago de 1944 se creó la OACI (Organización de Aviación Civil Internacional). Es el organismo mundial de la aviación civil. Este Convenio ha sido desarrollado mediante diversos anexos técnicos, entre los que destaca el número 16, pues está dedicado a la protección del medio ambiente acústico.

mayo de 1983), prohibiendo el tráfico aéreo a aeronaves de terceros estados que no se ajustasen a la misma antes del 31 de diciembre de 1987, con un posible régimen excepcional[20].

La **Directiva 89/629/CEE** (que modifica la directiva 80/51) **del Consejo de 4 de diciembre de 1989 relativa a la limitación de las emisiones sonoras de los aviones de reacción subsónicos civiles** (DOCE L 363/27 de 13 de diciembre de 1989[21]), que exige para poder circular en el territorio de la Unión Europea (menos los territorios de ultramar) la *certificación acústica* para responder así a normas equivalentes a la modificación en 1998 del anexo 16, norma solo aplicable a los aviones subsónicos matriculados después de esa fecha. Sorprendentemente, no existe regulación europea para los aviones militares ni los supersónicos, a pesar de los problemas que éstos conllevan; la tecnología de aviones para largas distancias desde hace años investiga en los aviones supersónicos, afirmando sus impactos negativos medioambientales (boom sónico, exceso de contaminación); de ahí que sólo exista el anglo- francés Concorde. Tampoco se ha aprobado una propuesta para limitar las emisiones sonoras de los helicópteros (aunque fue publicada en DOCE C 275/1 de 27 de octubre de 1981).

La **Directiva 92/14/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1992, relativa a la limitación del uso de aviones objeto del Anexo 16 del Convenio relativo a la aviación civil internacional** (DOCE L 76/21 de 23 de marzo de 1992) completa a la 89/629 mediante la progresiva supresión de los aviones mas ruidosos, contemplados en el capítulo 2 del Convenio; esta directiva restringe la posibilidad de excepciones anteriormente dicha; también tiene un anexo de aviones de naciones en vía de desarrollo que resultan exentos por haber cumplido determinadas condiciones, como haber ate-

20. La adaptación al derecho español se produjo por los Decretos 873/1987 de 29 de mayo y 1256/1990 de 11 de octubre.

21. Fue incorporada al ordenamiento español mediante RD 1256/1990.

rrizado en territorio comunitario en determinadas fechas. También admite excepciones para aviones de repuesto en ciertas condiciones y para aviones de interés histórico. A partir del 1 de abril de 2002 todos los aviones subsónicos habrán de cumplir los requisitos del capítulo 3. El Reglamento núm. 991/2001 de la Comisión, de 21 de mayo de 2001 modifica el anexo de la Directiva 92/14/CEE (suprime, añade y sustituye determinados epígrafes que hacen referencia a países del continente africano).

La **Directiva relativa a la Evaluación de Impacto Ambiental 85/337/CE de 27 de junio de 1985, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo de 3 de marzo de 1997**, establece que para los aeropuertos con pistas de aterrizaje y de despegue de grandes dimensiones (2.100 m) los Estados miembros establezcan un procedimiento de evaluación que permita evaluar las principales repercusiones del proyecto en el medio ambiente, incluyendo una consulta pública.

La Unión Europea no traza en su normativa aspectos sobre condiciones de aislamiento acústico de las edificaciones vecinas a los aeropuertos, siendo esta una cuestión que se deja a la voluntad de las respectivas autoridades nacionales; algunos países como Francia establecen al respecto Planes de Exposición al ruido, zonificando áreas que sufren el impacto de este tipo de contaminación.

El Parlamento Europeo y el Consejo han realizado una Propuesta de Directiva (COM 2001 695), presentada por la Comisión, de 28 de noviembre de 2001, sobre el establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos comunitarios para luchar contra el ruido producido por los aviones en los aeropuertos y en sus proximidades. La nueva directiva integraría tanto los nuevos estándares internacionales, como las resoluciones que en esta materia adoptó la última Asamblea General de la Organización Internacional de la Aviación Civil (OACI), que tuvo lugar el

pasado mes de septiembre de 2001. Con esta Directiva, los aeropuertos que se encuentren más afectados por problemas de ruidos, podrán imponer restricciones al despegue y aterrizaje de aquellos aviones más ruidosos, ya que los requisitos de sonoridad de los aviones se reducirán en diez decibelios. Según el texto, cada aeropuerto quedará autorizado a prohibir el aterrizaje y despegue de aquellos aviones que sólo cumplen los niveles *"marginalmente"*, es decir cuyos niveles de sonoridad durante las operaciones aéreas se encuentre dentro de lo que podríamos llamar el margen de incertidumbre de los límites máximos y que no puede ser superior a 5 decibelios. Este es el caso de una flota de aviones, relativamente antiguos, a los que se les denomina *"hushkits"*. La Propuesta de Directiva contempla la reducción del impacto económico que estas medidas puedan tener para los operadores de los países en desarrollo al utilizar los aeropuertos europeos, sin embargo, igualmente, se han introducido medidas para impedir abusar de estas condiciones.

f. Cortadoras de césped

La Directiva 84/538/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al nivel de potencia acústica admisible de las cortadoras de césped[22]. La reducción del ruido que producen las cortadoras de césped tiene el doble objetivo de la protección medioambiental y la eliminación de barreras comerciales.

22. La Directiva 84/538/CEE de del consejo de 17 de septiembre de 1984 sobre el nivel de potencia acústica admisible de las cortadoras de césped (DOCE L 300/171 de 19 de noviembre de 1984) ha sido modificada por la Directiva 87/252 de 7 de abril de 1987 que adaptó el método de medición al progreso técnico, y por la Directiva 86/180 de 22 de marzo de 1988 y por la Directiva 88/181 de 22 de marzo de 1988, que introdujo un valor límite especial de emisión de ruido para los operadores de las propias máquinas (90 dB (A)). La adaptación a la legislación española se encuentra en el Real Decreto 245/1989 de 27 de febrero (BOE núm. 60 de1 de marzo de 1989), aunque la adaptación a las Directivas 87/252, 88/180 y 88/181 se realizo por Orden Ministerial de 18 de julio de 1991(BOE de 26 de julio de 1991).

g. Electrodomésticos[23]

La **Directiva 86/594/CEE del Consejo de 1 de diciembre de 1986 relativa al ruido aéreo emitido por los aparatos domésticos** (DOCE L 344/24 de 6 de diciembre de 1986)[24]; no se aplica a máquinas proyectadas para usos industriales o profesionales ni impone valores límites ni la obligación de anunciarlos sino que tan solo establece que en el supuesto de que un Estado Miembro imponga la obligación de anunciar los niveles sonoros, deberá ajustarse a los requisitos de la Directiva (que consisten fundamentalmente en la publicación nacional y en el DOCE de las reglas técnicas y las referencias a las normas nacionales). La Directiva impone determinados requisitos para los métodos de medición. Su propósito es salvaguardar la competencia comercial. Se trata de una Directiva marco que frente a las legislaciones nacionales, establece un sistemas estandarizado de medida de ruido que se impone a cualquier otro sistema nacional.

h. Trenes[25]

El **programa "Low Noise Train"** se propone una reducción considerable de las emisiones sonoras del conjunto del sistema hasta los 23 dB (A) mediante la optimización acústica de los vagones de mercancías, para hacer más competitivo el transporte de mercancías por ferrocarril; se trata de desarrollar en los próximos años de 1 a 2 locomotoras distintas así como de 3 a 5 vagones de mercancías diferentes, adaptados al producto que se ha de transportar, para lo cual se precisará de un prototipo para pruebas y mediciones. La Comisión retiró el 28 de julio de 1993 una propuesta presentada en 1983 (**propuesta de Directiva** de 7 de di-

23. E. Alonso García, "El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea", Vol. II, Pág. 127 y ss, y Ecoiuris 2001, Págs. 1118.

24. Esta Directiva fue transpuesta al ordenamiento español por Real Decreto 213/1992 de 6 de marzo. (BOE de 14 de marzo de 1992).

25. Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, Fichas Técnicas

ciembre de 1983, DOCE C 345/5 de 29 de diciembre de 1983), destinada a la aproximación de las disposiciones legales relativas a las emisiones sonoras de los ferrocarriles. dado que los países del este de Europa no se ajustan a parámetros internacionales.

i. Trabajadores[26]

Los problemas de ruido en el ámbito laboral se han convertido en una de las enfermedades más frecuentes de los trabajadores. El sector con mayores problemas es el industrial (y dentro de él, las industrias manufactureras y de transformación de metales).

La **Directiva del Consejo 86/188/CEE de 12 de mayo de 1986 relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo** (DOCE L 137 de 24 de mayo de 1986). Esta directiva se aplica a todos los trabajadores excepto en el mar y en transporte aéreo. Su objetivo es proteger su salud estableciendo valores sonoros límites. Impone a las empresas determinadas obligaciones para evitar la contaminación sonora en el ámbito laboral.

B. La novedad: Propuesta de Directiva sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194

Lo mas novedoso a destacar en el campo de las Directivas relativas al ruido es la **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194,** presentada por la Comisión, a la que anteriormente he hecho alusión.

El fundamento jurídico de la propuesta es el art. 175 del Tratado, ya que los objetivos que pretende alcanzar están relacionados con las conservación, protección y mejora de la calidad del

26. "La legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España", Emilio Valerio Martínez de Muniain, Págs. 379 y ss.

medio ambiente y con la protección de la salud y el bienestar. Su finalidad es crear un marco común en la Unión Europea para la evaluación y gestión de la exposición al ruido ambiental.

El ámbito de aplicación (art. 2) se centra en el *ruido ambiental percibido por los seres humanos en el interior de las viviendas y en sus proximidades, en parques públicos u otros lugares tranquilos dentro de una aglomeración, en zonas relativamente tranquilas en campo abierto, en el interior de los centros escolares y en sus proximidades, dentro y en los alrededores de los hospitales, y en otros edificios y lugares vulnerables al ruido.* Se excluyen del ámbito de aplicación el ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el trabajo y en el interior de medios de transporte.

Los arts. 7 y 8 obligan a las autoridades competentes a crear *mapas de ruido y planes de acción* respectivamente, en las aglomeraciones de más de 250.000 habitantes antes del 31 de diciembre del 2004 y 2005 respectivamente. Para el 31 de diciembre del 2009 y 2010 respectivamente, también será obligatorio para las aglomeraciones de más de 100.000 habitantes. Según el art. 9, tanto los planes de acción como los mapas de ruido deberán hacerse públicos.

En la propuesta se han fijado dos indicadores de ruido: Lden (para medir las molestias causadas por el ruido durante el día) y Lnight (para medir las perturbaciones durante el sueño); para el periodo de transición, la Comisión propone dos posibilidades: que los Estados Miembros utilicen sus propios métodos de cálculo o que apliquen el método existente recomendado.

El plazo de transposición que da la Directiva es a más tardar, el 30 de junio de 2003. El Consejo Europeo ha alcanzado por unanimidad un acuerdo político sobre dicha propuesta en la reunión de 18 de diciembre de 2000 en Bruselas.

Esta propuesta de Directiva se hace necesaria dado los efectos que el ruido ambiental produce sobre la *salud*[27]: se cifra en un 25% el porcentaje de población europea que ve mermada su calidad de vida. Bien es cierto que los efectos del ruido pueden variar de un individuo a otro; sin embargo, la OMS[28] señala que el ruido puede tener una serie de efectos nocivos directos para las personas expuestas al mismo, como alteraciones de sueño, efectos fisiológicos auditivos y no auditivos (básicamente cardiovasculares) o interferencias en la comunicación. Sin embargo, el ruido no tiene solo efectos sobre la salud sino que también repercute en la *economía*: se calcula que las perdidas económicas anuales en la Unión Europea inducidas por el ruido ambiental se sitúan entre los 13.000.000 y los 38.000.000 de euros. Es de esperar que esta propuesta de Directiva, actualmente en espera del fin de la segunda lectura por parte del Consejo el 20 de enero de 2002, llegue a buen término y ayude a controlar la contaminación acústica.(*)

4) Jurisprudencia europea: especial referencia al caso López Ostra

Las medidas para conseguir una mayor aplicación del derecho comunitario se han visto reflejadas por la jurisprudencia del TJCE; en el *asunto Francovich* (11 de noviembre de 1991), el TJCE estableció que la no adaptación del Derecho interno de un Estado Miembro a una Directiva podría generar una acción de responsabilidad contra dicho Estado si de su incumplimiento se hubieren derivado daños al interesado. (Igualmente el *caso Wagner Miret* de

---

27. Exposición de motivos e la Directiva, que cita como fuente "Guidelines for Community Noise, OMS, 2000"

28. Informe sobre el ruido en la sociedad- Criterios de Salud Medioambiental, 1996.

(*) Finalmente, salió a la luz de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Esta directiva ha entrado en vigor el 18 de julio de 2002. Difiere bastante de la propuesta presentada por la Comisión casi dos años antes *(ver la misma en Diario Oficial nº L 189 de 18/07/2002 p. 0012-0026).*

1993, y uno más reciente, el *caso Factortame II y British Telecomm.*, en 1996). Por tanto, la inaplicación del derecho comunitario sobre contaminación acústica es objeto posible de responsabilidad estatal. Otras medidas las establece las sentencia de la Corte Europea de 19 de junio de 1990 (*asunto Factortarme*) otorgando la posibilidad al juez nacional de establecer medidas cautelares para asegurar la finalidad del proceso aunque las mismas no estén previstas en sus respectivas legislaciones. Además, si tras ser dictada la sentencia el Estado Miembro no la cumple, es posible que la Comisión inste ante el TJCE la imposición del pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva una vez oído el Estado incumplidor de la sentencia.

El TJCE ha fallado casos de contaminación acústica en relación a Directivas comunitarias; por ejemplo, la STJCE de 14 de julio de 1998, establece que las Directivas solamente fijan exigencias mínimas, perfectamente superables por la normativa de los Estados Miembros, que pueden introducir medidas mas severas. En este caso, se trataba de una normativa de un Estado Miembro que limitaba las emisiones sonoras de los aviones mas allá de lo que lo hacia la Directiva sobre limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas (Directiva 83/206); pues bien, el TJCE dijo que la limitación de las emisiones sonoras de los aviones es el medio más eficaz y más cómodo de luchar contra la contaminación sonora que producen los mismos, de ahí que dicha normativa del Estado Miembro estuviera justificada por consideración a la salud pública y a la protección del medio ambiente, y que por ello no resulte desproporcionada.

En el *caso Baggs* (16 de octubre de 1985), la Comisión estableció que es el derecho interno de los Estados Miembros el que define cuando se tiene o no un derecho subjetivo (propiedad: los demandantes eran propietarios directamente afectados por el ruido). La Comisión estableció que el ruido ambiental producido en las inmediaciones del aeropuerto londinense de Heathrow podía vio-

lar el art. 8 del CEDH, que protege la intimidad de la vida familiar, a pesar de que no se llegó a resolución del TEDH por llegar a un acuerdo amistoso entre las partes.

En el *"caso Powell y Rayner"*, con idéntico asunto al anterior, (21 de febrero de 1990), el TEDH valoró como equilibradas las medidas de prevención de ruidos procedentes del aeropuerto de Heathrow (Reino Unido) tomadas por las autoridades administrativas; al examinar si se había producido violación del derecho a la intimidad (por las molestias del ruido producido por aviones) , el TEDH concluyo que la actuación de los poderes públicos fue suficiente; así, aunque el medio ambiente adecuado es parte del art. 8 del CEDH, ello no implica que en este caso tenga que existir una acción civil de vecindad "in nuisance" o de resarcimiento. El Tribunal concluye que no puede determinar si el Gobierno Británico había sobrepasado el margen de apreciación o alterado el equilibrio justo que exige el art. 8 del CEDH, ya que no pudo demostrarse que existiera queja defendible en relación con dicho artículo, y por consiguiente, ningún derecho a recurso por el ruido producido por los aviones volando a una altura razonable y cumpliendo los reglamentos de circulación aérea: *"si un avión, al salir del aeropuerto o al acercarse para aterrizar, vuela razonablemente bajo y respetando las normas en vigor, y si el Estado de que dependen las instalaciones ha dictado aquellas procurando reducir las inevitables molestias que el ruido causa en las viviendas y fincas de alrededores, no parece que pueda denunciarse con fundamento suficiente en derecho una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos"*; solo en el caso de que el ruido emitido por los aviones no cumpliese estas condiciones podría ejercitarse una acción por daños contemplada en la legislación interna. Además, recalcó la posición subsidiaria que el TEDH debe mantener cuando juzga que *"ni la Comisión ni el Tribunal Europeos pueden sustituir a las autoridades nacionales para apreciar cuál podría consistir la política óptima en esta materia social y técnicamente difícil"*. Así, el TEDH rechazó la existencia de un derecho civil a no

tolerar ruidos que estén muy por encima del nivel máximo exigible a la par que reconoció que el ruido excesivo que imposibilite la vida familiar, entra en el ámbito material del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En otro ámbito, la legitimación para actuar en este caso, fue restrictiva: la Comisión del CEDH rechazó la demanda de la Federation of Heathrow Antinoise Groups, lo cual es indicativo de la distancia que en el ordenamiento del Consejo de Europa media entre el soft law expresado a través de sus recomendaciones y la jurisprudencia de la Comisión o el TEDH. Lo único positivo que puede sacarse de esta sentencia es el ensamblaje que hace, aunque sea de modo poco claro, entre el derecho al respeto a la vida privada que se desarrolla en un domicilio y el derecho medioambiental a no sufrir contaminaciones acústicas irracionales, además del reconocimiento de la disminución de la calidad de vida a causa del ruido de los aviones.

El *caso "Hatton y otros"* contra Reino Unido[29] (STEDH de 2 de octubre de 2001) condena a éste por la violación del art. 8 del CEDH de nuevo: el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow viola el derecho a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio de los vecinos del mismo. Los fundamentos jurídicos de la sentencia hacen referencia a la argumentación "caso López Ostra" y "Guerra contra Italia" (explicados más adelante). El Tribunal ha tenido en cuenta que *es deber del Estado encontrar el justo equilibrio entre los intereses de los particulares y los de la comunidad en su conjunto... En el ámbito especialmente sensible de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para anteponerse al derecho de otros...Los estados están llamados a minimizar lo máximo posible las interferencias en tales dere-*

29. Hasta 1995, el sistema de control de ruido se basaba en el número de despegues y aterrizajes; después de esa fecha, se estableció un nuevo sistema basado en "cuotas de ruido", que diferenciaba entre los modelos de avión. Esto permitía a las aerolíneas escoger un mayor número de vuelos de aviones menos ruidosos o un menor número de aeronaves más ruidosas.

chos, intentando encontrar soluciones alternativas e intentando compaginar sus intereses con los derechos humanos. El Reino Unido ha sido condenado a pagar por concepto de indemnización moral.

La STEDH de 9 de diciembre de 1994 conocida como ***"caso López Ostra"*** vincula de modo directo e indubitado la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) con las actividades molestas (ruidos), humos y olores, originados por una depuradora en Lorca (Murcia). El TEDH consideró que el Estado español no había sabido alcanzar un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca y el disfrute efectivo del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar (en el caso, de la familia López Ostra). Había existido pues, una violación del art. 8 del CEDH (*"Derecho al respeto a la vida privada y familiar. Toda persona tiene respeto al derecho de su vida privada y familiar, de su domicilio..."*)[30] Entre los intereses del individuo de proteger el espacio donde se desarrolla su intimidad (domicilio) y los intereses sociales (en este caso, permitir el funcionamiento de una depuradora de residuos altamente contaminante), debe existir un equilibrio; el TEDH estimó que este equilibrio se rompió en perjuicio del derecho del respeto de la vida privada y familiar, y al domicilio, que garantiza el art. 8 del CEDH. *"Atentados graves al medioambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del goce de su domicilio, deteriorando su vida privada y familiar, sin necesidad de poner en grave peligro la salud del interesado"*. Esta reflexión de los magistrados liga el derecho a la protección del domicilio (como espacio donde se desarrolla la vida privada de las personas) con las condiciones ambientales que hacen factible el disfrute del derecho (desde el valor del bienestar de las personas). El TEDH se manifiesta como tribunal ecológico; se

30. Soler Matutes, "Política Ambiental", publicado en la Revista de Derecho Ambiental num. 18, Págs. 47 y ss.

desenvuelve en el plano dogmático, de comprensión del CEDH como norma unitaria y axiológica[31].

Por otra parte dicha resolución supuso el reconocimiento de:

La posibilidad de la parte recurrente de emplear una rápida y eficaz tutela disponible en el derecho interno (recurso especial de protección de los derechos fundamentales), lo que implica que un recurrente no esta obligado a utilizar la vía ordinaria para entender agotada la vía interna y poder recurrir ante el TEDH[32], aunque en este caso la señora López Ostra tuvo que recorrer un tortuoso y largo peregrinaje legal (explicadas en el punto siguiente) para poder defender su derecho a vivir en su domicilio en condiciones mínimas de habitabilidad, libre de injerencias contaminantes[33].

La inactividad de las autoridades nacionales al no adoptar las medidas necesarias para proteger el derecho de la recurrente al respeto de su domicilio así como a su vida privada y familiar garantizado por el art. 8 del CEDH, constituye motivo suficiente para declarar la existencia de violación del citado Convenio[34]. El Tribunal Contencioso-Administrativo de Murcia desestimó el recurso interpuesto contra la inactividad del Ayuntamiento de Lorca al estimar que, el proceso de protección de los derechos fundamentales no era apropiado para la tutela de inmisiones en su domicilio y que no suponía grave peligro para la salud. El Tribunal Supremo confirmo el fallo jurisprudencial anterior, destacando que no se había producido violación de la Constitución española en su art.18.2 porque ningún agente había penetrado en el domicilio del interesado, dando pues una lectura formalista del derecho

31. Bandrés Sanchez- Cruzat, "Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comentarios a la ultima jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo", Págs. 74 y ss

32. Soler Matutes, "Política Ambiental", op. Cit, Págs.47 y ss.

33. Bandrés Sanchez- Cruzat, op. Cit, ,Págs. 74 y ss

34. Soler Matutes, "Política Ambiental", op. Cit, Págs.47 y ss.

fundamental del domicilio. El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo de la señora López Ostra argumentando que la existencia de ruidos, olores y humos no constituía en si una trasgresión del derecho de la inviolabilidad del domicilio.

Finalmente, el TEDH en un plano procedimental, realizó una fiscalización rigurosa de la inactividad administrativa: el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 del Convenio, incorpora a su contenido obligaciones positivas de los poderes públicos al deber procurar que el goce de estos derechos no se vea inquietado por contaminación intensiva de cualquier naturaleza que hagan inviable el disfrute de los intereses garantizados. El TEDH enjuicia severamente la actitud de inacción de las autoridades municipales de Lorca que han prolongado ilícitamente la situación de la señora López Ostra, porque del art. 8 del Convenio se destilan obligaciones positivas par el Estado en aras de favorecer la efectividad de los derechos garantizados, debiendo adoptar las medidas necesarias para su protección. Esta sentencia puede calificarse como "leading case" en el acervo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, porque permite alumbrar derechos que no aparecen directamente reconocidos en el Convenio, como es el derecho a un medio ambiente adecuado, que tiene carácter social y que se liga al derecho civil de respeto de la vida privada y al domicilio, garantizado ese si, por el art. 8 del Convenio, que incorpora de modo envolvente el valor de calidad de vida[35].

La facultad del propio TEDH para enjuiciar la inactividad de las Autoridades Nacionales antes de que sea determinada la situación legal o ilegal del establecimiento de la actividad contaminante.

La no perdida de condición de víctima pese al cese parcial de las actividades contaminantes (la depuradora de Lorca en el caso), el realojamiento en otro hogar a cargo de la Administración y la posterior clausura de las instalaciones; es decir, cualquier actua-

35. Bandrés Sanchez- Cruzat, op. Cit, ,Págs. 74 y ss

ción posterior de la Administración, correctora o minimizadora del impacto ambiental cuando el perjuicio ya ha sido causado no exime la responsabilidad de la misma.

En el **caso Guerra contra Italia** de 19 de febrero de 1998, viene a consolidar lo que estableció la sentencia López Ostra, concluyendo que la degradación del medio ambiente a través del excesivo ruido supone la violación del derecho fundamental de la vida privada y familiar, y su domicilio, del art. 8 del CEDH.

5) Normas sobre contaminación acústica de algunos Estados Miembros de la Unión Europea

Entre los Estado miembros, cabe destacar la regulación global que sobre ruido efectúa Portugal, Francia, Italia y Holanda. Otros Estados miembros se enfrentan a la misma de un modo sectorial (Bélgica[36], Dinamarca[37], Alemania[38], Grecia[39], Irlanda[40], Luxembur-

36. Ordenanza Real (Arrete Royal) de 24 de febrero de 1977 fijando las normas acústicas para la música en establecimientos públicos y privados. Ordenanza Real de 1 de julio de 1986 sobre materiales y equipos de obras públicas. Ordenanza del Ejecutivo Flamenco de 14 de diciembre de 1988 sobre medidas antirruido en relación a la maquinaria y equipos de obras públicas, especialmente monocompresores.

37. Ley 372 de 13 de junio de 1973 (y modificaciones de 1985/85, 1986/329, 198/355, 457 y 1988/68 y 563), en el marco de las leyes generales de medio ambiente. Ley 681 de 23 de diciembre de 1975 (con modificaciones 1985/391, 1987/287)Ley 252 de 10 de junio sobre aviación. Ley 271 de 16 de junio sobre aeropuertos.

38. Ley marco federal sobre el control de inmisiones (Bundesimmissionsschutzgesetz – BImSchG). Manual Técnico para la Protección contra las perurbaciones (Technische Anleitung zum Schutz gegen Larm).Normas particulares sobre ruido en circulación rodada y circulación aérea. Normas sobre insonorización de las edificaciones y ordenación del territorio.

39. Regulación marco de la Ley General de Medio Ambiente de 1986 (Ley 1650/1986), cuyo art. 14 se refiere a la protección contra las perturbaciones. Decisiones 56206/1613/1986, 20/81567/898/1988 y 20/81568/899/1988, que adaptan derecho comunitario. Decretos Presidenciales, como el 457/1984 que se refiere a perturbaciones en materia de aviación. Decisión 5/3010/1985 que protege la salud pública por perturbaciones de los clubes nocturnos o de otros lugares públicos.

40. Código de la circulación núm. 190, de 1963 (Road Traffic Act). Regulación local (local Government). Ley de 1963 y 1964. Satutory Instruments (SI) que adaptan el derecho comunitario.Type Approval (EC)

go[41], Gran Bretaña[42]) y otros no abordan el tema acústico en sus legislaciones medioambientales.

A) Portugal: Decreto Ley 292/2000 de 14 de noviembre que aprueba el Reglamento General del Ruido[43].

Este Reglamento nace con el objetivo de desarrollar el régimen jurídico establecido en la ley 11/87 de 7 de abril portuguesa (Ley de Bases del Ambiente); extiende su ámbito de aplicación, refuerza el principio de actuación preventiva, adopta figuras de planeamiento específicas, regula las actividades temporales generadoras de ruido, el ruido de vecindad, y perfecciona el régimen sancionatorio y la previsión de medidas cautelares. Siguiendo las orientaciones del Defensor del Pueblo de Portugal *(Provedor de Justiça)*, se adopta la posibilidad de imponer una prestación de caución a los agentes económicos que desenvuelvan actividades potencialmente ruidosas, la cual podrá ser devuelta en caso de que no surjan en un plazo razonable, reclamaciones por molestias

41. Ley de lucha contra la contaminación acústica de 21 de junio de 1976 (Lutte contre le Bruit). Regulaciones parciales sobre ruidos de fábricas y establecimientos con amplificadores electrónicos de música.

42. El marco general es la Ley de 1974 (Control of Pollution Act 1974), cuya 3ª parte de la sección 57 se dedica a las perturbaciones y parte también de la zonificación (Noise Abatement Zones). Hay regulaciones especiales sobre tráfico terrestre (The Road Traffic Act) de 1974, 1994, 1995. También sobre Tráfico Aéreo (Civil Aviation Act 1982 y Orden de 1984), enmendada por la Civil Aviation Act 1996. Regulaciones conectadas con temas de salud (Health and Safety al Work, Act 1974). Environmmental Protection Act 1990 sobre el estatuto de los ruidos, parte tercera, enmendada parcialmente en 1995 por Environment Act 1995 Noise and Statutory Nuisance Act 1993, capítulo 40, sobre el ruido en las calles, alarmas y altavoces. Noise Act 1996, capítulo 37, sobre ruido nocturno y maquinaria ruidosa

43. Deroga el Decreto Ley 251/87 de 24 de junio y el Decreto Ley 292/89 de 2 de septiembre, y el art.1g) e i), y el art. 3 del Decreto 326/95 de 4 de octubre. Existen además otras regulaciones como el Decreto ley núm. 37/925 de 1 de agosto de 1950 para proteger del ruido las construcciones escolares, el Decreto Ley núm. 42/600 de 20 de noviembre de 1959 que contiene normas antirruido para los espectáculos públicos, el Decreto Ley 271/84 de 6 de agosto de 1984 sobre control de la contaminación sonora, el Decreto Ley 21/81 de 29 de enero sobre utilización de señales acústicas en carretera, dando una nueva redacción al art. 6.3 del Código Penal.

imputables a dicha actividad. Su finalidad es prevenir el ruido y controlar la polución sonora para salvaguardar el bienestar y la salud de la población (art.1.1)

Su ámbito de aplicación es el ruido de vecindad y las actividades ruidosas (permanentes y temporales) susceptibles de causar molestias (art.1.2). El régimen instituido en el Decreto no perjudica lo dispuesto en la legislación especial sobre máquinas, aeronaves, vehículos a motor, alarmas contra robos para edificios y ruido de los lugares de trabajo (art. 1.3)

Los principios fundamentales sobre los que se asienta son el control del ruido, la reducción de la polución sonora, la evaluación de impacto ambiental, las licencias especiales de ruido, asegurar la tranquilidad de los lugares destinados a escuelas, hospitales etc, entre otros. (art.2)

El art. 3 da los conceptos de actividades ruidosas, actividades ruidosas temporales, medición acústica, mapa de ruido, periodos de referencia (diurno: de 7 a 22 horas, nocturno, de 22 a 7 horas), ruido de vecindad (el que producen las personas o animales bajo su responsabilidad) zonas sensibles (por ejemplo, escuelas, hospitales etc.) y zonas mixtas (comercio, servicios etc.)

La concepción de los **instrumentos de planeamiento territorial** radica en su utilización como medios para promover una distribución adecuada en especial, de las funciones de descanso, trabajo y ocio, sobre los cuales tienen competencia las autoridades municipales. Dichos planes deben garantizar que en las zonas sensibles, el número de decibelios máximos permitido será en periodo diurno, de 55 db(A), y en periodo nocturno, de 45 db(A). Y en las zonas mixtas, 65 db(A) por el dia, y 55 db(A) por la noche. También contempla la información acústica y los mapas de ruido como instrumentos de planeamiento (art.4).

Otras medidas que funcionan como instrumentos de **control preventivo** son la evaluación de impacto ambiental, la licencia de apertura, licencia de obras, proyecto acústico, documentos que contemplen medidas de reducción de impactos acústicos negativos, prestación de caución etc (art.5).

El art. 6 establece como obligatorio la elaboración de **planos municipales de reducción de ruido** en aquellas zonas calificadas de sensibles o mixtas, dando prioridad a aquellas cuyo ruido exterior exceda en 5 db(A) de los establecidos en el art.4. Los Ayuntamientos posteriormente, están obligados a presentar de dos en dos años, un **informe** sobre el estado del ambiente acústico municipal (art.7).

Se establecen distintos tipos de actividades ruidosas: permanentes y temporales. Las **actividades ruidosas permanentes** no se pueden desenvolver en zonas sensibles, pudiendo incluso restringir el tráfico y si son mixtas, deben respetar el número de db(A) del art. 4 (art.8). Si las **actividades ruidosas temporales** se ejercen en las proximidades de zonas sensibles necesitan licencia especial de ruido para ejercerlas en periodo nocturno, fines de semana y festivos. Las ferias, espectáculos deportivos etc. quedan prohibidos en las zonas sensibles, salvo especial licencia de ruido. Si se trata de obras de remodelación etc. de realizadas en el interior de las viviendas o establecimientos comerciales, solo pueden realizarse en días laborales entre las 8 y las 18 horas, salvo obras urgentes (art.9).

Ante **ruidos de vecindad**, las autoridades policiales del área pueden ordenar, ante la denuncia de molestias por ruido, que se adopten las medidas adecuadas para que cese de inmediato, si se trata de periodo nocturno; y si se trata de periodo diurno, concederán un plazo determinado (art.10).

En cuanto a los requisitos acústicos que han de contemplar los **edificios**, el art. 11 y 12 se remiten a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, sin perjuicio de que en los locales de trabajo o interior de edificios donde se requiera tranquilidad, se aplicará lo dispuesto en el art. 8 de este Decreto.

La norma portuguesa trata todas las posibles fuentes técnicas de ruido: las **máquinas** necesitan certificación acústica (arts. 13 y 14). Las **infraestructuras de transporte** deben respetar el número de decibelios del art. 4 (art. 15). Los **vehículos a motor**: si superan en 5 db(A) los valores fijados, serán sancionados (art.16). El **tráfico aéreo** (civil) queda prohibido entre las 0 y las 6 horas, salvo por fuerza mayor. Todas los aviones deben contar con una certificación acústica (art. 17). Las **alarmas contra robos en vehículos** deben de tener una duración que no exceda de 20 minutos; si supera este tiempo, el vehículo podrá ser retirado por la policía de la vía pública (art.18).

Las entidades públicas **competentes** para el control del cumplimiento del Decreto serán las entidades estatales, regionales o municipales (art.19). El art. 20 otorga las competencias de **información y apoyo técnico** al Ministerio de Ambiente y del Ordenamiento del Territorio.

Ante alguna infracción tipificada por el Decreto, el art. 22 establece las **sanciones**, distinguiendo según las hayan cometido personas individuales o colectivas, y siendo la negligencia también punible. El art. 23 establece **sanciones accesorias**. El art. 24 explica el proceso de aplicación de las penas. El 60% del producto obtenido de la pena se destina al Estado (art.25).

El Decreto contempla la posibilidad de exigir **caución** a los agentes económicos que pretendan desarrollar actividades ruidosas e incluso la adopción de **medidas cautelares** como la suspen-

sión de actividades, clausura preventiva del establecimiento etc (arts. 26 y 27).

Las vías de **tutela se bifurcan**: los tribunales administrativos y los tribunales ordinarios, según el art.28.

Y finalmente, el Decreto contiene tres **anexos técnicos** muy concisos. Cabe destacar que se utiliza a lo largo de todo el Decreto los decibelios ponderados, es decir, db(A), y no meros dB, lo que se traduce en que otorga una mayor protección, ya que los db(A) son los que mas afines a la capacidad auditiva humana.

B) Francia[44]: el Código de Medio ambiente Francés

El **Código de Medio Ambiente Francés** (Code de L'environnement) regula la contaminación acústica a nivel estatal en la parte legislativa en el capítulo primero, titulado "la lucha contra el ruido" (Lutte contre le bruit), que consta de 26 artículos (del 571 L-1 al 571 L-26). Las disposiciones de dicho capítulo tienen por **objeto** prevenir, suprimir o limitar la emisión o la propagación de los ruidos y vibraciones del medio que causen un problema excesivo a las personas, lesione la salud o atente contra el medio ambiente. (art. 571-1)

Los arts. 571-2 a 571-5 regulan las **emisiones sonoras de los objetos.** Todos estos objetos deben reunir una serie de certificaciones que acrediten adecuación a la normativa. Cabe destacar que

44. Además, Francia tiene otras regulaciones parciales: Código de la Salud Pública (modificación realizada mediante Ley 6 de enero de 1986). Código de los Ayuntamientos (Code des Comunes). Decreto de 5 de mayo de 1988 (Journal de 6 de mayo) sanciona con multas si se perturba la paz y la tranquilidad pública con ciertas actividades o conductas. Decreto de 8 de abril de 1969 y Ordenes de 2 de enero de 1968, sobre maquinaria y equipos de obras públicas. Decreto 75/960 de 17 de octubre regula los niveles sonoros de los aparatos domésticos y ha sido desarrollado por la Orden de 17 de enero de 1987. Código de aviación civil. Numerosas disposiciones sobre limitaciones en cuanto a los aeropuertos en materia de ruido y normas antirruido en la construcción. Consejo Nacional del Ruido, creado por Decreto de 7 de junio de 1992.

los vendedores de este tipo de objetos están obligados a informar de las características acústicas de dichos objetos a los compradores. Las disposiciones de esta sección no afectan a los objetos de defensa nacional

Las **actividades molestas** necesitan autorización si atentan contra la salud o el medio ambiente (excepto las actividades de defensa nacional, protección civil, lucha contra incendios). La lista de actividades sometibles a autorización esta regulada un Decreto del Consejo del Estado, elaborado previo informe del Consejo Nacional del Ruido. Además, se requiere un estudio de impacto ambiental previo de dichas actividades. Cabe destacar que se regula el tráfico de los helicópteros, superando el vacío normativo que sobre este tema presentan las Directivas comunitarias; no se aplica a los transportes por helicóptero sanitarios ni misiones urgentes de protección civil (arts. 571-6 a 571-8).

Las **infraestructuras de transportes terrestres** son reguladas en función de las molestias sonoras que la realización de las mismas provoquen el los alrededores en los arts. 571-9 y 571-10. El art. 571-11 regula los planes de exposición al ruido, estableciendo que las disposiciones que regulan los terrenos que sufren molestias debidas al ruido de los aviones, están recogidas en el Código de Urbanismo. Las que regulan el control de las molestias producidas por los aeropuertos están en el Código de la Aviación Civil.

La legislación francesa ha regulado la **Comisión Consultiva del medio ambiente**. Esta Comisión es consultada cuando se trata de asuntos relativos a aeropuertos. Puede hacer recomendaciones y lanzar preguntas a las Autoridades de control de las molestias sonoras aeroportuarias (art. 571-13).

El Código contempla la **ayuda a los ciudadanos.** La Agencia del medio ambiente debe contribuir a los gastos de los ciudadanos que vivan en las proximidades de un aeropuerto para disminuir las molestias sonoras (arts. 571-14 a 571-16).

Las autoridades deben **comprobar las infracciones** cometidas. Para ello pueden acceder a los locales etc con la única exclusión de los domicilios. Tampoco pueden acceder a dichos locales entre las 8 y las 20 horas o fuera de estas horas si el establecimiento se haya abierto al público o la actividad está en curso. Pueden pedir documentos etc. El Ministerio Público puede oponerse a estas operaciones (arts. 571-18 a 571-21).

La autoridad administrativa correspondiente puede tomar todas las medidas de **control y sanción** necesarias para hacer cesar los problemas resultantes de las emisiones de ruido, tales como la suspensión temporal de la actividad, la prohibición de reanudarla etc, sin perjuicio de las sanciones penales (art.. 571-17). Las sanciones vienen previstas en los arts. 571-22 a 571-26. Obstaculizar el control de las autoridades, comercializar con objetos desprovistos de homologación o ejercer una actividad sin autorización, se sanciona con pena de prisión y pena pecuniaria. En caso de condena, el tribunal puede ordenar incluso la destrucción de los objetos, la prohibición temporal de ejercer la actividad etc. El tribunal puede publicar la decisión informando al público los motivos de la misma.

En casi todos los artículos se hace un llamamiento al Consejo del Estado para que precise las modalidades de aplicación de los respectivos artículos.

C) Italia[45]: Ley de 26 de octubre de 1995, nº 447: ley sobre la contaminación acústica

Establece los principios fundamentales en la materia de tutela del ambiente acústico. Distribuye las competencias entre el Estado (art. 3), las regiones (art. 4), las provincias (art. 5) y de los

45. Otras normas italianas: Código penal, art. 569, que sanciona a las personas que violen las disposiciones sobre policía que hagan referencia a la tranquilidad y sosiego público mediante instrumentos musicales o mediante trabajos o actividades que

ayuntamientos (art.6). Contempla la elaboración de mapas de ruido (art. 7). Se establecen sanciones pecuniarias en caso de incumplimiento de la ley (art. 10). Se pena la radiodifusión sonora y televisiva que transmita los mensajes publicitarios con potencia sonora superior a la que es usual en dicho programa. (art. 12). La Ley no ofrece ningún valor de referencia de decibelios.

D) Holanda[46]

Las Administraciones públicas se dividen en tres niveles: Gobierno central (con el Ministerio de Vivienda, Ordenación del Territorio y Protección del Medio Ambiente como órgano encargado de la ejecución de la legislación medioambiental), Provincia (tiene potestad para desarrollar las normas adicionales, mediante "planes de zona") y el poder municipal (el Ayuntamiento desarrolla los planes urbanísticos, lleva a cabo la política de vivienda, otorga licencias etc.).

Las dos leyes relevantes[47] de los Países Bajos son la **Ley General del Medio Ambiente 1993** (LGM en adelante) y la **Ley de las Molestias Acústicas** (LMA en adelante). La LMA es una especialidad de la LGMA

La **LMA** tiene como objetivo la protección integral del medio ambiente y de la sanidad pública contra el ruido; lo cierto es que su ámbito de aplicación se reduce a los ruidos procedentes de cier-

---

puedan alterarlos. Código civil art. 884. Código de la circulación. Ley sobre Sanidad Pública núm. 883, de 23 de diciembre de 1978. Regulaciones regionales sobre ruido. Decreto Ministerial núm. 588 de 28 de noviembre de 1987 para adaptar derecho comunitario sobre ruido. Decreto Ministerial de 3 de diciembre de 1987 núm. 498, que adapta la Directiva 84/538 sobre cortadoras de césped.

46. Adriana de Ruiter, "El ruido en la ciudad neerlandesa", REALA 274-275, mayo- diciembre, 1997, Págs. 545 y ss.

47. Otras normas holandesas: Ley marco de 1979 sobre perturbaciones (Wet Geluidhinder). Ley sobre tráfico de 1935 (Luchtvartwet), que introduce un sistema de zonificaciones con límites mas estrictos según los usos del suelo (Bestemmings). Ley sobre tráfico aéreo de 1958 (Luchtaartwet).

tos aparatos y a los de las zonas industriales y las zonas de tráfico rodado, para proteger a las viviendas y edificios del ruido procedente de carreteras y vías de ferrocarril, de polígonos industriales . Quedan fuera del ámbito de aplicación el tráfico aéreo (porque éste se regula mediante la Ley de Tráfico Aéreo: LTA) y el ruido procedente del interior de las instalaciones (se regula mediante la Ley de Condiciones Laborales).

Tanto para las carreteras como para el tráfico de ferrocarril y para las instalaciones industriales, la LMA diferencia entre zonas nuevas y zonas existentes, permitiendo un mayor nivel de ruido (medido en db(A)) en las zonas ya existentes. En cuanto a las carreteras en concreto, dependiendo de la velocidad máxima permitida, se determina el nivel de ruido aceptable; además distingue entre zonas que están dentro del casco urbano y fuera del mismo, permitiendo mayor ruido dentro del casco. En relación al tráfico de ferrocarril la LMA no establece límites sino quien lo hace es el Reglamento de Molestias acústicas de Ferrocarril de 25 de marzo de 1987. Para las instalaciones industriales es el Gobierno quien indica qué instalaciones precisan zonificarse.

La **LGMA** obliga a obtener licencia para poner en funcionamiento una instalación; es una única licencia general para todo tipo de actividades contaminantes de tal modo que una actividad que cause diferentes tipos de contaminación sólo precisará de una licencia ambiental. No solo las actividades profesionales requieren de licencia sino que incluso determinados hobbies pueden precisar también de la susodicha licencia medioambiental si alcanza dimensiones elevadas de molestia. Sólo se puede negar la licencia medioambiental por la no observación de las normas pseudo- legales (directrices, convenios...) y de normas legales, de tal modo que esta vinculación de la Administración pública a las normas implica que el juez puede ejercer un control de la potestad discrecional de la misma.

La **LTA** establece el sistema de unidades de costes para medir los niveles de ruido: toma en consideración el número anual de pasajeros, niveles máximos de ruido durante el pasaje y un factor extra que penaliza el ruido nocturno, de tal modo que si un avión no cumple las condiciones de aeronavegabilidad esta prohibido su vuelo. Además, para la ubicación del aeropuerto se requiere la participación en la decisión de los municipios afectados.

El órgano encargado de llevar acabo el control y la penalización es el mismo órgano que otorga las licencias (Ayuntamiento o Provincia); existen distintos modos de coacción administrativa: multas, revocación de licencias...

6) El principio europeo "quien contamina paga" y su materialización en tributos ambientales.

De acuerdo con el art. 2 de la **Recomendación del Consejo CEE. de 3 de marzo de 1975**, concerniente a la imputación de costes e intervención de los poderes públicos en materia ambiental (73/436/CEEA, CECA, CEE), aquél consiste en que *las personas físicas o jurídicas, de derecho público o privado, responsables de la contaminación deben sostener los costes de las medidas necesarias para evitar esta contaminación o para reducirla...* Este principio, nacido en el ámbito de las ciencias económicas, persigue como ha señalado Herrera Molina[48], reflejar en el precio de las actividades y productos contaminantes, las deseconomías externas causadas por el deterioro del medio ambiente.

El artículo 130.R.2 del **Tratado de la Comunidad Europea** en la redacción establecida por el Tratado de la Unión Europea, dispone que *la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones*

48. Herrera Molina, "El principio quien contamina paga desde la perspectiva jurídica", en Noticias de la Unión Europea num. 122, 1995, Pág. 81.

de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad... En opinión de Herrera Molina este principio alienta la creación de tributos ambientales de carácter extrafiscal así como el establecimiento de beneficios fiscales.

El principio de que *quien contamina paga* encuentra su fundamento en una idea de justicia, en el sentido de que deben ser quienes generan la contaminación quienes asuman su parte en el coste de las medidas que haya que financiar para evitarla. Se debe pagar en proporción al deterioro, con una cuantía que sirva para hacer frente a la prevención y a la corrección[49]. Es importante que este principio no sea mal interpretado, pues no sería justo que quien pueda pagar, también pueda contaminar, a modo de suerte dela existencia de un derecho a contaminar. De acuerdo con la Ciencia Económica, los tributos ambientales deben servir para resolver los diversos problemas del medio ambiente[50].

La degradación acústica es una forma de contaminación del medio ambiente, y por tanto, perfectamente sometible al principio "quien contamina paga"; sin embargo, la realidad demuestra que esta medida de lucha contra el ruido de carácter económico basada en el susodicho principio no es frecuente su adopción por los Estados:

Francia: la carga económica por contaminación acústica existió hasta 1987, cuando el Consejo de Estado Francés lo anuló por

---

49. Rosembuj, "El tributo ambiental", Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, Pág. 33.

50. Lo cierto es que se han criticado los tributos ambientales, al calificarlos de incentivos genéricos y poco precisos, que consiguen el efecto contrario del que predican., siendo sólo adecuados bajo ciertas condiciones.

interpretarse que no se trataba de un canon sino de un impuesto que debería fijarse por ley. Era una exacción parafiscal percibida por el Aeropuerto de París, que recaía sobre las compañías de aviación en función del volumen de pasajeros embarcados, dedicándose su destino a la financiación de tareas de insonorización de edificios, escuelas, y centros sociales. Surgió para atender las molestias por ruido de los vecinos de Orly y Roissy.[51] En diciembre de 1990 se creó el *Plan nacional para el medio ambiente*, que recogía como medida para combatir la contaminación acústica la creación de instrumentos financieros. Como regla general, los ingresos obtenidos se utilizan o bien para financiar la investigación y el desarrollo, o bien para evitar la contaminación gravada por el impuesto; se basa pues en la idea del "justo retorno", de forma que constituyan verdaderos incentivos a cambiar de comportamiento en materia de contaminación[52].

Holanda: uno de los impuestos medioambientales que existen en Holanda es el impuesto sobre el ruido de la aeronaves civiles, basado en el peso y características de las mismas. Su recaudación también se destina a programas de insonorización (en 1997 suponían unos ingresos de 1, 76% del total del ingresos recibidos por impuestos)[53].

Incluso Estados no Miembros han adoptado medidas económicas en torno a la contaminación sonora:

La República Checa tiene un impuesto, dentro del ámbito de los transportes, que recae sobre los aeropuertos (v.g. aeropuerto de Praga) y es variable según el nivel de ruido producido (en concreto diferencian cuatro categorías).[54]

---

51. Rosembuj, "Los tributos y la protección del medio ambiente", op. cit, Pág. 94

52. Pichot y Raspado, "La fiscalidad y el medio ambiente", OCDE, 1994, Págs. 87 y ss.

53. "Environmental taxes: recent developments in tools for integration", European Environment Agency, november 2000, nº 18

54. "Environmental..."op. cit.

Turquía también ha regulado un impuesto sobre la contaminación acústica que producen los aviones. Sin embargo, la cantidad a pagar no está relacionada con las emisiones[55].

7) Conclusión

En cuanto a la normativa comunitaria medioambiental, se ha planteado por primera vez un tratamiento global de evaluación y gestión del ruido ambiental mediante la Propuesta de Directiva 2000/0194, con la finalidad de proteger y mejorar tanto el medio ambiente como la salud y calidad de vida. Otro avance significativo en la visión global de la protección del medio ambiente acústico se materializa en la Directiva 2000/14/CE sobre emisiones sonoras debidas a las máquinas de uso al aire libre, ya que supone una simplificación de la legislación sobre dicha materia, en aras de facilitar el funcionamiento del mercado interior. Las demás fuentes de ruido (vehículos, aviones etc) reciben un tratamiento sectorial, mediante Directivas específicas para cada una de ellas.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH ha sido la piedra de toque del progresivo reconocimiento por parte de los Tribunales españoles de la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y de la vida privada y familiar cuando es el ruido el agente que perturba ambos derechos. Fue la resolución del caso López Ostra el precedente del reconocimiento del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por supuesto, libre de injerencias acústicas.

En definitiva, tanto la legislación ambiental acústica como las resoluciones de Tribunal de Estrasburgo, constituyen medios idóneos para hacer valer el derecho a un medio ambiente adecuado exento de contaminación acústica, el derecho a la salud, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad personal, y en conclusión, a poder disfrutar de una digna calidad de vida.

---

55. "Environmental..."op. cit.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA EN EL ORDENAMIENTO ESTATAL

1) Competencia del Estado en materia de medio ambiente: marco normativo*

Según el **149.1.23ª de la CE**, *"El Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: legislación básica*[1] *sobre protección del medio ambiente*[2]*, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección."*

En virtud de esta competencia, el Estado ha regulado la materia de medio ambiente no de un modo unitario o compacto[3] sino que ha procedido de manera sectorial, es decir, ha regulado los

* Con fecha 18 de noviembre de 2003 se ha publicado en el BOE la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

1. El concepto de *legislación básica* ha sido definido por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias como *"aquellas normas que garantizan en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales"* (SSTC 48/81, 64/82, 69/88, 102/95). La competencia para decidir lo básico la ostentan las Cortes Generales, que deberán establecer lo que se entienda por básico mediante *"ley que lo declare expresamente o que tenga dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, su pretensión de básica"* (SSTC 32/1981, 1/1982). Excepcionalmente, mediante reglamentos, *"cuando resulte imprescindible o si se justifica por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o circunstancial"* (STC 69/1988); esta excepción se establece principalmente para adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas o derivadas del orden constitucional. En definitiva, lo básico lo pueden constituir normas legales y excepcionalmente reglamentos (STC 102/1995).

2. La legislación básica en materia concreta de medio ambiente se caracteriza por constituir *"normas mínimas de protección que han de respetarse en todo caso, pero que permiten un plus de protección mediante normas adicionales dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en medio ambiente"* (SSTC 170/89, 102/95, 196/96, 17/97, 15/98), de acuerdo con los principios de igualdad, unidad de mercado y solidaridad que informan el ordenamiento constitucional. De tal modo, las Comunidades Autónomas pueden establecer niveles de protección mas altos que no entrarían sólo por eso en contradicción con la normativa básica del Estado. Señalar que lo básico lo forma toda aquella normativa sobre medio ambiente y no solamente la relativa al sector medioambiental de que se trate (STC 64/1982).

3. Por ejemplo en Francia el Code de L'environnement (Código del medio ambiente) regula de modo general dicha materia.

distintos aspectos que inciden en el medio ambiente (por ejemplo, aguas, montes, tráfico...).

Como quedó explicado en la parte del estudio constitucional[4], el ruido es un agente contaminante del medio ambiente, y por ello, como parte integrante peyorativa del mismo, entra dentro del ámbito de regulación del Estado en el sentido del art. 149.1.23º CE.

Sin embargo, el Estado no ha procedido todavía a regular una Ley que con carácter general combata la contaminación acústica, como así denuncia reiteradamente el Defensor del Pueblo en sus Informes[5]; es cierto que han existido varios intentos que sólo se han quedado en borradores de Proyecto Ley, de los cuales ninguno ha prosperado[6]. Como este Proyecto todavía no ha visto la luz[7],

4. Ver Págs. 26 a 47 del estudio.

5. Informe del Defensor del Pueblo de 1994 e informes sucesivos.

6. El último Borrador ha sido preparado por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente; regula con carácter general una materia (la contaminación acústica) que ya cuenta con diversas disposiciones en algunas Comunidades Autónomas. Este anteproyecto persigue la prevención de la contaminación acústica mediante el establecimiento de los objetivos de calidad sonora, con las correspondientes medidas de protección; el tratamiento diferenciado de las actuales zonas ruidosas (zonas de especial protección sonora); fijar los sistemas para evaluar la contaminación acústica; sistemas de información al público, fomentar la educación; garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la protección de la salud, derecho a la calidad de vida y derecho a un medio ambiente adecuado; recoge la posibilidad de establecer instrumentos fiscales para fomentar la prevención de la contaminación acústica. Se trata de desarrollar una norma que permita un procedimiento administrativo rápido y eficaz que proteja a los ciudadanos contra los efectos nocivos producidos por el ruido en cualquiera de sus manifestaciones. También regula el reparto de competencias entre Estado y Entidades Locales: el Estado se reserva una serie de materias cuya regulación sería de carácter básico (por ejemplo, determinar los criterios básicos de asignación del tipo de área acústica en el planeamiento territorial), y las corporaciones locales podrían ejercer un plus de protección sobre dichas materias, además de regular otras materias que con carácter específico se le atribuye (por ejemplo, potestad sancionadora en materia de ruidos y vibraciones). La norma también distingue los distintos tipos de áreas acústicas, según el uso del suelo (un total de 5).

7. Lo cierto es que el Borrador lleva años congelado y dado que existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194, presentada por la Comisión (ver explicación detallada

por ahora lo único que existe a nivel estatal son regulaciones sectoriales, sobre todo en el área del derecho administrativo; y es en este campo en el que nos vamos a centrar, además de la genérica y vetusta Ley 38/1972 de 22 de diciembre que regula la protección del ambiente atmosférico, el cual incluye el ambiente acústico[8] y el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, que la desarrolla.

2)Regulación estatal administrativa sobre ruido

Vamos a proceder a exponer el panorama normativo estatal en el campo administrativo sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, hayan procedido a la regulación de algunas de las materias que a continuación se relatan, en cuyo caso, la regulación estatal tiene una aplicación supletoria en lo no previsto por la regulación autonómica.

A. Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas

La principal herramienta de lucha contra la contaminación acústica de rango estatal la encontramos en el Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre por el que se aprueba **el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP)**[9]; dicho Reglamento fue a su vez desarrollado por la Orden de 15 de

---

en el apartado de la Unión Europea) y cuyo plazo de transposición sería a mas tardar el 30 de junio de 2003, dicho borrador tendría que adaptarse a los requisitos de dicha Directiva, por lo que actualmente el Borrador tiene un futuro mas incierto que nunca. El 28 de marzo de 2003 fue aprobado el Proyecto de Ley del Ruido.

8. Según el art. 1.2 de la Ley, se entiende por contaminación atmosférica, la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza. Si se entiende que el ruido es una forma de contaminación por energía, entraría dentro del ámbito de aplicación de dicha ley.

9. Hay que tener en cuenta que determinadas Comunidades Autónomas han regulado la materia de actividades clasificadas como molestas, quedando pues el RAMINP como aplicación supletoria en lo no recogido por dichas regulaciones autonómicas: así, Cantabria, Decreto 1/97 por el que se crea la Comisión Regional de actividades MINP, Canarias, ley 1/98 sobre régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas; Castilla y León tiene la Ley 5/93 de actividades clasificadas con su

marzo de 1963, por la que se aprobó la instrucción para la aplicación del mismo. El abogado Pinedo Hay[10] explica cómo la jurisprudencia ha reinterpretado esta norma como desarrollo del art. 45 de la CE, además de considerarla norma que establece el concepto de medio ambiente adecuado en cada caso.

El RAMINP tiene como **objeto** *evitar que las instalaciones, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados..., produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.* (art. 1)

Califica como **actividades molestas** a las actividades que constituyen una incomodidad por los ruidos que producen (art. 3)[11]. Además, el RAMINP contiene un anexo 1, en el se clasifican las actividades, expresando su naturaleza y el motivo de la clasificación (por ejemplo, a las academias y salas de fiesta y baile se las

---

Reglamento aprobado por Decreto 159/94 (modificado parcialmente por el Decreto 66/98) y el Decreto 3/1995 sobre las condiciones que deberán cumplir las actividades clasificadas por sus niveles sonoros o de vibraciones; Cataluña, ha derogado por ley 3/98 de 27 de febrero de Intervención integral de la administración Ambiental el Decreto 257/95 sobre la documentación que se debe adjuntar a la solicitud de licencia de determinadas actividades clasificadas; Islas Baleares, Decreto 18/96 que aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y el Decreto 19/96 que aprueba su nomenclator; Navarra tiene la Ley 16/89 de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente y su reglamento aprobado por Decreto Foral 22/90 (modificado por Decreto Foral 224/98); el País Vasco tiene la Orden 14/1983 que regula las normas técnicas complementarias para aplicación del Reglamento del RAMINP, el Decreto 171/1985 que regula las normas técnicas de carácter general en materia de actividades MINP en suelo urbano residencial y Valencia tiene la Ley 3/1989 sobre actividades clasificadas como MINP; en el resto de Comunidades Autónomas con vacío legislativo autonómico sobre actividades clasificadas se aplicará el RAMINP: tal es el caso de Aragón, Cantabria, Castilla la Mancha y la Rioja.

10. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", Editorial Bosch, 2001, Pág. 20.

11. Anteriormente se las calificaba de meramente actividades *incómodas* frente a las actividades contaminantes estrictamente; esta distinción está actualmente en crisis desde el momento en que las perturbaciones sonoras constituyen auténticas contaminaciones acústicas.

considera actividades calificadas por motivos de producción de ruidos); este nomenclator es meramente enunciativo, *no constituye numerus clausus*, pudiéndose y debiéndose incluir todas las actividades que resulten molestas, aparezcan o no en dicho anexo[12].

Dichas actividades están sujetas a la obtención de licencia administrativa[13] para ser ejercidas; en dicha licencia se imponen las medidas precisas para garantizar la sanidad ambiental. Si se concede la licencia, la Administración no se desentiende del ejercicio de la actividad, pues ejerce una continua inspección para comprobar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la licencia[14]. Lo cierto es que las licencias que se otorgan se refieren exclusivamente al ruido industrial o comercial pero no regulan las demás formas de generación de ruidos[15].

Además, el art. 4 habla de las distancias mínimas a respetar[16] por las actividades clasificadas (entre ellas, las molestas) para su

12. Así lo expresa el art. 2 del Reglamento y además esta cuestión ha sido objeto de análisis jurisprudencial: SSTS de 21 de enero de 1985, 25 de febrero de 1991, 2 de julio de 1991, 27 de junio de 1992, 10 de noviembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 7 de mayo de 1996.

13. El procedimiento para otorgarla viene regulado en los arts. 29 a 37 del Reglamento: se solicita al Ayuntamiento, que puede denegarla o informarla positivamente en cuyo caso se abre un plazo (30 días) para información pública abriendo la posibilidad de presentación de alegaciones. Se somete también a informe del jefe local de Sanidad y de los técnicos municipales. Tras estos trámites la Corporación emite un informe sobre la actividad, que es remitido al órgano autonómico correspondiente para que se proceda a calificar la actividad, teniendo previamente en cuenta los informes de los servicios provinciales competentes; si la calificación es negativa, será vinculante para el alcalde. (Bermejo Vera, "Derecho Administrativo parte especial", Editorial Civitas, 1996, Págs. 623 y ss).

14. SSTS 12 de noviembre de 1992, 19 de enero de 1996, 14 de marzo de 2000.

15. Lizón Giner, "Medio Ambiente urbano, ruidos y actividades molestas", dentro de la publicación IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, 1995, Págs. 15-81.

16. En opinión de Martín-Retortillo Baquer ("El ruido en la reciente jurisprudencia ", RAP, núm. 125. mayo-agosto, 1991, Pág.325 -326) esta limitación no restringe la libertad de empresa, pues se trata de defender indudables valores constitucionales que interesan a la colectividad (como expone a lo largo de su obra, la salud, el medio ambiente adecuado, intimidad e inviolabilidad del domicilio).

emplazamiento, sometiéndose a lo dispuesto sobre el particular en las Ordenanzas municipales y Planes de Urbanización.

En relación tanto a la concesión de licencia de apertura y al emplazamiento de la actividad, el art. 5 del Reglamento establece unas circunstancias a tener en cuenta, entre las cuales figura la distancia de los edificios habitados, los resultados de la información vecinal y demás circunstancias a tener en cuenta a fin de no mermar la comodidad, salubridad y seguridad de los vecinos. Dentro del seno de la tramitación municipal para la concesión de la licencia, el art. 30.2.c) obliga a tener en consideración si en la misma zona o en sus proximidades existen ya otras actividades análogas que pudieran producir efectos aditivos. El Defensor del pueblo pone de relieve en su Informe de 1999 que las quejas relativas a las actividades clasificadas por molestias a causa del ruido constituyen el mayor porcentaje de las mismas, trayendo como causa una clara inactividad administrativa o una ineficaz labor respecto al debido control, vigilancia e inspección de las actividades molestas; por otra parte, en opinión de Pinedo Hay, si los Ayuntamientos hubieran aplicado el RAMINP con rigor, la situación de degradación acústica hoy sería menor[17].

Lo cierto es que en los informes anuales del Defensor del Pueblo se viene denunciando que hace falta una sustancial mejora del funcionamiento de los órganos administrativos, esencialmente los municipales, que son los encargados de la aplicación del RAMINP, así como voluntad política de su rigurosa aplicación[18]. Además, ya en 1994[19] denuncia que el RAMINP era una norma

17. Pinedo Hay, op. Cit, Pág. 42; también explica las distintas soluciones que intentan poner fin a este problema: establecimiento de distancias mínimas, limitaciones de horarios de la actividad, prohibición o limitación a la hora de conceder licencias, y el establecimiento de la llamada "zona acústicamente saturada".

18. Informe del Defensor del Pueblo año 1989,1994, 1999, presentado ante las Cortes Generales

19. Informe del Defensor del Pueblo año 1994, Págs. 947 a 954.

que respondía a la concepción que se tenía de esta materia en el año 1961 y que por tal razón, no responde cabalmente a las exigencias sociales de hoy; pone como ejemplo el hecho de que el Reglamento se limita a calificar el ruido como una mera actividad molesta, lo cual no ampara la actual percepción de este tipo de contaminación como un actividad dañina para la salud y la calidad de vida de los ciudadanos.

Dentro del ámbito de las actividades clasificadas, **el Decreto 2183/1968 de 16 de agosto regula la aplicación del RAMINP en zonas de dominio público.** Lo curioso es que no contiene prescripción alguna sobre el ruido.

También con fecha 16 de agosto de 1968 encontramos **el Decreto 2107/1968 sobre el régimen de poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos y vibraciones**, que intensifica de manera especial los dispositivos del RAMINP. La atención de este Decreto se centraba en las normas técnicas de las Ordenanzas de medio ambiente, así como en otras normas de carácter general y los bandos y mandatos de policía ; tales Ordenanzas se considerarán parte integrante de las que prevé el art. 6 del RAMINP (art. 3 del Decreto). Los Ayuntamientos contaban con la obligación de establecer mediante Ordenanzas las medidas necesarias para proteger el medio contra la emisión de ruidos de efectos molestos para los habitantes o daños a los bienes públicos o privados[20].

Las actividades clasificadas el RAMINP y en lo que nos interesa, las molestas, han dado lugar a numerosas resoluciones judi-

20. En cumplimiento de estas disposiciones y dado el alto nivel de ruidos de la ciudad de Madrid, su Ayuntamiento acordó el 24 de julio de 1985 aprobar una Ordenanza General de Protección del Medio Ambiente, aunque lo cierto es que este Decreto no gozó de gran predicamento.

ciales[21], de las cuales es interesante destacar cómo insisten en la necesaria comprobación de la adecuación de la actividad molesta a las condiciones exigidas en la licencia, así como la adopción de medidas oportunas para corregir irregularidades e imponer en su defecto una sanción al infractor, e inclusive apreciando la responsabilidad de la Administración correspondiente (normalmente Ayuntamiento) por su injustificada pasividad e inoperatividad en el ejercicio de sus competencias.

B. Impacto Ambiental[22]

El **RD Legislativo 1302/1986 de 28 de junio de Evaluación de Impacto Ambiental, modificado por la Ley 6/2001 de 8 de mayo,**

---

21. Existe jurisprudencia basada en actividades molestas del RAMINP tales como *garajes de reparación de motocicletas*: STS de 6 de abril de 1961; *talleres de reparación de automóviles*: STS 24 de diciembre de 1964; *talleres de calderería*: STS de la Audiencia territorial de Barcelona de 2º de abril de 1964; *instalación de maquinaria industrial*: STS de 10 de febrero de 1965; *depuradora*: STS de 4 de octubre de 1991; *discoteca*: STS de 22 de septiembre de 1989, auto del TS de 16 de octubre de 1990, SSTS 20 de diciembre de 1993, 22 de septiembre de 1995, 30 de abril de 1998; *sala de fiestas*: STS de 19 de enero de 1996; *salón de juegos recreativos*: STS de 23 de octubre de 2000; *bar*: SSTS de 10 de noviembre de 1995, 5 de marzo de 1996, 23 de octubre de 1998, 25 de noviembre de 1998, 14 de marzo de 2000, 22 de noviembre de 2000, 23 de febrero de 2001; *pub*: SSTS de 7 de noviembre de 1990, 21 de septiembre de 1993; *café- bar*: SSTS de 27 de enero de 1989, 25 de febrero de 1991, 30 de noviembre de 1993; *restaurante*: SSTS de 4 de marzo de 1993, 28 de febrero de 2001; *secadero de bacalao*: STS de 7 de mayo de 1996; *gimnasio*: STS de 27 de febrero de 1996; *aeropuerto*: STS de 29 de mayo de 1997; *carpintería*: SSTS de 14 de mayo de 1992, 22 de julio de 1996; *agencia de transportes*: STS de 13 de febrero de 1998; *industria de charcutería*: STS de 5 de octubre de 2000; *cantera de extracción de áridos*: STS de 27 de septiembre de 2000; *planta de fabricación de hormigón*: STS de 10 de octubre de 2000; *industria de envasado de cítricos*: STS de 12 de noviembre de 1992; *serrería*: STS de 9 de abril de 1990; taller de cerrajería: STS de 17 de enero de 1991; *aparatos de aire acondicionado*: STS de 3 de diciembre de 1991, *fábrica de hielo*: STS de 27 de junio de 1992.

22. Algunas Comunidades Autónomas han regulado al respecto: Andalucía, Ley 7/94 de protección ambiental y Decreto 292/1995 que aprueba el Reglamento de EIA; Aragón, Decreto 45/1994 sobre EIA; Canarias, Ley 11790 de prevención de impacto ecológico; Cantabria, el Decreto 38/1999, que modifica el Decreto 50/99 de EIA sobre EIA; Castilla y León, Texto Refundido de la Ley de EIA mediante Decreto Legislativo 1/2000; Castilla la Mancha, Decreto 118/2000 que establece umbrales y criterios para determinadas actividades del anejo 2 de la Ley 5/99 de EIA; Cataluña, Decreto

condiciona igualmente la obtención de la licencia para la realización de determinadas actividades que se recogen en su anexo, actividades que bien pudieran calificarse de molestas por los ruidos que producen (industrias extractivas, construcción de carreteras y autopistas etc), pues son reconducibles a algunas de las actividades que se recogen en el anexo del RAMINP y que se consideran como molestas, y aunque no fuesen reconducibles a esas actividades expresamente, tal y como se ha pronunciado el TS[22], el anexo del Reglamento *no forma numerus clausus* sino que caben otras actividades análogas que no se encuentren recogidas.

Las actividades relacionadas con proyectos que deban someterse a Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de acuerdo con la legislación aprobada al efecto, deberán ser objeto de la aplicación de las oportunas medidas correctoras de contaminación acústica que deberán ser recogidas en la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que formule el órgano ambiental de la Administración correspondiente[23]; por ejemplo, en el Anexo 1 gru-

114/1988 sobre EIA, derogado parcialmente por la Ley 3/98 de 27 de febrero de Intervención integral de la administración Ambienta ; Galicia, Ley 1/95 de protección ambiental y Decreto 442/1990 sobre EIA; Islas Baleares, Decreto 4/86 de implantación y regulación de los estudios de Impacto ambiental; Islas Canarias, Ley 11/90 de prevención de impacto ecológico; Navarra, Decreto Foral 237/1999 que regula la EIA en los procesos de concentración parcelaria; Comunidad Valenciana: Reglamento aprobado por Decreto 162/1990 de la ley 2/1989 de impacto ambiental.

23. Mirar nota a pie de página numero 12.

24. Ministerio de Medio Ambiente, Secretaría General Técnica, Área de Información: como ejemplo de medidas correctoras recogidas en una DIA relativa a un proyecto de cuya evaluación y formulación compete a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del MMA, pueden citarse las obligaciones contenidas en la DIA para la realización de las obras de ampliación del aeropuerto de Madrid- Barajas formulada el 10 de abril de 1996 (BOE de 12-4-96); en cumplimiento de lo establecido en su día en la citada DIA, la Dirección General mencionada aprobó el *Plan de Aislamiento Acústico* de la ampliación del aeropuerto de Barajas (Resolución de 4 de noviembre de 1998, BOE de 5-11-98); como resultado de lo previsto en dicha resolución, la Comisión Interministerial de vigilancia del ruido integrada por representantes del MMA, del Ministerio de Fomento y de los Ayuntamientos afectados, aprobaron el 28 de junio de 1999 la huella sonora del aeropuerto para que los Ayuntamientos puedan concretar el censo de viviendas afectadas que serán objeto de medidas de aislamiento acústico.

po 6, apartado a) primero, la construcción de autopistas y autovías (es evidente el ruido que genera dicha construcción) debe someterse a EIA :así lo establece también el art. 9 de la Ley 25/88 de 29 de julio de carreteras; es más, el art. 25 impone limitaciones a la construcción de edificaciones en las proximidades de las vías de comunicación[25]; esta medida también ayuda, como pone de manifiesto C. Alonso García[26], a la preservación de la tranquilidad de los vecinos instalados en estas zonas frente a las agresiones acústicas.

Vemos como el RD Legislativo de EIA es un importante instrumento preventivo de la contaminación sonora . Además, el art.2.c) obliga a que el estudio de EIA contenga la evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población entre otros factores; este artículo es completado por el art. 6 del **RD 1131/88 de 30 de septiembre** que aprueba el Reglamento de ejecución del RD Legislativo de EIA, ya que incluye la estimación de la incidencia que el proyecto, obra o actividad tiene sobre las relaciones sociales y las condiciones de sosiego público, tales como ruidos.

C. Costas

La **Ley 22/1988 de 22 de julio de Costas**, en su art. 38.1, prohíbe la publicidad por medios acústicos en el dominio público marítimo terrestre (y en el art. 25.1.f prohíbe este tipo de publici-

---

25. Por ejemplo, la línea límite de edificación se sitúa a 50 metros en autopistas, autovías y vías rápidas, y a 25 metros en el resto de las carreteras, según el art. 25.1. Aun así, la utilización de infraestructuras viarias siguen generando problemas de ruido en el entorno urbano; para paliar las molestias, puede servir como ejemplo las medidas adoptadas por el Ministerio de Fomento en la M-30 de Madrid, de colocar pantallas acústicas en determinados tramos (BOE 19 de diciembre de 2000)

26. Alonso García, "La contaminación acústica", dentro de la obra Lecciones de derecho del medio ambiente ,director Ortega Álvarez, editorial Lex Nova, 2000. Pág. 326.

dad en zona de servidumbre de protección[27]). En caso de infracción, si se considera como grave[28], la sanción es multa, según el 97.1, de hasta 300.506, 05 euros (50 millones de pesetas).

D. Espacios Naturales, Flora y Fauna Silvestre

La **Ley 4/1989 de 27 de marzo de Conservación de los Espacios y de la Flora y Fauna Silvestre,** modificada por las leyes 40 y 41/1997 de 5 de noviembre, sanciona en el art. 38.4.a) la emisión de ruidos que perturben la tranquilidad de las especies en espacios naturales protegidos.

E. Sanidad

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, atribuye en su art. 42.3.b) a los Ayuntamientos el control de los ruidos y vibraciones. En opinión de Sosa Wagner, esta no es una norma neutra en cuanto a su intencionalidad sino que pretende que los Ayuntamientos mantengan dentro de ciertos límites la producción de ruidos en los municipios[29].

F. Edificación

Las Normas Básicas de la Edificación CA-81, 82 y 88 sobre aislamiento acústico delas viviendas (RRDD 1909/81 y 2115/82 y OM de 29 de octubre de 1988) han constituido el pilar en cuanto a contaminación acústica en los edificios; la normativa que actualmente se encuentra en vigor data del año 1988 y es conocida como

27. La servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros desde la ribera del mar, pudiéndose ampliar 100 metros más por acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma y Ayuntamiento correspondiente (art. 23)

28. El art. 91.2.g) tipifica como grave la utilización del dominio público marítimo terrestre y de sus zonas de servidumbre para los usos no permitidos por la ley terrestre (el art. 32.2 situado en el capítulo sobre la utilización del dominio público marítimo terrestre no permite utilizar el dominio público para las actividades del 25.1, es decir, para hacer publicidad por medios acústicos)

29. Sosa Wagner, "La lucha contra el ruido", REALA núm. 249, 1991.

NBE-CA-88. Según los distintos defensores del pueblo, el cumplimiento de estas normas precisa una más efectiva inspección por parte de las Administraciones competentes[30].

En su art. 5º regula las condiciones acústicas del medio ambiente interior de los edificios (las fuentes de ruido interior son aquellas producidas por la ocupación y el uso de los edificios por las personas –conversación, pisadas, equipos de reproducción sonora como radio, TV.., instrumentos musicales, otros sonidos domésticos- y las ocasionadas por los servicios e instalaciones de los edificios – fontanería, saneamiento, conductos de basuras, calefacción, ventilación, climatización, instalaciones eléctricas, instalaciones de transporte como ascensores, electrodomésticos), no señalando valores límites para los niveles de inmisión valorados en dB(A), sino que establece exigencias indirectas para su consecución en los capítulos III y IV de la Norma; los valores de emisión no vienen dados como valores límites vinculantes sino que gozan tan sólo de un carácter descriptivo o pedagógico (se tratan en el anexo 2 de la Norma)[31].

En opinión de Pinedo Hay[32], los requisitos de aislamiento acústico exigidos por la norma se han demostrado insuficientes con relación al nivel de agresividad que los locales y actividades humanas demuestran; sería mas conveniente que el aislamiento acústico exigido fuera superior en todos los sentidos al que se establece en la NBE-CA-88[33].

---

30. Lizón Giner, "Medio Ambiente urbano, ruidos y actividades molestas", dentro de la publicación IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, 1995, Págs. 15-81.

31. Serra María-Tome, *"Las fuentes de ruido internas en los edificios"*, Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza, 24 a 28 de abril 1989, Págs. 607 y ss.

32. Pinedo Hay, op. Cit , Pág. 63.

33. De hecho, resulta destacable el índice de contaminación nocturno sufrido en las casas de Zaragoza capital: el 65% sufre niveles superiores a los 55 dB recomendados (se cifran en 68,5 dB los niveles sonoros medidos) durante la noche, y por el día, se reduce hasta un 47% (fuente: El Periódico de Aragón, 9 septiembre de 2000). El 28 de

La Ley 38/1999 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación en su art. 3.1.c) apartado 2, regula como requisito básico de la edificación relativo a la habitabilidad, *la protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades*, con el fin así propuesto en el art.3.1 de *garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente*. Sin embargo, no entra a regular específicamente la protección contra el ruido en los edificios, sino que en art. 3.2 apartado 2º, se remite a las normas básicas de la edificación (NBE-CA-88) y demás reglamentaciones técnicas, y las considera de obligado cumplimiento como reglamentación técnica para todos los edificios públicos o privados de uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente, cultural, aeronáutico, agropecuario, de la energía, minero, de telecomunicaciones, del transporte, forestal, naval, ingeniería de saneamiento e higiene y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación y demás usos no relacionados en este elenco (art. 2), hasta que se apruebe el Código Técnico de la Edificación conforme a la DF 2ª de la ley.

G. Protección Ciudadana

La Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana somete a los espectáculos y actividades recreativas de carácter público (frecuentes fuentes de ruido sobre todo en los barrios vecinales) a las medidas de policía administrativa que dicte el Gobierno para garantizar la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica frente a los riesgos que para las personas se puedan derivar del comportamiento de los sujetos participantes en el espectáculo o actividad, velar por el correcto desarrollo

---

octubre de 2002 el Ayuntamiento de Zaragoza público el "Manual de Buenas Prácticas Acústicas en la Edificación", enmarcado dentro de las acciones previstas en la "Agenda 21, hacia el desarrollo sostenible". Pretende acercar las posibles soluciones acústicas en la edificación.

de las actividades de los locales y establecimientos públicos y fijar los horarios de comienzo y terminación de los espectáculos o actividades recreativas para que su desarrollo transcurra con normalidad (art. 8)[34]. El art. 16.1 faculta a las autoridades competentes[35] para suspender los espectáculos y disponer del desalojo de los locales y el cierre provisional de los mismos mientras no existan otros medios para evitar las alteraciones graves de la seguridad ciudadana. El art. 26.e) tipifica como infracción leve de la seguridad ciudadana el exceso de los horarios establecidos para la apertura de establecimientos y espectáculos públicos o actividades recreativas[36]. Su sanción viene regulada en el art. 28.a) con multa de hasta 300,51 euros (50.000 pesetas)[37]. La jurisprudencia[38] ha establecido que la vulneración del horario de cierre establecido perturba la tranquilidad pública y la paz ciudadana, afectando por

34. Este art. no tiene carácter de Ley Orgánica

35. El art. 2.2 autoriza a las autoridades locales a seguir ejerciendo las facultades que les corresponden de acuerdo con la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la legislación de régimen Local, Espectáculos públicos y Actividades Recreativas, así como de *Actividades molestas*, insalubres, nocivas y peligrosas.

36. Pinedo Hay, op. Cit , Pág. 36 y ss: el problema de la infracción de horarios se enmarca en la normativa de seguridad ciudadana y como vamos a ver, también el campo de las actividades recreativas y de espectáculos públicos. Esto en lugar de aparejar ventajas lo que conlleva son problemas ante la concurrencia competencial de la Administración Autonómica y de la Administración local, produciéndose una inhibición de las unas en favor de las otras, de modo que los Ayuntamientos consideran que la competencia es de la Comunidad Autónoma y ésta considera que su competencia es supletoria. En definitiva, en opinión de Pinedo Hay, por unos motivos o por otros (entre otros, por falta de medios personales en los cuerpos de la Autoridad) en la práctica no se suele controlar el cumplimiento de los horarios de cierre.

37. Dada la baja cantidad que se exige como sanción, en la mayoría de las ocasiones sale mas rentable al infractor pagar la multa que cumplir con la normativa, de ahí, el usual incumplimiento de la misma. Por eso, se critica la ineficacia de la misma dado que carece de efecto disuasorio alguno. (Pinedo Hay, op. Cit , Pág. 36).

38. SSTC 305/93, 333/93, 109/94, 111/94, 253/94, 276/94, STS de 10 de julio de 1991: la convivencia social puede verse afectada por las transgresiones de los horarios de cierre de los establecimientos públicos que ciertamente inciden en la tranquilidad y el descanso de un numero considerable de ciudadanos.

ello también al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.

H. Espectáculos Públicos[39]

El RD 2816/1982 de 27 de agosto que aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (BOE núm. 267 de 6 de noviembre) afecta a los espectáculos deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público y demás actividades análogas características; el nomenclator del anexo tiene carácter de *numerus apertus* conteniendo actividades muy variadas de las que es posible predicar su carácter molesto por los ruidos que producen (por ejemplo, circos, verbenas, discotecas, cafeterías etc); el art. 36.a.4) prevé que las medidas de aislamiento acústico habrán de ser como mínimo las que el propio Reglamento de Espectáculos determine o las que determinen Reglamentos especiales: el problema es que ni el Reglamento

39. Hay que tener en cuenta que nueve Comunidades Autónomas han legislado hasta el momento sobre la materia: *Andalucía*: Ley 13/1999 de 15 de diciembre de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía (BOE núm. 15, de 18 de enero); *Canarias*: Ley 1/1998 de 8 de enero de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas (BOE núm. 27 de 31 de enero); *Cataluña*: Ley del Parlamento de Cataluña 10/1990 de 15 de junio sobre Policía de Espectáculos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos (BOE núm. 162 de 7 de julio); *Madrid*: Ley 17/1997 de 4 de julio de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas (BOE núm. 98 de 24 de abril de 1998); *Navarra*: Ley Foral 2/1981 de 13 de marzo Reguladora de los Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, modificado por Decreto Foral 344/1990; *Comunidad Valenciana*: Ley de las Cortes Valencianas 2/1991 de 18 de febrero de los Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (BOE núm. 86 de 10 de abril); *Islas Baleares*: Ley 7/1999 de 8 de abril de atribución de competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Ibiza y Formentera en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas(BOE núm. 124 de 25 de mayo); *País Vasco*: Ley 4/1995 de 10 de noviembre sobre normas reguladoras de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas (BOPV núm. 230 de 1 de diciembre); *La Rioja*: Ley 4/2000 de 25 de octubre de Espectáculos Públicos y actividades recreativas (BOE núm. 287 de 30 de noviembre) Como vemos, Aragón no ha regulado sobre la materia, a pesar de tener competencia para ello (art. 35.1.39° del Estatuto de Autonomía); en Aragón se aplica la Orden de 23 de noviembre de 1977 que fija el horario de cierre de espectáculos, fiestas y establecimientos públicos (BOE núm. 286 de 2 de diciembre)

de Espectáculos determina nada ni existen Reglamentos especiales. El art. 37 exige que, en los casos en que las actividades sujetas al mismo se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación del RAMINP, el proyecto técnico y la licencia se ajusten al art. 29 y 30 del mismo respectivamente. El art. 81.6 tipifica como infracción el mal estado de las instalaciones, locales o servicios que produzcan incomodidad, y el art. 82 establece el cuadro de sanciones, que dependiendo de diversos factores entre los que se encuentra la incomodidad que las actividades hayan producido, serán graduadas. En relación al respeto de los horarios, el art. 81 califica de falta administrativa el retraso en el cierre de los establecimientos públicos respecto de los horarios prevenidos[40]; el Defensor del Pueblo en su Informe de 1999 ya denunció los graves problemas producidos por establecimientos de ocio que vienen incumpliendo reiteradamente los horarios de cierre[41].

Algunas normas autonómicas sobre espectáculos y actividades recreativas prevén la posibilidad de reducir los horarios de

---

40. Las STS de 10 de julio de 1991 y la STC de 20 enero de 1993 establecen que el orden público es un concepto jurídico que puede integrar al de tranquilidad pública y desde él justificar la intervención administrativa para proteger los derechos de los ciudadanos en relación con el descanso, la calidad de vida en un medio ambiente adecuado, en la medida en que la continuidad de la apertura de un establecimiento público potencialmente molesto por ruido pasada la hora de su cierre obligado (o su anticipación) incide sobre el valor "tranquilidad pública", determinando situaciones de protesta del vecindario susceptibles de desembocar en alteraciones de la normal convivencia ciudadana. Igualmente los Tribunales se han pronunciado sobre la obligatoriedad del horario de cierre, en el sentido de que obliga especialmente al titular del local mas que a los clientes, y si estos, a requerimientos de aquél no lo cumplen, tiene el encargado del local suficientes medios, incluso coactivos, para imponer su cumplimiento (por ejemplo, STS de 10 de abril de 1992)

41. Igualmente, el Justicia de Aragón, en el Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades de abril de 2000 (Pág. 27), aporta los datos estadísticos de infracción de la normativa de control de horarios de espectáculos (Orden de 23 de noviembre de 1977, modificada por Orden de 29 de junio de 1981): cada año se reciben en Aragón más de 600 denuncias por incumplimiento de horarios, la mayor parte de ellas en Zaragoza (77%), seguida Huesca (16%) y Teruel (7%).

determinados locales según las circunstancias que confluyan[42]. Esta medida de corrección de la contaminación acústica es una de las más impopulares, dados los numerosos intereses en juego: por una parte, los empresarios del ocio y por otra parte los intereses de los vecinos. Sin embargo, los Tribunales[43] se han pronunciado a favor de la reducción de horarios al establecer una ponderación entre los intereses en juego, pues las medidas adoptadas para el mantenimiento de la calidad de vida y del medio ambiente evitan los efectos aditivos de una excesiva concentración en el espacio de ciertos usos y para la tranquilidad en las vías públicas, logrando una mejor convivencia ciudadana. Aun así, esta medida debe adoptarse en casos de extrema necesidad y ser determinada en el tiempo, para respetar tanto el derecho de libertad de empresa como el derecho a mejorar un medio ambiente objetivamente degradado por el ruido.

I. Normas Técnicas[44]

a) Vehículos a motor

Esta materia se encuentra regulada en dos normas fundamentalmente: la Ley de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial y su Reglamento, y el Reglamento del procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos

42. Por ejemplo, la Ordenanza Municipal de Zaragoza de Distancias Mínimas de 1988, con las modificaciones del 98, prevé en su art. 14, con las cautelas suficientes, la adopción de dichas medidas ante graves molestias a la vecindad originadas por afluencia de público a los locales cuyo objeto sea una actividad sujeta a dicha Ordenanza.

43. Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de octubre de 1988 y STS de 22 de junio de 1994.

44. El desarrollo del contenido de estas normas y de aquellas que sean de transposición al derecho interno español es competencia del Ministerio de Industria y Energía y del Ministerio de Fomento, según, los casos: el primero es el responsable por ejemplo de la normativa básica que deben cumplir los fabricantes de vehículos; el segundo es competente en materia de aviación civil.

a motor y seguridad vial aprobado por el RD 320 /1994 de 25 de febrero[45].

El RDL 339/1990 de 2 de marzo aprobó la **Ley de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial**; la Ley 19/2001 de 19 de diciembre ha reformado algunos artículos de la Ley de Tráfico, quedando redactados, los que nos interesan al objeto del presente estudio, de la siguiente manera: el art. 7 otorga la competencia a los municipios de la regulación mediante ordenanza de los usos de las vías urbanas, compatibilizándolo en su ejercicio con el uso peatonal de las calles; esta previsión hace posible que los municipios peatonalicen temporalmente (por ejemplo, fines de semana) determinadas calles en aras de paliar la contaminación acústica proveniente del tráfico, la cual se une a la inferida por los locales de ocio y las personas que permanecen fuera de los mismos. El art. 10.5 prohíbe la emisión de ruidos en las vías por encima de las limitaciones que reglamentariamente se establezcan; el art. 10.6 prohíbe la circulación por las vías de los vehículos con niveles de emisión de ruido superiores a los reglamentariamente establecidos, obligando a los conductores a colaborar en las pruebas necesarias de detección que permitan comprobar tal irregularidad. El art. 44.3 establece como regla general la prohibición de realizar advertencias acústicas dejando a salvo supuestos excepcionales que determina el Reglamento General de Circulación. El art. 61 exige autorización administrativa que acredite que los vehículos se ajustan en sus características, equipos, repuestos y accesorios a las prescripciones técnicas que se fijen reglamentariamente[46]; está prohibida su circulación si no han obtenido la dicha auto-

45. Ha sido modificado por RD 137/2000 (aprobado por RD 320/94 de 25 de febrero) en sus arts. 13.2, 15, 16 y 17.1, debido a la modificación que la ley 4/99 introdujo en la ley 30/92 sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

46. RD 2822/1998 de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de vehículos, en cuyos arts. 1, 6, 11, 21, 26, 51 y DA 1ª regula diversos aspectos de las condiciones técnicas.

rización. El art. 65 establece el cuadro general de infracciones; tipifica como leves las cometidas contra las normas contenidas en esta Ley que no se califiquen expresamente como graves o muy graves: como la contaminación acústica traducida en exceso de ruido proveniente del vehículo no está considerada ni infracción grave ni muy grave, se entiende que es entonces leve, y para las infracciones leves, el art. 67.1 prevé una sanción de multa de hasta 91 euros (15.141 pesetas). El art. 70.2 habilita a los agentes de la autoridad a inmovilizar el vehículo en caso de que éste supere los niveles de ruido permitidos reglamentariamente.

El RD 13/1992 de 17 de enero, por el que se aprueba el **Reglamento General de Circulación**, que aplica y desarrolla la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial; en su art. 7, prohíbe la emisión de ruidos en las vías por encima de las limitaciones que el propio artículo establece; también prohíbe el escape libre de ciclomotores y vehículos a motor en su apartado 2º. El art. 110.2 señala cuando están permitidas excepcionalmente las advertencias acústicas, quedando prohibido su uso inmotivado o exagerado[47].

El RD 2028/1986 de 6 de junio y las OM de 10 de abril y 24 de noviembre de 1989 y 16 de julio de 1991, transponen la Directiva 70/157 de 6 de febrero de 1970 de aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el nivel sonoro admisible y los dispositivos de escape de vehículos a motor. En relación a los motociclos en concreto, la regulación española se encuentra también en dicho Real Decreto que traspone igualmente la Directiva 89/235/CEE del Consejo de 13 de marzo de 1989 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre

47. Vehículos prioritarios (policía, bomberos, protección civil, salvamento, asistencia sanitaria pública o privada); vehículos no prioritarios en servicio de urgencia, permitiéndoles usar el claxon intermitentemente (art. 70); otras situaciones excepcionales: evitar un accidente, vías estrechas, vías con muchas curvas y advertir fuera de poblado el propósito de adelantar.

el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de las motocicletas[48].

El Decreto 1439/1972 de 25 de mayo adapta los Reglamentos del Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958[49], que contienen

48. A pesar de las previsiones existentes, son numerosos los problemas que ocasionan las infracciones de las mismas por parte de los ciudadanos que circulan con escape libre, por ejemplo, según el "Informe especial del Justicia de Aragón relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", abril 2000, Pág. 22, los expedientes a causa de la contaminación acústica debida a motocicletas constituían un 4%. Este problema está siendo tratado con eficacia por el Ayuntamiento de Huesca mediante la aplicación de su nueva Ordenanza municipal reguladora de la emisión y recepción de ruidos y vibraciones (BOP de 16 de mayo de 2001, núm. 110), cuyo resultado ha dado la retirada 26 motos por superar el nivel de ruido (fuente: Heraldo de Aragón, 1 de septiembre de 2001.

49. Normas de homologación españolas en relación al Convenio de Ginebra de 1958: Estas son las normas de homologación al Convenio de Ginebra en orden cronológico, incluyendo también la normativa derogada, agrupadas en torno a un solo bloque, los vehículos: Decreto 1439/72 de 25 de mayo de 1972 sobre homologación de vehículos en lo que se refiere al ruido (BOE de 9 de junio de 1972) Reglamento núm. 9 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de los vehículos en lo referente al ruido (BOE de 23 noviembre de 1974) Reglamento núm. 8 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de los avisadores acústicos y de los automóviles, en lo que concierne a su señalización acústica. Reglamento núm. 41sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de motocicletas en lo que se refiere al ruido, anejo al Acuerdo de 20 de marzo de 1958, relativo al cumplimiento y condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de homologación de equipos y piezas de vehículos de motor. Reglamento núm. 51 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de los automóviles que tienen menos de cuatro ruedas en lo que concierne al ruido, anejo al Acuerdo relativo al cumplimiento de condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de la homologación de equipos y piezas de vehículos de motor, hecho en Ginebra (BOE de 22 de junio de 1983). Reglamento núm. 141 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de motocicletas en lo que se refiere al ruido, anejo al Acuerdo de Ginebra de 20 de marzo de 1958, relativo a la adopción de condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de la homologación y reconocimiento recíproco de la homologación de piezas y equipos para vehículos de motor. Serie 01 de enmiendas propuestas por Italia puestas en circulación el 24 de febrero de 1984 (BOE de 2 de abril de 1985). Reglamento núm. 51 sobre prescripciones uniformes relativas a la homologación de los automóviles que tienen menos de cuatro ruedas en lo que concierne al ruido, anejo al Acuerdo relativo al cumplimiento de condiciones uniformes de homologación y reconocimiento recíproco de la homologación de equipos y piezas de vehículos de motor,

las reglas de homologación de los vehículos en lo que se refiere al ruido y los avisadores acústicos.

En cuanto a la homologación de tipos de vehículos, remolques, semirremolques y sus partes y piezas la transposición de las Directivas comunitarias ha venido por **Real Decreto núm. 2028/1986 de 6 de junio** (BOE de 2 de octubre de 1986), **Orden** del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, **de 24 de enero de 1992**, por la que se actualizan los anexos I y II de las normas para la aplicación de determinadas Directivas de la CEE relativas a la homologación de tipos de vehículos, remolques, semirremolques y sus partes y piezas (BOE de 11 de febrero de 1992), **Orden de 24 de julio de 1992** por la que se actualizan los anexos I y II de las normas para la aplicación de determinadas Directivas de la CEE relativas a la homologación de tipos de vehículos, remolques, semirremolques y sus partes y piezas (BOE de 5 de agosto de 1992).

b) Tractores

El **Real Decreto 2028/1986 de 6 de junio** también adapta la Directiva 74/151 de 4 de marzo de 1974 y la Directiva del Consejo 77/311/CEE de 29 de marzo de 1977 sobre niveles sonoros

c) Maquinaria

La Directiva 2000/14/CE de 8 de mayo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a la máquinas de uso al aire libre (DOCE L 162 de 3 de julio de 2000) deroga en la fecha de 3 de enero de 2002 las siguientes directivas: Directiva 79/113, Directiva 84/532, Directiva 84/533, Directiva 84/534, Directiva 84/535,

---

hecho en Ginebra. Serie 01 de enmiendas propuestas por Italia puestas en circulación el 21 de mayo de 1984 (BOE de 2 de abril de 1985) Real Decreto núm. 2140/85 de 9 de octubre de 1985 sobre homologación de vehículos, remolques, semirremolques, partes y piezas (BOE de 19 de noviembre de 1985).

Directiva 84/536, Directiva 84/537, Directiva 84/538 y Directiva 86/662, que fueron las que dieron lugar a la transposición al derecho español existente[50] hasta la entrada en vigor de la nueva Directiva que fue el 4 de julio de 2000.

d) Aviones

El **art. 149.1.20ª de la CE** recoge la competencia exclusiva del Estado en materia de aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo y matriculación de aeronaves. Estas competencias son llevadas a efecto por el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación aérea (AENA[51]) que forma parte del Ministerio de Fomento. Las Comunidades Autónomas carecen de competencias en aeropuertos de interés general y navegación aérea, sólo pueden actuar indirectamente mediante

50. Real Decreto 245/1989 de 27 de febrero sobre determinación y limitación de la potencia acústica admisible de determinado material y maquinaria de obra (BOE de 11 de marzo de 1989). Orden de 17 de noviembre de 1989 por la que se modifica el anexo I del RD 245/89. Orden de 18 de julio de 1991 por la que se modifica el anexo I del RD 245/89

51. Fue constituido mediante RD 905/1991. Mediante este Ente Público la Administración Central desarrolla sus competencias. De él dependen los aeropuertos de interés general. Las obligaciones legales que tiene que asumir son las siguientes: el aeropuerto tiene que establecer la "huella sonora", redactar el Plan Director y dictar las Normas de Disciplina de Tráfico Aéreo en materia de ruido. Si alguna Compañía Aérea infringe dichas normas el aeropuerto le denunciará ante la Dirección General de Aviación Civil; pero si por el contrario, dichas compañías cumplen con las normas, a pesar de las molestias producidas, no caben reclamaciones por parte de los vecinos de daños y perjuicios sino tan solo el derecho a que sus viviendas sean insonorizadas; el coste de la insonorización corre a cuenta de la Administración Central: Según el periódico "El País", de 22 de febrero de 2001, el plan de aislamiento acústico de viviendas afectadas por la huella sonora del aeropuerto de Barajas aprobado por resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente con fecha de 4 de noviembre de 1998, había permitido ya la insonorización de 1.254 casas afectadas por el ruido del mismo. Igualmente, el periódico "La Razón" de 22 de marzo de 2001, anuncia la ampliación del número de viviendas a insonorizar, con una pretensión por parte de los vecinos de 6.600 viviendas, aunque lo cierto es que a fecha de 30 de julio sólo se habían insonorizado 2.476 viviendas, según el periódico ABC.

sus competencias de protección del medio ambiente y de urbanismo. Por otra parte, los Ayuntamientos, al carecer igualmente de competencias en instalaciones y tráfico aeroportuario, podrán hacer uso de sus competencias para velar por el medio ambiente adecuado si las ostentan[53].

Los problemas de contaminación acústica provocados por el transporte aéreo se han venido incrementando en las últimas décadas; por ello, se hacen necesarias normas tendentes a evitar los ruidos de los aviones, como aquellas de contenido técnico en la fabricación de aeronaves (aquellas que incidan en la motorización etc; estas normas emanan fundamentalmente de la OACI), en la utilización de las mismas (realizar una "huella acústica" del entorno del aeropuerto, que abarque las trayectorias de las naves en las maniobras de despegue, aproximación, aterrizaje, el uso de los aviones en tierra etc)[54]; todas estas operaciones las realiza AENA, que es el órgano administrativo competente al efecto. También se incluyen otro tipo de medidas[55] como evitar sobrevolar a baja alti-

53. Pinedo Hay &Asociados, op. Cit: los Ayuntamientos deben realizar sus propios estudios acústicos periódicos, vigilar el aislamiento de las viviendas, controlar que las aeronaves cumplen los procedimientos de disciplina aeronáutica en materia de ruidos etc. Pero por otra parte, no tienen mas remedio que reflejar en su planificación urbanística las zonas de servidumbre que se establezcan e integrarlas en su planeamiento.

54. El periódico Levante de Valencia, recogía la noticia a fecha de 12 de junio de 2001, de que el Ministerio de Fomento ordenaría a AENA que modifique el plan director del aeropuerto de Manises para solventar diversos errores técnicos que presenta el documento, motivados por la cartografía obsoleta empleada en su redacción. Por otra parte, en el Aeropuerto de Barajas se ha puesto en marcha un sistema para evitar el ruido que hacen los aviones cuando están a punto de despegar. Para evitar que los motores estén encendidos y por tanto haciendo ruido, se les suministra energía desde el exterior. De esta forma el ruido que molesta a los vecinos, según los responsables del Aeropuerto, se reduce considerablemente (fuente: Telemadrid de 17 de agosto de 2001)

55. Los controladores de la torre del aeropuerto de Ibiza están desviando desde principios del verano a todos los aviones que despegan desde Ibiza por la zona de la Playa d´en Bossa para evitar las molestias por ruidos que provocan cuando sobrevuelan núcleos urbanos de la isla, registrándose un descenso en las quejas de los vecinos, según el periódico Diario de Ibiza de 10 de junio de 2001.

tud, restringir las operaciones nocturnas etc y aquellas tendentes a proteger las servidumbres de aeropuerto, es decir, las construcciones próximas a los mismos en caso de desarrollo urbanístico municipal o ampliación de estos[56]. Lamentablemente en España, a diferencia de otros países europeos, no se aplican medidas fiscales, como tasas, que graven este tipo de contaminación acústica[57]. En el Informe anual del Defensor del Pueblo del año 2000, se afirma tajantemente que el ruido de los aviones impide llevar una vida digna[58].

La normativa básica que regula esta materia es la Ley 48/60 sobre Navegación Aérea y su Reglamento, que se han actualizado progresivamente a medida que se han ido incorporando al ordenamiento español las normas internacionales y comunitarias[59].

La **Ley 55/1999 de 29 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social** ha modificado, mediante los arts. 63 y 64, la Ley 48/1960 de 21 de julio de 1960 de Navegación Aérea y la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de 1998 de Procedimientos de Disciplina de Tráfico Aéreo en Materia de Ruido.

---

56. Precisamente, debido a la ampliación del aeropuerto de Barajas, que situó la plataforma a 100 metros de una urbanización de viviendas, los vecinos de ésta presentaron querella criminal contra AENA por los perjuicios causados por el ruido que aumentaban con la ampliación, en base al artículo 325 del Código Penal referido a los delitos contra los recursos naturales y el Medio Ambiente. (fuente: periódico ABC de 21 de junio de 2001)

57. Ver Págs. 77 a 80 del estudio.

58. Un ejemplo de ciudad afectada por este problema es Zaragoza, que sufre contaminación acústica en los corredores de aterrizaje y despegue de la capital (urbanizaciones Fuente de la Junquera y Montecanal); sin embargo, el Ayuntamiento de Zaragoza afirma que ningún punto de la ciudad soporta niveles de impacto acústico superiores a los que marca la normativa.

59. Los Reales Decretos 873/1987 de 29 de mayo de 1987 y 1256/1990 de 11 de octubre de 1990 sobre limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas adaptan al Derecho español la Directiva 80/51/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1979 relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas. El Real Decreto 1422/1992 de 27 de noviembre regula la limitación del uso de aviones de reacción subsónicos civiles (BOE de 17 de diciembre de 1992).

El art. 63 modifica la Ley 48/1960 de Navegación aérea, añadiendo una Disposición Adicional en la que configura la *Servidumbre acústica de Aeropuertos* (esta figura se debe desarrollar mediante Reglamento), lo que permite a la Administración Central establecer limitaciones al derecho de propiedad en los terrenos próximos a los aeropuertos, de modo que suponga un freno a la expansión urbanística de las zonas afectadas[60]. La cara negativa es que supone una limitación a la autonomía municipal en lo relativo a la planificación urbanística de su territorio. También prevé la posibilidad de incorporar limitaciones a los instrumentos de planificación urbanística que se tramiten. Y por último, admite la expropiación forzosa cuando se imponga una servidumbre acústica que impida los derechos patrimonializados[61].

El art. 64 de dicha ley introduce las modificaciones a la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de 1998 de Procedimientos de Disciplina de Tráfico Aéreo en Materia de Ruido a fin de provocar el mínimo ruido posible[62]. Cabe destacar cómo tiene en cuenta la problemática de la contaminación acústica cuando dice que *los procedimientos de disciplina del tráfico aéreo en materia de ruido aprobados específicamente para cada aeropuerto deberán tener en cuenta la problemática acústica...* (art. 64.1 que modifica el art. 87.3). La infracción de alguno de estos procedimientos pueden acarrear una sanción de hasta 60.101,21 euros (10 millones de pesetas).

---

60. Pinedo Hay &Asociados, "Apuntes jurídicos sobre el ruido en los aeropuertos", enero 2001; un ejemplo lo encontramos en la decisión del Ministerio de Fomento de paralizar el Plan General de Alcobendas (Madrid); supuso el freno a la construcción de más de 5000 viviendas en el referido término municipal.

61. En opinión de Pinedo Hay (op.cit) si entendemos por derechos patrimonializados aquellos que tienen un valor económico, cualquier derecho con contenido económico dará lugar al derecho a la expropiación en caso de que las servidumbres acústicas impidan su ejercicio.

62. La mayoría de medidas que contempla son de carácter restrictivo (por ejemplo, restricción del uso del aeropuerto, de las operaciones de las aeronaves, de realización de pruebas de motores etc).

La incorporación de la Directiva 85/337/CEE al Derecho interno estatal se efectuó mediante norma con rango de Ley, al aprobarse el **Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental**, cuyos preceptos tienen el carácter de legislación básica estatal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución, siendo objeto de desarrollo por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprobó el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo citado. La Ley 6/2001 de 8 de mayo ha modificado algunos artículos del Real decreto legislativo: en el anexo I, grupo 6, apartado c), somete a EIA la construcción de aeropuertos con pistas de despegue y aterrizaje de una longitud de al menos 2100 metros.

Según el art. 2 de la Ley 6/2001, *los proyectos que...hayan de someterse a evaluación de impacto ambiental* (la construcción de un aeropuerto de las características antes señaladas es uno de ellos) *deberán incluir un estudio de impacto ambiental que contendrá, al menos, los siguientes datos:*

Descripción general del proyecto y exigencias previsibles en el tiempo, en relación con la utilización del suelo y de otros recursos naturales. Estimación de los tipos y cantidades de residuos vertidos y emisiones de materia o energía resultantes.

Una exposición de las principales alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales.

Evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico artístico y el arqueológico.

Medidas previstas para reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales significativos.

Programa de vigilancia ambiental.

Resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. Informe, en su caso, de las dificultades informativas o técnicas encontradas en la elaboración del mismo.

Las evaluaciones de impacto ambiental constituyen el instrumento más adecuado para la defensa del medio ambiente. Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto (como la construcción de un aeropuerto) con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente: constituye un instrumento de tutela ambiental preventiva[63]. Esta técnica singular introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente para que dichos proyectos se analicen con más reflexión[64].

La jurisprudencia de los tribunales europeos se ha hecho eco del grave problema que genera la contaminación acústica aeronáutica[65].

e) Cortadoras de césped

El Real Decreto 245/1989 de 27 de febrero adapta La Directiva 84/538/CEE de del consejo de 17 de septiembre de 1984 sobre el nivel de potencia acústica admisible de las cortadoras de césped y sus sucesivas modificaciones.

---

63. STC 13/1998 de 22 de enero

64. STS de 17 de noviembre de 1998

65. El caso "*Hatton y otros*" contra Reino Unido (STEDH de 2 de octubre de 2001), por ejemplo, afirma que el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow viola el derecho a la vida privada y familiar e inviolabilidad del domicilio de los vecinos del mismo, recogidos en el art. 8 del CEDH (ver más detallado en enfoque europeo)

f) Electrodomésticos

La Directiva 86/594/CEE del Consejo de 1 de diciembre de 1986 relativa al ruido aéreo emitido por los aparatos domésticos (DOCE L 344/24 de 6 de diciembre de 1986) fue transpuesta al ordenamiento español por Real Decreto 213/1992 de 6 de marzo. (BOE de 14 de marzo de 1992).

La NBE-CA-88 en su art. 5º regula las condiciones acústicas del medio ambiente interior de los edificios (las fuentes de ruido interior son aquellas producidas entre otros factores por los servicios e instalaciones de los edificios), incluyendo la norma en este campo a los electrodomésticos específicamente, no señalando valores límites para los niveles de inmisión valorados en dB(A), sino que establece exigencias indirectas para su consecución en los capítulos III y IV de la Norma; los valores de emisión no vienen dados como valores límites vinculantes sino que gozan tan sólo de un carácter descriptivo o pedagógico (se tratan en el anexo 2 de la Norma)

g) Trenes

La ley 16/ 1987 de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su art. 168.1.b) impone a los mismos el respeto de las limitaciones impuestas en relación con los terrenos inmediatos al ferrocarril y el respeto de las prohibiciones que tiendan a evitar toda clase de daño o riesgo para las personas. Las previsiones relativas a la zonificación están en el RD 1211/90 de 28 de septiembre que aprueba el Reglamento de la LOTT, arts. 278 y ss.

3) Conclusión

Como conclusión, cabe esperar que a la luz de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194, presentada por la Comisión y cuyo plazo de transposición sería a mas tardar el 30 de

junio de 2003, se proceda a regular una ley estatal que combata la contaminación acústica de manera global, ya que con la normativa pública estatal vigente, no existe norma específica que garantice a los ciudadanos de modo completo su derecho a la salud, su derecho a la intimidad familiar e inviolabilidad del domicilio, atacados por las agresiones acústicas. A pesar de la inexistencia de una normativa básica sobre contaminación acústica, en opinión del Ministerio de Medio Ambiente[66], existen abundantes normas para resolver los problemas concretos que se plantean, aunque también es cierto que su cumplimiento en la práctica dependerá siempre de la capacidad operativa de los agentes de la autoridad y del grado de voluntarismo ejercido por las administraciones competentes.

4) Regulación estatal en otros sectores del ordenamiento jurídico

En el ámbito civil, penal, laboral y financiero también se intenta combatir la contaminación acústica[67].

A) Tratamiento civil del ruido

a) El Código Civil y el ruido

El **Código Civil español** no contiene ninguna referencia expresa al ruido como conducta que pueda alterar las relaciones vecinales. Sin embargo, dado el carácter liberal que le define, puede referirse a los ruidos en dos preceptos:

Art. 590

"Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de

66. Ministerio de Medio Ambiente, Secretaría General Técnica, Área de Información

67. Como el objeto del trabajo es principalmente la vertiente administrativa, en estos campos entraré someramente

materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos".

Este artículo regula las relaciones de vecindad; es cierto que, dada su antigüedad, sólo tiene presente determinadas circunstancias, como la peligrosidad y la nocividad, y no hace referencia a las molestias (que se originarían a causa del ruido). Sin embargo, alguna resolución jurisprudencial[68] aplicando una analogía *in bonam partem*, ha permitido dar cabida en este precepto a las conductas ruidosas, abriendo la posibilidad de entablar el antiguo interdicto de obra nueva, declarando que la pureza del ambiente, la tranquilidad y el silencio son bienes patrimoniales de carácter medioambiental. Otras resoluciones[69] han sido más expresas al declarar que el art. 590 CC pretende evitar con carácter general y *no taxativo, todo daño* derivado de invasiones peligrosas o nocivas del más diverso origen, tales como las que producen las instalaciones productoras de perturbaciones ambientales entre las que se encuentran los ruidos.

Aun así, esta acción no esta exenta de dificultades cuando se pretende emplear como instrumento de protección frente al ruido, porque primeramente, para considerar la producción de la lesión el ruido debe ser de tal entidad que exceda de los límites soporta-

68. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1977

69. Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de diciembre de 1980, SAP de Toledo de 11 de marzo de 1999, SAP de Asturias de 28 de febrero de 2000, SAP de Madrid de20 de noviembre de 2000

bles[70], por lo que se basa en un concepto jurídico indeterminado de variable apreciación. Además, si el sujeto ruidoso es la Administración, salvo que ésta se aparte en su actuación del legítimo ejercicio de sus competencias o del procedimiento legalmente establecido, no se puede accionar contra las actividades ruidosas que ésta produzca[71]. Por otra parte, dado el carácter abierto del art. 590 CC, pues hace una genérica remisión a los Reglamentos administrativos, este artículo se convierte prácticamente en inoperante en el ámbito civil de las relaciones entre particulares exentas de intervención pública. Como ejemplo de estas dificultades expuestas, la STS de 18 de marzo de 1992 desestima el recurso interpuesto por inaplicación del art. 590 fundándose en que se trata de una norma en blanco que se remite a normas administrativas cuyo enjuiciamiento no le corresponde a la Sala de lo Civil.

Art. 1908

"Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

3º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen".

70. STS de 5 de julio de 1976
71. STS de 4 de julio de 1989

El art. 1908 CC regula la responsabilidad civil extracontractual; tampoco este artículo incorpora a los ruidos entre los hechos que dan lugar a la responsabilidad de los propietarios, aunque dado que los ruidos también pueden ocasionarse por su culpa o negligencia, con una analogía extensiva, y en opinión de Martín Mateo[72], no puede descartarse que los daños producidos por los ruidos (daños por inmisiones en fundos ajenos) pueden incluirse en la rúbrica general del art. 1902 si existe culpa o negligencia probada, o si tales circunstancias pueden fundar alguna responsabilidad objetiva, bastando la simple situación de riesgo aunque el responsable haya previsto todos los mecanismos necesarios para evitar su producción[73]. La jurisprudencia ha otorgado este tipo de tutela indemnizatoria ante daños por inmisiones acústicas, al considerar que existía el elemento culpabilístico definidor de la culpa aquiliana que no resulta desvirtuado por el mero cumplimento de las disposiciones reglamentarias cuando éstas se han revelado insuficientes para evitar aquellas perturbaciones[74]. Esta doctrina jurisprudencial apunta hacia un sistema en el que, del quebranto sufrido por un tercero que sufre las inmisiones, ha de responsabilizarse quien obtiene un provecho con las emisiones *("cuius est commodum, cuius est periculum")*, sin que el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias sea causa justificativa para contaminar acústicamente. Es aquí donde los tribunales civiles son capaces de llegar incluso mas lejos de donde llegan los tribunales ad-

72. Martín Mateo, "Tratado de Derecho Ambiental", Pág. 622.

73. SSTS de 15 de marzo de 1993, 24 de mayo de 1993

74. SSTS de14 de mayo de 1963, 30 de octubre de 1963, 19 de febrero de 1971, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 16 de enero de enero de 1989, 16 de octubre de 1989, 8 de mayo de 1990, 8 y 26 de noviembre de 1990, 28 de mayo de 1991,3 de septiembre de 1992, 24 de mayo de 1993, 7 de abril de 1997, SAP de Asturias de 28 de febrero de 2000 (en concreto traía como causa los ruidos provenientes del ferrocarril, lo que se tradujo en el derecho a indemnización por depreciación de los inmuebles e indemnización por daño moral, además de la obligación de adoptar medidas para insonorizar el trazado ferroviario)

ministrativos mediante la aplicación del principio de que "quien contamina paga"[75].

Lo cierto es que la exigencia de responsabilidad civil presenta inconvenientes como mecanismo eficaz en la lucha contra el ruido pues supone meramente una acción de reparación del daño ya causado, no sirviendo para prevenir el mismo (carece de naturaleza preventiva) además de la dificultad para conseguir el resarcimiento ante daños colectivos[76], aunque reciente jurisprudencia reconoce como legitimado activo al presidente de una Comunidad de Propietarios al ejercer una acción proyectada sobre un derecho subjetivo de los comuneros, representando a la Comunidad como una pluralidad de personas coincidentes en intereses comunes (cesación del ruido) y pudiendo ejercitar cuantas acciones legales le asistan en defensa de derechos legítimamente adquiridos por los partícipes plurales[77].

Algunas resoluciones[78] sintetizan ambos artículos en la lucha contra el ruido: acogiendo el derecho a no soportar ni tolerar las

---

75.Lizón Giner, "Medio Ambiente urbano, ruidos y actividades molestas", dentro de la publicación IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, 1995, Págs. 15-81.

76. Fernández Rodríguez, T.R, "El medio ambiente urbano y las vecindades industriales", Instituto de Administración Local, 1973.

77. SSTS de 5 de marzo de 1983, 27 de noviembre de 1986, 15 de enero de 1988, 25 de abril de 1992 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2000

78. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de noviembre de 1996, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2000. STS 431/2003 de 29 de abril 2003. Dentro de los daños producidos por casos atribuibles a un propietario, el artículo 1.908, determina las responsabilidades de éstos, entre otros supuestos, por los prevenidos "ad exemplum", en los números segundo y cuarto. En especial, y en relación con los ruidos excesivos, debe destacarse la explícita referencia a los "humos excesivos", que es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello, en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código civil (subrayamos en este punto la STS de 12 de diciembre de 1980 que relaciona este precepto con el artículo 1.908, y formula, por generalización analógica, el

inmisiones molestas e insalubres al amparo de los arts. 590 y 1908 CC, pues es reiterada y constante doctrina jurisprudencial (SSTS 3-12-1987, 15-3-1993, 24-5-1993) que tratándose tanto de cuestiones entre particulares que atañen a la propiedad privada y a su protección, como de conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones de vecindad, de culpa extracontractual o de abusos de derecho o ejercicio antisocial del derecho, corresponde conocer a la jurisdicción civil por ser el ordenamiento privado el que puede y debe intervenir, máxime cuando los demandantes no encontraron protección en el ámbito de la Administración local a la que acudieron previamente en denuncia de infracciones y omisiones patentes, por la actividad molesta de los demandados y con el fin de impedir o atajar dicha situación dañina (STS 3-9-1992), habremos de sentar que si bien nuestro ordenamiento jurídico civil, a diferencia de la mayoría de los códigos europeos y de algunas normas forales no contiene fuera del insuficiente tenor de los arts. 590 y 1908 y de los incesantes reglamentos que lo completan, normas generales definitorias ni de los límites que se imponen al ejercicio de los derechos de vecindad ni de las consecuencias civiles para el caso de contravención (SAP Jaén, sección 2ª, 22-9-1995); sin embargo la doctrina legal y científica ha mantenido la permanente declaración y prohibición de los llamados *actos de inmisión perjudiciales o nocivos*, que dan lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de lesión patrimonial, y/o el cese de la actividad causante del menoscabo (SSTS 5-4-1960, 14-5-1963, 12-12-1980, 3-12-1987, 16-1-1989, 20-3-1989). Se procede a condenar a los demandados a la eje-

"principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad", así como el de una "prohibición general de toda inmisión perjudicial nociva"). Bajo esta conexa, pero diversa concurrencia normativa, se menciona el artículo 1.902, como pilar o posible sustento de aplicación. Y en la jurisprudencia hallamos operaciones de subsunción con distinto apoyo normativo (STS de 3 de septiembre de 1992, que basa su condena sobre la inmisión en la vivienda del actor, de ruidos procedentes de una industria, no reducidos a nivel tolerable, en el artículo 1.902; STS de 15 de marzo de 1993, que justifica, por el riesgo creado, la aplicación del artículo 1.908, nº 2º del Código civil)

cución de las medidas correctoras, pertinentes, adecuadas y necesarias, a fin de evitar la emisión de ruidos proveniente de su industria, más allá de los límites tolerables, para los fundos vecinos que los hagan inhabitables como residencia o impida el normal disfrute de sus derechos entre los que se encuentra según la Constitución española en su art. 45, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de su persona.

Como nota curiosa dentro del campo del derecho privado, podemos citar la SAP de Badajoz de 13 de febrero de 1997, que desestima la pretensión de los actores de resolver un contrato de compraventa civil de una vivienda alegando como vicio oculto de la misma los ruidos que producía una discoteca colindante; la desestimación se basa en que no se puede considerar como vicios ocultos tales circunstancias ruidosas porque constituyen elementos ajenos o externos a la vivienda, y para considerar que existe el vicio oculto que contiene el art. 1484 CC, se ha de tratar, entre otros requisitos, como norma general, de vicios intrínsecos de la cosa, es decir, íntimamente relacionados con la cosa en sí.

b) El ruido en la Ley de Arrendamientos Urbanos

Otras regulaciones en el ámbito del derecho privado relacionadas con el ruido y ya de modo más expreso, las encontramos en la **Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos:**

Art. 27.2.e)

"Además, el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas:

e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas."

En opinión de Martín Mateo, la rescisión del contrato se justifica por la realización de conductas incompatibles con el pacífico

uso para fines residenciales de otras viviendas del mismo inmueble, obteniendo así beneficios ambientales al eliminar el foco de ruido, aunque apunta que en la práctica se maneja con fines patrimoniales al permitir la rescisión de un contrato de arrendamiento para iniciar otro que le proporcione mayores rentas de acuerdo con las mejores condiciones de mercado.

La jurisprudencia ha admitido en base a este precepto, contenido también en la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 en el art. 114.8, con una redacción similar (en vez de actividades molestas hablaba de actividades incómodas), casos de ruidos originados aun por exigencias administrativas, pues se debe mantener el orden de convivencia de tal modo que no se exceda ni perturbe las relaciones sociales, sin que se exonere de la calificación de molesta aquella actividad por el mero hecho de cumplir con las condiciones de la licencia, pues ésta no puede condicionar los derechos civiles emanados de leyes de ésta índole ya que las licencias administrativas sólo producen efectos entre la corporación y el sujeto a cuya actividad se refiere pero no altera las situaciones jurídicas privadas[79].

c) El ruido en la Ley de Propiedad Horizontal

Otra normativa civil que ampara las situaciones de contaminación acústica es la constituida por la **Ley de Propiedad Horizontal** de 21 de julio de 1960, modificada por la Ley 8/99 de 6 de abril.

Art. 7.2

"Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los

79. SSTS de 28 de febrero de 1964, 22 de diciembre de 1972, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de noviembre de 1996, STS de 4 de marzo de 1992.

estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas..."

En opinión de Martín Mateo, aquí encaja perfectamente la protección a la intimidad que Martín Retortillo[80] invoca como título legitimador constitucional frente a las actividades vecinales ruidosas. Hay efectivamente injerencias de esta índole que aun sin superar los umbrales administrativos, pueden implicar una molestia insoportable para los que las reciben continuamente, que no tienen por qué soportar estas intromisiones ajenas en su propio hogar. La jurisprudencia[81] ha venido a reforzar esta tesis, al afirmar que tales inmisiones pueden implicar la lesión o privación del derecho que toda persona tiene a su vida privada y familiar y su domicilio.

d) Conclusión

En conclusión[82], en materia de inmisiones, el Derecho privado tiene un importante papel en la defensa de las personas y bienes cuando la necesaria objetivización que preside la actuación administrativa no alcanza a proteger situaciones subjetivas individuales. Se acota de este modo una importante parcela de los problemas entre vecinos, presentando los mecanismos jurídicos de protección que el Derecho civil ofrece, concretados en la posibilidad por parte de los tribunales civiles de ordenar medidas técnicas que eliminen o aminoren los efectos de la inmisión y en la exigencia de responsabilidad civil por los daños causados.

---

80. Ver Págs. 40 a 41 del estudio.

81. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2000. Ver estudio constitucional y europeo con especial referencia al caso López Ostra.

82. Algarra Prats, "La defensa jurídico civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona", 1995, Pág. 538.

B) Tratamiento penal del ruido

a) Breve estudio histórico del tratamiento penal del ruido en la legislación estatal española

Desde 1870, la redacción de los distintos Códigos Penales han calificado los comportamientos ruidosos como *faltas*. Se hablaba de *" promover o tomar parte activa en cencerradas o reuniones tumultuosas con perjuicio del sosiego público", "disparar con armas de fuego, cohetes, petardos u otro proyectil cualquiera que produzca alarma o peligro*[83]*" y "perturbar levemente el orden público usando de medios que racionalmente deban producir alarma o perturbación"*[84].

El Código Penal inmediatamente anterior al ahora vigente, introducía en el art. 347 bis, párrafo 1º, la comisión de un delito ambiental *"si se pusiera en peligro grave la salud de las personas"*. El Fiscal General del Estado, en su Circular 1/90 de 26 de septiembre, apuntaba que existían pocas posibilidades de recurrir a la vía penal para proteger el medio ambiente contra la contaminación sonora, pero que aun así, no debía descartarse en absoluto la aplicación del Derecho Penal cuando así lo aconsejara la gravedad de la infracción, ya que a través del aire puede transmitirse agresiones de muy diversos tipos, entre ellas, las agresiones sonoras[85].

---

83. Martín Mateo, "Tratado de Derecho Ambiental", Pág. 625: El TS, enfatizaba los propósitos, que primaban sobre el propio resultado ruidoso, de tal modo que, si el tribunal apreciaba que el ánimo era festivo, aunque se produjera alarma no era sancionable (STS de 11 de diciembre de 1914); igualmente, se aprecia la importancia de la intencionalidad en las SSTS de 12 de marzo de 1878, 26 de enero de 1901 y 29 de octubre de 1906.

84. En opinión de Consuelo Alonso García, estas previsiones parecían mas que dirigidas a velar por la tranquilidad y el sosiego vecinales y proteger el medio ambiente, venían a configurar un sistema represivo destinado a evitar atentados contra el orden público ("Lecciones de Derecho del Medio Ambiente", Ortega Álvarez (Director), Editorial Lex Nova, 2000, Pág. 319)

85. En opinión de Martín Mateo, este artículo, aunque no descartable, era de problemática acreditación (Martín Mateo, "Tratado de Derecho Ambiental",1992, Pág. 625). Para Beltrán Aguirre, haciéndose eco de la STS de 5 de octubre de 1993, se trata-

b) El art. 325 del actual Código Penal

La nueva redacción del actual Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, recoge en el art. 325 el delito contra el medio ambiente. Prevé la pena de prisión, multa e inhabilitación especial para el que, contraviniendo la normativa protectora del medio ambiente, *provoque o realice directa o indirectamente ruidos*; agrava el tipo si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas. En opinión de la doctrina mayoritaria[86], nos encontramos ante un tipo de delito concreto, es decir, se entiende consumada la conducta simplemente por la creación del riesgo sin necesidad de resultado concreto: bastaría pues una conducta ruidosa que pusiera en grave peligro el medio ambiente acústicamente adecuado para entender que se ha cometido el tipo del 325 del CP. Es importante hacer hincapié en que el peligro ha de ser grave, puesto que así la intervención penal se convierte en secundaria respecto de la administrativa, que resulta más eficaz.

En opinión de C. Alonso García[87], este precepto resulta inoperante para reprender actividades ruidosas, ya que pueden ser corregidas de manera más eficaz a través de otros mecanismos, sobre todo, mediante su calificación como infracción administrativa. Además, considera la dificultad de su prueba en el proceso

---

ba de un delito de peligro concreto cuya consumación se producía por la creación del riesgo sin necesidad de que se produjera perjuicio concreto (Beltrán Aguirre "El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", RAP, núm. 134, mayo-agosto 1994, Pág. 298)

86. Boix Reig, Vives Antón, Carbonell Mateu etc; en contra, De la Cuesta Arzamendi, que entiende que, de interpretar el art.325 como un delito de peligro concreto, se está restringiendo la aplicación del tipo penal a supuestos extraordinarios (De la Cuesta Arzamendi, J.L: "Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995", Actualidad Penal núm. 14, 1998, Pág. 294).

87. Alonso García, C., "La contaminación acústica", dentro de la obra Lecciones de derecho del medio ambiente ,director Ortega Álvarez, editorial Lex Nova, 2000. Pág. 319.

ante la jurisdicción penal y la imposibilidad en muchos casos de determinar a los sujetos culpables.

c) Jurisprudencia penal sobre contaminación acústica

La verdad es que en sede penal la jurisprudencia se ha pronunciado poco sobre un posible atentado contra el medio ambiente por agresión acústica con apoyo en el art. 325 del Código Penal[88].

Las resoluciones encontradas tocan tangencialmente el tema del ruido, pero las conductas tomadas como referencia, en general, no se subsumen en el tipo de atentado contra el medio ambiente acústico, sino en otras figuras delictivas.

Así por ejemplo, **la Audiencia Provincial de Zaragoza, en Sentencia de 2 de julio de 1999**, condena al propietario de un bar en la zona de Moncasi por cometer una *falta contra el orden público* (art. 634 CP 1995) al desobedecer a los Agentes de la Autoridad, ya que, a pesar del precinto del equipo musical del bar por los agentes, dadas las molestias de ruido a los vecinos, y tras advertirle que en caso de utilizar cualquier aparato musical sería denunciado por desobediencia de acuerdo con el CP, utiliza dos vídeos conectados a seis televisores que proyectan música con imágenes, por lo que siguió metiendo ruido con otro sistema musical, desobedeciendo de forma recalcitrante la orden dada por los agentes, con las consecuentes molestias sonoras para los vecinos.

88. En relación a la contaminación acústica producida por los aeropuertos, encontramos la admisión a trámite de una querella criminal contra AENA por los perjuicios causados por el ruido que aumentaban con la ampliación, en base al artículo 325 del Código Penal referido a los delitos contra los recursos naturales y el Medio Ambiente (fuente: periódico ABC de 21 de junio de 2001). Sin embargo, contaminación acústica provocada por los aviones militares el Día de las Fuerzas armadas en Alicante no fue considerada por el SEPRONA como una acción constitutiva de delito ecológico, pero matizó que, ante la posible afectación de la ordenanza municipal sobre ruidos municipal, se da traslado del expediente al Ayuntamiento de Alicante a los efectos que estimara convenientes (fuente: Panorama actual de Alicante, de 11 de junio de 2001).

Vemos como en esta sentencia, si bien no trae causa del art. 325 expresamente, la contaminación acústica ha sido reconducida exitosamente, dadas las circunstancias del caso, a través de la figura delictiva del art. 634, salvaguardando de tal manera, los derechos de los vecinos al descanso, la tranquilidad, la salud, la intimidad e inviolabilidad del domicilio, la calidad de vida y el medio ambiente adecuado libre de agresiones sonoras.

Otro ejemplo es la **STS de 18 de noviembre de 2000** (Ponente: Bacigalupo Zapater). La acusación pretendía que se condenara a dos funcionarios públicos por *delito de prevaricación y falsedad en documento oficial*, además de declarar como responsable civil subsidiario al Ayuntamiento donde desempeñaban sus funciones.

El titular de la actividad (parque acuático) solicitó licencia el 27 de julio de 1990 para instalar una discoteca (fuente potencialmente emisora de ruidos) en dicho parque, para lo cual debería adoptar medidas correctoras en 15 días, cosa que no hizo, por lo que pidió una prórroga para realizarlas, y como tampoco las llevó a cabo, se decretó el cese inmediato de la actividad el día 26 de septiembre de 1990. Pues bien, el TS considera que el funcionario público en cuestión, el Delegado de Urbanismo, no cometió el delito de prevaricación por omisión porque considera razonable el lapso de tiempo transcurrido entre la fecha de las denuncias (18 de julio de 1990) y la resolución de clausura de la actividad (26 de septiembre de 1990), argumentando que no existe un plazo estricto establecido en la normativa para decretar el cese de la actividad después de recibidas las denuncias. Además argumenta que el art. 36 del RAMINP otorga un plazo para corregir las deficiencias comprobadas, que no puede ser inferior a 1 mes.

Por otra parte, en la concesión de licencia que otorgó el Delegado de Urbanismo, enumeró una serie de actividades comprendidas en la licencia, entre las que no aparece expresamente la autorización a la instalación de una discoteca. Sin embargo, el TS, en

vez de considerar que se estaba ejerciendo una actividad sin licencia, lo reconduce de tal manera que, como todas las actividades contempladas en la licencia tienen carácter recreativo, es verosímil que los acusados haya pensado que la actividad de discoteca estaba comprendida entre aquellas. En mi opinión, este punto de la sentencia ha incurrido en una analogía *in malam partem*, además de contribuir a la inseguridad jurídica.

Punto y aparte merece la cuestión de que, la actividad del parque acuático era objeto de contrato de arrendamiento entre el Alcalde del Ayuntamiento y el titular de la licencia de dicho parque, ya que tal y como apunta la sentencia, se debería haber estudiado si existían intereses personales del Alcalde en una tramitación determinada de las denuncias para ver hasta que punto tal contrato constituía una negociación prohibida. Aun así, el TS concluye que la actuación del alcalde fue correcta porque finalmente se decretó el cese de la actividad. Sería deseable que la Administración de Justicia ante la apariencia de buen derecho *(fumus bonis iuris)* cooperara en la facilitación del buen derecho.

Afortunadamente, encontramos la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 9 de noviembre de 2000**, que condena a un empresario de discoteca por la comisión de un delito contra el medio ambiente del art. 325 del CP por emisión de ruidos a una pena de 2 años y 3 meses de prisión y multa de 20 meses con cuota diaria de 42,07 euros (7.000 pesetas). En este caso, se ha considerado como delito de peligro abstracto, porque si bien no puede entenderse que se produjo efectivamente un daño grave para la salud sí era la situación de riesgo inminente de ello y que por tanto la situación creada era ya de peligro concreto, y en consecuencia, sancionable penalmente. Además condena por daños morales a una cantidad de 450, 76 euros (75.000 pesetas). En recurso de casación, se dictó la STS 52/2993 de 24 de febrero de 2003, que confirma la Sentencia de la A. Provincial de Palencia de 9 de noviembre de 2000. La contaminación acústica es un delito contra

el medio ambiente, tipificado en el art. 325 CP. Condena al responsable de una discoteca, cuyo nivel de ruidos, emitido durante un periodo de nueve meses, los fines de semana, puentes y vísperas de fiestas, determinó problemas en la vecindad, en concreto en niños de pocos años, que sufrieron alteraciones de sueño, irritabilidad, cambio de carácter, y entre mayores, cefaleas, insomnio, y afectando al rendimiento de los mismos. Confirmación de la sentencia de la Audiencia, agravada en cuanto se impone, además, la pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio desempeñado en relación con Sala de Fiestas, por tiempo de dos años. El art. 325 del CP, incluye la modalidad de contaminación acústica, como un tipo dentro de delito contra el medio ambiente, concurrente en este caso, al haberse superado los niveles sonoros o vibraciones, establecidos por una norma administrativa, en concreto, un Decreto de la Junta de Castilla y León y la correspondiente Ordenanza municipal de la ciudad de Palencia. En el presente caso, se ha acreditado una agresión a la integridad física, psíquica, intimidad, bienestar y calidad de vida de los vecinos, realizada con pleno conocimiento y contraviniendo normas administrativas que regulan esta actividad. No se infringe el principio "non bis in idem" por el hecho de haber sido sancionado administrativamente con anterioridad, porque la conducta que ha determinado la condena penal es fruto de la reiteración y repetición de conductas, que conforman con entidad propia, un delito tipificado como tal en el Código Penal, hecho que es independiente de que existieran expedientes administrativos anteriores, además de que en un momento dado, se paralizaron aquéllos, para pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, que ahora resuelve, conforme a sus propias normas y principios.

d) Conclusión

Vemos como desde el ámbito penal no es frecuente luchar contra la contaminación acústica, quizá porque ya existen normas

administrativas más específicas que conllevan una sanción de tipo administrativo, preferible a una sanción penal. De los pocos ejemplos encontrados en la jurisprudencia se puede ver como la contaminación acústica es sólo en contadas ocasiones la causa principal del proceso con apoyo en el art. 325 CP como tipo en el que se subsume la causa, ya que los procesos giran normalmente alrededor de otras figuras delictivas como hemos podido comprobar. De todos modos, no está de mas que el Código Penal contemple las agresiones acústicas como un atentado al medio ambiente, ya que abre una vía mas para luchar contra la contaminación acústica. El TC se ha pronunciado en este sentido en su sentencia de 3 de diciembre de 1996, al afirmar que el Derecho Penal del medio ambiente constituye una respuesta del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones sin perjuicio del importante papel del derecho administrativo sancionador.

C) El ruido en el trabajo

a) Normativa

El art. 43 de la CE reconoce en términos generales el derecho a la salud y el art. 15 de la CE reconoce el derecho de todos a la integridad física. El art. **40.2 de la CE** se centra en el ámbito laboral encomendando a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo. En virtud de este mandato, el Gobierno elaboró el RD Legislativo 1/95 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del **Estatuto de los Trabajadores**. El ET, en su **art. 4.2.d)** establece como derecho del trabajador *el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene* en la relación de trabajo; y al mismo tiempo, el **art. 19** recoge el deber del empresario de proteger al trabajador.

La exposición a determinados agentes durante el trabajo puede producir efectos negativos sobre la salud e integridad de los trabajadores; la normativa comunitaria ya se sensibilizó con este

riesgo, creando la **Directiva del Consejo 86/188/CEE de 12 de mayo de 1986 relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo** (DOCE L 137 de 24 de mayo de 1986)[89]. Igualmente, el **Convenio 148 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)** ratificado por España el 24 de noviembre de 1980 (BOE de 30 de diciembre de 1981), contiene reglas relativas a la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debidos al ruido en el lugar de trabajo.

Mediante el **RD 1316/1989 de 27 de octubre sobre protección de los trabajadores contra el ruido ambiental**, el Gobierno transpuso la mencionada Directiva. Este RD fija las medidas mínimas que deben adoptarse en el ámbito de las relaciones laborales para la adecuada protección de los trabajadores, conteniendo una serie de medidas dirigidas a reducir la exposición al ruido durante el trabajo para disminuir los riesgos que en los centros de trabajo proyecta sobre los trabajadores (sobre todo para su aparato auditivo); precisamente el **Decreto 1995/1978 de 12 de mayo por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social**: en el anexo, en el apartado "e" punto 3, recoge como enfermedad profesional producida por agente físico la *hipoacusia o sordera producida por el ruido*, incluyendo en tal concepto *los trabajos que expongan a ruidos continuos de nivel sonoro equivalente o superior a 80 dB(A) durante 8 horas diarias o 40 horas semanales*. A continuación señala especialmente determinados trabajos (calderería, tráfico aéreo etc) que por sus características son potencialmente causantes de dicha enfermedad. Igualmente el art. 4.2 del RD 1316/89 establece la exoneración de evaluación de medición cuando el puesto de trabajo soporte un nivel de ruido dia-

89. Esta directiva se aplica a todos los trabajadores excepto en el mar y en transporte aéreo. Su objetivo es proteger su salud estableciendo valores sonoros límites. Impone a las empresas determinadas obligaciones para evitar la contaminación sonora en el ámbito laboral.

rio inferior 80 dB(A). Y en el art. 5 establece una serie de obligaciones al empresario cuando el nivel de ruido sobrepase los 80 dB(A). Es claro que el nivel de ruido de 80 dB(A) tiene un especial significado de riesgo.

b) Jurisprudencia

Pues bien, la jurisprudencia del TS[90] ha conocido casos de contaminación acústica laboral. La penosidad en el trabajo en relación al ruido se produce a partir de los 80 dB(A), nivel con el que ha de producirse ya con carácter obligatorio la adopción de determinadas medidas de protección por las empresas.

Dos cuestiones han sido planteadas con asiduidad ante el TS: por un lado, qué ocurre si el trabajador se niega a utilizar las medidas protectoras; y por otro, si existe derecho a un plus de penosidad por ruido.

En relación a la primera de ellas, la jurisprudencia[91] afirma que, el hecho de que las empresas tengan a disposición de los trabajadores dispositivos protectores de los oídos y estos se nieguen a utilizarlos (alegando las molestias producidas por los mismos), no supone una mejora objetiva de las instalaciones o procedimientos de trabajo tendentes a producir una reducción objetiva de los ruidos. Por ello, sin perjuicio de que la disponibilidad de tales protectores auditivos pueda hacer patente el cumplimiento de la normativa vigente por la empresa, esta circunstancia no impide la calificación de penosa que haya de corresponder objetivamente a la actividad laboral. El TSJ de Aragón en Sentencia de 8 de marzo de 1995 aún es mas claro al afirmar que sólo la eliminación real del

90. SSTS 28 de diciembre de 1990, 6 de octubre de 1995, 6 de noviembre de 1995, 19 de enero de 1996

91. SSTS 6 de octubre de 1995, 6 de noviembre de 1995, 19 de enero de 1996, 12 de febrero de 1996; SSTSJ de Valencia de 23 de junio de 1998, 7 de julio de 1998, 17 de noviembre de 1998, 27 de mayo de 1999; STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 1998

riesgo *en su origen* es determinante, no siéndolo la adopción de medidas protectoras.

En relación a la segunda cuestión, la jurisprudencia[92] precisa que una cosa es la declaración de penosidad por ruido de un puesto de trabajo y otra muy distinta es que dicha declaración conlleve el derecho a la percepción de un plus, pues éste sólo depende de la previsión de la norma laboral que rija la relación de trabajo (habitualmente un Convenio Colectivo de ámbito provincial y referido a un sector concreto[93]) dando derecho entonces a una bonificación llamada "plus de penosidad"[94]. Además no basta una simple penosidad, sino que se requiere una *excepcional penosidad* para que surja el derecho a esa bonificación económica prevista en la norma, entendiendo que dicha circunstancia sólo puede predicarse de aquellos puestos de trabajo en los que pese al uso de protectores auditivos el nivel de ruido sea superior a 80 dB(A), porque aun reconociendo la penosidad que la utilización de tales elementos pone de manifiesto, no supone que esa circunstancia merezca la calificación de excepcional si el ruido es inferior a 80 dB(A)[95]. La jurisprudencia[96] también se ha encargado de aclarar que este complemento no es consolidable, es decir, que si han dejado de existir las condiciones de penosidad que justificaban el plus, puede dejar de abonarse éste; lo cierto que los Tribunales[97] han sido cautos a la hora de apreciar la cesación, exigiendo que tiene

92. STSJ de Valencia 253/1998

93. Por ejemplo, Convenio Colectivo para el sector metalúrgico de la Provincia de Pontevedra

94. SSTS 28 de diciembre de 1990, 6 de octubre de 1995, 6 de noviembre de 1995, 19 de enero de 1996 , 12 de febrero de 1996, STSJ de Aragón de 21 de enero de 1998, de 4 de octubre de 1999; SSTSJ de Valencia de 7 de julio de 1998, 17 de julio de 1998, 27 de mayo de 1999, 7 de septiembre de 1999, 19 de mayo de 2000.

95. STS sala contencioso- administrativo de 5 de abril de 1988

96. STC 191/1998 de 29 de septiembre, STSJ de Valencia 431/1999 de 16 de febrero.

97. SSTS sala contencioso- administrativo 27 de febrero de 1982, 13 de mayo de 1987, 5 de abril de 1988

que ser una efectiva cesación, y no una mera atenuación de las condiciones de penosidad, no siendo por ello suficiente la mera adopción de medidas de protección personal (por ejemplo, los citados protectores auditivos).

También se suscitó la cuestión de la diferencia de decibelios que exigía la normativa comunitaria (85 y 90 dB(A)) y la que exigía el RD español (80 dB(A)) para exigir al empresario medidas protectoras. La STS de 6 de noviembre de 1995 aclara que esta diferencia no es óbice para la relevancia y vigencia de las normas establecidas en el expresado RD a fines de prevención de los riesgos existentes en el nivel superior a 80 dB(A), pues se trata en definitiva de normas que refuerzan la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición del ruido durante el trabajo que es la propia finalidad de la mencionada Directiva (ver art. 1.3 de la Directiva 86/188/CEE). Así, en nuestro sistema normativo la penosidad en el trabajo en relación al ruido, se produce a partir de los 80 dB(A), nivel con el que han de adoptarse obligatoriamente medidas de protección por la empresa.

Se puede resumir que tres son los requisitos[98] precisos para que proceda la responsabilidad empresarial en el ámbito que analizamos: que el trabajador sufra lesiones por enfermedad profesional, que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad, y que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión.

c) Conclusión

La exposición durante el trabajo a un nivel de ruido superior a 80 db(A) puede producir efectos negativos sobre la salud de los trabajadores como la hipoacusia. A partir de este nivel la empresa está obligada a adoptar medidas protectoras para los trabajadores,

98. STSJ País Vasco 9 de diciembre de 1998, núm. 676/1998

independientemente de que estos se nieguen a utilizar protectores de los oídos. La obtención del plus de penosidad sólo tendrá lugar cuando así lo especifique la norma que rija la relación de trabajo, y dejará de percibirse cuando ya no exista la situación de excepcional penosidad por haber reducido el nivel de ruido en la fuente productora del mismo.

D) Tratamiento fiscal del ruido: Naturaleza extrafiscal de los tributos que gravan la contaminación acústica

Como antes apuntábamos, los tributos medioambientales suelen tener carácter extrafiscal. Por ello, un tributo que grave la contaminación acústica como agente contaminante del medio ambiente, tendría también carácter extrafiscal. Esto implica que este tipo de tributo se aleja en cierto modo del fin natural de las figuras tributarias, cual es el fiscal, y se convierte en un instrumento medial en relación a la consecución del medio ambiente adecuado, colocándose al servicio del ordenamiento jurídico y de la justicia que propugna. Un tributo que grave la contaminación acústica se encamina a la realización de mandatos constitucionales como el que impone el deber a los poderes públicos de velar por el medio ambiente (45.2 CE). Además, la configuración jurídica de uno de los elementos del tributo, el hecho imponible, cual es la contaminación acústica, responde a una situación económico-social que justifica su existencia[99].

La función principal de un tributo de tal naturaleza es desincentivar la realización de conductas acústicamente contaminantes, para prevenir daños ambientales: en este caso, se establecería una carga fiscal sobre aquella conducta acústicamente contaminante que se quiere desincentivar, para agravar fiscalmente estas con-

99. Borrero Moro, "La tributación medioambiental en España", Editorial Tecnos, 1999, Pág. 50 y ss.

ductas que perjudican al medio. Esta técnica encuentra su fundamento puramente en el principio "quien contamina paga"[100].

También tiene una finalidad restauradora en el caso de que estos finalmente se produzcan,: por ejemplo, en el caso de la contaminación acústica por aviones, el producto obtenido se invertiría en mejoras de la insonorización de las viviendas afectadas.

Por otra parte, el instrumento tributario podría orientarse a la incentivación de conductas no contaminantes del medio ambiente sonoro, mediante la desgravación total o parcial del tributo que grave la contaminación acústica. Su finalidad es incentivar la incorporación de la tecnología limpia.

La verdad es que nos movemos en un campo delicado. La fiscalidad ambiental tiene unos límites. Una decisión tributaria de tal calado puede orientar las conductas económicas. Pero también podría vulnerar la libertad económica del ciudadano. Por ello, el instrumento tributario debe amoldarse tanto a la capacidad económica del obligado tributario como intervenir únicamente en comportamientos derivados de mandatos constitucionales, como es el caso[101].

Todas las normas de las distintas ramas del ordenamiento jurídico son necesarias y complementarias para tutelar el medio ambiente y como no, el medio ambiente acústicamente no contaminado, pero se tornan insuficientes para garantizar con garantía una política de preservación del mismo. Este hecho impulsa a seguir indagando en otros instrumentos que puedan ayudar a la resolución de dicho problema ambiental, como puedan ser los tributos, que se tornan medios de intervención ambiental dada la libertad de la que goza el legislador para elegir las técnicas apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente [102].

100. Borrero Moreo, op. Cit, págs. 87 y ss.
101. Borrero Moro, op. Cit, Pág. 98
102. Borrero Moro, op cit, págs. 36 y 37.

Ya hemos dicho cómo el legislador ha demostrado su preocupación medioambiental en lo relativo a determinados elementos que configuran el medio ambiente, como lo es el agua, pero no tiene en cuenta que otros factores, como el ruido, también forman parte del mismo, quedando en España sin gravar un fenómeno contaminante del medio. Todo ello refleja la descompensación existente en el número de medidas tributarias que se encaminan a la preservación de los distintos elementos.

Una posible solución lejos del gravamen sería el establecimiento de beneficios fiscales para aquellas actividades que adecuaran su funcionamiento a la consecución de un medio ambiente libre de agresiones acústicas.

En cualquier caso, la fiscalidad ambiental al servicio del medio ambiente libre de contaminación acústica, es una vía nada desdeñable en aras de proteger no solo el medio sino también la salud de las personas.

V. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS FRENTE A LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

1) Marco competencial

Recordemos que en el estudio de la competencia estatal exponíamos como el **artículo 149.1.23º** faculta a las Comunidades Autónomas para establecer *"normas adicionales de protección"*. Por otra parte, según el **artículo 148.1.9º de la Constitución**, *"las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias*[1] *en las siguientes materias: la gestión en materia de medio ambiente"*. Vemos como las Comunidades Autónomas pueden tener competencia de ejecución y competencia de desarrollo legislativo.

1. La propia Constitución prevé distintas vías de acceso a la autonomía: la prevista en el artículo 143.2, por la que accedieron a la autonomía Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Castilla y León. En segundo lugar, la vía prevista en el artículo 151.1 que solo consiguió seguir Andalucía. La tercera vía es una vía excepcional prevista solo para determinados territorios en las disposiciones transitorias 2ª: por esta accedieron Cataluña, País Vasco y Galicia; por la disposición transitoria 5ª, Ceuta y Melilla; y por la disposición adicional 1ª, Navarra. Las diferentes vais de acceso se traducen después en el distinto nivel de competencias iniciales. Mientras las Comunidades autónomas del 143.2 sólo podían asumir competencias dentro de la lista del 148.1, debiendo esperar para ampliarlas al menos cinco años (según se desprende del artículo 148.2), las del 151.1 y disposición transitoria 2ª podían superar desde el principio este límite y asumir también competencias en el marco del 149.1.Así, hasta 1992, podían distinguirse dos tipos de Comunidades Autónomas: en primer lugar, las del acceso por la vía del 143.2 (excepto Canarias y Comunidad valenciana) y en segundo lugar las del acceso por el resto de vías ya mencionadas: Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra, Andalucía, y además, Canarias y la Comunidad valenciana por haber ampliado estas dos últimas sus competencias mediante leyes estatales de transferencia. En 1992, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.2, la Ley Orgánica 9/1992 de 23 de Diciembre de transferencia de competencias a las Comunida-

En virtud pues, del artículo 149.1.23º de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden **desarrollar la legislación básica del Estado sobre medio ambiente**; ahora bien, la actuación de éstas puede quedarse en el mero desarrollo de dicha legislación o ir más lejos, como precisa la STC 102/1995, desarrollando normas adicionales de protección, es decir, normas que establezcan niveles de protección más altos, porque existe el deber estatal de dejar margen de desarrollo legislativo a las Comunidades Autónomas para no vaciar de contenido sus competencias en la materia, aunque este deber es menor que en otros ámbitos. La STC 170/1989 dice que los Estatutos de Autonomía reconocen competencia legislativa a las Comunidades Autónomas en materia de protección del medio ambiente y además, hacen expresa reserva de la facultad para dictar normas adicionales de protección. Así, la ley autonómica puede reforzar los niveles de protección previstos en la legislación básica[2] siempre que estas medidas sean compatibles, no contradigan y no reduzcan, la protección establecida en la legislación básica.

---

des Autónomas que accedieron a la autonomía por al vía del 143.2, amplio notablemente el nivel competencial de esas diez comunidades (excepto Canarias y Comunidad Valenciana). Ya en 1994, fueron modificados los Estatutos de Autonomía de estas diez comunidades, incorporándose a los mismos las materias transferidas por la dicha ley orgánica. Y ya, a partir de 1996, las reformas de diversos estatutos de Autonomía, entre ellos, el de Aragón (mediante LO 5/1996 de 3º de diciembre), las diferencias competenciales entre unas Comunidades Autónomas y otras son ahora menores que antes.

2. Pero ¿y si no existe legislación básica estatal? ¿es posible hacer efectivo ese desarrollo? El TC se ha pronunciado al respecto: en las SSTC 64/1982 y 776/1999 afirma que "*las Comunidades Autónomas pueden ejercer su competencia legislativa igualmente (siempre que su Estatuto se la atribuya) sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas, que serán aplicables a las Comunidades Autónomas*". Así, las Comunidades Autónomas pueden anticiparse a legislar sobre materias en que la normativa básica ha de aprobarse por el Estado; si se publica después esa legislación básica, éstas están obligadas a adaptar a esa legislación básica su propia normativa previamente aprobada. La STC 79/1992 aclara que las Comunidades Autónomas pueden adaptar normativa europea sobre medio ambiente aunque el Estado no lo haya hecho todavía. Por otra parte, si no existe legislación post-constitucional básica sobre la materia, hay que acudir a la legislación pre-constitucional básica (STC 69/1982)

Por su parte, las **competencias de gestión o ejecución** consagradas en todos los Estatutos de Autonomía con base constitucional en el artículo 148.1.9º de la CE, conllevan el ejercicio de la potestad organizativa autonómica (potestades autorizatorias, sancionatorias o inspectoras) y la regulación de las especialidades procedimentales. Aunque la ejecución es generalmente competencia de las Comunidades Autónomas, la normativa estatal ambiental puede reservar un ámbito de gestión del Estado sobre la materia; el Tribunal Constitucional ha intentado restringir estas posibilidades ejecutivas estatales estableciendo que sólo será posible realizar los actos de ejecución que sean precisos para evitar daños irreparables y para asegurar la consecución de la finalidad que corresponde a la competencia estatal de bases. También en aquellos casos excepcionales en que la intervención aislada de las diversas Comunidades Autónomas no permitiera salvaguardar la eficacia de las medidas a tomar[3].

Como el ruido es un agente contaminante del medio ambiente, podemos encajarlo como sector a regular en el seno de esta materia, según se prevea en los Estatutos de las Comunidades Autónomas[4]. Sin embargo, no es menos cierto que existen otros títulos constitucionales con los que guarda una íntima conexión, entre los que cabe destacar la sanidad (art. 148.1.21º y 149.1.16º CE), la ordenación del territorio y urbanismo (art. 148.1.3º CE) y la seguridad pública (149.1.29º CE).

3. SSTC 56/1983, 57/1983, 147/1991, 329/1993

4. Competencias sobre medio ambiente en los respectivos Estatutos autonómicos: Andalucía, arts. 12.3.5º, 15.1.7º; Aragón, art.37.3; Asturias, art. 11.5; Canarias, art. 5.2.e), 32.12; Cantabria, art. 25.7; Castilla-la Mancha, arts. 4.4.f), 32.7; Castilla y León: art. 34.1.5º; Cataluña, art. 10.1.6º; Extremadura, arts. 6.2.k) y 8.8; Galicia, art. 27.30; Comunidad de Madrid, art. 27.7; Murcia, art. 11.3; Navarra, art. 57.c); País Vasco, art. 11.1.a); La Rioja, art. 9.1; Comunidad Valenciana, art. 32.1.6º; Ceuta, art.5.2.e); Melilla, art. 5.2.e).

2) Regulaciones de las Comunidades Autónomas sobre contaminación acústica

A) Compendio legislativo

Son bastantes las Comunidades Autónomas que sufren de un vacío legislativo en cuanto a la regulación sobre contaminación acústica. Tan sólo se han decidido a atajar este problema de indudable trascendencia social unas cuantas que vamos a ver a continuación[5].

1) Andalucía

- *Ley 7/94 de 18 de mayo de protección ambiental*
- *Decreto 74/96 de 20 de febrero que aprueba el Reglamento de la Calidad del aire*
- *Orden de 23 de febrero de 1996 que desarrolla el Reglamento de la calidad del aire en materia de medición, evaluación y valoración de ruidos y vibraciones (aprobado por Decreto 74/96 de 20 de febrero)*
- *Orden de 3 de septiembre de 1998 por la que se aprueba el modelo tipo de Ordenanza Municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones*

2) Asturias

- *Decreto 99/85 de 17 de octubre por el que se aprueban las normas técnicas de los proyectos acústicos y de vibraciones (BOPA núm. 248 de 28 de octubre de 1985)*

5. Ver el caso concreto de Aragón en las Págs. 140 a 173 del estudio .

3) Castilla y León

- *Decreto 3/95 sobre Condiciones a cumplir por niveles sonoros o vibraciones.*

4) Cataluña[6]

- *Ley 3/98 de 27 de febrero de Intervención integral de la administración Ambiental y su Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 136/99 de 18 de mayo. Por Resolución de 28 de noviembre de 2000 se aprueba una ordenanza municipal tipo reguladora de la intervención administrativa de las actividades en el marco de la Ley 3/1998 y disposiciones que la desarrollan.*
- *Resolución de 30 de octubre de 1995, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo, reguladora del ruido y las vibraciones. (DOGC 2126/1995)*[7]
- *Orden sobre control metrológico sobre los instrumentos destinados a medir los niveles de sonido audible (DOGC 2928/1999)*

---

6. El consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña aprobó el 9 de octubre de 2001 el proyecto ley de contaminación acústica con el objetivo de limitar y regular la emisión de ruidos a niveles considerados razonables, con la previsión de sanciones de hasta 50 millones de pesetas (300.506,05 euros). Para ello se clasificará el territorio en tres zonas con diferente sensibilidad acústica (esta medida ya la contenía la ley 7/97 de Galicia contra la contaminación acústica; curiosamente establecen los mismos valores de recepción de ruido en el ambiente exterior). Las sanciones oscilan entre las 149.747 pesetas (900 euros) y los 49.900.000 pesetas (300.000 euros) según la afectación a la salud de las personas, la naturaleza del perjuicio causado, la intencionalidad y la reincidencia. La Consejería de Medio Ambiente tiene previsto impulsar programas de actuación sobre comportamientos cívicos concretos que incluirían la regulación del uso del teléfono móvil en espacios de concurrencia pública. (Fuente: Econoticias, núm. 110, de 15 de noviembre de 2001, Pág. 14) Esta regulación recoge los criterios que la Unión Europea ha establecido en este ámbito, en especial, los principios contenidos en la propuesta de Directiva 2000/0194 sobre Evaluación y Gestión del Ruido Ambiental.

7. Sólo es aplicable si la aprueba el Ayuntamiento del municipio en cuestión

- *Resolución sobre criterios medioambientales para el otorgamiento del distintivo de calidad ambiental a las pantallas acústicas para el tránsito (DOGC 3499/2001)*
- *Ley 16/2002 de la Generalidad de Cataluña de 28 de junio de protección contra la contaminación acústica.*

5) Extremadura

- *Decreto 19/97 de 7 de febrero de Reglamentación de Ruidos y Vibraciones*

6) Galicia

- *Ley 1/95 de 2 de enero de protección ambiental*
- *Ley 7/97 de 11 de agosto de Protección contra la Contaminación acústica (DOG 159/1997)*
- *Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica (aprobado por Decreto 150/99)*
- *Decreto 320/2002 Ordenanzas tipo sobre protección contra la contaminación acústica.*

7) Islas Baleares

- *Decreto 20/1987 sobre medidas de protección contra la contaminación acústica (BOIB 54/1987)*

8) Madrid

- *Ley 10/91 de 4 de abril de protección ambiental*
- *Decreto 78/99 de 27 de mayo por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica (BOCM de 8 de junio de 1999)*

9) Murcia

- *Ley 1/95 de 8 de marzo de protección del medio ambiente*

- *Decreto 48/98 de protección del Medio Ambiente frente al ruido (BORM núm. 180 de 6 de agosto de 1998)*

10) Navarra

- *Decreto Foral 135/1989 de 8 de junio por el que se establecen las condiciones técnicas que deberán cumplir las actividades emisoras de ruidos y vibraciones (BON 76/1989 de 19 de junio de 1989)*

11) País Vasco

- *Ley 3/98 de 27 de febrero, general de protección del Medio Ambiente*

Como se puede observar, tan sólo una Comunidad Autónoma, Galicia, ha combatido la contaminación acústica específicamente mediante Ley; el resto, son disposiciones reglamentarias. Recordemos que las Comunidades Autónomas nombradas y algunas no mencionadas disponen de diversa normativa que ataja tangencialmente los problemas de ruido, por ejemplo, normativa referente a actividades clasificadas, horarios de espectáculos, protección ambiental en general etc[8].

B) Un modelo de ley contra la Contaminación acústica: Ley 7/97 de 11 de agosto de Protección contra la Contaminación Acústica de la Comunidad Autónoma de Galicia

Galicia es la única Comunidad Autónoma que ha regulado la contaminación acústica mediante Ley. Esta Ley tiene como *objetivo* la protección de las personas contra los ruidos y vibraciones imputables a cualquier causa; hace referencia expresa ya en el preámbulo al derecho a la intimidad de los ciudadanos y al descanso,

8. Sólo se recogen aquellas disposiciones que más concretamente tratan la contaminación acústica, excluyendo aquellas otras regulaciones que atajan este problema desde otros flancos, como las normas sobre actividades clasificadas, espectáculos públicos y seguridad ciudadana, ya tratadas en otra parte del estudio (ver Págs. 83 a 94)

al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y al derecho a la salud, que podrían verse dañados a causa de la contaminación acústica, y la necesidad de armonizarlos con el derecho a las actividades económicas, productivas y recreativas.

Quedan sometidas a esta ley las actividades, instalaciones, elementos constructivos de las edificaciones y comportamientos emplazados o ejercidos en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia que produzcan molestias.

En concreto, regula el ruido del *tráfico*: se remite a la legislación estatal vigente en cuanto a los límites máximos admisibles para ruidos emitidos por los vehículos a motor, y otorga la potestad al Ayuntamiento de señalar zonas[9] por donde determinados vehículos no puedan circular o sólo puedan hacerlo de forma restringida en horario y velocidad para asegurarla tranquilidad de la población.

También regula el ruido en la *edificación*: se remite a la legislación estatal NBE-CA-88 en cuanto a las condiciones acústicas de los edificios, a excepción de determinados elementos como los forjados constitutivos de la 1ª planta, los aparatos elevadores, las instalaciones de ventilación, la distribución y evacuación de aguas y demás servicios de los edificios, cuyas condiciones acústicas son determinadas por la propia ley. También establece una seria de medidas para evitar en lo posible la transmisión del ruido a través de la estructura de la edificación, haciendo alusión principalmente a los dispositivos antivibratorios. Es obligación del Ayuntamiento comprobar el cumplimiento de tales medidas.

A modo de "cajón de sastre", se regula el ruido de las *actividades varias*, como los dispositivos sonoros con fines de propagan-

9. Estas zonas son las que alcancen valores de nivel continuo equivalente superior a 55 dB durante periodo nocturno y 65 dB durante periodo diurno.

da (que se prohíben, salvo urgencia o especial significación ciudadana), los trabajos realizados en la vía pública y en la edificación (deben realizarse entre las 8 y las 22 horas, salvo obras urgentes, peligro o estricta necesidad), sistemas de alarma (se puede llegar incluso a su desmontaje) o cualquier otra actividad que implique una perturbación por ruidos en el vecindario; vemos como se deja una válvula de escape que permita incluir en el ámbito de la ley cualquier actividad molesta.

Todas las actividades que se deban someter a evaluación de impacto ambiental, así como los proyectos de nuevas carreteras, deberán contener un estudio acreditativo de su *impacto acústico*.

En cuanto a la *inspección y vigilancia*, corresponde a los Ayuntamientos: los funcionarios municipales pueden acceder a los establecimientos sin previo aviso identificándose. Las visitas de inspección pueden realizarse de oficio o por previa denuncia.

Las *infracciones* se clasifican el leves, graves y muy graves: por ejemplo, la superación de los decibelios permitidos constituye infracción leve si se han superado los niveles permitidos hasta 5 dB(A), grave, en más de 5 dB(A) y muy grave, en más de 15 dB(A); la circulación de vehículos a motor con escape libre o con silenciadores ineficaces es falta leve; la vulneración de los requerimientos municipales para la corrección de las deficiencias, la negativa u obstrucción de la actividad inspectora o el inicio de la actividad sin licencia son faltas graves; la reincidencia en faltas graves o el incumplimiento de la orden de cese o clausura son faltas muy graves.

Las *sanciones* varían según sean infracciones leves, graves o muy graves, pudiendo ser meramente pecuniarias o llegando incluso a la clausura temporal o definitiva de la actividad: para las leves, multa desde 60,10 hasta 1.502,53 euros (desde 10.000 hasta 250.000 pesetas); para las graves, multa desde 1.502,54 hasta

9.015,18 euros (desde 250.001 hasta 1.500.000 pesetas)[10] y para las muy graves: desde 9.015,519 hasta 60.101,21 euros (desde 1.500.001 hasta 10.000.000 de pesetas) mas clausura temporal (mas de 6 meses) o definitiva del establecimiento. Independientemente se pueden imponer medidas cautelares, que aparecen como numerus apertus, para garantizar la eficacia de la resolución.

Una propuesta interesante de la ley es la posibilidad que se otorga a los Ayuntamientos de crear *órganos de mediación para la solución de conflictos* en los que participen también los vecinos. También es interesante la apuesta por el establecimiento de *auditorías* por las empresas para la evaluación sistemática, objetiva, independiente y periódica del ruido; se prevé la concesión de ayudas económicas para la realización de las mismas.

Tanto la Administración Autonómica como la local deben auxiliarse mutuamente y pueden solicitarse información concreta sobre la actividad de la otra Administración en materia de ruidos.

La Ley da un plazo de dos años a los Ayuntamientos para que adapten sus ordenanzas en materia de ruidos a la presente Ley. También prevé su propia modificación para adaptarse a una futura regulación estatal frente al ruido o normativa europea relativa a la contaminación acústica. Los establecimientos ya autorizados o en trámite tendrán el plazo de un año para adaptarse a las exigencias de la Ley.

3) Competencia de las Comunidades Autónomas para establecer tributos que graven actividades contaminantes del medio ambiente como el ruido

10. Concretamente para las infracciones graves de reiterada resistencia al cumplimiento de lo ordenado o dificultar la inspección, también puede imponerse la sanción de clausura temporal o definitiva.

En virtud de los **arts.133.2 y 156 de la CE,** las Comunidades Autónomas pueden establecer y exigir tributos y gozar de autonomía financiera.

La ley estatal que articula estas previsiones es la Ley Orgánica 8/1980 de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas (**LOFCA**) que, en su **art. 6.2 y 6.3,** imposibilita a las Comunidades Autónomas gravar hechos imponibles ya gravados por el Estado o sobre materias imponibles reservadas a las Corporaciones Locales, respectivamente. Pues bien, en principio, como la contaminación acústica es una materia no gravada por el Estado ni reservada a dichas entidades locales, constituye posible objeto de gravamen por las autonomías. Además, el art. 17 les otorga competencia para establecer sus propios tributos, recargos sobre los impuestos del Estado etc.

En relación a la materia de medio ambiente, es cierto que el legislador, tanto estatal como autonómico, se ha preocupado de problemas graves medioambientales como la escasez del agua (introduciendo numerosos instrumentos fiscales relacionados con la preservación de la misma[11]). Sin embargo, los elementos abarcados por el art. 45 de la CE son más numerosos, y por supuesto entre ellos se encuentra el ruido. Pues bien, en relación a la contaminación acústica, ninguna de las Comunidades Autónomas[12] ha articulado medida fiscal alguna que incida sobre la misma, a pesar de ser éste un medio más para la lucha contra el ruido.

---

11. Por ejemplo, tasas de alcantarillado, canon de vertidos -por ejemplo, contemplado en la Ley 29/85 de 2 de agosto de aguas, art. 105, canon de ocupación- por ejemplo, el establecido en la Ley 22/88 de 28 de julio de costas, art. 84-, canon de regulación -por ejemplo, art. 106.1 de la Ley de aguas-, tarifa del agua- por ejemplo, art. 106.2 de la Ley de aguas-etc.

12. Castilla La Mancha aprobó la Ley 11/2000 de 26 de diciembre del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente, no contemplando sin embargo como hecho imponible la contaminación acústica.

VI. EL PODER JURÍDICO DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA LUCHA CONTRA EL RUIDO

1) Marco Constitucional

El derecho de autonomía municipal esta consagrado constitucionalmente en los arts. 137 y 140. El **art.137 de la CE** dice: *"El Estado se organiza territorialmente en municipios...estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses."* El **art. 140** de la misma dice: *"La constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozaran de personalidad jurídica plena..."*.

Sobre la autonomía de los municipios, el TC[1] afirma que se trata de una ***garantía institucional***: *"...la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales...La configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija mas límite que el núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza... En consecuencia, la garantía institucional no asegura un ámbito competencial determinado sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar"*. El TC[2], también ha afirmado que *"su contenido mínimo a respetar por el legislador es el derecho de la comunidad local a participar a través de sus órganos propios en cuantos asuntos el atañen... en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales ..."Este derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma pues el núcleo de la autonomía local, pero, no cabe hablar de intereses naturales de los entes locales sino que la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal que permite configuraciones diversas". "Corresponde al legislador la determinación concreta de la autonomía local respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía"*.

1. STC 32/81 de 28 de julio de 1981
2. SSTC 40/1998, 170/1989, 259/1988, 214/1989 y 46/1992

Así, lo que garantiza el precepto constitucional, no es un elenco exclusivista de asuntos locales, sino el derecho de todos los entes locales a intervenir en todos los asuntos que afecten a la comunidad local, intervención que puede ser de distinta intensidad pues la garantía institucional no asegura un contenido concreto sino la preservación de la institución como tal, garantía que se erige frente al legislador ordinario al que no se fija mas límite que el núcleo esencial que la institución asegura[3]. La autonomía local es un poder limitado de auto-organización que implica el reconocimiento de potestades (reglamentarias, sancionadoras, organizatorias...) para actuar, pero que no dice nada de su extensión y alcance en los distintos sectores materiales, y que el contenido competencial de los entes locales vendrá determinado por la legislación sectorial y consistirá en competencias propias y competencias delegadas[4].

Por último resta por añadir que, tanto la doctrina mayoritaria como el TC ha pregonado el carácter político de la autonomía local, ya que las Administraciones locales realizan opciones políticas, no dedicándose únicamente a administrar[5].

3. Esta doctrina se repite en la STC 27/1987 de 27 de febrero.

4. "El Régimen Local Aragonés", de P.L. Martínez Pallarés, dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", directores Manuel Giménez Abad y José Tudela Aranda, Págs. 395 y ss, Zaragoza, octubre de 2001, en homenaje a Manuel Giménez Abad :Esta interpretación supone tomar como modelo la teoría alemana de la garantía institucional de la autonomía local: garantía subjetiva de las instituciones locales previstas constitucionalmente, garantía objetiva de la autonomía y garantía de la posición de dichas entidades frente a ataques contra su existencia como institución o a su posición autónoma.

5. "El Régimen Local Aragonés", de P.L. Martínez Pallarés, dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op.cit, Págs. 365 y ss.

2) Marco Europeo

Con fecha posterior a nuestra Constitución de 1978, el Consejo de Europa aprueba la **Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985** ratificada por España el 20 de enero de 1988.

Entiende por autonomía local en su art. 3.1, *"el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de su Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes"*.

Y en el art.4 a lo largo de sus distintos párrafos, se establece el alcance de la autonomía local: *"Las competencias básicas de las Entidades locales vienen fijadas por la constitución y por la ley... Las Entidades locales tienen dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia...Las competencias encomendadas a la Entidades locales deben ser normalmente plenas y completas..."*

"Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas...según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios...su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda...de conformidad con los principios de descentralización y de la máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos".

3) El poder de las entidades locales respecto al medio ambiente adecuado acústicamente en el marco estatal

A) Ley de Bases del Régimen Local

La doctrina establecida en la Carta Europea de Autonomía Locales es la piedra de toque de todo el sistema establecido en el

art. 2.1[6] de la **Ley de Bases de Régimen Local 7/1985 de 2 de abril** (**LBRL** en adelante)[7], cuya ultima modificación ha venido por Ley 11/99 de 21 de abril. Aborda la regulación del régimen local desde la percepción de la teoría alemana de la garantía constitucional, anteriormente explicada[8].

Los municipios desde antaño han sido la única Administración que se ocupaba de la tutela ambiental sobre la base de sus atribuciones en materia de sanidad e higiene, que tornó a la policía industrial del s. XIX. Es con la LBRL donde las competencias municipales ambientales encuentran un sólido apoyo.[9]

El art. 25 de la LBRL enuncia en forma descriptiva un cuadro material en el que las Administraciones municipales tienen competencia y cuya concreción corresponde a alguna ley, ya sea estatal o autonómica, según el juego constitucional de competencias. El art. 26 establece un núcleo competencial mínimo y los servicios obligatorios. El orden de la exposición va a seguir el criterio de importancia a la hora de combatir la contaminación acústica:

La **LBRL**, atribuye en su **art. 25.2.f)** la competencia a los municipios para la *protección del medio ambiente*; siguiendo nuestra tesis de que la contaminación acústica forma parte de la degradación del mismo, es indudable la aplicabilidad de esta ley para combatir la contaminación acústica desde el ámbito local. Este artículo está relacionado con el **art. 26.1.d),** que obliga a los munici-

6. El art. 2.1 LBRL establece el derecho de los municipios a intervenir en cuantos asuntos afecten a sus intereses.

7. La LBRL tiene carácter supletorio en aquellos municipios que no tengan ordenanzas municipales de ruidos ni Plan General de Ordenación Urbana o similar ni normativa autonómica que regule la materia.

8. "El Régimen Local Aragonés", de P.L. Martínez Pallarés, dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op.cit.: Eliseo Aja desaprueba la técnica de la garantía institucional , al contrario que la mayoría de la doctrina (Parejo Alfonso, Sosa Wagner...), que considera esta técnica como la más adecuada para preservar el autogobierno local.

9. Martín Mateo, Tratado de Derecho ambiental, 1992, Pág. 269

pios con mas de 50.000 habitantes a prestar el servicio de protección de medio ambiente, y como consecuencia, proteger a la población de la contaminación acústica. Por tanto podemos resumir que la LBRL otorga la competencia a los municipios para proteger el medio ambiente (y por ende, del medio ambiente libre de contaminación acústica), pero sólo obliga a ello a aquellos municipios que tengan más de 50. 000 habitantes[10].

Otra competencia atribuida a los municipios relacionada con la lucha contra la contaminación acústica es la *ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas* en el **art. 25.2.b)**.

La posibilidad de regular el tráfico de personas en las vías urbanas posibilita al Ayuntamiento para regular conductas que pueden incrementar las molestias acústicas en la calle, como el consumo de alcohol, pues la prohibición de consumir el mismo en la calle evitaría en gran medida el alboroto producido sobre todo en las zonas de bares.

---

10. Huesca y Teruel, capitales de provincia (por no hablar ya de los pequeños pueblos de Aragón, cada vez mas despoblados), a fecha de 1 de enero de 2001, contaban con 45.653 y 30.491 habitantes respectivamente11; por tanto, en puridad, nada hay en esta ley que les obligue a velar por el medio ambiente y la protección contra el ruido, a no ser que dichos servicios sean exigidos por los vecinos como así les faculta el art. 18.1.g (vemos como ya no es una actuación de oficio sino que se deja a iniciativa de los particulares, que dependiendo de su sensibilidad medioambiental la ejercerán, o por el contrario, quedará en papel mojado). En el caso de Zaragoza capital, cuya cifra de habitantes supera con creces los 50.000, este servicio si que tendría carácter obligatorio y los vecinos tienen el derecho y el deber de exigir dicha prestación pública de protección del medio ambiente, con apoyo en el susodicho art. 18. g) de la LBRL. Sin embargo, la Ley 7/1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón en el art. 44.a) establece los servicios municipales obligatorios en todos los municipios, y uno de ellos es el control de los ruidos y vibraciones. Por tanto, si Aragón no hubiera llevado a la práctica su competencia sobre régimen local, nos estaríamos rigiendo por la LBRL y en consecuencia, sería un grave problema no sólo para dos de las capitales de provincia de nuestra Comunidad Autónoma sino para entidades locales de calado menor.

Igualmente, otra competencia atribuida al municipio relacionada con la consecución de un medio ambiente adecuado, es la enunciada en el **art. 25.2.d)**: *ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística...*

El urbanismo es una de las más importantes competencias municipales que incide en materia de medio ambiente. De la buena planificación urbana del municipio dependerá que se respete el derecho al descanso de los ciudadanos. Un buen ejemplo de ello lo constituyen las técnicas urbanísticas de prevención, como la limitación de concesión de licencias por causa de excesiva proximidad de unos locales con otros, la declaración de zonas saturadas acústicamente con la consecuente denegación de nuevas licencias en esa zona, la prohibición de instalar locales con una superficie pequeña, la prohibición de instalar discotecas en los bajos de las viviendas etc.

La *protección de la salubridad pública* del **art. 25.2.h)** encuentra su desarrollo en la Ley 14/86 de 25 de abril General de Sanidad: en su art. 42.3.b) atribuye a los Ayuntamientos el control de los ruidos y vibraciones. En opinión de Sosa Wagner, esta no es una norma neutra en cuanto a su intencionalidad sino que pretende que los Ayuntamientos mantengan dentro de ciertos límites la producción de ruidos en los municipios[11]. Relacionadas con la salubridad pública encontramos otras leyes sectoriales como la Ley 22/1988 de 22 de julio de Costas, que en su art. 38.1, prohíbe la publicidad por medios acústicos en el dominio público marítimo terrestre en aras de la protección de la salud y el descanso.

El **art. 25.2.m)**, que vendría a desarrollar el art. 43.3 de la CE en su mandato a los poderes públicos de facilitar la adecuada utilización del ocio, otorga la competencia a los municipios de regular la ocupación del tiempo libre. Si los ayuntamientos promovie-

11. Sosa Wagner, "La lucha contra el ruido", REALA núm. 249, 1991.

sen un ocio alternativo al tradicionalmente practicado sobre todo por los jóvenes, cual es el "ir de bares" se contribuiría a reducir la masificación de personas y por ende, de bullicio, que sufren las zonas residenciales con un enclave de bares. Parece ser que este tipo de medidas de ocio alternativo (como la apertura de polideportivos por la noche con zonas de baile, bar, juegos de mesa...) se ha proyectado como experiencia piloto en algunas ciudades españolas. Queda patente que una fuente específica de contaminación acústica la constituye la inadecuada ocupación del tiempo libre por parte de los ciudadanos, debido entre otros factores como la mala educación, a la inexistencia de alternativas al modo de pasar el tiempo libre que actualmente se da en nuestra sociedad a todas luces perturbador de la tranquilidad a la que tienen derecho los ciudadanos.

El municipio también tiene competencia en *seguridad en los lugares públicos* como así expresa el **art. 25.2.a)**.

La Ley Orgánica 1/92 de 21 de febrero sobre Protección de la seguridad Ciudadana mantiene las competencias locales aludidas y se refiere también en el art. 2.2 a las vinculadas con los espectáculos públicos y actividades recreativas[12], actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de acuerdo con la normativa por la que se rigen.

El **art. 84** de la LBRL autoriza a las Corporaciones Locales a intervenir en la actividad de los ciudadanos a través de diversos medios como las ordenanzas[13]: este suele ser el medio normal de

12. El RD 2816/1982 de 27 de agosto que aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas en el art.82 dota a la autoridad municipal de facultades para ordenar el cierre de un local si carece de licencia, puede prohibir espectáculos si pueden ocasionar daños a personas, cosas o represente un riesgo grave para la salud pública, y si se incumple este reglamento, los alcaldes pueden imponer sanciones que observen los límites de la legislación de régimen local.

13. El RD 2107/1968 de 16 de agosto sobre régimen de poblaciones con alto nivel de contaminación atmosférica o perturbaciones por ruido y vibraciones, en su art.

intervención de los ayuntamientos en el campo de los ruidos y vibraciones, las distancias mínimas etc. También pueden someter a previa licencia y otros actos de control preventivo a las actividades: así suele ocurrir con la exigencia de licencia de actividad para las actividades calificadas como molestas[14].

2, obliga a redactar ordenanzas sobre ruido y vibraciones a los ayuntamientos que puedan alcanzar niveles considerados molestos. Las ordenanzas una vez redactadas deben ser cumplidas. Existe abundante jurisprudencia sobre el incumplimiento de las Ordenanzas bien por parte de las personas físicas o jurídicas privadas o públicas, bien por parte del propio Ayuntamiento. Así, por ejemplo, la STSJ Madrid 462/1998, declara ajustado a derecho el requerimiento que se le hace a RENFE para que adopte medidas correctoras precisas para ajustar los niveles sonoros transmitidos al exterior por la actividad (trenes), a los niveles establecidos en la Ordenanza general de Protección del Medio Ambiente de Madrid, con la advertencia que de no adoptarlas en un plazo señalado para ello, se perseguiría el procedimiento sancionador pudiendo proponerse el precintado de los elementos perturbadores o en su caso, la clausura de la actividad. Aunque el precio de estas medidas correctoras pueda ser elevado, siempre es menor que el valor de la tranquilidad pública, el sosiego y la ganancia en calidad de vida de los vecinos que sufren el elevado nivel sonoro. La STSJ Aragón, 562/1996, estima la temeridad del Ayuntamiento de Tarazona por su injustificada pasividad en el ejercicio de sus competencias (comprobación de si ciertos establecimientos cumplían con los decibelios permitidos en la Ordenanza) otorgadas no solo por dicha ordenanza, sino también por el principio de irrenunciabilidad de sus competencias , en orden a reconducir a la legalidad las actividades de dichos establecimientos públicos, que vulneraban derechos fundamentales de los vecinos como el derecho a la tranquilidad en el interior de sus domicilios que les reconoce el art. 18.2 de la CE, el art. 8 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1960 sobre Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, tal como tiene reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia López Ostra (8 de diciembre de 1994). Se le condena a que realice dichas actividades comprobatorias. La STSJ Asturias, 705/1997 y la STSJ Navarra, , 803/1993, constata la existencia de ruidos en exceso con la consiguiente vulneración de la ordenanza por parte del titular del establecimiento. la STSJ de Aragón 562/2000, condena al Ayuntamiento porque, pese a tener competencia en orden a reconducir a la legalidad la situación irregular detectada en un bar (ante la acreditada inmisión de sonido en las viviendas por encima de los límites permitidos en la Ordenanza), presenta una injustificada pasividad e inoperatividad; el Ayuntamiento está obligado a incoar expediente sancionador en el que se imponga sanción.

14. El RAMINP otorga el protagonismo a las entidades locales: los alcaldes ostentan la competencia del otorgamiento de licencia para el ejercicio de las actividades (art. 6) y los Ayuntamientos son competentes para reglamentar Ordenanzas municipales que regulen las actividades calificadas (art.7). En el procedimiento para la concesión de licencias (arts. 29 a 37) el auténtico protagonista es el Ayuntamiento: se soli-

B) El Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, otorga en su art.1.1 a los Ayuntamientos la facultad de intervenir en la actividad de los ciudadanos, en el ejercicio de la función de policía, cuando exista perturbación de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas con el fin de restablecerlas.

El art. 16 regula la revocación de las licencias otorgadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que de haber existido nos e hubiese otorgado o resultaren otorgadas erróneamente, ya que se tratan de licencias de tracto sucesivo.

El art. 22.2 insiste en que la intervención municipal tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad[15], seguridad y salubridad.

4) El poder de las entidades locales respecto al medio ambiente adecuado acústicamente en las Comunidades Autónomas

En primer lugar, habrá que tener en cuenta lo que prevea cada Estatuto de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas en cuanto a las competencias para regular la materia de ré-

---

cita licencia al Ayuntamiento, que puede denegarla o informarla positivamente en cuyo caso se abre un plazo (30 días) para información pública abriendo la posibilidad de presentación de alegaciones. Se somete también a informe del jefe local de Sanidad y de los técnicos municipales. Tras estos trámites la Corporación emite un informe sobre la actividad, que es remitido al órgano autonómico correspondiente para que se proceda a calificar la actividad, teniendo previamente en cuenta los informes de los servicios provinciales competentes; si la calificación es negativa, será vinculante para el alcalde.

15. SSTS de 5 de julio de 1976, 1 de julio de 1991 vienen a decir que la tranquilidad pública justifica la intervención administrativa para proteger los derechos de los ciudadanos en relación con el descanso, la calidad de vida y el medio ambiente adecuado.

gimen local[16]. En desarrollo de dicha previsión, cada Comunidad Autónoma podrá articular una legislación autonómica sobre régimen local, a la que habrá que estar para determinar el poder que ostentan las entidades locales[17]. También podrán establecer los mecanismos de cooperación con las entidades locales y el régimen de relación con las mismas.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la posibilidad que tienen las entidades locales para gravar la contaminación acústica. El **art. 133.2 de la CE** otorga la potestad a las Corporaciones locales de establecer y exigir tributos de acuerdo con la propia CE y las leyes. El **art. 142** establece que las Haciendas Locales se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas[18]. Estos artículos se incardinan en el seno de la autonomía de las entidades locales, garantizada constitucionalmente en el art. 140, además de la previsión del art. 137 de la autonomía de municipios y provincias para gestionar sus propios intereses[19].

Las leyes que articulan estas previsiones constitucionales son la **Ley 230/1963 de 28 de diciembre General Tributaria**, art. 5, que

---

16. Por ejemplo, en Aragón, art. 35.1.2° del EA.

17. Por ejemplo en Aragón, la Ley 7/1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón.

18. Se ponen a disposición de las Entidades Locales, entre otras, dos vías fundamentales e independientes de financiación, cuales son los tributos propios y la participación en Tributos del Estado, que por primera vez, van a funcionar integradamente con el objetivo de proporcionar el volumen de recursos económicos que garantice la efectividad del principio de suficiencia financiera.

19. El principio de autonomía, referido al ámbito de la actividad financiera local, se traduce en la capacidad de las Entidades Locales para gobernar sus respectivas haciendas. Esta capacidad implica algo más que la supresión de la tutela financiera del Estado sobre el sector local involucrando a las propias corporaciones en el proceso de obtención y empleo de sus recursos financieros y permitiéndoles incidir en la determinación del volumen de los mismos y en la libre organización de su gasto, tal y como ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en su labor integradora de la norma fundamental.

otorga a las provincias y municipios la potestad de establecer y exigir tributos dentro de los límites fijados por las leyes. La **Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local,** arts. 105 a 116, que actualmente han quedado en desuso, pues no culminaron íntegramente la ordenación del sector local financiero, de manera que la actividad financiera solo pudo ser regulada en algunos de sus aspectos generales. De ahí que se aprobara la **Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales,** que es la que de facto rige la materia financiera de las entidades locales, atribuyendo en su art. 2 la potestad para establecer tributos propios o participar en los del Estado y Comunidades Autónomas.

Pues bien, no parece que exista, a nivel local, tributo alguno que grave la contaminación acústica en toda la geografía española, pese a la capacidad que ostentan dichas entidades.

VII. EL RUIDO EN ARAGÓN

1) Aragón en el seno de la Unión Europea

Aragón, como territorio integrante de España, Estado Miembro de la Unión Europea, debe observar las pautas marcadas por el derecho comunitario medioambiental referente a la contaminación acústica, pudiendo adelantarse incluso en la adaptación de las normas europeas aunque el Estado no lo haya hecho todavía[1], como sucede en el ámbito del medio ambiente acústicamente adecuado.

Lo mas novedoso a destacar en el campo de las Directivas europeas relativas al ruido, es la **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre evaluación y gestión del ruido ambiental 2000/0194, presentada por la Comisión,** a la que anteriormente he hecho alusión en el estudio europeo. Los arts. 7 y 8 obligan a las autoridades competentes a crear *mapas de ruido*[2] *y planes de acción*

1. STC 79/1992

2. Los estudios de evaluación de impacto ambiental permiten conocer los contaminantes energéticos; en el término municipal de Zaragoza, el realizado en 1988- 1999 dio como resultado que el principal responsable de los niveles sonoros ambientales es el tráfico rodado. La elaboración de mapas de ruido se presenta como herramienta fundamental global de conocimiento de la contaminación acústica. Los mapas de ruido se efectúan tradicionalmente mediante la técnica de la sonometría, es decir, mediante la medición "in situ" con sonómetros en cuadrantes de una extensión de terreno de 200 x 200. Existen nuevas metodologías basadas en "modelos numéricos", es decir, aquellos que tienen en cuenta sobre todo el ruido procedente del tráfico, introduciendo una serie de parámetros de partida, de modo que reflejan un promedio de la contaminación acústica existente de la zona estudiada; la importancia de este modelo radica en que permite la previsión de niveles de ruido y otorga una mayor definición que la sonometría clásica. Se hacen los estudios tanto del ruido de día como de noche. Actualmen-

respectivamente, en las aglomeraciones de mas de 250.000 habitantes antes del 31 de diciembre del 2004 y 2005 respectivamente. Para el 31 de diciembre del 2009 y 2010 respectivamente, también será obligatorio para las aglomeraciones de más de 100.000 habitantes.

Estas previsiones, en relación a la Comunidad Autónoma de Aragón, son significativas: nuestra Comunidad no alcanza en dos de sus tres capitales de provincia ese mínimo de 100.000 habitantes (Huesca y Teruel capital, a fecha de 1 de enero de 2001, contaban con 45.653 y 30.491 habitantes respectivamente, según el Instituto Aragonés de Estadística), por lo que quedaría en puridad fuera del ámbito de aplicación de los arts. 7 y 8 de la Directiva. Sería pues deseable que progresivamente se fuera reduciendo la exigencia de ese mínimo que marca la Directiva para suplir una posible falta de voluntad por parte de las autoridades competentes a la hora de adoptar dichos mapas de ruido y planes de acción en aquellos municipios donde a pesar de necesitarse, no se adoptaran tales medidas; e incluso que la Comunidad Autónoma de Aragón optara en su futura legislación por mejorar este ámbito de protección[3] mediante la reducción de la exigencia del número de habitantes para realizar dichos mapas de ruido[4] y planes de acción.

---

te, Zaragoza capital tiene cuatro mapas de ruido: el de la zona del Actur fue el primero que se hizo en 1999, seguido del de la zona de la Almozara en el mismo año también; la zona del Ensanche (Gran vía etc) fue objeto de estudio en el año 2000, y la zona de Torrero- La Paz- San José cuenta con mapa de ruido en este mismo año 2001. En proyecto se encuentra la zona de la Margen izquierda y el Centro , además de los barrios rurales (fuente: Ayuntamiento de Zaragoza, Unidad de Medio Ambiente).

3. La STS de 6 de noviembre de 1995 enmarcada en el ámbito laboral, expresa que el refuerzo establecido por la normativa de adaptación responde a la propia finalidad del derecho comunitario cual es la protección frente al ruido.

4. Ciertamente que tanto Zaragoza capital como Teruel y Huesca capital, cuentan con mapas de ruido a pesar de no estar condicionados por la Directiva los dos últimos, por lo que al hablar de reducción de mínimos de población exigidos, es mas en relación con otros municipios y en aras de la seguridad jurídica. Los mapas de ruido constituyen la herramienta del futuro para la lucha contra el ruido.

2) La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón

El Estatuto de Autonomía de 1982 (LO 8/1982 de 10 de agosto) fue modificado por la LO 6/1994 de 24 de marzo, recogiéndose entre las *competencias de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del estado*, la relativa a "normas adicionales de protección del medio ambiente" (36.1.6"); y entre las competencias de ejecución de la legislación del Estado "la protección del medio ambiente" (art. 37.1.3º)[5].

La **Ley Orgánica 5/1996 de 30 de diciembre** volvió a reformar el Estatuto modificando nuevamente la competencia sobre esta materia, enunciándola en un *único título competencial*, vigente en la actualidad, que ha quedado redactado en los siguientes términos:

Artículo 37.3 del EA de Aragón: "corresponde a la Comunidad Autónoma *el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del estado en las siguientes materias: protección del medio ambiente; normas adicionales de protección del medio ambiente y del paisaje*".

Mediante este artículo, Aragón tiene competencia para regular medidas legales que combatan la contaminación acústica a nivel autonómico; no importa que no exista legislación básica a nivel estatal sobre contaminación acústica: Aragón, como ya lo han hecho otras Comunidades Autónomas[6], puede regular por propia iniciativa[7] una ley (y su posterior desarrollo mediante Reglamento) que combata la contaminación sonora.

---

5. Ya en fase preautonómica, se transfirieron a la Comunidad Autónoma de Aragón los medios, funciones y servicios de ejecución en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas mediante Real Decreto 298/1979 de 26 de enero; en materia de estudios de ordenación del territorio y medio ambiente, por Real Decreto 3316/1983 de 2 de noviembre; y en materia de medio ambiente, por el Real Decreto 3504/1983 de 14 de diciembre .

6. Galicia es el mejor ejemplo (Ver Págs. 127 a 130 del estudio).

7. Si no existe legislación básica sobre la materia, las Comunidades Autónomas pueden ejercer su competencia legislativa igualmente (siempre que su Estatuto se la

En relación propiamente al medio ambiente, el **Decreto 50/2000 de 14 de marzo del Gobierno de Aragón, aprueba la estructura orgánica del Departamento de Medio Ambiente** de conformidad con lo establecido en la Ley 11/1996 de 30 de diciembre de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. A este Departamento corresponde desarrollar la acción administrativa y la gestión en materia de medio ambiente, y concretamente dentro del ámbito de sus competencias, le corresponde fomentar la calidad medioambiental. Bien es cierto que dentro de esta genérica previsión cabría perfectamente el fomento de la calidad medioambiental en el ámbito acústico, pero hubiera sido deseable una previsión concreta por parte del legislador de la atribución de la competencia de prevención y lucha contra el ruido. Tan solo de modo indirecto, con la atribución al Servicio de Prevención Ambiental de la competencia en la tramitación de los expedientes de EIA y la elaboración de las propuestas de DIA, contribuye al control de las actividades molestas por contaminación acústica.

Como el ruido es un problema transversal causado por diferentes focos, necesita un enfoque integral; así, al mencionado frente que constituye el Departamento de Medio Ambiente, se une el **Decreto 23/2000 de 2 de febrero del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura Orgánica del Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes**. A este corresponden la gestión de las carreteras, el apoyo a los Ayuntamientos, la tramitación de autorizaciones para la implantación de usos sobre el territorio, el fomento de la calidad edificatoria, entre otras competencias. Al analizarlas, se puede deducir que constituyen importantes instrumentos de contención de la contaminación acústica, ya que permiten controlar algunas de las fuentes más importantes

---

atribuya) sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas, que serán aplicables a las Comunidades Autónomas (SSTC 64/1982 y 776/1999). Además, las Comunidades Autónomas pueden adaptar normativa europea sobre medio ambiente aunque el Estado no lo haya hecho todavía (STC 79/1992).

de ruido: los transportes por carretera, una mala planificación urbanística y la mala calidad de aislamiento de los edificios.

El urbanismo y la ordenación territorial, como afirma Sosa Wagner, constituyen el instrumento de mayor calado para una política correcta de prevención de las actividades molestas por ruidos, ya que la distribución racional de los usos urbanísticos, su acertada zonificación y las mismas reglas del tráfico, tienen una incidencia sobre la prevención y eliminación de estas actividades cuya importancia es necesario realzar; dicho de otro modo, el esfuerzo de una política de protección ambiental destinada a luchar contra las actividades molestas y la prevención de ruidos sin el soporte de una ordenación acertada de los usos urbanísticos tiene algo del inútil esfuerzo de Sísifo[8]. La estimación de los usos que puedan resultar molestos y su corrección dependen en primer lugar de su admisibilidad en los instrumentos de planeamiento urbanístico o sencillamente en las Ordenanzas[9].

El Plan General de Ordenación Urbana tiene entre sus funciones, la clasificación del suelo, permitiendo establecer en el sistema general urbanístico las aéreas de ocio, que son una de las fuentes más importantes de ruido[10]. También mediante Planes Especiales se pueden establecer medidas de lucha en materia de contaminación acústica, ya que una de sus finalidades es proteger el medio ambiente, en desarrollo de las previsiones contenidas en

8. Romero Hernández ,"Urbanismo y Contaminación Acústica", dentro de la Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Administrativo "Actualidad Administrativa"núm. 13, 139, semana 30 marzo, 1992.

Sísifo fue, según la mitología griega, un personaje condenado a subir con gran esfuerzo una roca hasta la cumbre de una montaña y, una vez arriba, escapársele de las manos y rodar pendiente abajo hasta el punto de partida, desde donde debía volver a remontarla penosamente y caérsele nuevamente, así eternamente.

9. STS de 27 de septiembre de 1985.

10. La Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón, en su art. 33.a) regula las determinaciones generales a contener por el PGOU, siendo la clasificación del suelo una de ellas. Según la clasificación del suelo, se permitirán unos usos u otros.

el Plan General[11]. Incluso mediante Planes Especiales de Reforma Interior en suelo urbano, en desarrollo de las previsiones del Plan General, pueden contemplar medidas encaminadas a la mejora del medio ambiente[12] (entendemos que engloba igualmente el medio ambiente acústico).

Ya ha quedado claro que Aragón, a pesar de tener competencia para ello, no ha regulado hasta el momento norma alguna que combata la contaminación acústica específicamente[13], por lo que, los criterios que rigen en Aragón actualmente en cuanto a actividades molestas se refiere son los marcados por la regulación estatal que contiene el RAMINP, ya que Aragón no ha elaborado ninguna regulación que siquiera actualice dicho Reglamento del 61. Además, tal como denuncia el Justicia de Aragón[14], la falta de cumplimiento del RAMINP es evidente, pues los Ayuntamientos no siempre exigen a los establecimientos la licencia municipal para su apertura y funcionamiento, además de la falta de realización de procedimientos de participación ciudadana, de inspecciones periódicas y la inexistente coordinación de los agentes implicados.

---

11. Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón, en su art. 57.1.b). Como ejemplo de la posibilidad de utilización de un Plan Especial como medida contra la contaminación acústica, se creó en la ciudad de Málaga uno de uso hostelero debido a la excesiva concentración de usos de bares en una zona de la ciudad.

12. Ley 5/1999 de 25 de marzo Urbanística de Aragón, en su art. 58.a).

13. El Justicia de Aragón ya denunció en abril de 2000 la falta de legislación (ni Ley ni Reglamento) autonómica sobre Contaminación Acústica, pese a que Aragón ostenta las competencias necesarias para ello. Tampoco ha desarrollado el RAMINP en cuanto a Ruidos y Vibraciones se refiere ni ostenta una Ordenanza- Marco.

14. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, conforme a lo previsto en el art. 36 de la Ley 4/85 de 27 de junio reguladora del Justicia de Aragón: *"El Justicia de Aragón podrá presentar también informes extraordinarios cuando lo requiera la urgencia o la importancia de los hechos que motiven su intervención"*.

Sin embargo, las Cortes de Aragón han aprobado una proposición no de ley[15], instando al Gobierno de Aragón a la elaboración de un **Proyecto de Ley de Protección y Prevención de Ruidos y Vibraciones**, cuyo objetivo final es garantizar el descanso de los ciudadanos[16]. Así, las distintas ordenanzas o normas análogas que existen por diversos municipios de nuestra geografía deberían amoldarse a esta regulación marco de carácter autonómico, ya que presentan importantes diferencias en cuanto a niveles sonoros máximos permitidos[17].

Por lo que sólo queda añadir, que Aragón como Comunidad Autónoma, va parcheando los problemas de ruido que sufre provenientes de las distintas fuentes, gracias a las regulaciones secto-

---

15. Proposición no de ley núm. 111/01, Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón núm. 48 de 20-21 de septiembre de 2001. Aparece reflejado en acta que en el Pleno sobre el estado de la Comunidad Autónoma de Aragón en septiembre de 2000, se aprobó la propuesta núm. 34 que decía que las Cortes de Aragón instaban al Gobierno de Aragón para que, de acuerdo con las recomendaciones del Justicia de Aragón, remitiera a la Cámara un Proyecto de Ley que regulara la protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones. En abril el Consejero de Medio Ambiente encargó la elaboración del borrador de dicho proyecto de ley cuya finalización esta prevista para antes de que finalice el actual ejercicio. Por tanto, esta proposición parece reiterativa de la primera.

16. El Gobierno de Aragón ha elaborado el anteproyecto de Ley de protección contra la contaminación acústica y vibratoria; previsiblemente será en el mes de Marzo de 2002 cuando pase a las Cortes de Aragón.

17. Veamos por ejemplo, los niveles sonoros máximos permitidos en el interior de las viviendas durante el día en las Ordenanzas de Calatayud y Mallén: la Ordenanza de Calatayud permite 35 decibelios como máximo y la Ordenanza de Mallén permite hasta 45 decibelios; aquí se aprecia que los vecinos de Calatayud tienen un mejor derecho al descanso que los vecinos de Mallén, al exigir su ordenanza que como mucho, están obligados a soportar 35 decibelios frente a los 45 decibelios que entran dentro del límite de la legalidad en Mallén. Otro ejemplo en relación al ruido exterior nocturno permitido en las zonas industriales: la Ordenanza de Alcorisa tolera hasta un máximo de 50 decibelios, mientras que la Ordenanza de Mallén sube el límite hasta 80 decibelios; otra vez son los vecinos de Mallén los menos protegidos en relación con los vecinos de Alcorisa , poniendo pues de manifiesto las desigualdades existentes entre los ciudadanos aragoneses según vivan en un municipio u otro, y poniendo de relevancia la urgente necesidad de una norma marco autonómica.

riales autonómicas y estatales existentes que tratan la contaminación acústica, además de las Normas Subsidiarias Provinciales. Cabe esperar que finalmente salga a la luz una normativa autonómica propia que trate el problema de la contaminación acústica para dotar a la Comunidad Autónoma de un marco homogéneo que pueda ser desarrollado y concretado por los municipios mediante ordenanzas municipales y salvaguardar el principio de legalidad en la tipificación de infracciones y regulación de las sanciones cuyo objeto específico sean las actividades generadoras de ruido o vibraciones molestas y excesivas, a la par que proteja el derecho constitucional de los ciudadanos aragoneses a vivir en un medio ambiente acústicamente adecuado. En opinión del Justicia de Aragón[18], dicha Ley debería autorizar al órgano competente, judicial o administrativamente, para la adopción de medidas cautelares, que aseguraran el derecho del ciudadano con carácter prioritario, y abordar la actualización del régimen sancionador.

3) El poder de las entidades locales aragonesas

A) El régimen local y el Estatuto de Autonomía de Aragón

El **Estatuto de Autonomía de Aragón**, tras su reforma mediante la LO 5/1996 de 30 de diciembre, otorga en su **art. 35.1.2°** a nuestra Comunidad Autónoma como competencia exclusiva, la materia de régimen local, sin perjuicio de lo establecido en el 149.1 de la Constitución. Para el ejercicio de esta competencia, la Comunidad ostenta la potestad legislativa, reglamentaria, y la función ejecutiva (art. 35.2 del EA).

El **art. 44 del EA** regula las *relaciones de la Comunidad Autónoma con las entidades locales*. En su primer apartado recoge los principios que deben regir entre ambas administraciones: información mutua, colaboración, coordinación y respeto de los ámbitos com-

18. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 40.

petenciales. En el segundo apartado ratifica la competencia para regular mediante ley las materias relativas a la Administración Local. Y el párrafo tercero contempla la posibilidad de la transferencia o delegación de las materias de competencia autonómica a las corporaciones locales.

Este artículo es de vital importancia para una Comunidad Autónoma como Aragón, cuyos entes locales, sobre todo los pequeños municipios, carecen de medios humanos y técnicos para hacer frente al grave problema del ruido. Siguiendo los principios que marca, la lucha contra el ruido se tornaría más eficaz de lo que es hasta ahora, pues quizá, tal y como expone el Justicia de Aragón[19], con una mayor coordinación administrativa, fruto de una buena información y una mayor colaboración, se aplicaría correctamente al menos la legislación vigente concerniente al ruido.

El **art. 53** regula la cooperación de la Comunidad Autónoma con las Entidades Locales, concretamente en el ámbito financiero: la Comunidad tiene la potestad de tutelar la actividad financiera de los entes locales[20].

B) La Ley de Administración Local de Aragón

En desarrollo de este precepto, las Cortes de Aragón, conscientes de la importancia política que tienen las entidades locales como piezas básicas de la organización territorial aragonesa, aprueban la **Ley 7/1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón** (**LALA** en adelante), que constituye el marco jurídico general adecuado a las necesidades de la Administración Local.

Las características de la Ley de Administración Local, como dice su Preámbulo, se hallan determinadas por las peculiaridades

19. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 41.
20. Ver Págs. 138 y 139 del estudio.

de la legislación básica estatal de régimen local; esta normativa básica resulta tan minuciosa en algunas materias que apenas deja espacio al desarrollo autonómico. La ley aragonesa integra, reproduciéndola, la normativa básica estatal de régimen local y se remite a aquella respecto de aquellos aspectos del régimen jurídico de las entidades locales cuya regulación es común al resto de Administraciones Públicas (así ocurre, entre otros, con el régimen jurídico de los actos locales, el procedimiento, la responsabilidad patrimonial, los contratos, personal y hacienda). Por ello la LALA se convierte en referente normativo suficiente que simplifica la complejidad del marco legal vigente hasta ahora: ha desplazado la ley estatal de carácter no básico (TRRL y sus Reglamentos de desarrollo). Además, con la futura aprobación de los Reglamentos de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales aragonesas y de Territorio y Población, se reforzará el carácter autosuficiente del régimen local aragonés (la DF1ª de la LALA habilita al Gobierno de Aragón para el desarrollo reglamentario de la misma)[21].

Del juego combinado del art. 149.1.18º de la CE y del art. 35.1.2º del Estatuto de Autonomía se desprende que el régimen local constituye realmente una competencia compartida según la técnica "bases- desarrollo", pero por desarrollo jurisprudencial (SSTC 32/81, 27/87, 214/89) y por la ampliación del techo competencial de la Comunidad Autónoma efectuada en los últimos años se produce una lenta pero progresiva interiorización del sistema local en el ordenamiento autonómico y en consecuencia, el paulatino desequilibrio del actual "bifrontalismo" sobre la base de atender a una suerte de preferencia por el legislador autonómico[22].

21. P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", Págs. 395 y ss, dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", directores Manuel Giménez Abad y José Tudela Aranda, Zaragoza, octubre de 2001, edita "El Justicia de Aragón".

22. P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op. Cit, Págs. 395 y ss.

a) El municipio como Entidad Local Básica

Los municipios constituyen la piedra de toque en la aplicación de la legislación existente para paliar este fenómeno de la contaminación acústica, tornándose los máximos responsables en la lucha contra el ruido, ya que ostentan las suficientes competencias para ello, como vamos a ver a continuación, además de ser los elegidos por las diferentes regulaciones como las entidades locales con competencia para el control de las actividades potencialmente ruidosas[23], que quizá constituyan un elevado porcentaje de los expedientes sancionadores[24].

a.1) Competencias de los Municipios

El **art. 42.1** de la LALA establece que *"los municipios, en el ejercicio de su autonomía y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contri-*

23. En relación a las actividades molestas objeto de regulación del RAMINP, el Decreto 216/1993 de 7 de diciembre de la DGA, que aprueba el Reglamento del Consejo y de las Comisiones Provinciales de Ordenación del territorio, atribuye en su artículo 19.2.a) a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio, la competencia medioambiental de calificar y señalar medidas correctoras y cuantas otras funciones se encomiendan en el RAMINP a las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos, además de informar los expedientes relativos a la instalación, ampliación o modificación de actividades potencialmente contaminadoras (se entiende que también acústicamente) y cuantas otras funciones les atribuya la legislación ambiental. Por otra parte, el Decreto 45/94 de 4 de marzo de la DGA de evaluación de impacto ambiental, expone en la DA1ª, que en los supuestos sometidos a EIA, las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio, en materia de actividades molestas, tanto al emitir el informe de calificación de actividades como al establecer medidas correctoras de las molestias de cada actividad, se ajustará a la declaración de impacto ambiental formulada por este Decreto.

24. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit., Pág. 22 y 25: en el año 2000, de la respuesta de 27 Ayuntamientos se obtiene que las actividades de ocio como los pubs, discotecas, bares, restaurantes etc constituyen el 64% de las causas de quejas por ruido. Igualmente, 19 Ayuntamientos expresaron que el principal problema que les preocupaba era el ruido generado por las actividades ociosas, constituyendo un 23% de los problemas expresados por los mismos.

buyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".

Esta previsión dota al municipio de una amplia capacidad de actuación, de modo similar al art. 25.1 de la LBRL. Está claro que un medio ambiente acústicamente adecuado es una necesidad de los ciudadanos, y no en pocos casos, una aspiración, por lo que el municipio tiene la potestad (no la obligación) de promover actividades que contribuyan a la consecución del mismo, como por ejemplo, campañas de concienciación social en relación al ruido[25].

El **art.42.2** dice que *los municipios podrán prestar servicios públicos y ejercer competencias en los siguientes ámbitos de la acción pública* (destacamos algunos, a efectos de la materia objeto del estudio) :

a)...garantizar la tranquilidad y sosiego en el desarrollo de la convivencia ciudadana

b) La ordenación del tráfico de vehículos...

d) La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística del término municipal

f) La protección del medio ambiente.

Todas estas potestades del municipio le permiten combatir la contaminación acústica desde los diversos frentes abiertos: para garantizar la tranquilidad y el sosiego puede tomar medidas, por ejemplo, de reducción de horarios de los pubs; la ordenación del tráfico de vehículos le permite limitar temporalmente el uso de una calzada, por ejemplo, los fines de semana en relación a aque-

25. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 43: en este sentido, el Justicia insiste en que es necesario realizar campañas educativas dirigidas al conjunto de la población, en especial a los jóvenes, destinadas a mostrar el ruido como un problema real y evitable, informando de sus orígenes, efectos sobre la salud y el medio ambiente; también propone trabajar en el cambio de modelo de ocio juvenil mediante la educación.

llas calles que sufren un enclave de bares, para reducir la contaminación acústica agregada de los vehículos que hasta allí se desplazan; las técnicas urbanísticas de prevención como la prohibición de otorgar más licencias de actividad en zonas acústicamente saturadas ayudarían a evitar que se incrementara la contaminación en esas zonas, y en definitiva, la genérica protección del medio ambiente se conseguiría con la aplicación de estas y otras medidas[26].

Una Administración que no presta servicios pierde en buena medida su razón de ser. La dimensión del municipio como Administración no está garantizada, por aquel carácter representativo, aunque es su presupuesto, pues requiere además, una capacidad de gestión adecuada a su territorio y población. La escasa dimensión de la mayor parte de nuestros municipios, incapaces de prestar aún los servicios obligatorios, empaña aquella dimensión representativa y convierte en retórica vacía la declaración del principio de autonomía local, a pesar de los propósitos del propio Preámbulo de la LALA. Esta realidad justifica la previsión de fórmulas dirigidas a potenciar la capacidad de gestión de los municipios (caso de las mancomunidades de municipios) o a atribuir la gestión de ciertos intereses públicos a entidades locales supramunicipales.

---

26. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 41: la adecuada ordenación urbanística de los Municipios debe funcionar como marco regulador de los usos urbanos y sus niveles de intensidad, compatibilizando los distintos usos con el uso básico residencial, desarrollando medidas sostenibles de urbanismo y transporte. Deberá medir muy bien las ubicaciones de las actividades molestas sujetas al RAMINP, evitando la concentración de las mismas en espacios urbanos. También con un impulso del transporte público se reduciría el volumen de tráfico sonoro; además si se incrementara la vigilancia de las motocicletas que circulan con tubo de escape libre y se insonorizaran los camiones de basura se ayudaría a la reducción significativa de una contaminación acústica gratuita.

En el **42.3** se dice que los municipios ejercen sus competencias en *régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad*. En la programación y ejecución de su actividad se coordinarán con la DGA y las demás administraciones públicas.

El art. **44.a)** establece los **servicios municipales obligatorios en todos los municipios** y uno de ellos es el **control de los ruidos y vibraciones**. El art. 22.f) recoge el derecho- deber que tienen los vecinos de solicitar dichos servicios mínimos, de modo que estos se convierten, en opinión de Fanlo Loras, en garantía de los vecinos[27], configurando un verdadero "Estatuto del Vecino" a modo de derecho subjetivo[28]. El art. 45 establece supuestos de dispensa de prestación de servicios obligatorios.

En definitiva, la ley aragonesa parece ofrecer suficientes previsiones legales a los municipios para que contengan los ruidos y vibraciones, con un poco de voluntad política por parte de los mismos. Sin embargo, parece ser que los municipios, tal y como denuncia el Justicia de Aragón[29], no realizan un adecuado ejercicio de sus competencias en la prevención y reducción de la contaminación acústica, ya que por ejemplo, no todos cuentan con Ordenanzas municipales específicas o reguladoras del medio ambiente y en concreto de ruidos y vibraciones[30]. En defecto de tales Orde-

27. P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op. Cit, Págs. 395 y ss.

28. "Urbanismo y Contaminación Acústica" de Romero Hernández, dentro de la Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Administrativo "Actualidad Administrativa"núm. 13, 154, semana 30 marzo, 1992.

29. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 40.

30. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 9: en abril de 2000, tan sólo 14 de los 40 Ayuntamientos que respondieron al Justicia, cuentan con Ordenanza municipal en materia de ruidos y vibraciones. Estos Ayuntamientos son los de Huesca, Jaca, Sabiñánigo, Fraga, Teruel, Alcañiz, Alcorisa, Monreal del Campo, Mallén, Brea, Quinto, Calatayud, Tarazona y Zaragoza. En porcentaje, de los Ayuntamientos que han respondido no llegan a la mitad los que disponen de Ordenanza.

nanzas o instrumento similar (PGOU[31]) se aplican las Normas Subsidiarias Provinciales (que son homogéneas para las tres provincias), ya que no existe una Ordenanza Marco Autonómica. El Justicia aconseja que los principales Ayuntamientos al menos, se doten de los recursos técnicos y humanos necesarios[32]; además reclama el apoyo del Gobierno de Aragón y a las Diputaciones Provinciales para que ayuden a las localidades más pequeñas[33].

a.2) Los pequeños municipios aragoneses

El propio Preámbulo de la LALA afirma que las reducidas dimensiones de la mayoría de los municipios aragoneses no constituyen obstáculo para que el principio de autonomía local despliegue toda su eficacia como título habilitante de la actividad municipal. Pero dadas las características de los pequeños municipios[34], resultaría difícil pretender que realizasen por sí mismos los

31. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 9: de los cuarenta Ayuntamientos que respondieron sobre su regulación acerca de ruidos y vibraciones, Graus, Monzón, Ejea de los Caballeros y Fuentes de Ebro regulaban la contaminación acústica mediante Planes Generales de Ordenación Urbana.

32. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 15,31 y 42: 21 de los municipios encuestados utiliza la Policía Local; 15 disponen de personal técnico y 4 acuden a personal externo. Además, no llegan a la mitad los Ayuntamientos que disponen de sonómetro (un total de 16). También es muy importante que se actualicen los mapas de ruido existentes periódicamente, y sería aconsejable desarrollar indicadores sobre el estado del ruido urbano que informen a la población (Pág. 42)

33. Heraldo de Aragón, 15 de abril de 2000. Según el Informe del Justicia (op. cit, pág. 31) sólo existe constancia de que presta asistencia a los Ayuntamientos para la medición de ruidos la Diputación Provincial de Teruel.

34. Se consideran pequeños municipios aquellos que tienen menos de mil habitantes. El art. 58 de la LALA otorga la posibilidad de que se acojan a un régimen más simplificado, que debe ser objeto de desarrollo reglamentario; parece ser que el Proyecto de Reglamento de Territorio y Población de las entidades locales de Aragón prevé la adopción de criterios para elaborar un mapa de personal al servicio de la Administración Local que preste sus servicios en este tipo de municipios (P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op. Cit, Págs. 395 y ss.)

servicios obligatorios (uno de ellos es el control de ruidos y vibraciones); por ello, la propia ley prevé, además de cláusulas de exención, la posibilidad de que estos servicios se realicen mediante la asociación de municipios principalmente a través de las mancomunidades, o mediante la colaboración que puedan obtener de otras administraciones como las Comarcas o Diputaciones Provinciales.

Castelar Gil[35] ha expuesto los problemas reales con los que se encuentran los pequeños municipios de Aragón ante ruidos provenientes de actividades molestas, que pueden resumirse en la falta de disposición de medios técnicos y humanos. Apunta como soluciones la organización a nivel supramunicipal de mancomunidades de servicios y comarcas: ambas podrían disponer de técnicos cualificados y equipo suficiente, podrían desarrollar las ordenanzas reguladoras de estas actividades ruidosas e informar a los municipios en la redacción de sus planes de urbanismo bajo la óptica medioambiental acústica.

b) La Provincia

La LALA atribuye el papel central a los municipios; en consecuencia, las restantes entidades locales, como la Provincia (el art. 2.2 de la LALA engloba a la provincia en el catálogo de entidades locales) presentan una naturaleza complementaria.

Formalmente, la LALA, en la regulación que hace de las Provincias en los arts. 62 a 74, respeta la garantía institucional de la autonomía provincial, pero lo cierto es que, el ámbito funcional práctico de las provincias

35. Castelar Gil, "El control del ruido en los pequeños municipios aragoneses", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 21, 15 de noviembre 1997, Págs. 3236 y ss.

queda reducido en relación al diseño de la legislación básica estatal. Paralelamente, la progresiva constitución de las Comarcas afecta inevitablemente al ámbito competencial provincial, porque la Provincia puede delegar o atribuir a la Comarca competencias genuinamente provinciales. De todo esto se deduce que hoy en día el papel de las provincias se reduzca a la cooperación.

El **art.65.a)** habla de las competencias de las Diputaciones Provinciales:

- *cooperación al establecimiento de los servicios municipales obligatorios*; pues bien, como el 44.a) establece el control del ruido y vibraciones como servicio obligatorio, la Diputación Provincial debe cooperar para garantizar su prestación integral y adecuada en todo el territorio de la provincia. Las competencias de las Diputaciones Provinciales están delimitadas en función de lo que constituye su justificación última como entidades locales supramunicipales, cual es la asistencia a los municipios en sus distintos aspectos y la cooperación a la prestación de los servicios obligatorios municipales. El Plan Provincial de Cooperación, aprobado de acuerdo con los objetivos y prioridades fijadas por el Gobierno de Aragón, es el instrumento esencial de esa cooperación.

Según denuncia Castelar Gil[36], esta cooperación en la realidad es insuficiente, ya que la institución carece de servicios adecuados para atender las cada día mas abundantes peticiones de colaboración de los Ayuntamientos a la Provincia para el control de ruidos y vibraciones.

c) La Comarca

La baja demografía de numerosos municipios de Aragón y una base económica en proceso de extinción, conlleva la falta de capacidad para financiar servicios esenciales y mantener una ad-

36. Castelar Gil, op. Cit, Págs. 3236 y ss.

ministración propia. Por ello, se necesitan estas entidades mayores, las Comarcas, ya que son capaces de dar respuesta a las necesidades sociales[37].

El **Estatuto de Autonomía de Aragón en su art. 5** posibilita que las Cortes de Aragón, mediante Ley, ordenen la constitución y regulación de comarcas.

La Ley 7/1999 de Administración Local de Aragón se remite en su art. 75 a la **Ley 10/1993 de 4 de noviembre de Comarcalización de Aragón** para la regulación de las Comarcas[38]. Esta ley, junto con la **Ley 8/1996 de 2 de diciembre de Delimitación Comarcal**[39], son las únicas no derogadas por la disposición derogatoria de la LALA. En virtud de las normas citadas, se han regulado ocho leyes de creación de Comarcas[40].

---

37. P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op. Cit, Págs. 395 y ss.

38. Esta Ley ha sido el primer paso en el desarrollo de las previsiones estatutarias, constituyendo un modelo de organización desde los puntos de vista procedimental, competencial, orgánico y financiero.

39. La regulación de la Ley 8/96 viene a dar cumplimiento a la DA 2ª de la Ley 10/93, estableciendo un mapa comarcal completo de Aragón, previa consulta de las entidades locales.

40. Hasta ahora el amplio movimiento comarcalizador ha dado como fruto ocho leyes de creación de Comarcas (Ley 9/2000 de 27 de diciembre de la Creación de la Comarca de Aranda, Ley 9/2001 de 18 de junio de creación de la comarca de la Comunidad de Calatayud, Ley 13/2001 de 2 de julio de creación de la Comarca del Alto Gallego, Ley 14/2001 de 2 de julio de creación de la Comarca de Tarazona y el Moncayo, Ley 16/2001 de 29 de octubre de creación de la Comarca de Valdejalón, Ley 18/2001, de 19 de noviembre, de creación de la Comarca de Campo de Borja, Ley 21/2001 de 21 de diciembre de la Comarca de la Ribera Alta del Ebro y Ley 22/2001 de 21 de diciembre de la Comarca de Gudar-Javalambre) y distintos Proyectos de Ley que se encuentran a mes de diciembre de 2001 en distintas fases de tramitación (por ejemplo, el Proyecto de Ley para la creación de la Comarca de los Monegros)

LEY 17/2002, de 5 de julio, de creación de la Comarca de los Monegros. LEY 12/2002, de 28 de mayo, de creación de la Comarca de la Ribagoeza. LEY 26/2002, de 26 de noviembre, de creación de la comarca de Cinco Villas. LEY 27/2002, de 6 de noviembre, de creación de la comarca de Hoya de Huesca/Plana de Uesca. LEY 4/2002, de 25 de marzo, de creación de la Comarca de Somontano de Barbastro. LEY 3/2002, de 25 de marzo, de creación de la Comarca de Cinca Medio. LEY 25/2002, de 12 de noviembre, de creación de la comarca de La Litera/La Litera. LEY 20/2002, de 7 de octu-

La existencia de comarcas en Aragón como entidades locales diferenciadas del municipio y de la provincia, en cuanto realidades geográficas, económicas, culturales e históricas con características e intereses comunes, es un hecho que acredita, como afirma el Preámbulo de la Ley 10/1993, los vínculos y relaciones entre los municipios de determinadas zonas y en torno a diversas ciudades, y que espontáneamente es sentido por sus poblaciones respectivas como bases comunes de convivencia. Su puesta en marcha lleva consigo una cierta redistribución de las funciones y actividades ejercidas por otras Administraciones, como ya admitió la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981. En cierto modo va a suponer un "adelgazamiento" de, principalmente, la Administración Autonómica, reflejo del sistema competencial en cascada, pero si ello ha de suponer una más eficaz prestación de los servicios públicos, habrá de afrontarse, pues no hay que olvidar que las Administraciones públicas están al servicio del ciudadano -no al contrario- y en ello encuentran su justificación. La Comarca ha de ser, por el conjunto de territorio y población que supone, instancia que haga posible la descentralización de competencias por parte de la provincia y la Administración de la Comunidad Autónoma.

---

bre, de creación de la Comarca del Bajo Cinca/Baix Cinca. LEY 13/2002, de 10 de junio, de creación de la Comarca de la Ribera Baja del Ebro. LEY 12/2002, de 24 de marzo, de creación de la Comarca de Bajo Aragón-Caspe/Baix Aragó-Casp. LEY 31/2002, de 27 de diciembre, de creación de la Comarca de Campo de Cariñena LEY 8/2002, de 12 de marzo, de creación de la Comarca del Bajo Martín. LEY 18/2002, de 5 de julio, de creación de la Comarca de Campo de Daroca. Ley 13/2002, de 24 de marzo, de creación de la Comarca del Jiloca. LEY 28/2002, de 17 de diciembre, de creación de la Comarca de Cuencas Mineras. LEY 11/2002, de 14 de mayo, de creación de la Comarca de Andorra-Sierra de Arcos. LEY 10/2002, de 3 de mayo, de creación de la Comarca del Bajo Aragón. LEY 7/2003, de 12 de marzo, de creación de la Comarca de la Comunidad de Teruel. LEY 8/20002, de 3 de mayo, de creación de la Comarca de Maestrazgo. LEY 1/2003, de 11 de febrero, de creación de la Comarca de la Sierra de Albarracín. LEY 7/2002, de 15 de abril, de creación de la Comarca del Mtarraña/Matarranya.

Salanova Alcalde ha afirmado que la Ley de Comarcalización se presenta como fruto de la necesidad de la Comunidad Autónoma de Aragón. La Ley parte de la constatación de la dificultad de la actual estructura municipal para la prestación de servicios y actividades esenciales para la población, pues el minifundismo local no permite a algunos municipios atender las necesidades básicas de los ciudadanos. La Comarca se presenta sí como el escalón territorial más adecuado para prestar servicios y gestionar actividades de ámbito supramunicipal, siendo siempre de constitución dispositiva[41].

Los arts. 8 y siguientes de la Ley de Comarcalización regulan las competencias de las Comarcas:

Artículo 8. Competencias propias. (destacamos las que nos interesan a efectos del ruido)

1. La comarca ejercerá las competencias que le sean atribuidas por la ley de su creación y, entre otras, las siguientes:

Ordenación del territorio y urbanismo[42].

---

41. P.L. Martínez Pallarés ,"El Régimen Local Aragonés", dentro de la obra "Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas", op. Cit, Págs. 395 y ss. El proceso de constitución comarcal es voluntario, a diferencia del proceso catalán, no se impone desde la Comunidad Autónoma, sino que es demandado desde los municipios y mancomunidades.

42. **La Ley 23/2001 de Medidas de Comarcalización** (BOA, núm. 153, 28 de diciembre de 2001), prevé en su art. 5.A), en desarrollo de la previsión contenida en el art. 4.1.1), la competencia que pueden ejercer las Comarcas sobre *Ordenación del territorio y Urbanismo*, materializándolo en actuaciones concretas como la participación de las mismas en la elaboración de los distintos instrumentos de planificación regulados por la legislación autonómica, información de las Normas Subsidiarias Provinciales en su aplicación al territorio de la Comarca, en especial en lo que afecte al suelo, información de los Proyectos Supramunicipales en el ámbito territorial de la Comarca para actividades industriales, así como la lucha contra la contaminación y la realización de las evaluaciones de impacto ambiental. Todas estas atribuciones constituyen importantes instrumentos de prevención de la contaminación acústica causada por una deficiente ordenación del territorio y una mala política de urbanismo; posibilita atajar el problema desde el origen, atendiendo a las necesidades reales y concretas de cada Comarca.

Protección del medio ambiente[43]

Cultura[44]

m) Aquellas otras que con posterioridad a la presente Ley o a las de su creación pudieran ser ejercidas en el futuro por las comarcas[45].

---

43. La Ley de Medidas de Comarcalización, en su art. 16.C), en desarrollo del art. 4.1.3) que otorga la competencia sobre *medio ambiente* a las Comarcas, materializa la competencia de las mismas sobre *Actividades Clasificadas*, de tal modo que las competencias que anteriormente estaban atribuidas a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio pasan con esta Ley a manos de las Comarcas. En el apartado D), párrafo c), les atribuye la promoción de la formación, sensibilización social y la participación ciudadana en las cuestiones ambientales, impulsando la realización de campañas y actividades formativas y divulgadoras; por tanto, una mayor información sobre la contaminación acústica, aumenta la sensibilidad sobre los efectos nocivos del ruido, facilitando así la colaboración voluntaria de los ciudadanos para fomentar una mejor calidad de vida y un medio ambiente más adecuado sonoramente. Como ejemplo de estas campañas de concienciación y divulgación, aunque no sea a nivel comarcal sino a nivel municipal, el Servicio de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Zaragoza publicó en 1998 la "Cartilla ambiental de la Ciudad Sonora", donde explicaba el fenómeno de la contaminación acústica y sus efectos de modo comprensible para los ciudadanos. En otro sentido, el apartado D.d) del mismo artículo 16 de la Ley, otorga a las Comarcas la competencia de la colaboración en *la prevención de la contaminación atmosférica*: según el art. 1.2 de la Ley 38/72 de 22 de diciembre de Protección del Ambiente Atmosférico, dice que "se entiende por contaminación atmosférica, a los efectos de esta Ley, la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza". Pues bien, si consideramos el ruido como una forma de energía contaminante, la Ley de Medidas de Comarcalización otorga a las Comarcas la competencia en materia de prevención de contaminación acústica. Y por último, el apartado B. a) del art. 16, otorga competencia a la Comarca en el ámbito de gestión de los Espacios Naturales Protegidos: de acuerdo con el art. 41.e) de la Ley 6/98 de 19 de mayo de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, se prohíbe la emisión de ruidos que perturben la tranquilidad en los espacios naturales protegidos; mediante la previsión del art. 15 de la Ley, de esta gestión se hace responsable ahora a la Comarca.

44. La Ley de medidas de Comarcalización, en su art. 7.a) que desarrolla la previsión del art. 4.1.8), otorga la competencia a la Comarca para la promoción, fomento y apoyo a la difusión de *la cultura en toda y cada una de sus manifestaciones*, enumerando unas cuantas; sin embargo no parece contemplar el aspecto de la cultura de la diversión, fuente de gran parte de los problemas acústicos.

45. La susodicha Ley de medidas de Comarcalización, en el art. 11, desarrollando el art.4.1.11), se refiere a la *juventud*; el apartado A.b) atribuye a las Comarcas las competencias para apoyar las iniciativas formativas de ocio y tiempo libre, culturales y

Artículo 9.- Competencias transferidas o delegadas

1. La Comunidad Autónoma podrá transferir o delegar la titularidad o el ejercicio de competencias a favor de la comarca cuando se favorezca la mejor prestación de los servicios correspondientes[46].

2. Las provincias[47] *podrán transferir o delegar a las comarcas la titularidad o el ejercicio de competencias en relación con:*

---

artísticas de las asociaciones juveniles. Precisamente es este último inciso el que choca, pues si en un primer momento se pudiera pensar que está dando cumplimiento al art. 43.3 de la CE en su mandato a los poderes públicos de facilitar la adecuada utilización del ocio, y por tanto, solventar la duda antes planteada en relación al art. 7 de la ley, al especificar que este apoyo va dirigido a las asociaciones juveniles, surge la duda de si cabría incluir en este ámbito de formación en el ocio juvenil a cualquier joven, y no sólo a aquellos agrupados en asociaciones. Sería deseable que estos programas formativos se dirigieran a la educación de los jóvenes en general como medida preventiva, pues posibilitaría otra cultura de diversión. La Ley de Medidas de Comarcalización, en su art. 14.b), en desarrollo del art. 4.1.5), concede a las Comarcas la competencia en materia de *sanidad y salubridad pública*, sin perjuicio de las competencias reconocidas a los municipios en la legislación básica y en el marco de lo que disponga el Plan de Salud de Aragón, concretamente del control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes y lo mas importante, de ruido y vibraciones.

46. La Ley de Medidas de Comarcalización, regula en los arts. 26 y ss las reglas de *transferencia* (en Cataluña se inclinaron por la delegación) de las funciones y servicios vinculados a las competencias: prevé la creación de una Comisión Mixta de transferencias entre la Comarca correspondiente y la Comunidad Autónoma de Aragón, como órgano de colaboración entre ambas Administraciones, que tiene la finalidad de preparar las transferencias de funciones y servicios, incluyendo el traspaso de medios personales y materiales. El art. 24 establece que en los decretos de transferencia, en atención a los principios de eficacia en la gestión administrativa y proximidad al ciudadano, podrán contener la atribución competencial a las Comarcas de la *gestión de procedimientos administrativos*, incluyendo la resolución final. El art. 25 ampara la posibilidad de transferir igualmente el ejercicio de la potestad sancionadora, cuya competencia la ostenta el Presidente de la Comarca, salvo otra atribución que decida la misma.

47. La Ley de Medidas de Comarcalización, recoge en su DA 6ª el impulso que corresponde al Gobierno de Aragón para *transferir competencias de las Diputaciones Provinciales a las Comarcas* para que sean gestionadas por éstas. En concreto, la competencia de asistencia a los municipios que ostenta la Diputación Provincial deberá seguir ejerciéndola si bien en colaboración con la Comarca mediante la suscripción de Convenio. Por tanto, si bien hasta ahora correspondía en exclusiva a las Diputaciones Provinciales la prestación de ayuda a los municipios a la hora de facilitarles medios téc-

Gestión del Plan Provincial de Obras y Servicios en el ámbito comarcal.

Asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica a los municipios.

Los municipios que integren la comarca podrán delegar en ésta sus competencias cuando se refieran a actuaciones de interés comarcal o supramunicipal y cuando su ejercicio resulte difícil para el municipio y razones de economía y eficacia así lo aconsejen. *Los municipios podrán delegar en la comarca sus facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias*[48].

4. La transferencia o delegación de competencias exigirá, en cada caso , el traspaso de los medios precisos para su ejercicio y la aceptación expresa por el Consejo Comarcal, excepto cuando venga determinada por ley.

El art. 11 atribuye como propia de las Comarcas la competencia de *cooperación y asistencia a municipios*. Esta previsión puede articularse en la regulación de un servicio de cooperación y asistencia que preste asesoramiento jurídico, económico etc[49]. Ade-

---

nicos o humanos en el control de ruidos y vibraciones, a partir de esta nueva ley la Comarca cobra papel coprotagonista en la realización de tales encomiendas mediante la suscripción de convenio.

48. La Ley de Medidas de Comarcalización, en su DA 4ª, establece remitiéndose al art. 37, que los *Municipios que estén cumpliendo fines coincidentes con las competencias de las Comarcas* procederán al traspaso de competencias de las correspondientes funciones, servicios y de los medios adscritos a su gestión, en virtud de Convenio o encomienda de la Comunidad Autónoma. Por otra parte, la DA 7ª recoge la posibilidad de que los Municipios deleguen competencias en las Comarcas cuando se vean incapacitados de prestar un determinado servicio. Del juego de las dos disposiciones cabe deducir que el traspaso se producirá, si así se conviene o lo encomienda la Comunidad Autónoma, cuando el Municipio esté desarrollando determinado servicio que coincida con el fin competencial de la Comarca y que la delegación podrá producirse cuando el Municipio se vea incapacitado para prestar dicho servicio.

49. La Ley de medidas de Comarcalización, prevé en su art. 5.B) la creación de una Oficina de consulta y asesoramiento urbanístico que pueda llevar a cabo funciones

más, en el caso de que a un municipio se le dispense de prestar los servicios mínimos, puede asignarse su prestación a la Comarca. Igualmente, si la Provincia no garantizara adecuadamente su servicio.

Por último añadir que de la regulación de la art. 26 de la Ley 10/1993 y la Ley 39/1988 de 28 de diciembre de Haciendas Locales, se desprende que las Comarcas no pueden regular tributos propios.

d) La Mancomunidades

La regulación de las mancomunidades de municipios de la Ley de Administración Local de Aragón recoge en su mayor parte la Ley 6/1987, de 15 de abril, subrayando el papel de las mancomunidades de interés comarcal, como antecedentes y preparación de futuras comarcas.

Artículo 77. Derecho de libre asociación entre municipios.

Los municipios aragoneses tienen el derecho de asociarse con otros en Mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia y la intervención coordinada en aquellos asuntos que promuevan el desarrollo económico y social de su ámbito.

No cabe duda de que el desarrollo social y económico de una población depende también de un medio que respete tanto el derecho de libre empresa como el derecho al medio ambiente adecuado sin contaminación acústica.

---

de apoyo económico y administrativo al planeamiento urbanístico de los municipios de la Comarca, entre otras. La importancia de esta previsión se materializa en la posibilidad de mejora que se brinda a los municipios para que, mediante una correcta planificación urbanística desde el punto medioambiental, ayuden a paliar la contaminación acústica que sufren.

Artículo 78. Potestades.

En la esfera de sus competencias[50]*, corresponden a las Mancomunidades las potestades y prerrogativas reconocidas a las entidades locales básicas con las siguientes especialidades...* Recordemos que las entidades locales básicas tienen potestad en: (destacamos las que nos interesan a efectos de combatir la contaminación acústica, art. 42)

a. La seguridad en lugares públicos, así como garantizar la tranquilidad y sosiego en el desarrollo de la convivencia ciudadana.

b. La ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas y caminos rurales.

d. La ordenación gestión ejecución y disciplina urbanística del término municipal... la pavimentación de vías públicas urbanas...

f. La protección del medio ambiente.

h. La protección de la salubridad pública.

j. Los cementerios y servicios funerarios.

n. ..la ocupación del tiempo libre...

ñ...la promoción de actividades educativas.

---

50. La Ley de medidas de Comarcalización, en el art. 37, prevé el caso de que *se creen Comarcas donde ya existan Mancomunidades municipales*: si los fines de estas Mancomunidades son coincidentes con las competencias que asuman las Comarcas, se procederá al traspaso por las Mancomunidades a las Comarcas de las correspondientes funciones, servicios y medios adscritos a su gestión, con la consiguiente disolución y liquidación de la Mancomunidad municipal por disolución de su objeto. El art. 38 prevé el caso de que *las Mancomunidades municipales cuyo ámbito territorial no coincida con la delimitación Comarcal*: todas las entidades locales afectadas deberán concretar los fines de la Mancomunidad que pueden ser asumidos por la Comarca; si la continuidad de la Mancomunidad fuera inviable, esta deberá disolverse, asumiendo la Comarca la realización de los fines que ostentaba la Mancomunidad.

Pues bien, aprovechando estas previsiones competenciales, algunos Ayuntamientos han acudido ante problemas de ruidos a Mancomunidades capaces de aportarles los medios técnicos de los que carecen para atender a las necesidades de sus vecinos[51].

e) Otras entidades locales: las entidades locales menores

Las entidades locales menores son núcleos de población separados de la capitalidad del municipio, con un mínimo de población de 250 habitantes, salvo excepciones, que dependen del municipio del que forman parte.

El **art. 88** de la LALA da a las entidades locales menores las mismas potestades que tienen los municipios. En el párrafo segundo del art. 90 dice que podrán ejercer también aquellas competencias que le sean delegadas por el municipio, previa aceptación de la delegación.

Según el art. 88 de la LALA, no pueden regular impuestos. Por tanto, no podrán gravar la contaminación acústica mediante esta figura tributaria.

f) Disposiciones Comunes a las entidades locales

Los **arts. 96 y ss** contemplan la posibilidad de transferencia, delegación y encomienda de competencias de la Comunidad Autónoma a las Entidades Locales.

En el art. 37.3 del EA de Aragón se recoge la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en *materia de protección del medio ambiente*, por lo que ésta es una materia delegable a las Entidades Locales. Esta técnica permite flexibilizar la rigidez del sistema

51. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", el Justicia de Aragón, op. cit, Pág. 12: el Ayuntamiento de Cella tuvo que acudir a la Mancomunidad "La Fuente" ante la carencia de sonómetro para realizar las mediciones de ruidos.

legal de distribución de competencias entre las Administraciones Públicas, agravado, en el caso de Aragón, por ser la mayoría pequeños municipios. La Ley establece las garantías jurídicas que deben rodear tales operaciones y, en particular, las relativas a las entidades locales beneficiarias de las mismas, que son, por razones obvias, las de mayor capacidad de gestión y aquellas que desempeñen una función estructurante en el territorio regional.

El **art.163** contempla la subrogación en el ejercicio de las competencias locales cuando una entidad local no ejerza las competencias a las que esta obligada y este incumplimiento afecte al ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma; entonces la DGA adoptará las medidas necesarias para la ejecución subsidiaria de las competencias locales.

Sería deseable que la aplicación de este artículo fuera más usual de lo que parece ser en la práctica, y no llevarlo a cabo sólo en situaciones excepcionales, ya que la autonomía de los municipios no se ve lesionada puesto que ya tuvieron su oportunidad de llevar al plano de la realidad sus competencias atribuidas por la ley, y si entra en juego en última instancia la DGA, es consecuencia de la previsión legal del supuesto de hecho del art. 163.

Todas las entidades locales tienen potestad para intervenir en la actividad privada mediante Ordenanzas[52]. Estas ordenanzas pueden regular los distintos aspectos que posibilitan la adecuada

52. El **Ayuntamiento de Zaragoza** ha aprobado la **Ordenanza para la Protección contra Ruidos y Vibraciones** (BOA, núm. 280, 5 de diciembre de 2001), de conformidad con las previsiones de los arts. 3.2.a (potestad reglamentaria del municipio) y 42.2.f (competencia del municipio para la protección del medio ambiente) de la LALA. La finalidad de la Ordenanza expresada por el art. 1 es garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de la salud, así como la calidad de vida y un medio ambiente adecuado y la protección de los bienes de cualquier naturaleza. El ámbito de aplicación se circunscribe a todas las instalaciones, aparatos, construcciones, obras, vehículos, medios de transporte, y en general, *todas las actividades, actos y comportamientos que produzcan ruidos y/o vibraciones que puedan ocasionar molestias al vecindario o que modifique el estado natural del ambiente circundante* (art. 2). La ordenanza establece una serie

convivencia de los ciudadanos en el medio urbano y rural. Un ejemplo lo constituyen las diferentes Ordenanzas de los municipios para la regulación del ruido y la vibraciones. También se puede intervenir en la actividad privada mediante el control preventivo del ejercicio de derechos y actividades: el **art. 193** dice que las entidades locales podrán exigir a los ciudadanos la obtención de autorizaciones o licencia previa para el ejercicio de la actividad en los supuestos previstos en la ley, disposiciones que la desarrollen u ordenanzas municipales. El **194.b)** precisa que las licencias de actividades clasificadas o de protección medioambiental se exigirán para *actividades molestas*, nocivas, insalubres y peligrosas.

---

de criterios de prevención urbana encaminados a integrar el ruido en la gestión ambiental (por ejemplo, incluye la utilización de pavimentos de bajo nivel sonoro en el apartado 2.g del art.5). También establece criterios de calidad acústica, distinguiendo entre el ambiente exterior y el ambiente interior, clasificando las distintas áreas acústicas (art. 6). Además, otorga una serie de criterios de prevención específica, haciendo referencia a las condiciones acústicas en edificios (arts. 7 a 9), a los ruidos de vehículos (arts. 10 a 16), comportamiento de los ciudadanos en la vía pública y en la convivencia diaria (arts. 17 a 22), trabajos en la vía pública que produzcan ruidos (arts. 23 a 25), máquinas y aparatos susceptibles de producir ruidos y/o vibraciones (arts. 26 a 30), ruido producido por avisadores acústicos (arts. 31) y condiciones de instalación y apertura de actividades (arts. 32 a 37). La Ordenanza otorga los criterios de medición (art. 40) y los límites de decibelios máximos permitidos en ambiente interior y exterior, tanto de día como de noche (arts. 41 y 42); también fija los límites de nivel de vibraciones(art. 43). La propia Ordenanza prevé la posibilidad de establecer zonas especiales (art. 44) por estar contaminadas acústicamente y en concreto, por soportar múltiples actividades de ocio en sus inmediaciones, la posibilidad de ser declaradas zonas saturadas, igualmente se podrá proteger las zonas naturales y espacios de interés ecológico por presentar sonidos de origen natural en los que la contaminación acústica humana pudiera impedir la conservación de las condiciones acústicas de estas áreas; también se prevé la posibilidad de la creación de zonas exclusivamente de ocio, lejos de las zonas residenciales. Se contempla la información a los ciudadanos de los mapas de ruido que se realicen de la ciudad y la realización de campañas informativas y de concienciación para desarrollar una nueva cultura en relación al ruido (art. 48). Una previsión que supone un gran paso adelante es la contenida en el art. 49, que obliga a los constructores de las viviendas a informar a los compradores de las características acústicas tanto de las viviendas como del ambiente exterior; igualmente el art. 50 obliga a los titulares de los locales que alberguen actividades recreativas con música (pubs etc) a informar mediante placas visibles entre otros datos, los niveles de presión sonora en db(A) que se

C) Conclusiones Finales

En opinión de P. L. Martínez Pallares, el legislador aragonés ha procedido a regular un régimen jurídico propio de las Administraciones Locales aragonesas. La legislación aragonesa supone la plasmación de toda una serie de corrientes doctrinales, que respetando la legislación básica estatal, efectúan una cierta relectura de la misma.

La consolidación de la Comarca como entidad local de segundo grado, va a constituir una de las cuestiones centrales de la estructuración de la administración local aragonesa durante los próximos años. Va a ser un medio esencial para dar cobertura a las necesidades de aquellos municipios que por si solos no puedan satisfacer la demanda social del medio ambiente adecuado, libre de contaminación acústica, ayudando a controlar los ruidos y vibraciones que se produzcan en los mismos.

Respecto de la Provincia, dado su reducido papel de cooperación con los municipios, no parece que vaya a ser el principal

---

producen en el interior. La tipificación de infracciones y sanciones por incumplimiento de las prescripciones de la Ordenanza (arts. 52 a 57), traen causa del art. 197.2 de la LALA y del Decreto 28/2001 de 30 de enero del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad autónoma de Aragón: se tipifican las infracciones y las sanciones en leves, graves y muy graves (art.54 y 55 respectivamente); también cabe la imposición de medidas provisionales (art. 56). Por ultimo, contiene 8 anexos técnicos sobre los conceptos fundamentales, mapas de ruido, medida de niveles sonoros producidos por vehículos a motor, modelo de conformidad y de la indicación del nivel de potencia acústica garantizado, métodos para la medición del aislamiento acústico, croquis para la doble puerta, características de medición de ruido y vibraciones y factor k para determinar el grado de molestia por vibraciones en edificios según la norma ISO 2631-2. Esta nueva Ordenanza constituye un buen instrumento para la contención de la contaminación acústica siempre y cuando se cuenten con los medios humanos y técnicos para su aplicación; por otra parte, hubiera sido deseable que se expresara en más ocasiones con términos imperativos y no meramente potestativos a la hora de establecerlas obligaciones del Ayuntamiento, en aras de la consecución efectiva de los propósitos que el preámbulo de la misma propugna.

arma en la lucha contra la contaminación acústica, aunque lo que si sería deseable es que su actuación fuera más eficaz de lo que es actualmente.

Por último, respecto de los municipios, se ha optado por acentuar la vocación potencialmente universal de los mismos, que tiene como consecuencia la legitimación de la actuación municipal en cualquier sector de la actividad administrativa si no está expresamente atribuida a otra administración pública. Es por ello, que en la mano de la administración municipal está la verdadera fuerza para atajar la lacra social que constituye la contaminación sonora.

4) La posible tributación acústica en Aragón

El **Estatuto de Autonomía de Aragón**, regula en los arts. 45 y ss la Hacienda de la Comunidad Autónoma, recogiendo la posibilidad del establecimiento de impuestos propios, según el juego de la CE, LOFCA y el propio EA.

Pues bien, de la conjunción de todos estos preceptos, como el Estado no tiene ningún tributo que grave la contaminación acústica, ni las corporaciones locales de Aragón tienen esta materia reservada, la Comunidad Autónoma de Aragón podría regular un tributo que se ajustase al principio de que *quien contamina paga* en materia de contaminación acústica[54].

La **Ley 7/1999 de 9 de abril de Administración Local de Aragón** (LALA) regula las relaciones económico- financieras en los arts. 254 a 258. El art. 258. regula la tutela financiera de la Comunidad Autónoma respecto de los Entes Locales conforme a lo dispuesto en el art. 53 del EA. También pueden participar de los ingresos estatales, según el art. 254.2 de la LALA, pero como no existe tributo estatal sobre la contaminación acústica, esta previsión de la ley aragonesa hoy en día carece de operatividad en ese sentido.

54. Ver pág. 130 del estudio.

En concreto, en relación a *las Comarcas*, los arts. 3 y 26 de la Ley 10/93 de 4 de noviembre de Comarcalización de Aragón, le atribuye todas las potestades administrativas propias de una entidad local territorial, circunscribiendo la potestad tributaria al establecimiento de tasas, contribuciones especiales y fijación de precios públicos, en cumplimiento de los dispuesto en el art. 136 de la LHL, por lo que, en todo caso, tendría que ser una figura de estas la que gravara la contaminación acústica, y no un impuesto propio, vía que, sin embargo, parece la más adecuada. Aunque la previsión de la posibilidad de delegación de los municipios a favor de las Comarcas tributos de titularidad municipal, posibilita que si algún día dichos municipios llegaran a instrumentar una medida fiscal que gravase la contaminación acústica, produciéndose la delegación, las Comarcas podrían gestionar, liquidar y recaudar dicho tributo.

Por lo que a *las Mancomunidades y Entidades Locales menores* respecta, el art. 78 y 88 de la LALA respectivamente, otorga especialmente a éstas la potestad tributaria y financiera, limitándola al establecimiento de tasas, contribuciones especiales y precios públicos para estas últimas, y añadiendo la fijación de precios para las primeras, por lo que no parece tampoco que se pueda instrumentar una medida fiscal en forma de impuesto para gravar la contaminación acústica.

5) El ruido del ocio en Aragón

El problema del ruido del ocio ya fue expuesto por el Informe del Justicia de Aragón en 1991: "la concentración de establecimientos de hostelería en ciertas zonas, con aparatos musicales que funcionan a gran volumen y la afluencia de un numeroso público especialmen-

te durante días no laborables que se concentran tanto en el interior de los locales como en la vía pública, dan lugar a la presentación de quejas de ciudadanos que estiman que la Administración no atiende debidamente sus solicitudes y se encuentran indefensos ante la inefectividad de las medidas que aquélla adopta".

Mas recientemente, en el "Informe Especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades", de abril de 2000, tras el examen de las causas de los expedientes sancionadores, ratifica que son las actividades del ocio las que generan mayor número de problemas[55]. Lo cierto es que el problema del ruido, no ya sólo el proveniente del ocio (puesto que las fábricas y talleres también son fuente importante de ruidos en Aragón[56]), siempre aparece en la memoria anual de las quejas que los aragoneses envían al Justicia de Aragón[57]

Efectivamente, el ruido ya no sólo proviene de las actividades clasificadas como ociosas (bares, pubs, discotecas...[58]) sino que un

55. "Informe especial relativo a problemas de ruidos y vibraciones en nuestras ciudades, op. Cit, Pág. 22: estas causas constituyen el 64% del total. Igualmente, se recogen las observaciones que varios Ayuntamientos hacen en relación a los problemas de ruido que sufren: en concreto, Sabiñánigo denuncia la acumulación de personas en la vía pública especialmente en verano y días festivos, con el consiguiente ruido que ello conlleva; Almudevar sufre un problema alarmante que afecta a la tranquilidad de la población de dicha localidad debido a la ubicación en la misma de la Discoteca Coliseum, a causa del número de personas y vehículos que allí acuden cada fin de semana. También Jaca, Biescas, María de Huerva o Bujaraloz entre otros, sufren el ruido proveniente de las actividades del ocio.

56. Sobre todo, el mayor número de quejas recibidas por ruidos correspondientes a localidades fuera de la urbe de Zaragoza, destacan los generados por fábricas corresponden a las localidades de Ateca y Cadrete, y respecto a ruido de talleres, Illueca.

57. Heraldo de Aragón, 12 y 13 de enero 2002.

58. Ejemplos de quejas recibidas por el Justicia de Aragón: queja relativa a las molestias causadas por un bar en Utebo (expte. DII-152/1999) que dio lugar a la sugerencia (aceptada) de que el Ayuntamiento en cuestión adoptara las medidas técnicas y jurídicas adecuadas al caso de forma que a la mayor brevedad posible quedara restaurado y garantizado el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una situación medioambiental adecuada.

fenómeno social popular entre la juventud está cobrando cada día dimensiones mayores: hablamos del **"botellón"**. Este tipo de ocio consiste en la concentración de grupos de jóvenes en parques u otras zonas[59] en horario nocturno, provistos de alcohol, refrescos y radiocasetes, con las consiguientes manifestaciones de euforia que provocan las molestias a los vecinos residentes en la zona. Ante este problema, la actuación de las Administraciones está condicionada al respeto de los derechos constitucionales de la libertad (art. 17) y reunión (art. 21) principalmente. Sólo mediante la previsión en las leyes autonómicas sobre drogas de la habilitación a los Ayuntamientos para regular el consumo público de alcohol en la vía pública estos gozarían de potestad reglamentaria para articular tales medidas[60]. En la mayoría de las Comunidades Autónomas está permitido el consumo civilizado de alcohol en las calles sin producir alteraciones del orden público, por lo que la actividad que realizan los ciudadanos es absolutamente lícita. Sin embargo, algunas Comunidades se han lanzado a la regulación de este tipo de consumo[61]: la Comunidad Autónoma de Aragón ha regulado la

59. En Zaragoza, es frecuente la concentración de jóvenes en los parques en los viernes y sábados noche, como en el Parque Grande.

60. Otro sector de la doctrina (Beato Espejo) afirma que la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección Ciudadana es la que otorga la potestad reglamentaria a los Ayuntamientos; así, como pone de manifiesto Pinedo Hay, el art. 26.1.i) de dicha ley establece como infracción alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías públicas, por lo que los Ayuntamientos podrían incluir en sus ordenanzas distintas formas de regulación del consumo de alcohol en calles, parques etc.

61. Por orden cronológico, Castilla y León: Ley 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integración social de drogodependientes, art. 23.1 y 23.5.g); Comunidad Valenciana: Ley 3/1997, de 16 de junio, de la Generalidad Valenciana, sobre Drogodependencias y Otros Trastornos Adictivos, art. 18.4.e); Cantabria: Ley 5/1997 de 6 de octubre, de prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias, art. 23.4 y 23.6; Murcia: Ley 6/1997, de 22 de octubre, sobre Drogas, para la prevención, asistencia e integración social, art. 16.1; Canarias: Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias, art. 20.4.g); Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias. Andalucía: Ley 1/2001, de 3 de mayo, por la que se modifica la Ley 4/1997, de Prevención y Asistencia en Materia de Drogas.

Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias: en el art. 12.7 habilita a las entidades locales para la regulación del consumo de alcohol en la vía pública: "Las corporaciones locales establecerán en sus correspondientes ordenanzas municipales los criterios que regulen la localización, distancia y características que deberán reunir los establecimientos de venta y suministro de bebidas alcohólicas, así como su venta y *consumo en la vía pública*. Dichas corporaciones serán responsables de su cumplimiento dentro de su ámbito territorial". Quizá la solución vendría por la vía de instaurar a nivel municipal planes de ocio nocturno alternativos, que permitieran otro enfoque de la cultura de la diversión, ofreciendo alternativas menos ruidosas[62].

Otro problema distinto, aunque relacionado con el consumo de alcohol, lo constituye ya no el consumo de bebidas alcohólicas adquiridas en un supermercado como es usual en el botellón, sino el consumo de bebidas *suministradas por un local las cuales se toman en la vía pública*[63]. En determinadas ocasiones, poco se puede hacer para eliminar esta práctica que origina ruido si la licencia permite el suministro de bebidas para consumir en el exterior del local. Sin embargo, queda claro que mediante esta práctica se produce la alteración de la normal convivencia ciudadana y la vulneración del orden público y medioambiental. Ante tales situaciones, la ju-

62. Durante los meses de noviembre y diciembre de 2001, el Ayuntamiento de Zaragoza a través del Servicio de Juventud, puso en funcionamiento la tercera edición del Programa Municipal de Ocio Alternativo en Horario Nocturno "+ *Horas*". Este Programa impulsado desde el II Plan Joven del Ayuntamiento, tuvo aplicación durante todos los fines de semana comprendidos entre el viernes 16 de noviembre y el domingo 23 de diciembre de 2001 contando con la cooperación de los Servicios Municipales de Deportes, Patronato Municipal de Educación y Bibliotecas y el Servicio de Desconcentración Sociocultural, a la hora de rentabilizar instalaciones y programaciones culturales que estaban previstas realizarse en nuestra ciudad, acomodándolas a los nuevos horarios y lugares. Las propuestas varían desde actividades deportivas, lecturas en bibliotecas, cursos de astronomía, talleres, exposiciones, fotografía, ordenadores etc. (fuente: CIPAJ)

63. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", Editorial Bosch, septiembre 2001, Pág. 58.

risprudencia[64] ha afirmado que *la empresa titular del negocio ha de vigilar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de la actividad e impedir los excesos que suponen la alteración de la convivencia ciudadana; la* jurisprudencia entiende que el hecho de permitir el consumo de bebidas fuera del establecimiento supone una *negligencia* que puede dar lugar a la alteración de la paz ciudadana.

Otra fuente de ruidos provenientes de actividades lúdicas la constituyen *las verbenas, los conciertos, las ferias y las fiestas locales*[65]. Todas estas actividades festivas requieren licencia municipal, que contemple el horario en que deben finalizar[66], la idoneidad de la ubicación de la misma y que los niveles acústicos a emitir cumplen con los parámetros exigidos en la Ordenanza municipal de ruidos o norma análoga. Es así que, en opinión de Pinedo Hay, nos encontramos con unas actividades que, a pesar de su carácter evidentemente molesto para los vecinos más próximos, fundamentalmente por el volumen de decibelios que emiten y por el incumplimiento

64. STS de 18 de octubre de 1994

65. Por ejemplo, muestra de quejas relativas a este tipo de eventos recibidas por el Justicia de Aragón en 1998 (expte DII-799/1998) debida a ruidos producidos por una carpa en la calle Moret durante las fiestas del Pilar, que dio origen a una sugerencia aceptada por el Ayuntamiento de Zaragoza, y que en síntesis venía a decir que sería deseable que el Ayuntamiento estudiara la posibilidad de adoptar aquellas medidas técnicas oportunas en orden a evitar molestias de toda índole y asegurar el cumplimiento de la normativa municipal de ruidos, estudiando otras alternativas. Igualmente otra queja relativa a los ruidos causados por la presencia del recinto ferial de Zaragoza (expte. DII-841/1999) dio como fruto la sugerencia del Justicia de Aragón, aceptada por el Ayuntamiento de Zaragoza, de incluir en cualquier autorización que otorgue el mismo para la utilización del recinto ferial, la imposición de emisión de música ambiental unificada en un solo aparato emisor, y la prohibición de uso de todo tipo de altavoces o aparatos acústicos entre las 0'00 y las 8'00 horas; igualmente, estudiar la implantación de pantallas acústicas en el tercer cinturón para disminuir la contaminación sonora producida por el recinto ferial.

66. Precisamente, el mayor número de quejas va dirigido hacia el incumplimiento de los horarios de estas actividades lúdicas; así por ejemplo, en el barrio de Las Fuentes de Zaragoza, debido a las fiestas del sector, se originaron múltiples quejas por dicha infracción, apelando como solución a unos mayores dispositivos de control para garantizar de forma eficaz el cumplimiento tanto de los horarios de cierre como del nivel de las emisiones sonoras (fuente: Heraldo de Aragón, 2 septiembre 2000)

del horario de funcionamiento, no cabe integrarlas en las actividades que contempla el RAMINP mediante una interpretación analógica. Sin embargo, la labor de vigilancia de los agentes de la autoridad de los ruidos en exceso que pudieran ocasionar estas actividades y la vigilancia del cumplimiento del horario, es fundamental para contener a las mismas dentro de los límites marcados por la licencia; es más, la autoridad municipal debe controlar dichas actividades puesto que si no lo realizara, podría incurrir en "culpa in vigilando", con la correspondiente responsabilidad patrimonial de la administración local[67]. La contaminación acústica que producen dichos eventos no se pueden justificar porque se trate de una actuación temporal con una duración limitada, ni porque se incardine dentro de festejos populares, ni intentar justificarla bajo el disfraz de servicio público, ya que no concurre el justo equilibrio que hay que mantener entre los intereses concurrentes de la salud de los interesados y la sociedad en su conjunto a disfrutar de actos festivos. Estas actuaciones deben realizarse bajo el control adecuado por la administración municipal del nivel de ruido emitido, y de no ser posible el cumplimiento de los niveles sonoros, buscar un nuevo emplazamiento para las mismas más adecuado.

De todos estos problemas expuestos, el que cobra mayor importancia es el de los locales de ocio nocturnos. Probablemente, la insuficiencia de las disposiciones del RAMINP y del Reglamento de Espectáculos, hicieron aparecer las Ordenanzas de Distancias Mínimas[68], con las que se trataba de evitar los ruidos deriva-

67. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", op. cit, Pág. 59 y ss: Sentencia Juzgado 1ª Instancia Sevilla de 2 de febrero de 1998, condena al Ayuntamiento de Sevilla y a la mercantil organizadora de un concierto a una suma en concepto de indemnización por daños morales derivados del ruido procedente de dicha actividad. La STSJ Asturias de 16 de noviembre de 1999 condena al Ayuntamiento de Gijón ante el ruido ocasionado por festejos populares.

68. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", op. cit, Pág. 42 y ss: el Ayuntamiento de Zaragoza fue pionero de estas medidas cuando dictó en 1988 la Ordenanza Municipal de distancias mínimas para determinadas actividades clasificadas; la STS de 22 de junio de 1994, ante un recurso que se interpuso contra ella, la estimó adecuada a derecho

dos de la acumulación de las actividades de ocio en determinados sectores urbanos.

Sin embargo, estas Ordenanzas también se descubrieron insuficientes, haciendo surgir a las **"Declaraciones de Zonas Saturadas"**[69]: mediante dichas Declaraciones se intenta bloquear el incremento de una actividad concreta (mediante la prohibición de otorgar nuevas licencias de apertura o funcionamiento de determinadas actividades molestas) por entender que se ha alcanzado el máximo de utilización admisible, que en el caso de las actividades lúdicas, viene determinado por la tolerabilidad de los vecinos[70]. Estas Declaraciones gozan del favor de los Tribunales[71], que han declarado su legalidad, pues si la inmensa afluencia de público tiene su causa en la concentración de establecimientos de ocio abiertos además en horario nocturno, la medida consistente decla-

---

refiriendo la compatibilidad entre el derecho a establecer la actividad empresarial con las posibles medidas adoptadas para el mantenimiento de la calidad de vida y del medio ambiente, evitando los efectos aditivos de una excesiva concentración en el espacio de ciertos usos y para la tranquilidad en las vías públicas. Esta Ordenanza fue objeto de modificación el 30 de octubre de 1998, y tras la aprobación de la reciente Ordenanza municipal para la protección contra el ruido y vibraciones (publicada el 5 de diciembre de 2001en el BOP) su Disposición Derogatoria Única deroga lo dispuesto en la Ordenanza del 88 con las modificaciones del 98 en lo que respecta a las limitaciones de realización de obras de adaptación para el cumplimiento de las prescripciones de la nueva Ordenanza de Ruidos y Vibraciones.

69. El Ayuntamiento de Zaragoza adoptó el acuerdo de Zonas Saturadas de fecha 29 de septiembre de 1995: este acuerdo es objeto de crítica en el estudio realizado por Beatriz Alonso Segovia titulado "Las Zonas saturadas de Zaragoza, ¿Acierto o Desatino?"insertado en la RarAP núm. 10, junio 1997, Págs. 457 y ss; tras analizar dicho Acuerdo, concluye que presenta deficiencias de cobertura legal y que su puesta en práctica incurre en graves defectos; en fecha de 25 de abril de 1997, se declaró también como zona saturada la zona de María Moliner; con fecha de 3 de noviembre de 2000, se publicó en el BOP de Zaragoza núm. 253, Pág. 5627, la aprobación inicial de la declaración de Zona Saturada a la zona del Casco (denominada zona "N").

70. La Asociación de Vecinos "La Huerva" (sector Moncasi y Adyacentes) califican de "engendro administrativo" este instrumento jurídico, ya que, según dicha asociación, elude la responsabilidad administrativa y aplica criterios contrarios a la doctrina jurisprudencial como el traslado de la carga de la prueba a los vecinos.

71. STSJ Baleares 541/99

rar estas zonas como acústicamente saturadas, contribuye a paliar este tipo de contaminación. Habida cuenta de se trata de una medida restrictiva del derecho de propiedad, la adopción de la misma debe tomarse desde la excepcionalidad[72], teniendo siempre presente la prioridad del derecho a la intimidad frente a los intereses económicos de los empresarios, que se lucran con actividades que generan molestias a terceros[73].

Una de las primeras actuaciones que las administraciones deberían realizar en las zonas declaradas como saturadas acústicamente es hacer un chequeo de las características de los locales de ocio nocturno para comprobar la adecuación de los mismos a los términos de la licencia concedida en su día, y en caso de encontrar diferencias, imponer de nuevo las medidas correctoras (por ejemplo, mayor aislamiento acústico, suelos acústicos absorbentes etc) contando con las mejoras tecnológicas existentes. También seria adecuado que se implantaran medidas de reducción de horarios de las actividades ubicadas en dicha zona. Además, debería estudiarse la posibilidad de reducir el tráfico provocado por el rodar de los vehículos[74] que hasta tales zonas se acercan, de tal

72. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", op. cit, Pág. 47 y ss: la técnica de prohibición de nuevas licencias de actividades de ocio sería una medida ideal en aquellas zonas que, no habiendo llegado a la saturación acústica, están cerca de ello; esta medida es viable, ya que la libertad de empresa no es un derecho absoluto puesto que las actividades objeto de limitación son las que están sometidas a intervención administrativa. Por ejemplo, la Ley 1/98 de Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas de Canarias (art. 39.5), el Decreto 19/97 de Reglamentación de ruidos y vibraciones de Extremadura (art. 36) entre otras normas, contemplan la adopción de esta medida con las precauciones suficientes.

73. Pinedo Hay, "El ruido del ocio", op. cit, Pág. 50.

74. El problema del ruido proveniente del tráfico parece ser una constante en Zaragoza capital: un 30% de la ciudad soporta fuertes ruidos por encima de los 65 dB. Así, vías como la Avenida de Madrid, Vía Hispanidad, Gran Vía-Isabel la Católica, Avenida Goya, Avenida Valencia, Alcalde Gomez Laguna, Paseo de Calanda, Corona de Aragón y Juan Pablo Bonet, sufren un estrés acústico de significativa importancia, además de las calles más estrechas donde el ruido se multiplica por el efecto eco. Los otros sonidos quedan un tanto diluidos por el intensivo tráfico de dichas zonas (fuente: El Periódico de Aragón, 9 septiembre de 2000).

modo que se adoptaran planes de peatonalización temporal (por ejemplos, fines de semana) en dichas zonas, o en su defecto, medidas técnicas como la utilización de polvo de caucho en la construcción de la capa asfáltica de las calzadas de dichas calles. Y por último, la corrección también debería llegar a las viviendas que sufren el estrés acústico de las zonas saturadas, subvencionando el aislamiento acústico de las mismas[75]; estas viviendas situadas en zonas saturadas sufren, al contrario que el resto de viviendas, una depreciación (es el efecto de la externalidad de carácter económico que produce el ruido en la vivienda) debida a la contaminación acústica que las azota, repercutiendo en el precio de venta de las mismas[76].

En otro orden de medidas tendentes a reducir el atractivo económico que supone regentar un local en estas zonas, podrían como sugiere Pinedo Hay, otorgarse amortizaciones de licencias, fomentando un cambio de actividad hacia tipos de locales menos agresivos acústicamente, o incluso subvencionando el cambio de actividad para el establecimiento de negocios que nada tengan que ver con el ocio nocturno[77].

---

75. Pinedo Hay, "El ruido del ocio",op. cit, Pág. 74: Barcelona se prepara para asumir el 50% del coste del aislamiento acústico de 1500 viviendas.

76. Un estudio realizado por la empresa Habitania Tecnología (compañía tecnológica del sector inmobiliario asegura que el precio de las viviendas sitas en las zonas que se celebran «botellones» durante los fines de semana ha caído hasta un 20por ciento durante el presente año. También se ha detectado que el periodo de venta se alarga hasta seis meses, mientras que el tiempo medio para cualquier otra vivienda es de dos meses (fuente: Periódico ABC, 13 diciembre 2001).

77. Todo lo expuesto a continuación recoge lo expuesto por la asociación de Vecinos "La Huerva" de Zaragoza, perteneciente al sector Moncasi y Adyacentes, cuyo sentir frente a las actuaciones de los responsables muy bien podría resumirse en esta frase: " La gran ambición del hombre ibérico, es la de llevar en el bolsillo una carta foral concebida en los siguientes términos : Este español está autorizado para hacer lo que le de la gana." (Ganivet)

Por último, no se puede cerrar el estudio sin recoger las quejas reales de las víctimas de la contaminación acústica producida por el ocio nocturno, pues dan una buena muestra de cómo si, en el mejor de los casos las previsiones legales podrían ser suficientes, pierden esta oportunidad al no ser aplicadas por los responsables en cada caso determinado. Así, en cuanto a los agentes de la autoridad, parece ser que el procedimiento a la hora de tramitar las denuncias, es en ocasiones incorrecto, al no otorgar copia al denunciante de la misma, a pesar de reiterarse la petición, ya que consideran de oficio denuncias que han sido hechas a instancia de parte; además, en las zonas mas conflictivas se estacionan en algunas ocasiones patrullas cuya actitud pasiva ni siquiera produce efecto disuasorio. Por otra parte, parece ser que no se hace un efectivo control de las obras de los locales, lo que motiva que con una licencia de obras menores, se ejecuten grandes proyectos sin el adecuado control. Por lo que se refiere al departamento responsable de Urbanismo, la concesión abusiva de licencias, la obstaculización a las partes interesadas el acceso a los expedientes, la falta de notificación a las partes interesadas de las fases del procedimiento y de emplazamiento cuando las resoluciones de alcaldía son recurridas en los tribunales, la no contestación, no ya dentro del plazo legal, sino en la mayoría de las ocasiones nunca, dilatando *sine die* la resolución de los procedimientos, hacen que se pueda citar el artículo 106 de la Constitución, que consagra el principio de la *responsabilidad de las administraciones públicas por los daños sufridos por los particulares como consecuencia de mal funcionamiento* (en el caso que nos ocupa podríamos hablar de comportamiento negligente u arbitrario) al cumplirse los tres requisitos exigidos cuales son que exista relación directa entre el daño y la actuación de la Administración, que no se produzca por caso de fuerza mayor y que se produzca como consecuencia de lo anterior que no se tenga obligación jurídica alguna de soportar.

En conclusión, los locales de ocio aragoneses, tanto por la música que emiten, como por las actividades realizadas dentro del local conforme o contra licencia y el exceso de horarios en el que incurren, unido a la escasa vigilancia y control de los mismos por parte de las autoridades correspondientes, constituyen una de las principales fuente de ruido. La solución vendría de la mano de la adopción de técnicas urbanísticas de prevención para las nuevas actividades, como la limitación al establecimiento de nuevas actividades de ocio nocturno, teniendo en cuenta la saturación acústica de la zona, las distancias mínimas entre las actividades, la anchura de las calles donde se quieren establecer, el tamaño del local y la existencia de viviendas encima del local donde se pretende ubicar; también mediante por una parte, la adopción de técnicas que permitan la corrección en la misma fuente, como la revisión y adaptación de las licencias a las mejores técnicas disponibles, amortización de licencias, subvenciones para el cambio de actividad, y por otra parte, la corrección en la propagación y en el medio receptor, mediante las actuaciones en la vía pública en razón del tráfico soportado y el aislamiento acústico de viviendas.

En definitiva, la protección del medio ambiente frente a las injerencias acústicas que impliquen molestia, riesgo o daño para los aragoneses puede conseguirse mediante la adopción de tales medidas, contribuyendo a la corrección de una de las mayores fuentes de contaminación de Aragón, cual es el ruido.

BIBLIOGRAFÍA.-

AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, *"Medio Ambiente en Europa, El Informe Dobris"*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y Ministerio de Medio Ambiente español, 1998, Págs. 184, 264-297, 359- 365, 434-445 y 584-586.

ALGARRA PRATS, Esther, *"La defensa jurídico civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona"*, 1995, Págs. 538 y ss.

ALONSO GARCIA, Consuelo:

- *"Transposición del derecho comunitario en materia de contaminación atmosférica y acústica"* , dentro de la *Colección Urbanismo y Medio Ambiente*, coordinador García Ureta, *IVAP(Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea)*, Oñati 1998, Págs.81-96.
- *"La contaminación acústica"*, dentro de la *obra Lecciones de derecho del medio ambiente* ,director Ortega Álvarez, editorial Lex Nova, 2000. Págs. 313 y ss.

ALONSO GARCIA, Enrique, "El derecho ambiental de la Comunidad Europea", Volumen I y II, Editorial Civitas, 1993, Págs. 152 a 167 (volumen I y Págs. 119-128 (volumen II).

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M *"Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comentarios a la ultima jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo"*, Págs. 74 y ss.

BEATO ESPEJO, Manuel, *"El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador"*, en la Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 148 de 5 junio 1996 Págs. 115-146 y núm.149 de 7 septiembre 1996, Págs. 155-197.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, *"El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, dentro de la *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto, 1994, Págs. 281-298.

BERMEJO VERA, José, *"La protección del medio ambiente"*, en la obra *Derecho Administrativo, Parte Especial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, Págs. 601-631.

BLASCO ESTEVE, Avelino, *"Idas y venidas en la lucha contra el ruido"*, en la RAP núm. 153, 2000, Págs. 267-300.

BORRERO MORO, C.J, *"La tributación ambiental en España"*, Editorial Tecnos,1999.

CARRASCO-MUÑOZ DE VERA, Carlos, *"Sistema de Medio Ambiente"*, Tomo III, *Residuos y Vibraciones*, Editorial La Ley- Actualidad, 1996.

CASTELAR GIL, Antonio Javier, "El control del ruido en los pequeños municipios aragoneses", dentro de la Revista *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 21, 15 noviembre, 1997, Págs. 3236-3245.

DOMPER FERRANDO, Javier, *"Medio Ambiente"*, dentro de la obra *Derecho Público Aragonés*, director Embid Irujo, Zaragoza, 2000, edita "El Justicia de Aragón", Págs. 637-709.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L: *"Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal de 1995"*, *Actualidad Penal* núm. 14, 1998, Pág. 294.

DE RUITER, Adriana, *"El ruido en la ciudad neerlandesa"*, dentro de la *REALA*, 274-275 (mayo-diciembre 1997), Págs. 545-560.

ESTEBAN IBÁÑEZ, Macarena, *"Introducción a la educación ambiental en el ámbito internacional"*, Edición Digital @tres, 2001.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *"Environmental taxes: recent developments in tools for integration"*, núm. 18, novemeber 2000.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P y GAMBORINO MARTINEZ, M.G, Estudio histórico del medio ambiente en España, dentro de la obra "Derecho ambiental español", coordinadora Reyes López, Editorial Tirant lo Blanch, 2001, Págs. 11 y ss.

GOMEZ PUERTO, Ángel. B, *"Medio ambiente 2010: nuestro futuro, nuestra elección"*, dentro de la Revista *La Ley, Actualidad Administrativa*, núm. 31, semana 27 agosto al 2 septiembre de 2001.

GROS ESPIELL, Héctor, *"La protección del medio ambiente en el derecho constitucional"*, dentro de la revista *La Ley, Actualidad Administrativa*, núm. 39, 27 octubre-2 noviembre 1997, LII 855-867.

IRIARTE IRURZUN, F.J, *"Efectos no auditivos del ruido"*, Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza 24- 28 de abril 1989, Págs. 27-43.

JORDANO FRAGA, Jesús, *"El derecho a un Medio Ambiente adecuado"*, en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 4, junio 1994, Págs. 113-208.

LIZON GINER, Arturo, *"Medio Ambiente urbano, ruidos y actividades molestas"*, dentro de la publicación IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, 1995, Págs. 15-81.

LOPERENA ROTA, Demetrio Ignacio:

"La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución", dentro de la obra *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, De los Derechos y Deberes Fundamentales*, coordinador S. Martín-Retortillo, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1991, Págs. 1455-1484.

- *" El derecho al medio ambiente adecuado"*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, Págs. 154 y ss.

LOPEZ MENUDO, Francisco, *"El Derecho a la protección del medio ambiente"*, en la *RCEC*, núm. 10, 1991, Págs. 161-201.

LOPEZ RAMON, Fernando, *"Derechos subjetivos y colectivos al medio ambiente"*, enmarcado dentro de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, 7 septiembre 1997, Págs. 347-364.

MARTÍN MATEO, Ramón:

"Tratado de Derecho Ambiental", Volumen I y II (Págs. 601-643), 1992.

"La calidad de vida como valor jurídico", dentro de la obra *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, De los Derechos y Deberes Fundamentales*, coordinador S. Martín- Retortillo, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1991, Págs. 1437-1451.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo:

"La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional", en la *RAP*, núm. 115, 1988, Págs. 205-231.

"El ruido en la reciente jurisprudencia", en la *RAP*, núm. 125, 1991, Págs. 319-342.

"Tres sentencias interesantes sobre el ruido", en la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, enero- abril, Págs. 661 y ss.

"El ruido en el Informe del Defensor del Pueblo sobre 1994", en la *REALA* 265, enero-marzo 1995, Págs. 85-115.

MARTINEZ DE MUNIAIN, Emilio Valerio, *"La legislación europea del medio ambiente: su aplicación en España"*, Editorial Colex, 1991, Págs. 379-396.

MARTINEZ PALLARES, P.L, *"El Régimen Local Aragonés"*, dentro de la obra *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas*, directores Manuel Giménez Abad y José Tudela Aranda, Zaragoza, octubre de 2001, edita "El Justicia de Aragón", Págs. 395 y ss.

MATEOS RODRÍGUEZ –ARIAS, Antonio, *"Derecho Penal y protección del medio ambiente"*, Editorial Colex, 1992, Págs. 43 –53.

MESTRE SANCHO. V y GARCIA SENCHERMES, A., *"La problemática ambiental de las industrias ubicadas en el casco urbano"*, dentro del libro "El ruido como agente contaminante del medio ambiente", director Javier Celma y otros, segunda parte, edita el Ayto. de Zaragoza y la MAZ, Zaragoza, 1987, Págs. 499 y ss.

MESTRE SANCHO.V, *"Ruido de Aeronaves"*, dentro del libro"El ruido como agente contaminante del medio ambiente", director Javier Celma y otros, segunda parte, edita el Ayto. de Zaragoza y la MAZ, Zaragoza, 1987, Págs. 549 y ss .

MONTERO, Celso, *"El ruido ambiental como agresión al derecho de la salud"*, Valedor do Pobo, inserto en la publicación de las *IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*, 1995, Págs. 125-139.

NIETO, A., *"Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional"*, nº 100-102, *RAP*, 1983, Págs. 371 y ss.

PEÑA CASTIÑEIRA y otros, *"Ruido ambiental y Salud"*, Editorial Ciencia 3, SA, Madrid, 1991.

PERERA MELERO, Plácido, *"Ruido de Tráfico"*, dentro del libro "El ruido como agente contaminante del medio ambiente", director Javier Celma y otros, segunda parte, edita el Ayto. de Zaragoza y la MAZ, Zaragoza, 1987, Págs. 521 y ss.

PEREZ ARRAIZ, Javier, *"El derecho al medio ambiente en la Constitución española"*, Págs. 27-48.

PEREZ LUÑO, A.E, *"Art. 45. Medio Ambiente"*, en la obra *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Edersa, 1984, Págs. 247 y ss

PICHOT.F y RAPADO, J.R, *"La fiscalidad y el medio ambiente, Políticas complementarias"*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1994, Págs. 87-97, 239-279.

PINEDO HAY, Jorge:

"Apuntes jurídicos sobre el ruido en los aeropuertos" en *Noticias Jurídicas*, enero 2001.

"El ruido del ocio", Editorial Bosch, septiembre 2001

PRATS CANUT, J.M, "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal", Pág. 745 y ss.

PULIDO QUECEDO, Manuel, *"La Constitución Española, con la Jurisprudencia del tribunal Constitucional"*, Editorial Aranzadi, 1993, Págs. 910-913 y 1536.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Protección penal del medio ambiente", en la obra "Comentarios a la legislación penal", Tomo I, VV.AA., Madrid, 1982, Pág. 262 y ss.

ROMERO HERNÁNDEZ, Federico, *"Urbanismo y Contaminación Acústica"*, dentro de la Revista Semanal Técnico- Jurídica de Derecho Administrativo *Actualidad Administrativa* núm. 13, 139, semana 30 marzo, 1992.

ROSEMBUJ, Tulio, *"El tributo ambiental"*, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, Págs. 33 y ss.

SÁNCHEZ PRIETO, C.L., *"Efectos del ruido en la audición"*, Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza 24- 28 de abril 1989, Págs. 17-27.

SERRA MARIA-TOME, Javier, *"Las fuentes de ruido internas en los edificios"*, Jornadas Nacionales de Acústica de Zaragoza, 24 a 28 de abril 1989, Págs. 607 y ss.

SERRANO MORENO, J. L, *"El derecho subjetivo al ambiente"*, en *REDUG*, núm. 16, 1988, Págs. 71-88.

SOLER MATUTES, Pedro, *"Consideraciones acerca del Libro Verde sobre la política futura de la lucha contra el ruido"*, dentro de la Revista de Derecho Ambiental, núm. 18, 1997, Págs. 47-105.

SOSA WAGNER, Francisco, *"La lucha contra el ruido"*, REALA núm. 249, 1991.

VELASCO CABALLERO, Francisco, *"El medio ambiente en la Constitución, ¿derecho público subjetivo y/o principio rector?"*, en la *RAP*, núm. 19, 1994, Págs. 77-121.

ESTUDIO SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA JUNTA DE PARIENTES Y SUS PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Vanessa Layed Gómez
(Beca 2000/2001)

INTRODUCCIÓN

No resultó fácil la elección de un tema sobre el que centrar mi estudio, tal vez porque había muchos y muy atrayentes todos ellos. Comencé a leer sobre diferentes instituciones pero al final me decanté por la Junta de parientes, pese a que existían ya estudios sobre ella, como es el caso del de R. BERNAD MAINAR, y también pese a que el legislador tiene proyectado acometer la reforma del Derecho de Familia. Y la razón principal de que mi decisión fuese esa, es que la Junta de parientes es una institución que ha nacido del Pueblo aragonés y para el Pueblo aragonés; pero además, a través de su estudio podemos conocer el pasado de Aragón, cómo era vivir en una época y en unas circunstancias que muy poco tienen que ver con las actuales. Estudiar el pasado de la Junta de parientes supone esforzarse por comprender otra mentalidad jurídica, y ver su evolución, es también ver la evolución de Aragón.

No podemos pretender revivir (aunque todavía puedan producirse puntualmente) aquellas situaciones como la que describe J. SAPENA TOMAS[1]: *"En el Alto Aragón, junto a la lumbre, en los bancos de la amplia cocina, o rodeando al padre o madre enfermos, se reunía la Junta de parientes para tomar la decisión de la que en muchos casos dependía la pervivencia de la casa, y allí el Notario la recogía para plasmarla en el documento o ante él comparecían a otorgarlo en su despacho (...)"*. Esto, salvo casos concretos, no puede pretender tenerse como patrón actual porque las circunstancias actuales son muy diferentes, y es a ellas a las que la Junta de parientes debe adaptarse (manteniendo sus señas de identidad) si realmente se quiere que esta institución tenga un papel destacado. Esas circunstancias actuales las describe E. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA[2] de manera acertada:

"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 este 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".

Todo esto nos lleva también hacia **otra conclusión**: la necesidad de **plantear nuevas funciones** de las que se ocupe la Junta de parientes, para que así la institución no se vea abocada a un papel secundario por falta de adaptación a las nuevas circunstancias de la sociedad.

---

1. SAPENA TOMAS, J, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 594.
2. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit.,pág. 147

En definitiva, mis **objetivos** han sido llegar a conocer a fondo la institución, su significado en origen, su situación actual, su problemática, así como sus posibilidades de cara al futuro. Además, con la aprobación de la nueva Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte, se han producido cambios en algunas de las funciones tradicionales de la Junta de parientes, y conviene evaluar su alcance.

Y es que como bien se ha dicho, la Junta de parientes está infrautilizada. En mi opinión, la mejor forma de vivificarla es adaptarla a las circunstancias actuales y fomentar su conocimiento y utilización. Para ello, se requiere el trabajo conjunto del legislador y las instituciones. Al igual que indicó C. CARNICER en el Coloquio de los Segundos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, *"hay que sembrar en la sociedad las posibilidades de utlizar la Junta de parientes"*. Sirva pues, este trabajo a modo de pequeña contribución.

Por último, quisiera **agradecer** a la Institución del Justicia de Aragón, la oportunidad de llevar a cabo este estudio.

BREVE REPASO HISTÓRICO

En el **Derecho histórico**, las referencias que encontramos son en torno a cuestiones concretas; por un lado, en la Compilación de Huesca (año 1247) en los Fueros I -*De contractibus coniugum* (relativo a la dote) y Fuero I- *De secundis nuptiis*.Y por otro lado, el Fuero único *De liberationibus et absolutionibus* de las Cortes de Zaragoza (año 1348).

El **Congreso de Jurisconsultos aragoneses** (1880) fue el primer intento para la consecución de un Código Civil aragonés; allí precisamente destacó la labor de Joaquín COSTA, favorable a la introducción de esta figura en el futuro código, puesto que era parte de la tradición del pueblo aragonés (especialmente del Altoaragonés). Se apoyó igualmente en la idea, también arraigada en

Aragón, de mantener a la "Justicia estatal"alejada de cuestiones familiares y sucesorias.

Pero, pese a ello, no se plasmó en la realidad normativa del Derecho foral aragonés ya que en el **Apéndice de 1925**, no existió regulación de forma directa (aunque sí una remisión indirecta al referirse el artículo 60 a los usos locales en relación a las instituciones consuetudinarias). Sí aparecía el llamado "Consejo de Familia", pero que no debe confundirse con la Junta de parientes, ya que el Consejo, hoy desaparecido tanto del Código civil como de la propia Compilación aragonesa (derogado por la Ley 3/1985 de 21 de mayo), tenía funciones en relación a la tutela.

En los años que preceden a la Compilación aragonesa, Ramón SAINZ DE VARANDA realiza un trabajo[3] de carácter monográfico sobre la Junta de parientes, que fue pilar fundamental en la confección de Anteproyectos (1961, 1962, 1963, 1965, 1966...) que sirvieron de base a la Compilación.

Los redactores de la **Compilación de 1967** se hallaron ante la disyuntiva de que la Junta de parientes siguiera siendo una figura consuetudinaria, en cuyo caso se regularía sólo para donde existiera, o bien, la segunda opción era promover su extensión como dice J. SAPENA TOMÁS[4], en el espacio (para todo Aragón) y en su carácter, convirtiéndola en legal para determinados supuestos.El legislador se decantó por esta segunda opción y formuló de forma estructurada y sistemática la Junta de parientes.

---

3. SAINZ DE VARANDA, Ramón, *Ponencia El Consejo de Parientes en el Derecho Civil Aragonés, Estudios de Derecho Aragonés* (Jornadas de Huesca, Jaca, Barbastro- 17 al 22 de julio de 1954)

4. SAPENA TOMÁS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, T.I.,D.G.A., Zaragoza, 1988, pág. 569.

La Compilación sufre una **modificación** con la **Ley 3 /1985** de 21 de mayo de las Cortes de Aragón cuya finalidad era la **adaptación del ordenamiento jurídico aragonés al texto constitucional**. La Constitución española introdujo nuevos principios también en el ámbito personal y familiar; eso repercutió en aspectos concretos de la Junta de parientes como era, por ejemplo, la preferencia de los varones sobre las mujeres a la hora de integrar la Junta, ya que resultaba contrario al principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE.

Con dicha reforma, se modificó el contenido del artículo 19 de la Compilación, quedando eliminado el Consejo de Familia al igual que había sucedido en 1983 con dicha institución en el Código civil. Esta eliminación resulta criticable para G. GARCÍA CANTERO ya que en su opinión esta figura se había venido utilizando en la práctica y tenía "cierto arraigo"[5]. Asimismo se aprovechó la modificación para reestructurar el contenido de los artículos 20 y 21 de la Compilación, donde se regulaba propiamente la Junta de parientes.

En **conclusión** podemos decir que gracias a su regulación, la Junta de parientes se extiende a todo Aragón por dos vías: la de la disposición legal y la de la libertad de pacto, pudiendo en este último caso intervenir la Junta en cualquier asunto sucesorio o familiar que no se halle sujeto a normas imperativas.

5. GARCÍA CANTERO,G. *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, T.I, D.G.A, Zaragoza, 1988, pág. 559

ORIGEN, FINALIDAD Y ÁMBITO GEOGRÁFICO

La Junta de parientes es una **figura consuetudinaria, vinculada a la institución de la Casa**. J. SAPENA TOMAS[6] dice con gran claridad que *"(...)nace al amparo de la costumbre, pero sin llegar nunca a ser impuesta por ella. Se trata de una figura de carácter, a la vez, paccionado y consuetudinario. Que precisa del uso que justifique y ampare el pacto y del pacto que la establezca: siempre de la conjunción de ambos"*.

Su **zona geográfica** era (en origen) aquella en la que existía la Casa: prácticamente toda la provincia de Huesca, en los partidos judiciales de Sos y Ejea, también en Caspe, y de forma más puntual en Alagón, Valderrobres y tierra baja de Teruel, como indica R. SAINZ DE VARANDA citando a MARTÍN-BALLESTERO.[7]

Recordemos que **la Casa aragonesa** es una unidad económica y social, levantada y sostenida a través de generaciones por lo que su conservación se convierte en preocupación fundamental. Pero sin duda, quien mejor nos describe esta realidad es J. COSTA[8] al decir que *"Constituye cada familia una verdadera asociación, regida por el padre, o por uno de los hermanos, o por un pariente o extraño adoptado por ella. El patrimonio es indivisible. No se abre nunca juicio de abintestato. Cuando el jefe ha envejecido, designa un sucesor entre sus hijos; y si no los tiene, los adopta. Cuando fallece sin haber designado heredero, lo hacen por él sus parientes, reunidos en Consejo de familia(...)"*.

---

6. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, op.cit.,pág.564.

7. SAINZ DE VARANDA, R., *Ponencia El Consejo de Parientes en el Derecho civil aragonés*, Jornadas de Huesca, Jaca y Barbastro (17 al 22 de julio de 1954), Informes del seminario (1954-1958)- Vol I., Colección El Justicia de Aragón, pág. 359.

8. COSTA MARTINEZ, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Tomo I, Guara Editorial S.A, Zaragoza, 1981.

Así la **finalidad** de la Junta de parientes es genéricamente la de preservación de la Casa, tal como indica J. SAPENA TOMAS [9], salvando discrepancias familiares que pudieran darse y asegurando la transmisión de la Casa como una unidad (evitando ab intestatos, como bien decía J. COSTA). De tal manera que la Junta de parientes solía intervenir en:

- los supuestos de casamiento en casa (se cubría el hueco dejado al morir el cónyuge heredero),
- resolución de conflictos que pudieran darse entre instituyentes e instituidos (convivientes todos en la Casa),
- designando al nuevo heredero, con objeto de asegurar la transmisión de la Casa como una unidad a la generación siguiente.

Esto debe entenderse en el seno de una sociedad predominantemente agraria, como lo era la del siglo XIX y en la que el concepto de familia dista bastante de la idea actual; hoy predomina la concepción de familia nuclear, constituida por los progenitores y sus vástagos mientras que en el siglo XIX era una concepción polinuclear.

Pero situándonos en la **significación** que puede tener **hoy** la Junta de parientes, resultan muy acertadas las afirmaciones de E. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA [10], quien entiende que la agilidad del tráfico jurídico y la economía son las principales razones de su efectividad. E incluso las razones que R. SAINZ DE VARANDA [11] esgrimió (razones prácticas y de utilidad) son igual-

9. SAPENA TOMAS, J.,Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, op.cit., pág. 573.

10. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA, E., Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (21 Noviembre 1995), El Justicia de Aragón, 1996, pág. 145.

11. SAINZ DE VARANDA, R., *Ponencia El Consejo de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit. págs. 34 y 54

mente válidas dándoles un nuevo sentido, ya que ha quedado superado el temor a verse abocado a una sucesión intestada y a la intervención de la "justicia oficial"en el ámbito familiar. Es precisamente en estas razones donde, a mi juicio, debe hoy buscarse el sentido a esta institución para potenciarla y evitar su retroceso de hecho.

NATURALEZA JURÍDICA

El tema de la naturaleza jurídica de la Junta de parientes, es una cuestión abierta y en la que encontramos opiniones muy diversas; pero es que además esta cuestión no es baladí ya que la determinación de la naturaleza jurídica está estrechamente relacionada con la legislación aplicable.

Para **J. COSTA** la Junta de parientes es principalmente un tribunal familiar; para él, como señala R. BERNAD MAINAR[12], la familia es una categoría de Estado autónomo del poder político, ya que es capaz de generar y resolver sus propios conflictos, de tal forma que *"(...)los actos y las relaciones de la familia son de una índole tan especial, que sólo los que dentro de ella viven o los que de ella en mayor o menor grado forman parte, pueden apreciarlas con mayor exactitud y juzgarlas con pleno conocimiento de causa; cuestiones hay tan delicadas, que sólo pueden hallar remedio en el seno de la confianza, y que, por tanto, jamás debieran pasar a ser del público dominio;"*[13]. La actuación de la Junta de parientes queda justificada a través de la "autonomía doméstica"o "selfgovernment civil"[14].

---

12. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, Colección El Justicia de Aragón, 1997, págs.149-150.

13. COSTA MARTINEZ, J., *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, Guara Editorial S.A, Zaragoza, 1981, pág.221.

14. COSTA MARTINEZ, J., *La libertad civil....*, op.cit. pág.221.

Esta posición resulta sin duda un tanto extrema a la luz de la dimensión actual de la familia, que pese a ser más nuclear, demuestra en muchas ocasiones su incapacidad para gestionar sus propios conflictos. Esto es así, entre otras razones, por el interés estatal en controlar ciertos aspectos de la vida familiar. De ahí que J. CARBONNIER denunciase la creciente "estatización", en una doble vertiente:

- Estado reemplazante de la familia.
- Estado que controla la familia.

En línea con estas ideas. J.L. MERINO HERNANDEZ[15] entiende la Junta de parientes como *"una institución netamente desestatizadora de la familia, en la medida en que recupera para el círculo familiar una serie de atribuciones importantes, en otros sistemas atribuidas al Juez."*. Por tanto, coincide con J. COSTA en señalar que la Junta de parientes funciona a modo de tribunal familiar.

R. SAINZ de VARANDA[16] muestra una postura más ecléctica y lejos de atribuirle una calificación, lo que realiza es un estudio de los distintos supuestos en los que actúa la Junta de parientes, para atribuirle en cada uno de estos casos una naturaleza jurídica diferente. Así, cuando la Junta de parientes interviene en actos de Derecho de familia, cabría calificarla de Tribunal familiar, mientras que en los casos en que lo hace en cuestiones sucesorias, tendría una actuación similar a la de los fiduciarios comisarios.

En los casos de actuación como Tribunal familiar se trata de un Compromiso del artículo 1820 CC, y la Junta de parientes tiene el carácter de árbitro colegial. Pero en realidad, SAINZ DE VA-

---

15. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XXXIII, Vol. 1, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 238.

16. SAINZ DE VARANDA, R., *Informes del Seminario (1954-1958)*, Vol. I, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996.

RANDA puntualiza, apoyándose en el propio artículo 13 CC[17], que no es posible aplicar el mencionado artículo 1820 CC porque la Junta de parientes era una institución que ya existía (aunque fuese con carácter consuetudinario) antes de promulgarse el Código civil. Asimismo entiende que la LECiv. también le es inaplicable.

Las dudas surgen en relación a la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre de 1953, en cuya definición de arbitraje parecía encajar la tarea realizada por la Junta de parientes. Recordemos que esta ley fue derogada por la Ley 36/1988 de 5 de diciembre sobre arbitraje (disposición derogatoria); la posibilidad de aplicar a la Junta de parientes la nueva ley ha sido estudiada por A. BONET, a quien nos referiremos posteriormente.

Hasta ahora hemos presentado la opinión de autores que admiten que la Junta de parientes es un Tribunal familiar o bien, que en ocasiones actúa como tal. Pero existen otros autores que niegan tal extremo; es el caso de J. SAPENA TOMAS[18] que señala que la función de la Junta de parientes como Tribunal familiar es complementaria de la esencial, *"En cuanto es necesaria en ocasiones para garantizar la efectividad de aquello que ella legitimó o podrá legitimar."*. Para él, la **función de la Junta** de parientes es la de *"legitimar con su intervención aquellos actos de trascendencia patrimonial que el buen gobierno de la familia precise, completando la voluntad del titular, órgano o representante, actuando en defecto del mismo, aprobando su gestión o dirimiendo las controversias, todo ello conforme al pacto o la ley que tal cometido le encarga."*.

17. El artículo **13.2 CC** indica el respeto a los derechos especiales o forales ya vigentes, siendo en estos casos supletorio el Código civil. Su tenor literal es el siguiente: *"En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellos, según sus normas especiales"*

18. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, op. cit. pág 574.

A. BONET NAVARRO, ya en las Jornadas de Derecho Aragonés de Jaca (1990) y posteriormente en los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés (1995), pone de manifiesto que referirse a la Junta de parientes como Tribunal familiar resulta inexacto.

Como él mismo explica, la Junta de parientes *"no es un mero órgano consultivo, autorizante de actos, prestadora de asistencia. Comparte con la jurisdicción facultades decisoras de conflictos"*[19]. Apoya su argumentación en que no puede afirmarse que nos hallemos ante un verdadero "Tribunal"familiar puesto que, en virtud de los establecido por el artículo 122 CE[20], no existen más tribunales que los creados por ley orgánica. Por otro lado, tampoco es posible asimilarlo a los tribunales consuetudinarios y tradicionales (reconocidos en el artículo 125CE) como son el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana (artículo 19.3 L.O.P.J) o el Consejo de Hombres Buenos de Murcia (art. 19.4 L.O.P.J, recientemente añadido por la Ley Orgánica 13/1999 de 14 de mayo).

A. BONET no considera adecuado que deba reivindicarse la inclusión de las Juntas de parientes en el catálogo de tribunales consuetudinarios y tradicionales, dado que la actuación de la Junta de parientes se desarrolla en el seno de la familia, y por contra, la nota común de del Tribunal de Aguas de Valencia y del Consejo de Hombres Buenos de Murcia, es que actúan de forma pública.

En conclusión, para este autor, *"habría que buscar su identidad próxima a a los órganos de arbitraje privado"*[21] en aquellos casos en los que su función (resolución de conflictos) es similar a la jurisdic-

---

19. BONET NAVARRO, A., *Jornadas de Derecho aragonés; Ponencia Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, Jaca, 28,29 y30 de septiembre de 1990, pág. 48.

20. Artículo 122.1 CE: *"La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales (...)"*

21. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit. pág.118

cional. Propiamente no puede hablarse de un arbitraje ya que carece, entre otras cosas, de un presupuesto básico: la imparcialidad e independencia necesarias que debe tener todo árbitro (art. 12 Ley de Arbitraje 36/1988). Es precisamente esta cuestión, es decir, la falta de imparcialidad e independencia, la que lleva sin duda a plantearse hasta qué punto la Junta de parientes es la institución idónea para resolver asuntos familiares (sobre este tema volveremos en el apartado de conclusiones).

Pero es que además, de la respuesta que ofrezcamos a la naturaleza jurídica de la Junta de parientes, van a depender cuestiones tan fundamentales como el **valor de los acuerdos** adoptados por ésta. Ya ha quedado acreditado con las opiniones expuestas que no estaríamos ante sentencias (ya que no es propiamente un tribunal) pero tampoco se trataría de laudos porque no se ajusta a lo prescrito por la Ley 36/1988 de Arbitraje, aunque, como señala A. BONET, la eficacia de estos acuerdos puede sostenerse a través del **artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje**: *"Cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato."*.

Sobre estas cuestiones trataremos más detalladamente en el apartado de valor y ejecutoriedad de los acuerdos de la Junta, ya que trascienden a lo que es meramente la naturaleza jurídica.

CONCEPTO

Este apartado es un resumen de lo expuesto en torno a la naturaleza jurídica, ya que para abordar la cuestión se han ido perfilando los límites del concepto de Junta de parientes.

Para J.COSTA[22] el Consejo de familia es una institución consuetudinaria, que ha de abrazar la vida entera de la familia, y constituye de por sí un sistema, que separa la familia del municipio y de la nación, y su derecho un verdadero derecho gentilicio.

R. SAINZ DE VARANDA[23], algo más moderado en sus propuestas, habla del Consejo de parientes como institución eminentemente consuetudinaria, que existe en estado latente y ocioso, hasta tanto que se procede a realizar la intervención precisa en asuntos de Derecho de familia (tutela, derecho matrimonial...), Derecho sucesorio y/o como Tribunal familiar.

El concepto que J. SAPENA TOMAS[24] da, está muy unido a la finalidad de la institución: se trata de un órgano fiduciario, de origen consuetudinario, al servicio de la Casa, *"(...) por cuanto en él se deposita la confianza de la familia a fin de procurar la conservación de aquella (...)"*.

A.L. PASTOR OLIVER[25] se refiere a la Junta de parientes como una figura flexible, de nacimiento consuetudinario, que 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; es además un órgano decisorio y no meramente consultivo, con una doble autoridad: moral y jurídica.

R. BERNAD MAINAR[26] por su parte, no desarrolla un concepto sino que realiza una enumeración de las características fun-

22. COSTA MARTINEZ, J., *La Libertad civil y el Congreso de jurisconsultos* (1.883) en Guara Editorial, S.A., Zaragoza, 1.981, pág. 217 y 225.

23. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de Parientes*, A.D.A., 1.953-1.954, págs.8, 21, 25, 26, 32,51.

24. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, op.cit., págs. 573 y 574.

25. PASTOR OLIVER, A.L., Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (21 Noviembre 1.995), El Justicia de Aragón, 1.996, págs 127 –128

26. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág.158.

damentales, entre las cuales destacamos: *"carácter consuetudinario y fiduciario", "ámbito de actuación familiar, eminentemente sucesorio y patrimonial", "facultades consultivas y decisoras", "su asiento reposa en la autonomía de la voluntad y la libertad civil"* y *"su fin y objetivo último es la legitimación de actos de contenido y trascendencia patrimonial tendentes a la conservación de la Casa y la propia familia".*

De las ideas presentadas por A. BONET NAVARRO[27] entresacamos las siguientes relativas al concepto: la Junta de parientes no es un mero órgano de consulta puesto que también tiene facultades decisoras de conflictos, y sus actuaciones pueden agruparse en tres grandes bloques:

1º) "Actos consistentes en completar la capacidad, aprobar cuentas,asistir al menor, los actos en interés del menor o incapaz, y los actos de legitimación de la actuación del administrador o titular de un patrimonio especial, para asentir enajenaciones."

2º) "Actos de ordenación,como fiduciario, de la sucesión mortis causa de quien así lo haya previsto."

3º) Actos en los que actúa como órgano dirimente (por imposición de la ley o por disposición de acto jurídico del instituyente).

Por último, J.L. MERINO HERNANDEZ se refiere a la Junta de parientes como *"(...)una institución netamente desestatizadora de la familia(...)".*

---

27. BONET NAVARRO, A., *Jornadas de Derecho Aragonés; Ponencia Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, op.cit., pág.48

DENOMINACIÓN

Es conveniente dedicar un apartado específicamente al tema de la denominación, ya que no es una cuestión tan intrascendente como podría pensarse.

Son **distintas** las **denominaciones** que se le han aplicado: Consejo de parientes, Consejo de familia (Joaquín COSTA así la cita), simplemente parientes, Consejo doméstico...hasta llegar a la hoy establecida: Junta de parientes (pues así consta en la Compilación aragonesa).

Para R. SAINZ DE VARANDA existía ya antaño una diferencia terminológica producida simplemente por motivos geográficos: en la zona más oriental de Huesca se hablaba de "Consejo de parientes", mientras que en la zona occidental de la provincia era más usual la denominación de "Junta de parientes"[28].

En algunos de los proyectos de Apéndice se hacía mención de ella como Consejo de familia, y ello debido a la confusión existente con la figura del mismo nombre que recogía el Código civil. Pero tal y como explica J. SAPENA TOMAS[29] se fue pasando de la denominación de Consejo de familia a la de Consejo o Junta de parientes *"para así distinguir en su terminología dos figuras que ni en su génesis ni en su naturaleza ni en sus aplicaciones debían haber sido objeto de confusión alguna: el Consejo de familia de la tutela y la Junta de parientes que la Casa salvaguardaba"*.

Ya dijimos en nuestro Breve Repaso Histórico, que el Consejo de familia ha desaparecido tanto del Código civil (en 1983) como de la Compilación Aragonesa (Ley 3/1985 de 21 de mayo que, entre otras cuestiones, derogaba el artículo 19 de la Compilación

28. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de Parientes*, A.D.A, 1.953-1954, pág.8.
29. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, op.cit.,pág.56.

Aragonesa) y con ello se eliminaron las posibilidades de confusión. Por ello no resulta aconsejable en mi opinión, que se promueva la vuelta a su denominación como Consejo, una vez que se ha aceptado y se viene utilizando la de Junta de parientes, puesto que no haría sino generar una confusión innecesaria.

CLASES

Podemos distinguir diferentes clases de Junta de parientes según el criterio de clasificación elegido.

J. SAPENA TOMAS[30] distingue según la norma que impone su intervención entre Junta de parientes **voluntaria** o **legal**. La **voluntaria**, puede ampararse en la costumbre, en el standum est chartae o en el artículo 20 de la Compilación; en cualquiera de estos tres casos debe existir un negocio jurídico en el que se haya dispuesto precisamente la existencia de la Junta de parientes (negocio jurídico que suele ser: testamento, capitulaciones matrimoniales o heredamiento).

La **legal** es aquella que la ley impone; si es posible optar entre acudir a ella o al Juez de 1ª Instancia, entonces en este último caso estaríamos realmente ante una Junta de parientes voluntaria.

R. BERNAD MAINAR [31] hace una clasificación similar bajo el criterio del origen, distinguiendo también entre Junta de parientes voluntaria o legal. La voluntaria para él puede ampararse en la costumbre, en el standum est chartae o en el negocio jurídico (testamento, capitulaciones matrimoniales o heredamiento generalmente). La legal "emana de la norma positiva"; en estos casos (ar-

30. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* dirigidos por J.L.LACRUZ BERDEJO, op.cit., pág. 574-576.

31. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág.139 y siguientes.

tículos 5, 6, 9.2, 10, 13, 16, 17, 27, 31, 49, 85, 87...) la Junta de parientes puede actuar por sí sola o como alternativa a la actuación judicial, es decir, su actuación puede ser obligatoria o potestativa.

Otra clasificación que suele hacerse (y que de hecho mencionan tanto J. SAPENA TOMAS como R. BERNAD MAINAR) es dependiendo de la autoridad que la constituya, distinguiendo entre **Junta de parientes judicial** o **Junta de parientes notarial o constituida bajo fe notarial.** Pero es una distinción que resulta cuando menos ambigua, y así lo manifiestan ambos autores, ya que una Junta de parientes que se ha constituido judicialmente puede reunirse y actuar bajo fe notarial, y viceversa.

Para concluir con este punto hay que hacer referencia a la clasificación según su vigencia o duración. Podemos hablar en este caso de Junta ordinaria y Junta permanente. Tal y como dice J. SAPENA TOMAS[32] es el texto del artículo 20.4 de la Compilación Aragonesa el que plantea dudas sobre la posible existencia de Juntas permanentes. El artículo 20.4 establece: *"De la misma forma, el Juez podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos"*, de lo que parece extraerse que pueda existir la Junta de parientes con carácter estable.

Pero el propio J. SAPENA TOMAS puntualiza que *"de la nueva regulación legal, al fijar los casos en que debe actuar la Junta, no podemos deducir criterio de permanencia o continuidad personal"*. Ni siquiera conforme a la costumbre. Es más, era precisamente el antiguo Consejo de familia (funciones de tutela) el que tenía carácter estable; por ello este autor ahonda en sus tesis: *"(...) sólo en el caso de*

32. SAPENA TOMAS, J. *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 575

confusión de la Junta con el desaparecido Consejo de familia en la tutela, que al de parientes desvirtuaba,estaría justificada su permanencia".

DERECHO COMPARADO

Vamos a realizar ahora un estudio del Derecho comparado centrándonos en la legislación española, en concreto los **Derechos navarro y catalán**. Es cierto que el Consejo de familia al que nos hemos referido como órgano de tutela, y que actualmente ha desaparecido de la legislación del Código civil y de las legislaciones forales, tiene un claro antecedente en el Derecho francés (Código de Napoleón de 1804). Pero, dado que la Junta de Parientes, como ya dijimos, es una institución distinta en su fundamentación y con atribuciones más amplias, creemos conveniente centrar el estudio en instituciones análogas como son los Parientes Mayores en Navarra y los parientes en Cataluña (allí no reciben denominación específica).

1. NAVARRA

En Navarra se habla de los "Parientes Mayores"en vez de Consejo o Junta de parientes pero en cualquier caso, su **finalidad es igual** a la que en origen tenía nuestra Junta de parientes: la **preservación y continuidad de la Casa**.

Los Parientes Mayores, dice F. SALINAS QUIJADA[33] *"constituyen una institución foral de una gran raigambre histórica, recogida por nuestros antiguos ordenamientos, perviviendo hasta la fecha y abarcando aspectos de la vida de la familia navarra mucho más amplios que los que pudiera haber tenido en la legislación común el propio Consejo de fami-*

32. SAPENA TOMAS, J.,*Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 575

33. SALINAS QUIJADA, F., *Las Instituciones de Derecho civil foral de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1.985, pág. 189.

lia". Para J. NAGORE YARNOZ[34] los Parientes Mayores son "*una institución peculiar del Derecho navarro, cuya función consiste en legitimar con su intervención aquellos actos de trascendencia personal o patrimonial que el buen gobierno de la familia precisa, completando o supliendo la voluntad del titular, actuando en defecto del mismo, efectuando designaciones, aprobando gestiones o dirimiendo controversias*". Coincide por tanto con la Junta de parientes en superar con creces las funciones del Consejo de familia, dedicado únicamente, como dijimos, a actuaciones tutelares.

Señala también F. SALINAS QUIJADA[35] que es "*la institución cumbre de la familia*", que se ve reforzada y aceptada precisamente por su origen consuetudinario. Pero es que además, detrás de todo esto también subyace ese temor (al igual que en Aragón) a dar entrada en estas cuestiones a la Justicia oficial. H. YABEN Y YABEN[36] dice literalmente: "*Todos los contratos matrimoniales, sin excepción alguna, prohiben con mucho acierto la intervención de los Tribunales en la partición de los bienes o en el arreglo que ha de hacerse para que donadores y donatarios vivan separados*". En estos casos se recurre a la intervención de amigables componedores, generalmente dos de los parientes más próximos, junto con un tercero que frecuentemente era el Párroco.

Esta institución se halla arraigada en prácticamente toda la provincia de Navarra aunque especialmente en la zona de Aoiz (entre Roncesvalles y el Roncal). Las funciones que los Parientes

34. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XXXVI (Vol. 2), EDERSA, Madrid, 1.995, pág. 571

35. SALINAS QUIJADA, F., *Las Instituciones de Derecho civil foral de Navarra*, op.cit., pág. 189.

36. YABEN Y YABEN, H., *Los Contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia* (Memoria premiada por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid, 1.916, pág. 99.

Mayores realizan son amplias y variadas, entre otras destacamos las siguientes:

- suplencia de la voluntad mortis causa de los padres.
- dirimir cuestiones familiares.
- consultarles a la hora de contraer matrimonio(también en el caso de viudos que desean contraer nuevas nupcias).
- árbitros a la hora de dividir bienes entre los padres (donantes) y los hijos (donatarios) en caso de separación...

Actualmente es el **Título XV** de la **Compilación de Derecho civil foral de Navarra** de **1973** (modificada por la **Ley 5/1987**,de 1 de abril), el que recoge la regulación de esta institución, en concreto las **leyes 137 a 147**.

Al igual que en Aragón, nos hallamos ante una institución "de origen consuetudinario, perfilada en la práctica notarial"[37]. Y también al igual que en Aragón, *"en Derecho navarro la regulación de los Parientes Mayores se lleva a efecto primero, por la voluntad, luego por la costumbre y, finalmente, en todo cuanto voluntad y costumbre dejaran en vacío, por las leyes del Fuero Nuevo"*[38] -en nuestro caso la Compilación- (Ley 137[39]).

En cuanto al llamamiento de los Parientes Mayores, hay que estar en primer lugar también, a lo dispuesto por el instituyente. Si éste nada dijo y la costumbre también guarda silencio al respecto, el Fuero Nuevo prevé que sean dos parientes, los más pró-

37. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 572.

38. NAGORE YARNOZ, J., Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, op.cit., pág. 572.

39. Ley 137 - Reglas aplicables-

"Siempre que por disposición de voluntad, costumbre o Ley, se someta determinada cuestión familiar a la intervención de los Parientes Mayores, será aplicable lo establecido en aquellas y, en su defecto, las reglas contenidas en el presente título".

ximos que además deben ser mayores de edad y residentes en **Navarra** (Ley 138[40]). Hay que puntualizar que *"la residencia en Navarra puede no coincidir, en ocasiones, con ostentar el residente la vecindad civil foral navarra, bien por no haber llegado a adquirirla, bien por no desearla o por haberla perdido. Así, pues, sólo el hecho de residir en Navarra se exige para los parientes mayores, excluyéndose, por tanto, a quienes residan fuera de Navarra y, también a los declarados ausentes"*[41]

En el caso de **Aragón** se distingue cuando se trata de Junta de parientes judicial (artículo 20.3 C.A.) y la Junta de parientes constituida bajo fe pública (20.5 C.A.), aunque en cualquiera de los casos no se exige que sean parientes residentes en Aragón. Ahora bien, se dice, para el caso de la constitución judicial que debe tratase de parientes idóneos, con el límite del cuarto grado, y como criterios que puede tener en cuenta el Juez a la hora de elegir se indican: el mayor contacto con la Casa y la proximidad de parentesco. Al hablar de parientes que tengan un mayor contacto con la Casa entendemos que, coincidirá generalmente con que su residencia efectiva esté en Aragón.

El Fuero Nuevo sin embargo no contempla limitación en el grado de parentesco, simplemente exige que se trate de los más próximos. Tampoco dice nada sobre la idoneidad de tales parientes (a diferencia de la Compilación aragonesa, artículos 20.3 y 20.5).

---

40. Ley 138 -Parientes llamados- "Se entenderán llamados los dos más próximos, mayores de edad y residentes en Navarra, determinados conforme a las reglas siguientes:

1) Serán elegidos uno de la línea paterna y otro de la materna; si las personas entre quienes se suscite cuestión tuvieran distintos parientes, será elegido uno por cada parte.

2) En todo caso, serán preferidos los parientes más próximos en grado; en igualdad de grado, los de vínculo doble sobre los de vínculo sencillo; y en las mismas condiciones los de más edad."

41. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 577

En cuanto a la **preferencia en el llamamiento cuando ante parientes del mismo grado nos hallamos**, el Fuero Nuevo (ley 138.2) indica que *"en igualdad de grado, los de vínculo doble sobre los de vínculo sencillo; y en las mismas condiciones los de más edad"*. En la Compilación aragonesa, se prevé directamente la preferencia de los de más edad en caso de igualdad de grado, sin discriminación alguna según si el vínculo es doble o sencillo (constitución notarial de la Junta de parientes, artículo 20.5 *in fine*).

El llamamiento, al igual que dijéramos para la Junta de parientes, *"determina la competencia de los Parientes Mayores, que sólo pueden actuar para lo que son llamados"*[42]. Esta competencia, como reconoce J. NAGORE YARNOZ, *"puede ser amplísima, no ya porque la regulación legal, supletoria, de la costumbre local y de la voluntad dispositiva, sea también muy extensa y llame a los Parientes Mayores para solventar gran número de cuestiones familiares-sucesorias, sino porque, además, esa voluntad dispositiva puede llamarlos para otras cuestiones distintas de las recogidas en las leyes del Fuero Nuevo"*[43] (Ley 142). El Fuero Nuevo ha previsto además una ley especial (Ley 139[44]) a diferencia de la Compilación que nada dice sobre este particular.

Pero lo que sí es importante subrayar en este estudio del Derecho comparado, es que, tal como indica J. NAGORE YARNOZ, *"no se establece en el Fuero Nuevo procedimiento alguno formal ni para la elección, ni para la constitución y posterior actuación, en reunión o reuniones posteriores, de los Parientes Mayores. Estos funcionan y se desenvuelven en su cometido de un modo informal, distinto a como lo hace, por ejemplo, la Junta de parientes aragonesa"*[45].

---

42. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 575.

43. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 575.

44. Ley 139 - Adoptados- " Si se tratare de personas adoptadas con adopción plena, los parientes llamados serán siempre los del adoptante o adoptantes".

45. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 576

La Ley 140 viene referida a la **"suplencia"**[46] y en último término, ante la falta de parientes, y con objeto de *"asegurar la efectividad de la institución"*[47], se permite que el interesado designe incluso a no parientes. En Aragón, la Compilación no prevé esta situación, aunque sí se ocupa del tema de la vacancia (artículo 20.4 C.A).

Si entramos a analizar la **función de Pariente Mayor**, debemos prestar atención a las Leyes 141 y 143 del Fuero Nuevo. La Ley 141[48] establece el **carácter personalísimo** de dicha función, lo cual debe relacionarse con la afirmación recogida en la Ley 143: *"Los Parientes Mayores no podrán renunciar a su función ni negar su intervención sin causa que impida o gravemente dificulte su gestión(...)"*. Por tanto, como indica J. NAGORE YARNOZ[49] *"la función de Pariente Mayor, por su carácter familiar, es obligatoria; por ello no se admite renuncia, negativa, recusación, sino por causa justificada(...) Por otra parte, el Fuero Nuevo no prevé más causas, salvo las señaladas en las Leyes 138 a 140 inclusives, que incapaciten para ser Pariente Mayor"*.

Continúa diciendo este autor que la idoneidad de los Parientes "queda establecida en principio", y "son ellos (los propios

---

46. Ley 140 - Suplencia-

"Si, por no existir personas que reúnan las condiciones legales, no pudieran designarse parientes de una línea o de un parte, se procederá de la forma siguiente:

1) La falta de parientes de línea paterna o materna se suplirá con pariente de la otra línea.

2) La falta de parientes de una de las partes se suplirá con la persona, sea o no pariente, que el interesado designare".

47. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 581-582.

48. Ley 141 - Carácter personalísimo :delegación-

"La función de Pariente Mayor es personalísima. No obstante, podrá delegarse en otra persona la simple ejecución o formalización del acuerdo de los Parientes Mayores, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de su voluntad".

49. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 592.

Parientes Mayores) los que han de alegar y probar en su caso, qué causas, a su juicio, impiden o gravemente dificultan su misión"[50]. Reconoce asimismo la diferencia que existe con respecto a nuestra Compilación: *"No se produce, pues, lo que sucede por ejemplo en el Derecho aragonés, en el que la calificación de la incapacidad, indignidad o incompatibilidad de los parientes llamados a constituir la Junta de parientes la hace el Juez o la propia Junta, si ésta se constituye ante Notario. En uno y otro caso, se da una objetividad en la apreciación que está excluida en el Derecho navarro a efectos de la renuncia del o de los Parientes Mayores"*.[51]

Otras diferencias importantes que ya se apuntaron pero que a nuestro juicio es fundamental destacarlas son: **por un lado** la **posibilidad de delegación** que se prevé (que no es sino un mandato imperativo, en el que el delegado es "portavoz exacto del Pariente Mayor y de la voluntad de éste al ejecutar la función encomendada"[52]). **Por otro lado**, el hecho de que la función de Pariente Mayor tenga carácter personalísimo hace que la **renuncia o negativa a intervenir deban estar justificadas en un motivo** ***que "impida o gravemente dificulte su gestión"***. En **Aragón** sin embargo, los parientes gozan de una mayor libertad en este aspecto, ya que pueden renunciar o negarse a intervenir sin necesidad de tener que justificarlo (y por tanto, sin necesidad de que medie una causa que suponga un grave impedimento o dificultad).

El Fuero Nuevo establece que será el otro Pariente Mayor y el llamado a la sustitución, quienes aprecien las causas de excusas y recusaciones. J. NAGORE YARNOZ se plantea la duda de qué ocurriría si, no habiendo disposición voluntaria alguna para la

---

50. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 593

51. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 593.

52. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 586.

sustitución, no existieran parientes, o solamente el no excusado o recusado. La solución a la que llega este autor es que habría de considerarse que el encargo queda "en vacío"; en estos casos en los que parece que no existe costumbre local alguna y tampoco los Tribunales pueden suplirla,tratándose de un supuesto de fiducia sucesoria, se abriría la sucesión intestada.

Dice J. NAGORE YARNOZ[53] que, sin embargo, en Derecho aragonés se ha previsto la suplencia judicial, sobre todo para un caso primordial como es el de la fiducia sucesoria (anterior artículo 116 C.A). Pero recodemos que hoy estos artículos están derogados por la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte, en la que no se hace referencia alguna a este extremo en la regulación de la fiducia (artículos 124 a 148).

Las **Leyes 144 a 147** se ocupan de lo que podríamos denominar la **constitución y el funcionamiento** de los Parientes Mayores. La Ley 144[54] trata el tema del **acuerdo**, y en ella encontramos una **diferencia sustancial** con lo previsto en nuestra Compilación aragonesa (artículo 214): **el plazo**: "el Fuero Nuevo no señala término alguno, habrá de ser el plazo más breve posible según la naturaleza de la cuestión"[55].

La Ley 144 en su segundo inciso hace referencia a un supuesto concreto: la elección por los Parientes Mayores de heredero en-

53. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 597, nota 7

54. Ley 144 - Acuerdo- "Los Parientes Mayores, una vez requeridos al efecto, habrán de dictar su acuerdo en el plazo más breve posible, según la naturaleza de la cuestión. Cuando se trate de la elección de heredero entre los hijos u otras personas llamadas genéricamente, no estarán obligados a elegir mientras no tome estado o llegue a la mayoría de edad la menor de las personas llamadas.

El acuerdo deberá consignarse en escritura pública, siempre que se refiera a bienes inmuebles o afecte a pactos consignados asimismo en escritura pública".

55. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 601.

tre los hijos u otras personas genéricamente. En este caso, se **permite (que no obliga) a los Parientes Mayores a demorar su decisión en el tiempo hasta que "no tome estado o llegue a la mayoría de edad la menor de las personas llamadas"**. Como indica J. NAGORE YARNOZ[56] esto se ha previsto como "medida de prudencia", para que los Parientes Mayores posean más datos y argumentos que les permitan tomar una decisión (que no olvidemos, tomarán a su leal saber y entender). En **Aragón**, pese a la **existencia de un plazo también para la ejecución de la fiducia, se ha previsto algo similar cuando existan legitimarios de grado preferente menores de edad** (artículo 130 Ley de Sucesiones por causa de muerte).

Otro tema en el que vemos diferencias importantes es el del empate. La Ley 145 del Fuero Nuevo es la que se ocupa, estableciendo *"un procedimiento especial ante la falta de acuerdo de los Parientes Mayores, muy distinto, por ejemplo, del seguido en la Compilación aragonesa ante la falta de acuerdo de la Junta de parientes. En el Derecho de Aragón se estimó procedente establecer la intervención de la autoridad judicial "para mejor institucionalizar el órgano, a fin de conferirle una eficacia mayor, casi total". En cambio, en el Derecho navarro se huye en lo posible de la intervención judicial. A falta de disposición voluntaria o costumbre local que designen persona (...) para dirimir la falta de acuerdo entre los llamados, entonces los mismos Parientes designan por sí, si están de acuerdo, o por sorteo, si no lo están, a un tercer Pariente de entre los inmediatamente llamados a sustituirles"*[57].

56. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 602.

57. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 602- 603.

La Ley 147[58] recoge dos **temas fundamentales**: el de la **impugnación de** los **acuerdos adoptados** por los Parientes Mayores y el de la **responsabilidad** de estos **Parientes**. Dice J. NAGORE YARNOZ[59] que *"por costumbre se reconoció siempre al acuerdo de los Parientes Mayores plena eficacia mientras no fuera impugnado judicialmente (...); el acuerdo surtirá todos los efectos en los asuntos de la competencia de los Parientes Mayores con la misma favorable presunción de legitimidad y fuerza ejecutiva que tenga el documento en que se haya plasmado y formalizado. (...) No precisan confirmación judicial ni son susceptibles de apelación: serán o no válidos, como todo acto jurídico, y, por lo tanto, susceptibles de impugnación; y sometidos a la resolución de los Tribunales en último término"*.

Continúa diciendo este autor que *"una cosa es que el acuerdo de los Parientes Mayores, en la esfera de su competencia, no pueda ser atacado por vía de recurso, y otra bien distinta que los interesados en el acuerdo queden en absoluta indefensión si este acuerdo no reúne los requisitos necesarios"*[60]. Además de la impugnación por injusticia, se recogen expresamente dos motivos para la impugnación de los acuerdos: el dolo o fraude (en cuyo caso existirá responsabilidad civil y penal), y el caso de que el acuerdo incurriese en infracción de costumbre o ley.

---

58. Ley 147 - Impuganción-

"El acuerdo de los Parientes Mayores sólo podrá ser impugnado ante los Tribunales si se hubiera dictado con dolo o fraude, o incurriere en infracción de costumbre o Ley ".

-Responsabilidad-

"En todo caso, los Parientes Mayores serán personalmente responsables de los daños y perjuicios que causaren por dolo o negligencia en el desempeño de sus funciones".

59. NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 604.

60. NAGORE YARNOZ, J., Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, op.cit., pág. 605

El segundo párrafo de la Ley 147 recoge expresamente el tema de la responsabilidad de los Parientes Mayores, cosa que no ocurre en nuestra Compilación (aunque en todo caso es posible acudir a los Tribunales solicitando tal responsabilidad). Nos parece sin duda acertado que el Fuero Nuevo haga mención expresa de esta cuestión, ya que supone, no sólo una regulación más completa y un sistema más perfeccionado, sino también es una forma de recordar a quienes desempeñen la función de Parientes Mayores la trascendencia de su actuación.

Las Leyes 137 a 147 son como indicamos al inicio de este apartado, las que se ocupan en detalle de la institución. Pero a lo largo de la **Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo**, encontramos un buen número de **Leyes que se refieren a actuaciones concretas de los Parientes Mayores**. Por ejemplo: las **Leyes 63, 66** y **128** dedicadas a temas de familia; las Leyes **132** y **134** relativas al acogimiento en casa y dotaciones; y la Ley **281** en la que se contempla la posibilidad de la actuación de los Parientes Mayores como fiduciarios-comisarios. Pero entre todas ellas hemos querido fijarnos en especial en la **Ley 65** porque en ella observamos una **diferencia importante respecto al Derecho aragonés** (artículo **13.2 C.A**) y **también al catalán** (**artículo 153** de la Ley 9/ 1998 **Código** de **Familia** de Cataluña); en estos artículos se contempla la posibilidad de sustituir la autorización judicial necesaria para la enajenación de los bienes de los menores, por la que dé la Junta de Parientes (en Aragón), o de los dos parientes más próximos al menor (en Cataluña). Como indica J. CASTAN PÉREZ-GÓMEZ[61] ***"no así, sin embargo, el Derecho de Navarra: la institución de los "Parientes Mayores"tiene destacadas funciones con relación a la patria potestad, pero no está expresamente contemplada***

61. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado* coordinado por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Tomo IV (Familia), Vol.1º, Edit. Civitas, Madrid, 2.001, pág. 766.

en la Compilación una intervención sustitutiva de la autorización judicial para los actos de enajenación".

2. CATALUÑA

Vamos a ocuparnos ahora de Cataluña. Dice P. DE LA FUENTE PERTEGAZ[62] que *"quien haya recorrido la Cataluña y el Aragón pirenaicos ha tenido que observar gran similitud de costumbres y de medios de vida, y no puede extrañar que tengan arraigo las mismas instituciones jurídicas; pero hay más: en el desarrollo de la institución* (se refiere a los fideicomisos) *se observa que en ciertos detalles de la misma coinciden los territorios próximos de Aragón y Cataluña y difieren en absoluto los lugares apartados"*. Continúa este autor poniendo un ejemplo: se refiere a las donaciones de los heredamientos capitulares de Cataluña, que se limitan en ocasiones, estableciendo la reserva del donante para vender o gravar los bienes donados en caso de necesidad del donante.

Interpelados los Notarios de las distintas provincias y comarcas de Cataluña sobre el modo de llevar a la práctica esta cuestión, se indica que *"en el partido de Sort se determina que apreciarán la necesidad los dos más próximos parientes, y en algunos casos se da esta comisión al Juez municipal"*. Asimismo ***"en los pueblos ribereños del Noguera Ribagorzana (...) esta tendencia se manifiesta en la parte alta limítrofe con Aragón,*** *y, en cambio, en la provincia de Gerona no se conoce nada el apreciar la necesidad por Tribunal familiar. Se explica, pues, que exista la particularidad de una especie de Tribunal familiar en la Comarca del Ribagorzana, pues, indudablemente,* ***la idea se ha tomado de los Tribunales familiares del alto Aragón, ya para la designación de heredero, ya, con más razón, para la decisión de cuestiones entre acogentes y acogidos,*** *práctica enteramente consue-*

62. DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Derecho Foral de Aragón* (Conferencias en la Universidad de Zaragoza), Zaragoza, 1.936, pág. 16

tudinaria. ***El Ribagorzana es muy poco caudaloso para que en una y otra orillas no se produzcan idénticas costumbres***(en este caso la de los heredamientos)"[63].

Vemos, pues, como la proximidad geográfica y la similitud de circunstancias (lugares de montaña, con difíciles comunicaciones) hacen que la institución altoaragonesa del Consejo de Parientes se implante también en ciertas zonas de Cataluña, con una finalidad idéntica: la continuidad de la Casa catalana (la masía).

La **Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960** se hizo eco de la costumbre de que el testador instituyese heredero a aquel de sus hijos que elijan "los dos más próximos parientes", costumbre que como hemos dicho regía en ciertas zonas de Cataluña; de hecho, la Compilación la recoge para aquellos casos en los que dicha costumbre existía. El **artículo 116** era el que lo regulaba, en los siguientes términos:

"Las ***personas con vecindad local en poblaciones del Pallars Sobirá o en otras comarcas donde rija la costumbre de poder el testador instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos****, sin individualizarles, podrán designar heredero de conformidad con lo previsto por el testador o por la costumbre, y supletoriamente con sujeción a las siguientes reglas: (...)"*

De todas esas reglas extraemos algunas ideas fundamentales:

- la elección debía hacerse por los dos más próximos parientes consanguíneos, pertenecientes uno a la línea paterna y el otro a la materna. Debería tratarse de personas de reconocida moralidad y buena fama, con plena capacidad de disponer y residentes en territorio nacional. Se prefería a los de mayor edad, y en caso de igual edad, a los varones.

63. DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Derecho Foral de Aragón* , op.cit., pág. 17

- el elegido deberá ser uno de los hijos o descendientes legítimos del causante, concretamente el que los parientes estimen como más apto para regir la casa.
- Los parientes no pueden imponer gravámenes ni limitaciones de ninguna clase, salvo que el propio causante lo haya autorizado.
- La elección será efectuada personalmente por los parientes y deberá hacerse necesariamente en escritura pública.

La **Compilación** del Derecho civil de Cataluña fue **reformada en 1984** por la **Ley 13/ 1984** de 20 de marzo, con objeto de adaptarla a los principios constitucionales (al igual que hiciera la Ley 3/1985 de 21 de mayo con nuestra Compilación).

Dice R. BERNAD MAINAR[64] que esta Ley de reforma *"mantiene el contenido de dichos preceptos* (se refiere a los artículos 115 y 116 de la Compilación catalana), *aunque realiza algunas modificaciones que, de no producirse, atentarían gravemente a principios consagrados constitucionalmente, como la igualdad de sexos, sin preferir al masculino, bajo ningún concepto".*

El legislador catalán elaboró en **1991** el **Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña** (en adelante C.S.C.M), que vino a sustituir los artículos relativos a sucesiones de la Compilación del Derecho civil de Cataluña. En cuanto al tema que nos ocupa, se produce una **importante modificación**: la **extensión a toda Cataluña del anterior artículo 116 de la Compilación catalana.** Como indica R. BERNAD MAINAR[65] *"(...) legislación anterior, que prácticamente se conserva, si bien extendiendo a toda Cataluña lo que antes se formulaba como un privilegio del Pallars Sobirá o de otras comarcas donde regía por costumbre esta elección".*

---

64. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 180.

65. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., págs. 180-181

Actualmente son los **artículos 148 y 149 C.S.C.M** los que se ocupan de la institución de heredero por fiduciario (lo que antes eran los artículos 115 y 116 de la Compilación catalana). El 149 C.S.C.M[66] en su regla sexta incorpora una disposición relativa al **plazo** (aspecto que la Compilación catalana no trataba). En primer lugar, deberá tenerse en cuenta lo que haya previsto testador (al igual que sucede en el Derecho navarro y en el Derecho aragonés). Si éste nada dijo, y no se ha realizado la elección en el plazo de cinco años (a contar desde el fallecimiento del causante), *"cualquier interesado en la sucesión, podrá requerir a los parientes electores para que*

66. Artículo 149 C.S.C.M.:

"El testador podrá instituir heredero a aquel entre sus hijos que elijan los dos parientes más próximos, sin individualizarlos, aunque no haya confiado esta facultad con carácter preferente al consorte sobreviviente, de conformidad con lo previsto por el testador o por la costumbre y, supletoriamente, de acuerdo con las siguientes reglas :

1°) Esta facultad de elección corresponderá a los dos parientes consanguíneos, de uno u otro sexo, que, al tiempo de ejercerla, gocen de plena capacidad para disponer, no hayan renunciado a tal facultad y pertenezcan uno a la línea paterna y el otro a la materna y, dentro de cada una de ellas, el de parentesco más próximos en relación a los hijos o descendientes, y con preferencia el de más edad

2°) La elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del hijo premuerto que los dos parientes estimen que sea el más apto para regir la casa, sin que puedan serle impuestos gravámenes ni limitaciones de ninguna clase, a menos que el causante lo haya autorizado, pero debiendo aplicarse las prelaciones que resulten del testamento o de capítulos matrimoniales del causante.

3°) Ambos parientes efectuarán la elección personalmente, sin que sea preciso hacerla en un mismo acto.

4°) La elección deberá realizarse necesariamente en escritura pública y no en testamento : será irrevocable, pero podrá reiterarse siempre que el elegido no quiera o no pueda ser heredero, aun en el caso de haber sido hecha la anterior designación por el cónyuge supérstite. En caso de divergencia podrán delegar en un tercero la elección entre los dos hijos o descendientes que hayan designado .

5°) La herencia no se deferirá hasta que quede efectuada la elección.

6°) La elección deberá haberse hecho en el plazo fijado por el testador. En su defecto, si no se ha realizado dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante, cualquier interesado en la sucesión podrá requerir a los parientes electores para que la hagan en los seis meses siguientes al requerimiento. Los parientes electores podrán obtener de la autoridad judicial una prórroga para realizar la elección, si concurre causa justificada.

lo hagan en los seis meses siguientes al requerimiento". Recordemos que en **Aragón**, el plazo que marca la L.S, a falta de señalamiento expreso por el instituyente, es de tres años (artículo 129.2 L.S). En **Navarra**, sin embargo, no existe previsión al respecto, sólo que el encargo se lleve a cabo *"en el plazo más breve posible según la naturaleza de la cuestión"*(Ley 144).Además no hay nada expresamente regulado (a diferencia de lo que ocurre en Aragón o Navarra) sobre la posibilidad de que siendo los hijos menores de edad, los parientes puedan retrasar su elección a fin de contar con más argumentos de juicio. Ahora bien, podrá solicitarse una prórroga a la autoridad judicial, por entender que concurre "causa justificada" (artículo 149, regla sexta).

Hay **otros aspectos cuya regulación dista de la aragonesa o la navarra**; por ejemplo, en caso de **empate** (**o no acuerdo entre los parientes**) pueden éstos delegar en un tercero, que se incline por una de las propuestas planteadas por los parientes.

También señalar que el artículo 149 C.S.C.M indica que no es posible individualizar a estos parientes. Es decir, que el testador únicamente puede disponer que sean los dos parientes más próximos (con los requisitos que el citado artículo indica) pero no es posible que designe con nombres y apellidos a aquellos parientes que desee o más le convenga. Parece, pues, a la luz de este artículo, que se limita más en Cataluña la libertad del disponente en cuanto a posibilidades de "diseñar"la fiducia.

Otra cuestión que debemos abordar y que también se contempla en el Código de Sucesiones por Causa de Muerte, es el de la **disposición o gravamen de los bienes de los menores adquiridos por título sucesorio**. El **artículo 66 C.S.C.M** señala que: *"Para la disposición o el gravamen de bienes de menores adquiridos por título sucesorio, no se necesitará la autorización judicial cuando, además de consentirla el o los titulares de la patria potestad, la autoricen los dos parientes a que se refiere el artículo 149, cuyas reglas se aplicarán supleto-*

riamente. Si el causante ha dispuesto otra cosa, se aplicará en todo caso su voluntad, aun en el caso de que afecte la legítima".

Esto nos lleva a preguntarnos **qué ocurre con el resto de bienes de los menores, es decir, aquellos no adquiridos por título sucesorio**. Entramos por tanto a **analizar la intervención de los parientes en cuestiones de Derecho de Familia.**

Dice R. BERNAD MAINAR[67] que *"la extensión competencial de los parientes en Cataluña se halla más reducida que en las otras dos regiones aludidas* (se refiere a Aragón y Navarra), *puesto que se limita al campo sucesorio, en funciones de fiducia sucesoria(...)"*. Pero tal afirmación debe ser hoy reconsiderada a la vista de las previsiones que aparecen en el nuevo **Código de Familia de Cataluña de 1998**.

Por un lado, **respecto a aquellos bienes de los menores no adquiridos por título sucesorio**, indica el artículo 151 del Código de Familia (en adelante C.F.) que será necesaria autorización judicial para enajenarlos, gravarlos... y también para el resto de cuestiones que ahí se detallan. Ahora bien, en el artículo 153. 2 C.F.[68] se prevé la **posibilidad de una autorización alternativa a la judicial: la de los dos parientes más próximos del hijo o hija, en la forma prevista en el artículo 138.2 C.F.**

El artículo 138.2 C.F.[69] permite que en casos de desacuerdo entre el padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad, la in-

---

67. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 174

68. Artículo 153. 2 C.F. :

"La autorización judicial puede ser sustituida por el consentimiento del acto, manifestado en escritura pública :

a) Del hijo o la hija, si tiene al menos dieciséis años.

b) De los dos parientes más próximos del hijo o hija, en la forma prevista en el artículo 138.2.".

69. Artículo 138 C.F. Desacuerdos.

1. "En caso de desacuerdo ocasional, la autoridad judicial, a instancias del padre o de la madre y después de haber oído a los dos y a los hijos mayores de doce años y a

tervención judicial para solucionarlo puede ser sustituida (si ambos progenitores están de acuerdo) *"por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el artículo 149 C.S.C.M"*. Esta previsión es **similar** a la existente en el **artículo 9.2 de la Compilación aragonesa**: *"En caso de divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar, decidirá la junta de parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de aquellos. A falta de acuerdo entre los padres para designar el órgano dirimente, decidirá siempre el Juez"*.

Igualmente el artículo 1413 C.F (referido al ejercicio de la patria potestad, cuando padre y madre son menores de edad), posibilita que sean los dos parientes que indica el 138.2 C.F. (que a su vez se remite al artículo 149 C.S.C.M) los que presten su autorización (sustituyendo la judicial) en los casos de desacuerdo entre las personas que deben dar la asistencia o entre éstas y el menor titular de la patria potestad.

Es cierto, pues, como indicaba R. BERNAD MAINAR que **la labor de los parientes en Cataluña estaba centrada en cuestiones sucesorias, y fue precisamente la institución aragonesa (la Junta de parientes) la que ha servido de referencia para ampliar las posibilidades de actuación y funciones de los parientes**. Este mismo autor continúa diciendo que "la nueva Ley catalana 12/1996, de 29

---

los de menos si tienen suficiente conocimiento, puede atribuir total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre separadamente o distribuir entre ellos sus funciones de forma temporal, hasta un plazo máximo de dos años, cuando los desacuerdos sean reiterados o concurra cualquier causa que dificulte gravemente el ejercicio conjunto de la patria potestad.

2. Por acuerdo del padre y de la madre, formalizado en documento público, la intervención judicial puede ser sustituida por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el artículo 149 del Código de sucesiones, formalizado también en documento público. A los efectos, los hermanos del hijo no pueden intervenir como parientes más próximos de éste. Si estos parientes no llegasen a acuerdo, puede instarse la intervención judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1"

de Julio, de la potestad del padre y de la madre, (...) se hace eco de este carácter plurifuncional de la figura aragonesa, extendiendo la actuación de los parientes al ámbito del ejercicio de la patria potestad, con preferencia, incluso a la intervención judicial".[70]

Hoy, esta Ley 12/1996 ha quedado derogada por el Código de Familia de 1998, como indica éste en su Disposición Final Primera relativa al Derecho vigente; pese a ello, sus previsiones han quedado recogidas en el Título relativo a la Patria Potestad.

J. CASTAN PEREZ- GOMEZ afirma que *"las **últimas décadas** han conocido un **enorme desarrollo de las llamadas fórmulas alternativas a la intervención judicial** "*[71] Dice también que estas fórmulas *"han sido **bien recibidas por la doctrina**, en cuanto **suponen** una **agilidad y economía en el tráfico jurídico**; también, desde una perspectiva técnica, en cuanto **suponen una vindicación de la autonomía e independencia familiar**. Debe destacarse, que, aun cuando el consentimiento para el acto o la asistencia corresponde a los parientes (...), lo cierto es que el **correcto funcionamiento del sistema descansa en la intervención y control notarial** (...). El Notario debe velar por la protección de los intereses del menor. En efecto, cuando **en Cataluña se exige expresamente la forma notarial (artículo 153 visto)** debemos entender que con ello se están delegando unas facultades de control [la norma no dice que el Notario deba calificar la oportunidad o la necesidad de la enajenación, de donde su control no se extiende, a diferencia del del Juez, a tales extremos; pero, siendo así, lo cierto es que la prestación del consentimiento de los parientes, como cualquier otro que se preste en escritura pública, está sujeto a control].*"[72]

---

70. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 182.

71. CASTAN PEREZ- GOMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado* coordinado por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Tomo IV (Vol. 1º), Edit. Civitas, Madrid, 2.001, pág. 766.

72. CASTAN PEREZ-GOMEZ,J., *Instituciones de Derecho Privado*, op.cit., pág. 767

Además indica J. CASTAN PEREZ-GOMEZ una diferencia con respecto a Aragón, y es que nuestra Compilación no exige expresamente escritura pública (el artículo 211 C.A sólo habla de levantar acta, salvo obviamente que se trate de actos inscribibles en los que es necesaria la escritura pública) a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el artículo 138.2 C.F.

Hemos dejado para el final las consideraciones sobre **el Consejo de Tutela**; el propio Código de Familia en sus **artículos 226 a 236** lo regula.

Dicen C. RAMIRO MUÑOZ y M.M. CASADO MORENTE que el Código de familia "introduce importantes cambios en la figura jurídica de la tutela, entre ellas, la supresión del protutor, figura esta encargada de velar por el buen cumplimiento de la persona encargada de la tutela. Si bien, se crea de manera facultativa, el Consejo de Tutela, que viene a sustituir, de algún modo y en algunos aspectos, la figura del protutor, y que puede establecerse en los casos de tutela deferida por la propia persona a tutelar, o por su padre y su madre"[73].

La realidad es que este **Consejo de Tutela es, en nuestra opinión, un híbrido entre la institución de los parientes y el antiguo Consejo de familia regulado en el Código civil (y hoy ya derogado).** Decimos esto porque en el Código de Familia, el Consejo de Tutela tiene una amplia regulación específica relativa a cargos, reuniones, concurrencia mínima, acuerdos..., que en ningún caso se remite a las disposiciones donde aparece regulada la actuación de los parientes (artículo 149 C.S.C.M.) como se señala, por ejemplo, en los artículos 138.2 C.F o 1413 C.F., que nos reenvían, como ya vimos, al Código de Sucesiones.

---

73. RAMIRO MUÑOZ, C., y , CASADO MORENTE, M.M., *Derechos Civiles de España* dirigido por R. BERCOVITZ y J. MARTINEZ-SIMANCAS, Vol.II (Cataluña I), Edit. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2.000, pág. 627

El hecho es que aunque se haya designado por la persona interesada a unos parientes para que integren el Consejo de Tutela (artículo 227.3 C.F), la normativa por la que van a regirse (artículos 226 y siguientes del Código de Familia) es distinta a la de la institución de los parientes. Además, el Consejo de Tutela es (en caso de que se haya previsto su existencia, ya que ésta no es obligatoria) un órgano de carácter permanente, que debe reunirse necesariamente dentro del primer trimestre de cada año, y recibirá el informe del tutor, así como la rendición de cuentas (en su caso). Su función es velar por el buen desarrollo de la tutela, en sus aspectos personal y patrimonial, y puede también conceder autorización al tutor (o en su caso al administrador patrimonial), en sustitución de la autorización judicial, para las cuestiones a las que se refiere el artículo 151 C.F.

En este último caso, sí se produciría una identidad funcional entre la institución de los parientes y la del Consejo de Tutela (si quienes integran este último son parientes). Pero creo que hay que distinguirlos ya que el Consejo de Tutela guarda una mayor similitud con el antiguo Consejo de Familia proveniente del Derecho francés, mientras que la institución de los parientes entronca con las verdaderas raíces de esta figura. Entendemos pues que, aunque los parientes puedan tener funciones en relación a la tutela, en el caso catalán, se ha creado un órgano (el Consejo de Tutela), con su propia normativa, y que hasta 1998 (fecha de la aprobación del Código de Familia) no existía. Recordemos además que en Cataluña apenas existía tradición de que los parientes tuviesen atribuciones en cuestiones de familia. Por tanto, no sería posible aplicar analógicamente las previsiones establecidas para el Consejo de Tutela a los Parientes, cuando haya de salvarse alguna laguna, ya que carece de la identidad de razón que exige el artículo 4 del Código civil para proceder a la aplicación analógica.

REGULACIÓN LEGAL

Nos parece adecuado abordar este apartado de forma sistemática, de tal manera que vamos a ir haciendo un recorrido por los preceptos donde actualmente se regula la Junta de parientes, es decir, los artículos 20* a 22 de la Compilación aragonesa, pertenecientes al Título III "De las relaciones parentales y tutelares"del Libro I.

ARTÍCULO 20: Llamamiento y composición

1 Si a virtud de las disposiciones de esta Compilación, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquéllos reunidos en Junta.

2. El Juez de Primera Instancia del lugar donde radique la casa o sede familiar ordenará, a instancia de parte interesada, la constitución de la Junta.

3. Cuando la composición de la Junta no estuviese determinada, el Juez de Primera Instancia la formará con dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado, teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco.

4. De la misma forma, el Juez podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos.

---

* NOTA DEL AUTOR:
El artículo 20.1 de la Compilación ha sido modificado por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de la Comunidad de Aragón, aunque la citada modificación es fundamentalmente de estilo.

5. Sin necesidad de previa constitución formal podrá reunirse y acordar válidamente la Junta de Parientes cuando, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados. No estando determinada su composición, dicha Junta la formarán los dos más próximos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, prefiriendo en igualdad de grado, al de más edad.

COMPETENCIA

El llamamiento y la competencia son dos aspectos íntimamente relacionados ya que como indica J. SAPENA TOMAS[74] *"El llamamiento,(...), determina la competencia: la Junta sólo puede actuar cuando es llamada y para lo que es llamada, limitándose su competencia a asuntos familiares y sucesorios(...)"*.

J. COSTA[75] realizó un listado de asuntos que eran competencia del Consejo de Familia en el Alto Aragón, listado del que se hace eco L. MARTÍN - BALLESTERO Y COSTEA[76] en los siguientes términos: *"Entender en los asuntos de tutela, decidiendo por la casa; designar heredero si falleció el heredero sin disponer cuál de sus hijos había de sucederle en el señorío de la casa; aprobar o desaprobar la segunda o ulteriores nupcias del cónyuge superestime en la casa del premuerto, con la consiguiente prórroga de la viudedad; acordar o dictar los pactos de este nuevo matrimonio; conocer y fallar sobre las quejas formuladas por el sucesor nombrado o por escasez de alimentos o exigüidad de dote o legítima o por discordia entre los adoptantes y los adoptados; el interpretar auténticamente disponiendo con la libertad más amplia las disposiciones de los Capítulos, o lagunas en el funcionamiento y vida de la casa."*.

---

74. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, op. cit. pág. 578.

75. COSTA MARTINEZ, J., *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1.880) recogido en la obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España* (Tomo I), Guara Editorial, Zaragoza, 1.981, pág. 75.

76. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L., *La Casa en el Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1.944, pág 91

Queremos poner énfasis en la idea de que la **Junta actúa cuándo se la llama y, todavía más importante si cabe: para lo que es llamada**, de lo contrario podríamos hallarnos ante un caso de extralimitación en la actuación de dicha Junta. Precisamente la **Sentencia de 17-03-2.000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ejea de los Caballeros**, trata de la extralimitación en la actuación de la Junta de parientes, al imponer condiciones que no constaban expresamente en el pacto sucesorio contenido en las Capitulaciones matrimoniales. En esta Sentecia se dice lo siguiente: *"Como ya se ha expuesto, el nombramiento de heredero, efectuado por Don I.B. y Don M.S. en su condición de parientes más próximos de cada cónyuge, recayó en Doña M.B.CH.(...); el nombramiento se efectuó bajo ciertas condiciones: la heredera debía costear la estancia de su hermana V. en el Hospital Psiquiátrico de Calatayud, y al fallecimiento de dicha hermana debía entregar a sus hermanos A. y J."en pago de sus derechos dotales y legitimarios, una tercera parte de las fincas"descritas en la propia escritura; pero, a su vez, estos hermanos deberían abonar, para recibir lo que de este modo se les asignaba, las cantidades descritas en el Fundamento Jurídico Tercero de esta sentencia."*

La Sentencia continúa diciendo: *"(...) al tiempo de verificarse el nombramiento de la heredera y la fijación de la dote de los hermanos, los* ***parientes encargados de ello establecieron unas condiciones que no habían sido expresamente establecidas en los Capítulos matrimoniales*** *por D. F.B.G. y Doña M.CH.; de ahí deduce el demandado que no se le puede exigir su cumplimiento.(...)* ***La labor de interpretación de las previsiones contenidas en el pacto sucesorio ha de estar guiada por la búsqueda de la voluntad real*** *de Don F.B.G y Doña M.CH.. (...) Ahora bien,* ***este principio encuentra su único límite en que el intérprete no puede forjar una disposición nueva****: si no la formuló el causante, aunque hubiera querido hacerlo, y aunque no hubiera la menor duda sobre cuál hubiera sido su tenor, no existe. Y en el presente caso, ciertamente parece que las concretas condiciones impuestas a Don A y Don J.B.CH. en la escritura de nombramiento de heredera ex-*

ceden de la voluntad plasmada por sus padres en las aludidas Capitulaciones matrimoniales. (...) Es obligado por ello ***concluir que las condiciones impuestas*** *a Don A. y Don J. B.CH.(...)* ***son nulas de pleno derecho.***"

Volviendo a lo que es estrictamente el llamamiento, en la Compilación (artículo 20.1) se señalan **tres supuestos**, a través de los cuales se produce el citado llamamiento:

- por disposición legal (disposiciones de la Compilación)
- por la costumbre
- por acto jurídico

Estos tres supuestos quedan en realidad reducidos a dos ya que para que la costumbre se lleve a la práctica es necesario un acto jurídico que la materialice. Por tanto **analizaremos** los **dos** siguientes **supuestos**:

A) POR DISPOSICIÓN LEGAL (disposiciones de la Compilación).

Este supuesto es una novedad introducida por la Compilación aragonesa (1967), ya que antes de su promulgación la intervención de la Junta de parientes nunca se producía, como indica J. SAPENA TOMAS[77] *"por disposición general extraña al querer de quienes a ella tendrían que sujetarse; ni por ley ni por costumbre se imponía"*.

Es más, con la reforma de la Compilación aragonesa en 1985, se aumenta el número de supuestos en que por disposición legal se llamaba a intervenir a la Junta (debido a las modificaciones que con anterioridad se llevaron a cabo en el Código civil, en temas familiares y de tutela: Ley 11/1981 de 13 de mayo, Ley 13/1983 de 24 de octubre de reforma del Código civil en materia de tutela).

---

77. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ BERDEJO, po. cit. pág. 578.

Los supuestos de intervención de la Junta de parientes, llamada por disposición legal son los siguientes (siendo los que están en negrita los modificados por la Ley 3/1985):

Artículo 5 C.A. (5.1 y **5.2**):

Es un artículo dedicado al tema de la asistencia a menores de edad pero mayores de 14 años para la celebración de actos y contratos (5.1). Si existiera oposición de intereses entre el menor y ambos progenitores (o su tutor) a la hora de prestar la asistencia, ésta sería suplida por la Junta de parientes (**5.2**).

Artículo 6 C.A.:

Asistencia y asentimiento en caso de menores de 18 años para la aprobación las cuentas de administración de sus bienes y finiquitar las responsabilidades que pudieran derivarse de dicha administración.

Artículo **9.2** y **9.3** C.A:

Actuación dirimente en caso de divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar (9.2); el hijo que se ve sometido a la autoridad familiar del cónyuge de su progenitor, puede acudir a la Junta de parientes para que le exonere de esta autoridad, concurriendo justa causa (9.3).

Artículo **10.2** C.A:

Designación de quiénes y cómo deben ejercer la autoridad familiar, en caso de fallecimiento de los progenitores (salvo que éstos hubieran previsto otra cosa).

Artículo 13 C.A:

Autorizar al administrador para disponer de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, de los menores de 14 años.

Artículo 16 C.A:

Elección de un tutor entre los varios designados.

Artículo 17 C.A:

Acordar la proporción con la que las distintas administraciones deben contribuir a las cargas de guarda, alimentación y educación del menor o incapacitado, en función de la importancia de los bienes sobre los que recaiga cada una de las citadas administraciones.

Artículo 27 C.A:*

Asistir al menor de edad para que éste pueda otorgar capítulos matrimoniales antes de contraer matrimonio.

Artículo 311 C.A:*

Asentir la enajenación de la dote asignada por los ascendientes.

Artículo 49.1 C.A:*

En caso de desacuerdo entre los cónyuges en temas de administración o disposición de los bienes comunes, La Junta de parientes actuará como dirimente.

Artículo 85 C.A:*

Los nudo-propietarios pueden acudir a la Junta de parientes en caso de que el usufructuario haya desatendido las indicaciones

---

* NOTA DEL AUTOR:

Los artículos marcados con asterisco han sido derogados (Disposición derogatoria única) por la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de la Comunidad Autónoma de Aragón. En esta nueva ley en el artículo 46 (que recogería el contenido del 49.1 CA) y el 110 (que lo haría respecto al 85 CA) remiten al juez, obviando la junta de parientes.

o advertencias hechas por éstos respecto a los bienes del usufructo vidual.

Artículo 87 C.A.:*

En el supuesto de que el viudo usufructuario no quiera o no pueda cumplir lo acordado por la Junta de parientes (artículo 85), los nudo-propietarios pueden solicitar la entrega de los bienes usufructuados y la sustitución de dicho usufructo por una renta.

Junto con todos estos preceptos, debemos mencionar los artículos 103.3 y 109.2 relativos al tema de sucesiones y por tanto derogados por la nueva **Ley 1/1999** de 24 de febrero, de **Sucesiones por Causa de Muerte**, pero que deben ser tenidos en cuenta ya que como establece la **Disposición Transitoria Segunda**, apartado primero de la citada ley: *"Conservarán su validez los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella."*.

Dentro de los artículos citados, podemos distinguir:

1) Artículos en los que la Junta de parientes tiene competencia exclusiva, que puede ser directa (en caso de los artículos 103.3[78] y 109.2[79]) o bien supliendo a aquellas personas que debieran haber actuado(artículos 5.1, 5.2 y 311 C.A).

---

* NOTA DEL AUTOR:

Derogado por la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de la Comunidad Autónoma de Aragón.

78. **Artículo 103.3** Compilación Aragonesa (**hoy derogado**) :

"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".

79. **Artículo 109.2** Compilación Aragonesa (**hoy derogado**):

"No habiendo acuerdo sobre fijación de dote, ésta será determinada por la Junta de parientes".

2) Supuestos de concurrencia de la Junta de parientes con el Juez de Primera Instancia, en algunos de ellos con prevalencia de la Junta de parientes (artículos 10.2, 16.1, 17 y 27 C.A.) y en otros en situación de igualdad (artículos 6, 9.2, 9.3, 13.2, 49.1, 85 y 87 C.A).

3) Supuestos en que se llama exclusivamente al Juez: por ejemplo, artículos 10.3, 49.2, 50.... En estos casos, se plantea la duda de si por disposición voluntaria podría atribuirse a la Junta de parientes estas competencias, siempre y cuando se entendiese que estos supuestos no son normas imperativas.

B) POR ACTO JURÍDICO

Decíamos en páginas anteriores que la costumbre para materializarse precisa de un acto jurídico; y por tanto la vamos a englobar en este punto. De tal forma que podemos distinguir **dos situaciones**:

a) **Que el acto jurídico (pacto o disposición) esté amparado en la costumbre.**

Aquí la costumbre jugará un papel importante a la hora de interpretar ese pacto o disposición, llegando incluso a tener carácter de integradora en caso de que lo establecido por el particular no fuese suficiente. Esta costumbre será primero la local y después, la comarcal.

b) **Que no exista ninguna costumbre en la que se ampare el acto jurídico.**

En este caso, ante las previsiones insuficientes del particular, habría que acudir para su interpretación al texto legal, concretamente a la normativa del acto o negocio jurídico del que se trate. Eso sí, tendremos que hallarnos ante asuntos familiares o sucesorios, no sujetos además a normas imperativas.

J.L. MERINO HERNANDEZ[80] señala que *"(...) los propios interesados suelen establecer en el acto jurídico de constitución de la Junta, las normas por las que ésta ha de gobernarse en sus actuaciones. En estos supuestos, y en virtud del principio foral standum est chartae, es la carta, o sea, el documento otorgado al efecto, la norma suprema reguladora de la composición y funcionamiento de la Junta. Sólo cuando la misma sea de imposible aplicación o cuando contenga vacíos o lagunas, entrarán en funcionamiento las normas de la Compilación, concretamente, los artículos 20 y 21 (...)"*.

CONSTITUCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES Y SUS CLASES

Existen **dos formas** de constitución de la Junta de parientes: la constitución formal o judicial y la notarial.

A) CONSTITUCIÓN FORMAL O JUDICIAL (artículo 20.2 C.A)

Se refiere a aquella en que la Junta se reúne por orden judicial, es decir, debe existir previamente la convocatoria judicial (aunque sobre este punto haremos alguna matización).

En relación al tema de la convocatoria, es muy poco lo que la costumbre nos aporta; la Compilación atribuye esta tarea al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique la Casa o sede familiar. Eso sí: deberá hacerlo siempre a instancia de parte interesada, siendo el Juez quien valorará la existencia de ese interés. Esta convocatoria puede hacerse de forma verbal o escrita, por comunicación particular o a través de medios oficiales; lo fundamental es que se ponga en conocimiento del destinatario.

---

80. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, op.cit., pág. 241

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que el artículo 20.2 C.A. habla de que el Juez de Primera Instancia "ordenará"la constitución de la Junta (y en ningún momento emplea la palabra "convocará"). La conclusión que puede extraerse (tal como hacen J. SAPENA TOMAS y R. BERNAD MAINAR) es que es posible que la Junta de parientes se constituya judicialmente sin necesidad de previa convocatoria judicial. Para ello deberán reunirse los requisitos necesarios, como señala J. SAPENA TOMAS[81]: *"(...) como en el caso de constitución bajo fe notarial, los parientes llamados a integrarla por ley o acto jurídico se reúnen y el Juez ordena en tal momento su constitución, que normalmente irá seguida de la deliberación y el acuerdo(...)"*. R. BERNAD MAINAR[82] denomina Junta de parientes universal a esta Junta constituida judicialmente pero sin la existencia de previa convocatoria por parte de la autoridad judicial, aunque asimismo reconoce que no son supuestos muy habituales.

Una vez tenemos la orden judicial de constitución, no será necesaria una nueva orden cada vez que la Junta de parientes se reúna, dado que *"(...) una vez constituida, funcionará como los vocales decidan y éstos pueden acordar la celebración de cuantas reuniones estimen hasta llegar a la decisión final o bien ir tomando decisiones sucesivas, con pleno valor y efectos cada una por separado(...)"*[83].

Al hilo de esta cuestión surge la duda de si es o no necesaria la **unidad de acto** para cada reunión (en el caso de la Junta de parientes constituida bajo fe notarial es esencial que exista esa unidad de acto).

---

81. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, op.cit., pág.583.

82. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho Civil Aragonés*, op.cit., pág. 225 .

83. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág.583

Debemos hacer antes un inciso para dejar claro a qué nos referimos cuando hablamos de unidad de acto: históricamente, la unidad de acto ha comprendido una triple unidad: de asunto, de tiempo, y de lugar. AVILA ALVAREZ[84] señala la existencia de dos periodos: un periodo preparatorio y otro definitivo. El periodo definitivo comprende la lectura del documento a las partes, la manifestación de conformidad de éstas, la suscripción y la autorización. Para que podamos hablar de unidad de acto, al menos todas las fases que hemos indicado en el periodo definitivo "deben verificarse sin solución de continuidad".

Volviendo a la cuestión que nos ocupaba: si es o no necesaria dicha unidad de acto para cada reunión de la Junta de parientes constituida judicialmente, J. SAPENA TOMAS[85] opina que pueden tomarse los acuerdos sin unidad de acto justificándolo en que *"(...)conforme al texto legal la regla es distinta; si puede funcionar "la Junta en la forma que los vocales decidan", si no existe norma similar a la del número 5 y si el expediente judicial permite el desarrollo en actuaciones sucesivas, sin unidad de acto podrán tomarse los acuerdos. En definitiva, lo que justifica esta disparidad es la diferencia en su constitución: voluntaria en la notarial, impuesta en la judicial".*

B) CONSTITUCIÓN NOTARIAL (O BAJO FE PÚBLICA)

Si bien la forma de constitución judicial o formal es poco habitual, la notarial regulada en el artículo 20.5 C.A., es en cambio muy frecuente.

---

84. AVILA ALVAREZ, *Diccionario de Derecho Civil* de M.A. DEL ARCO TORRES y M. PONS GONZALEZ, Tomo II, Editorial Aranzadi, S.A, 1.984, pág 709.

85. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, op.cit., pág.583.

Dicho esto, tanto J. SAPENA TOMAS[86] como R. BERNAD MAINAR[87] ponen de manifiesto la doble paradoja existente en torno a las Juntas de parientes constituidas notarialmente. En primer lugar, entienden que se ha recogido como excepción *"lo que venía siendo regla general y única (...) Se establece esta modalidad constitutiva notarial del órgano parentela como la excepción a la regla general, que vendría representada por la Junta formal o judicial, a pesar de que, en la práctica, aquélla es mucho más usual y frecuente que la ordenada judicialmente, a la que se refiere el párrafo 2º del artículo 20 de la Compilación."*[88] Y esto es así porque al estar la Junta de parientes regulada en capitulaciones matrimoniales y contratos de heredamiento (así como en algunos testamentos) la forma de la escritura pública se hacía obligatoria, y esa era la práctica habitual.

Por otra parte, la segunda gran contradicción se encuentra, a juicio de los autores citados, en denominar como "formal"a la Junta de parientes constituida por el Juez, siendo que tan formal como ésta lo es una Junta de parientes constituida por el Notario, ya que precisamente la constitución se realiza bajo fe pública.

J. SAPENA TOMAS[89] establece que son **cuatro** los **requisitos** para la **validez** de la constitución de estas Juntas:

1º) **deben estar presentes todos los miembros,** en cuyo caso es el Notario quien determina la idoneidad de los parientes según el acto jurídico, la costumbre (en su caso) o bien la ley (de forma supletoria: artículo 20.5 C.A). En relación a este tema, se plantea

86. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación* del Derecho civil de Aragón, op. cit, pág 583

87. BERNAD MAINAR, R., La Junta de parientes en el Derecho Civil Aragonés, op.cit. pág.228

88. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho Civil Aragonés*, op.cit. pág. 228 y 229.

89. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*,op.cit., pág 584

una cuestión controvertida que analizaremos en el apartado de "composición".

2º) **deben decidir sobre asunto o asuntos determinados.**

En este sentido resultan clarificadoras las palabras de J. SAPENA TOMAS[90]: *"(...) la intervención de la Junta cada vez que ante Notario lo hace, es única y completa, lo que no impide que se reúna y decida en esta forma tantas veces como lo estimen conveniente sus miembros. Cada junta se reúne para tratar y decidir sobre asunto o asuntos determinados; lo importante no es el número de ellos, sino su determinación".*

3º) **Unanimidad.**

La decisión debe ser por tanto unánime, es decir, que estando presentes todos los que deben integrar la Junta de parientes (lógicamente entre ellos no se incluye a los terceros dirimentes, que en caso de empate intervendrían, según el artículo 212 C.A) manifiesten un mismo parecer o voluntad.

4º) **La decisión debe tomarse bajo fe notarial.**

Se exige unidad de acto sustancial o esencial en la constitución de la Junta de parientes pero sólo a ella (a la constitución) debe ir referido. Esto supone la imposibilidad de separarlo en diversos actos documentales; ahora bien, si la ley expresamente no exige esto, es posible que los diversos elementos o partes del negocio jurídico puedan producirse en actos distintos, cada uno con su propia unidad.

En este sentido se manifiesta J. SAPENA TOMAS[91]; hemos escogido uno de los ejemplos que él cita en el que lo anteriormente

---

90. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación* del Derecho civil de Aragón,op.cit., pág.584

91. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, op.cit., pág.585

dicho se ve claramente; *"(...) en todos los supuestos en que la función de la Junta es la de legitimar la actuación de otro: la unidad de acto se refiere a la reunión y decisión de la Junta, previa o posterior, según el caso, al acto o negocio que con su decisión sancione"*.

COMPOSICIÓN

Como bien dice J. SAPENA TOMAS[92] *"hasta su regulación legal la Junta se integraba conforme a la disposición negocial que la ordenaba y a la costumbre, al sólo efecto de interpretar e integrar aquella, nunca al de suplirla"*.

J.COSTA[93] señala que son cuatro o dos parientes consanguíneos (los más cercanos), quienes componen la Junta de parientes aunque mayoritariamente se optaba por la cifra de cuatro ya que es más segura y según COSTA era lo tradicional, si bien los Notarios aconsejaban la cifra de dos parientes *"por las dificultades que ofrece en la práctica el congregar cuatro personas derramadas en lugares apartados de la montaña"*.

L. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA recoge en su obra *La Casa en el Derecho Aragonés* lo afirmado por J. COSTA, y R. SAINZ DE VARANDA se hace eco a su vez de lo afirmado por L. MARTÍN-BALLESTERO.

También debemos tener en cuenta que la composición del Consejo o Junta de parientes podía variar según el fin para el que se instituyese. R. SAINZ DE VARANDA[94] recoge distintos supuestos:

---

92. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Aragonés*, op.cit., pág. 586.

93. COSTA MARTINEZ, J., *Derecho Consuetudinario del Alto Aragón* (1.880) en *Derecho Consuetudinario y Economía Popular*, op.cit.,pág. 82.

94. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de Parientes*, op.cit. págs. 13 y 14

• Heredamiento:

Es el pacto por el cual se establece, generalmente en las capitulaciones matrimoniales, que un hijo de los contrayentes debe ser instituido heredero.

Son los propios contrayentes quienes lo instituirán pero si uno de ellos fallece, el nombramiento corresponderá al sobreviviente o bien el nombramiento lo puede realizar la Junta integrada por el sobreviviente y dos parientes del premuerto.

En caso de que hubieran fallecido ambos contrayentes sin haber procedido a la designación, decidirá la Junta de parientes que suele estar integrada por dos parientes, uno por cada parte, y un 3º dirimente (que intervendrá sólo en caso de discordia).

• Acogimiento:

Es una institución paccionada del Derecho Consuetudinario altoaragonés, por la que una familia admite en su casa a otra, para el servicio de la misma, en comunidad de disfrute, ganancias y trabajo, con organización jerárquica y regulándose conjuntamente la sucesión de la misma. Es decir, es una institución consuetudinaria de derecho familiar patrimonial pero con profundas repercusiones en el sucesorio.[95]

En caso de que exista controversia entre acogentes y acogidos, la Junta de parientes intervendría a modo de Tribunal familiar, y su composición sería de cuatro representantes, uno por cada familia de los cuatro cónyuges (aunque no necesariamente han de ser parientes, según indica R. SAINZ DE VARANDA), o también puede componerse de dos representantes (uno nombrado por cada matrimonio). Si uno de los acogentes y uno de los acogidos

95. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit. pág.819.

fueran parientes próximos, suele designarse un único pariente de la rama que les une(en cuanto a su parte, de manera que la Junta quedaría integrada por tres parientes).

• Otros supuestos (casamiento en casa, tutela...) no hay especialidades, por lo que la Junta se compondría de dos a cuatro parientes, de ambas partes.

Hoy podemos distinguir **tres tipos de composición**:

1) **Por acto jurídico:**

*"Es la fuente primordial"*como indica J. SAPENA TOMAS[96] "(...) tanto cuando la Junta sólo actúa si así los interesados la previenen como en el caso de que la ley imponga su intervención, ya que con ello no se priva a aquellos de la facultad de ordenarla".

Normalmente, y conforme a la costumbre, la regulación debe hacerse en instrumento público: testamento, heredamiento contractual o capitulaciones matrimoniales, siendo las capitulaciones matrimoniales uno de los instrumentos más utilizados (**Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 28-12-1906; Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 19-3-1919; Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 5-10-1920; Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 4-5-1998**).

En cuanto a quiénes pueden ser llamados, se puede designar parientes más allá del cuarto grado, que sean de una rama determinada e incluso pueden designarse de forma nominativa. Los límites, imprecisos para J. SAPENA TOMAS, se hallarían en una composición que en todo caso salvaguardase la finalidad y esencia de la Junta de parientes.

---

96. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit. pág.587

2) **Por costumbre:**

Ya vimos que la costumbre tiene una entidad relativa, lo que significa que ella misma no puede "ordenar"la intervención de la Junta de parientes sino que debe apoyarse en un acto jurídico. Para que pueda aplicarse la costumbre en relación a la composición es necesario que el acto jurídico en el que se prevé la creación de la Junta se remita expresamente a ella o bien en caso de que la normativa sea incompleta. Por ejemplo, podrá actuar para interpretar frases o palabras dudosas.

La problemática que aquí subyace es la del orden jerárquico de las fuentes, es decir, ante un caso de llamamiento a la Junta sin determinar su composición, J. SAPENA TOMAS nos remite a la costumbre y no a la ley (la Compilación: artículos 20.3 y 20.5). De hecho, el citado autor aborda brevemente el tema en su apartado de cuestiones dudosas y literalmente señala que: *"(...) la composición legal de la Junta sólo procederá a falta de acto jurídico o cuando éste la llamase sin regularla y no existiera costumbre local o comarcal a la cual acudir, caso equiparable al de disposición defectuosa o incompleta y costumbre imprecisa(...)".*[97]

La razón por la que prevalece la costumbre en estos casos hay que buscarla en los artículos 1 y 2 C.A. El artículo 1 C.A. hace una enumeración de fuentes (ley, costumbre y principios generales) pero no establece un orden jerárquico; son los artículos 2 y 3 C.A los que nos indican como son las relaciones entre dichas fuentes; y, a efectos de lo que a nosotros nos interesa, el artículo 2 permite que la costumbre prevalezca sobre las reglas no imperativas (el artículo 20 C.A es un precepto no imperativo). Como bien indica J. DELGADO ECHEVERRIA[98] *"la costumbre en el Derecho civil de Aragón puede ser en defecto de ley o contra ley no imperativa aragonesa"*.

97. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit, pág.589.

98. DELGADO ECHEVERRIA, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág 175.

Señala J. SAPENA TOMAS[99] que *"por la costumbre más generalizada la Junta se forma con dos parientes consanguíneos, los más próximos, uno por cada parte (...)"*. Para los casos específicos nos remitimos a lo expuesto al inicio (acogimiento, heredamiento...).

3) **Por ley:**

Retomando lo anteriormente dicho: primero, en caso de ausencia de acto jurídico que prevea la creación de la Junta; segundo, cuando exista acto jurídico que simplemente la llama (sin regularla) y no hay costumbre local o comarcal en la que apoyarnos; y tercero, cuando exista una disposición defectuosa o incompleta y una costumbre imprecisa. En todos estos casos acudiremos a la ley, es decir, a lo previsto en el artículo 20.3 o 20.5 C.A.

El **artículo 20.3 C.A** (composición judicial) se refiere a aquellos supuestos en que la Junta de parientes estaba prevista pero sin determinar expresamente su composición. Será el Juez de Primera Instancia quien la formará *"con dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado, teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco"*. Ahora bien, la **actuación del Juez nunca** es **de oficio** (como ya dijimos): será **necesario requerimiento** expreso **de quien alegue tener interés** (cuestión a apreciar por el Juez).

Por tanto, para J.L. MERINO HERNANDEZ[100] los criterios a tener en cuenta por el Juez son el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco. Puntualiza este autor que *"son dos criterios que el Juez podrá tener en cuenta como meros puntos de referencia, pero que en ningún caso le obligan"*. La única limitación para el Juez es *"no poder llamar a parientes más allá del cuarto grado"*.

---

99. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág 587

100. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XXXIII, Vol .I, EDERSA, Madrid, 1.986, pág. 243.

El hecho de que se introduzca en el artículo 20.3 C.A. la idea del mayor contacto con la casa, pone el acento en que exista una relación familiar cercana que permita un mejor conocimiento de las circunstancias. Como indica J.L. MERINO HERNANDEZ[101] *"en la práctica, con bastante frecuencia los parientes más próximos son personas muy alejadas de la casa, física o moralmente, o ambas conjuntamente, mientras que hay parientes, más lejanos en grado parentela, que, sin embargo, y por muy diversos motivos, están más próximos (física o afectivamente) a los intereses de la familia"*.

En todo caso, llegados a este punto, conviene recordar que la Junta de parientes es un "órgano neta y exclusivamente familiar (...), y que por tanto sólo[102] puede estar integrado por parientes[103] [así es de hecho el tenor literal de la ley: "(...) *dos* ***parientes*** *idóneos*(...)"].

Esta es la opinión manifestada por J.L. MERINO HERNANDEZ, opinión que compartimos pero de la que discrepan autores como J. COSTA[104] (que indica que puede constituirse de manera mixta, con parientes y amigos), R. SAINZ DE VARANDA[105] o R. BERNAD MAINAR[106].

---

101. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit. pág. 243 .

102. Nos referimos obviamente a la composición por ley, que no impide que por acto jurídico o bien por costumbre se permitiese (e históricamente así ha sido) a no parientes su participación en la Junta, si bien entendemos que con el límite de no desnaturalizar la función de la propia Junta de parientes; además habida cuenta de la naturaleza de la institución es deseable que se componga de parientes.

103. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales.*, op.cit. , pág. 242.

104. COSTA MARTINEZ, J. *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses* (1.883), Guara Editorial, S.A., Zaragoza, 1.981, pág. 233.

105. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit. , pág. 14.

106. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 246

Ha habido un tema, el de la idoneidad que se exige a los parientes que no hemos tratado puesto que dedicaremos a ello el siguiente apartado. A él por tanto nos remitimos para el estudio de esta cuestión.

El **artículo 20.5 C.A**. hace referencia también a la composición de la Junta de parientes pero en los casos en que los parientes deciden acudir al Notario y reunirse bajo fe notarial. Si la composición de la Junta de parientes no está determinada el artículo 20.5 C.A. prevé que *"(...) dicha Junta la formarán los dos más próximos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, prefiriendo en igualdad de grado al de más edad"*.

Las diferencias que pueden extraerse respecto a la constitución judicial son evidentes. La Compilación aragonesa ha fijado taxativamente la composición como indica J. SAPENA TOMAS[107], reduciendo así la libertad del Notario. Este autor justifica dicha discriminación frente al Juez, aduciendo que *"(...) el Juez dispone de tiempo para decidir sobre la composición de la Junta, y por lo tanto para enterarse de quienes conviene que la formen; en cambio, el Notario debe aceptar en el acto lo que los interesados le proponen, o todo lo más demorarla el lapso de tiempo prudencial que puede retrasar la autorización del instrumento"*.

J.L. MERINO HERNANDEZ[108] propuso la equiparación de las funciones del Juez y del Notario. Dicha propuesta no fue aceptada por desconfianza hacia la figura del Notario, en opinión de este autor, si bien la nueva redacción dada al artículo 20.5 C.A. supuso un aumento notable de las facultades notariales. El tenor literal del artículo 20.5 C.A., al referirse a los dos más próximos parientes "idóneos", permite según J.L. MERINO HERNANDEZ

107. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 589.

108. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit. pág. 245.

suavizar *"ese rigorismo con que se quiso tratar la cuestión"*[109]. La introducción de este término, en opinión del citado autor, permite al Notario entrar a valorar, al igual que lo hace el Juez, la aptitud de esos parientes, ya que el concepto de idoneidad no se halla determinado.

R. BERNAD MAINAR[110] se muestra partidario de las tesis planteadas por J.L. MERINO HERNANDEZ, y cree posible la *"equiparación funcional de ambos profesionales en esta materia"*a través de la supresión de las previsiones especiales para el caso de composición de la Junta ante Notario, y aplicación de la misma regulación establecida para la Junta de parientes compuesta judicialmente.

IDONEIDAD

El tema de la idoneidad ha aparecido en relación a la composición tanto en la formación judicial (artículo 20.3 C.A.) como en la notarial (artículo 20.5 C.A.) en los casos en que dicha composición no estuviese determinada.

Se exige en uno y otro caso a los parientes que sean "idóneos". Pero **¿ A qué se refiere la Compilación exactamente con el término "idóneos"?.**

En primer lugar, hay que partir de la base, como establece J.L. MERINO HERNANDEZ[111] de que *"no es éste un concepto que tenga hoy definición, ni legal, ni doctrinal"*. Equipara el Término a "suficiencia"o "aptitud", y establece que **idóneo** será *"todo aquel que*

109. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 247.

110. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 243

111. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág 248.

quiera formar parte de la Junta y que su pertenencia a ésta no comporte riesgos para la mejor resolución del tema en cuestión"[112]. Ahí deben entrar a considerarse cuestiones como enemistad, intereses económicos... pero de forma especial el tema de la idoneidad debe **vincularse a la idea "mayor contacto con la casa"**.

Para J. SAPENA TOMAS[113] hablar de idoneidad supone, como punto de partida, hallarnos ante personas mayores de edad y capaces, puesto que éste es el requisito para desempeñar cualquier cargo familiar.

En torno a esta cuestión de la idoneidad, será el Juez quien decida (cuando se trate de una Junta de parientes constituida judicialmente) o bien los propios parientes serán quienes la aleguen al constituir la Junta ante el Notario, que lo apreciará. Respecto al supuesto de que sean los parientes quienes la aleguen, J.L. MERINO HERNANDEZ[114] **opina** que el Notario, aun no estando de acuerdo o desconociendo las causas alegadas por los parientes, *"podrá atender las indicaciones de los otorgantes, autorizando el instrumento de que se trate, bajo la responsabilidad de éstos "*.

El **artículo 20.4 C.A**. recoge la posibilidad de que el Juez cubra la vacante producida por la pérdida de idoneidad de algún pariente integrante de la Junta, si bien se exige primero que dicha persona sea removida de su cargo. Esto sólo se prevé para la Junta de parientes constituida judicialmente puesto que como J.SAPENA TOMAS[115] señala, sólo en estos casos se produce una *"transito-*

112. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 248.

113. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 590.

114. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 249

115. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 591.

ría estabilidad de la Junta"; de esta forma el Juez puede mantener *"la continuidad de la Junta que por su mandato se constituyó "*.

Dicho esto, debemos preguntarnos qué **supuestos o circunstancias pueden llevar a determinar la falta de idoneidad**, o en su caso, la pérdida de la misma. Como ya dijimos, la ley guarda silencio al respecto; tanto J. SAPENA TOMAS[116] como R. BERNAD MAINAR[117] aplican analógicamente las causas de incapacidad para ser tutor recogidas en los artículos 243-245 del C.C. Ambos autores citan también analógicamente las causas de indignidad para suceder (artículo 756 C.C) y las de desheredación (artículos 853-855 C.C). Ahora bien, dado que actualmente contamos con la Ley 1/1999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que recoge sus propias causas de indignidad (artículo 13) y de desheredación (artículo 195) entendemos que son éstos los preceptos aplicables.

EXCUSAS Y REMOCIÓN

En el apartado anterior nos referíamos al **artículo 20.4 C.A**. Este artículo establece: *"De la misma forma, el Juez podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos"*.

Es un artículo obviamente referido a la constitución judicial de la Junta de parientes pero en el que aparecen conceptos aplicables también a la constitución notarial. En síntesis, lo que viene a decir es que existen **cuatro causas o supuestos** que originan una situación de vacancia, y a raíz de los cuales el Juez podrá intervenir para cubrirla. Estas causas son:

---

116. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 590.

117. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág.250

Fallecimiento.
Renuncia.
Pérdida de idoneidad.
Incumplimiento de los deberes propios (del cargo).

1) FALLECIMIENTO

Si fallece alguno de los parientes designados, "dado el carácter personalísimo, basado en la confianza del cargo"[118], deberá sustituirse por otro pariente idóneo. Ahora bien, si en el propio acto jurídico (capitulaciones matrimoniales, heredamiento o testamento) se hubiese designado nominalmente a los integrantes de la Junta, podríamos entender que estamos ante un caso de designación *intuitu personae*, lo que implica la imposibilidad de llevar a cabo la sustitución de esos parientes, salvo que de la interpretación del acto jurídico en su conjunto se desprendiese otra cosa. En todo caso pues, habrá de estarse a la voluntad del "instituyente".

2) RENUNCIA

En este concepto se engloba tanto la excusa previa como el desistimiento posterior. Deberá ser valorado por el Juez (o el Notario, en su caso), pudiendo ambos exigir que comparezca previa o simultáneamente quien presentara su renuncia[119].

3) PERDIDA DE IDONEIDAD

Para el estudio de este supuesto nos remitimos al anterior apartado.

---

118. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 249.

119. BERNAD MAINAR, R., *La junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, pág. 250, y también SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 591

4) INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PROPIOS (DEL CARGO)

Se trata de un concepto no definido, y por lo tanto interpretable. R. BERNAD MAINAR[120] señala al respecto que *"la propia esencia familiar de la institución, impone intrínsecamente, cuáles han de ser los deberes propios de la Junta; en ningún caso, se debe vulnerar el interés, ni de la familia, ni del patrimonio familiar (...)"*.

Por último, hay que puntualizar una circunstancia que diferencia estas dos últimas causas (pérdida de idoneidad e incumplimiento de los deberes propios del cargo) de las otras dos; y es que, como indica el artículo 20.4 C.A., el Juez debe proceder a una previa remoción del cargo de la persona que hasta ese momento lo ocupaba, lo que supone que el Juez debe emitir una resolución judicial, en la que exponga de forma clara la motivación y la causa concreta. Dicha resolución será recurrible *"conforme a las reglas procedimentales ordinarias"*[121]

ARTÍCULO 21: Constitución y funcionamiento

1 Una vez constituida funcionará la Junta en la forma en que los vocales decidan, tomando sus acuerdos por mayoría absoluta de quienes la integran. De los acuerdos, tomados conforme al leal saber y entender, de los asistentes, se levantará acta, que firmarán éstos.

2. En caso de empate, en las localidades donde la costumbre no atribuya la decisión al Párroco o a otra persona determinada, decidirá el Juez de Paz, donde no exista el de Primera Instancia, o la persona de la familia en quien delegue.

---

120. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 251.

121. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 252.

3. El Juez de Primera Instancia decidirá en todos los demás casos en que no se logre acuerdo, pudiendo ser oídos los vocales de la Junta.

4. En los casos en que por precepto expreso de esta Compilación algún asunto haya de someterse indistintamente a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial, transcurrido un mes, en el primer supuesto, desde que fue instada la constitución de la Junta sin que se haya conseguido, o sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial.

REUNIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS (artículo 21.1 C.A.)

Tanto J. SAPENA TOMAS[122] como R. BERNAD MAINAR[123] coinciden en señalar que la Junta de parientes es un órgano colegiado, y por lo tanto, *"precisa de una reunión en la que se contrasten pareceres, intercambiando sus conocimientos sobre la cuestión sometida para llegar a la decisión"*.[124]

Sobre la decisión tomada, de nuevo coinciden ambos autores en que *"no será la de cada uno ni la suma de la de todos o de la mayoría, sino la de la Junta con voluntad única aunque al elaborarla se hayan manifestado, y para formarla vertido, opiniones dispares de sus miembros"*[125].

La **reunión y deliberación** es un aspecto fundamental. De hecho, R. SAINZ DE VARANDA[126] opina que no tendría validez el

---

122. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág.594

123. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit, pág.255.

124. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág.594.

125. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 594.

126. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 21.

acuerdo de la Junta de parientes tomado sin previa deliberación, mostrándose así de acuerdo con las tesis planteadas por la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 9 de Julio de 1880.

Conviene ahora abordar la cuestión de **quiénes deben reunirse**. Si existe acto jurídico en el que se especificase la composición, los ahí indicados serán quienes integren la Junta y deban reunirse.

En caso de que exista acto jurídico pero en éste no se contemple en concreto el tema de la composición de la Junta, o bien en los casos en que no exista dicho acto jurídico, deberán reunirse aquellos que fueron designados por el Juez o quienes ante el Notario *"aleguen su condición de componentes de la Junta"* como dice J.SAPENA TOMAS[127].

Este mismo autor puntualiza que *"**salvo en el supuesto de designación personal por acto jurídico, será siempre necesaria la decisión del Juez o el juicio notarial para concretar los parientes que, según las normas del pacto o de la ley, hayan de integrarla.**"*[128]

En cuanto al **funcionamiento de la Junta de parientes**, el artículo 21.1 C.A. dice literalmente que *"funcionará la Junta en la forma en que los vocales decidan"*. Para J.L. MERINO HERNANDEZ[129] esto supone la consagración de un criterio de plena autonomía, derivación del **principio de libertad civil** (*standum est chartae*) presente en todo el Derecho aragonés. Sigue diciendo este autor que, dada la ausencia de normas legales que marquen el funcionamiento de la Junta de parientes, serán sus integrantes en cada caso quienes determinen cómo van a actuar. Sin embargo, esta aparen-

127. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación...*,op. cit., pág. 594 y 595.

128. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 595.

129. MERINO HERNANDEZ, J.L.,*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 250.

te libertad no es tan absoluta como pudiera pensarse; puntualiza J.L.MERINO HERNANDEZ que existe un **límite** -opinión que compartimos- y que es *"aquel que se derive de las instrucciones concretas que, en orden al funcionamiento de la Junta, hayan podido prever quienes dispusieron su existencia. (...) La carta, el documento de su constitución se erige en norma suprema, y no sólo en lo que a su composición se refiere, sino incluso en lo que concierne propiamente a su funcionamiento"*[130].

J. SAPENA TOMAS[131] también indica *"la Junta funcionará como sus vocales decidan, en una o varias reuniones, donde acuerden y con la presencia de otras personas - parientes, amigos - que puedan aconsejarles, entre ellos el llamado a dirimir el empate cuando no hay seguridad sobre el acuerdo"*. Nos parecen muy acertadas, a efectos prácticos, las **matizaciones** que este autor lleva a cabo; en especial, subraya la idea de que ser integrante de la Junta de parientes es un cargo de confianza, de carácter personalísimo, y la conclusión lógica de esto es la imposibilidad de delegar en un tercero (no cabe la representación). Ahora bien, en reuniones previas a la decisoria, los parientes ausentes podrán hacer llegar su punto de vista "por escrito o por medio de *nuntius*".

También matiza J.SAPENA TOMAS que *"sólo en la constitución judicial son posibles actos previos a la reunión decisoria con plena eficacia: la designación, la constitución, la renovación y cuantos otros fueren precisos. No así en la constitución notarial, pues por la unidad sustancial del acto todo en un solo instante se formaliza (...) si bien son posibles (...) las reuniones previas para llegar a un acuerdo antes de encargar al Notario la redacción del instrumento"*[132].

---

130. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 250.

131. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 595.

132. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 595.

Para la reunión de la Junta de parientes será necesaria una **previa convocatoria** (salvo, en opinión de R. BERNAD MAINAR, en el caso de lo que él denomina Junta de parientes universal –véase el apartado de la constitución formal o judicial de la Junta–). Generalmente esta convocatoria la realizará alguno de los llamados. Si no fuese así, dice R. BERNAD MAINAR[133] que sería el propio interesado quien solicitaría la intervención.

En relación al **tema de la convocatoria**, el **Auto de la Audiencia Provincial de Huesca** de **25-11-1998** es especialmente interesante. Es un supuesto de convocatoria llevada a cabo por uno de los llamados, a través del Notario; pero, valiéndose de la ausencia de regulación y costumbre en torno a esta cuestión, tratará de que el nombramiento en favor del resto de llamados quede sin efecto.

En el citado Auto se explica que *"mediante capitulaciones matrimoniales autorizadas por escritura pública de 24-5-1941, los cónyuges H.S.L y A.S.G acordaron la siguiente fiducia sucesoria colectiva: "uno de los hijos de H.S.L. ha de ser nombrado heredero universal de todos los bienes de la casa; y será nombrado a elección del mismo, y falleciendo éste, lo nombrará su esposa A.S.G., junto con dos parientes más cercanos de H.S.L. (...)".*

"Con el fin de obtener la intervención de los dos parientes previstos en los capítulos matrimoniales para ejercitar la fiducia, la viuda, a través de sendas actas notariales (...) dirigió los correspondientes requerimientos a cuatro de tales familiares con este apercibimiento: "si en plazo de los quince días siguientes ha haber recibido este requerimiento, el requerido no manifiesta su conformidad y disposición para intervenir en la designación fiduciaria, se entenderá que renuncia a ella". "De los cuatro parientes uno contestó renunciando y los tres restantes no contestaron, de manera que se produjo la siguiente situación: *"En virtud de*

133. BERNAD MAINAR, *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 256

escritura pública de 21 de marzo de 1997, A.S.G. entiende que ella por sí sola, como fiduciaria de su esposo, se encuentra legitimada para proceder al nombramiento de heredero único de su patrimonio, y a tal efecto instituyó a su hija F."

El problema radica en que además existían dos hijos de un matrimonio anterior del fallecido. Así que en el Auto se concluye que: *"(...) el nombramiento que recae en favor de los familiares del fideicomitente no puede quedar sin efecto por una manifestación de voluntad unilateral de quien ha demostrado ser una parte interesada en que su hija sea la heredera en detrimento de los hijos del primer matrimonio del instituyente"*.

Vamos a tratar ahora el tema de la **adopción de acuerdos.** La Compilación aragonesa señala que los acuerdos se tomarán por mayoría absoluta de quienes la integran (lo que supone más de la mitad de los miembros de derecho de la Junta, como dice J.L. MERINO HERNANDEZ[134]).

Este autor, al igual que J. SAPENA TOMAS[135] y R. BERNAD MAINAR[136], señala que *"normalmente, las Juntas se constituyen sólo con dos parientes, por lo que la mayoría absoluta se convierte habitualmente en unanimidad"*[137]. Sin embargo, en los casos en que por costumbre o acto jurídico expreso la Junta de parientes está integrada por más de dos parientes, podremos hablar con propiedad de "mayoría absoluta".

---

134. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 250.

135. SAPENA TOMAS, J.L,*Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., págs. 595 y 596

136. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 259.

137. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., págs. 250-251.

Estamos de acuerdo con la afirmación que realiza R. BERNAD MAINAR[138] que entiende que *"a pesar de que lo deseable sería el voto unánime, por ser expresión de la coincidencia de los pareceres presentes, se contempla la previsión de que juegue la mayoría, como instrumento del que se sirve el Derecho para tomar y adoptar soluciones, en la idea de agilizar y fortalecer el tráfico jurídico(...)"*. Si bien es cierto que este criterio de la mayoría absoluta no es algo nuevo sino que responde a la fórmula que se utilizaba en las capitulaciones matrimoniales, que establecía que los miembros de la Junta de parientes actuarán "juntos o en su mayoría".[139]

Otra cuestión importante en la adopción de acuerdos, es que éstos deberán **tomarse *"conforme al leal saber y entender de los asistentes"***. Esta cuestión generó en el Congreso de Jurisconsultos de 1880 una importante polémica. El Sr. IBAÑES mostraba abiertamente su recelo hacia la institución del Consejo de familia en estos términos: *"(...) no será extraño que los consejeros obren por apasionamiento, aun sin darse cuenta de ello; sin contar con que también les faltaría la ciencia necesaria para decidir contiendas jurídicas, pues no me negaréis que, en la mayor parte de los casos, las personas encargadas de resolver las cuestiones que se susciten, serán completamente legas, y aun podrá suceder que no sepan leer ni escribir"*. Y continúa diciendo: *"(...) ¿ Cómo dejaríamos esas cuestiones a la resolución de personas que, además de la impericia, pueden estar influidas por una parcialidad invencible, con la cual es imposible la justicia?."*[140]

Por otra parte, el artículo 211 *in fine* establece que de los acuerdos tomados **se levantará acta** que firmarán los asistentes.

---

138. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 259.

139. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág.21 .

140. COSTA MARTINEZ, J., *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos* (1.883), op.cit., pág. 238.

Como dice R. BERNAD MAINAR[141] *"es el único requisito y condicionamiento que la Compilación exige en cuanto a la formalidad de los acuerdos adoptados por la Junta, con el verdadero objetivo de obtener una constancia documental de lo acordado"*.

J. SAPENA TOMAS[142] establece que puede redactarse y dársele cualquier formato, siempre que se recoja de manera clara lo acontecido. Es decir, puede **documentarse tanto en instrumento público como en instrumento privado.**

Si se opta por el **documento privado**, podrá ser redactado por uno de los vocales de la Junta de parientes, que desempeñaría la función de Secretario (así lo establece R.BERNAD MAINAR[143]). Este documento podrá aportarse como prueba, y su fuerza probatoria se determinará según se desprende del artículo 326 de la nueva LECiv 1/2.000; es decir, pudiendo hacer prueba plena cuando su autenticidad no se impugne por la parte a quien perjudique, o bien, si se impugna su autenticidad, quien lo propuso como prueba podrá pedir que sea examinado por un perito calígrafo.

De ahí que resulte más práctico, y la costumbre así lo demuestra, que conste en **instrumento público**, puesto que así se evitan posibles poblemas. J. SAPENA TOMAS[144] indica que es posible acudir al Notario para que "autentique el acuerdo de la Junta"aunque la citada Junta se hubiese constituido judicialmente. Esto (nos referimos a la autenticación) puede hacerse "en el propio instrumento cuyo contenido negocial lo precisa"o bien,

---

141. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 282 .

142. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 600

143. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit. pág. 283.

144. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág. 600 .

"previamente por medio de acta que legitime los actos a ejecutar posteriormente".[145]

EMPATE (artículo 21.2 C.A.)

Lo fundamental en relación a este artículo 212 C.A es dejar claras las distintas posibilidades que presenta, y en concreto, establecer el orden con el que "juegan".

La problemática del empate es algo que, como indica J.L. MERINO HERNANDEZ[146] *"puede producirse con relativa facilidad, debido fundamentalmente a dos causas: una, el hecho de que lo normal es que la Junta la constituya número par de personas (habitualmente sólo dos) (...) y otra, la natural propensión que los representantes de cada línea o grupo familiar pueden tener a defender los intereses de éste"*.

Dicho esto, vamos a analizar el sistema existente para la resolución de empates, que pasa por la atribución de un voto dirimente a una persona concreta, como apunta J.L. MERINO HERNANDEZ[147]:

1º) <u>Se estará a lo que diga el acto jurídico (capitulaciones matrimoniales, testamento, heredamiento...):</u>

Aunque la Compilación no lo diga expresamente, es obvio que en caso de existir acto jurídico habría que estar a lo que en éste se hubiese previsto al respecto. Encontramos abundantes ejemplos al respecto en la Jurisprudencia, entre otros, la **Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 24 de marzo de 1911** en la que se dice que *"(...) la certificación de tal necesidad había de ser hecha por un pa-*

145. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 600

146. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág 251.

147. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit. pág. 251

riente, el más próximo de parte de los donatario y otro por los donatarios, y por el Cura o Regente de la parroquia si entre los mismos no hubiese conformidad (...)". Sin embargo, también nos encontramos con un buen número de sentencias en las que se introduce la figura del Párroco (que solía ser lo habitual) no como dirimente sino como miembro de pleno derecho de la Junta de parientes; es el caso de las **Sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 23 de noviembre de 1903, de 2 de abril de 1904, de 28 de diciembre de 1906, y del 31 de diciembre de 1935**.

2º) <u>El voto dirimente se atribuye al Párroco de la localidad, allí donde la costumbre lo establezca:</u>

Para J.L. MERINO HERNANDEZ[148] el hecho de que se le atribuya al Párroco el voto dirimente *"responde a un viejo criterio foral"*. La actuación del Párroco no es *"como sacerdote en misión espiritual"* sino que lo hace *"como una especie de autoridad local"*, autoridad que responde, según este autor, al "aprecio popular" del que gozaban en los pueblos de Aragón. Ese aprecio parte de su *"formación intelectual"* y también *"de su propia misión de paz y concordia"*[149].

Cuando se habla de Párroco es clara la interpretación: se trata de un sacerdote de la Iglesia Católica. J.L. MERINO HERNANDEZ se manifiesta en este sentido; es más, para él no es posible extenderlo a los Ministros de otras Confesiones religiosas (ni aun estando reconocidas por el Estado).

La problemática que inmediatamente se plantea, y que de hecho se planteó en la Comisión de Juristas de Aragón, es si detrás de este precepto podía subyacer una discriminación hacia el resto

148. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 252.

149. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 252.

de Confesiones religiosas distintas de la Católica. Si así fuera, se estaría ante un precepto inconstitucional. Fue el propio J.L. MERINO HERNANDEZ quien, para acabar con las dudas suscitadas, propuso que *"sin romper con el criterio tradicional, se ampliara el campo de posibilidades, en lo que al voto se refiere, a otras posibles personas que la costumbre previera o pudiera llegar a prever en el futuro"*[150]. Esta propuesta fue aceptada y se materializó en la introducción de la expresión **"o a otra persona determinada"**en el artículo 21.2 C.A.. Esto nos lleva pues, al tercer supuesto.

3º) **Que la costumbre atribuya el voto dirimente a otra persona (distinta del Párroco):**

Es la materialización de la propuesta de J.L. MERINO HERNANDEZ antes citada, que supuso, como señala R. BERNAD MAINAR[151], la superación del riesgo de inconstitucionalidad del precepto. Así tendrán cabida Ministros de otras Confesiones religiosas: Judía, Musulmana y Evangélica (es decir, confesiones con las que el Estado español tenga suscritos Acuerdos de Cooperación).

También puede ocurrir que la costumbre en una determinada zona atribuyese al Alcalde o Juez el voto dirimente, puesto que como expone J. COSTA[152] *"(...) ha principiado a excluirse al párroco del Consejo de familia, y a ser reemplazado por una u otra autoridad civil.(...) Se murmura que no siempre han correspondido a la confianza puesta en ellos por las familias; que se han mezclado más de lo justo, y no con la debida circunspección ni con todo el espíritu de justicia que hubiera sido de desear, en los asuntos domésticos de sus feligreses; y que cuando se ha*

150. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 252.

151. BERNAD MAINAR, R., *La junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit, pág 263

152. COSTA MARTINEZ, J., *Derecho consuetudinario Altoaragonés* (1.880) en *Derecho Consuetudinario y Economía popular de España*, op.cit., pág. 84.

tratado de elegir heredero entre los hijos e hijas, han solido inclinar su voto en favor de éstas, porque las mujeres cumplen más escrupulosamente que los varones las cláusulas de las capitulaciones y testamentos relativas a misas y aniversarios, y conceden al párroco mayor suma de intervención en los asuntos materiales de la casa, y además porque para el caso de morir sin hijos e intestadas, suelen destinar la tercera parte libre de sus bienes para sufragios por sus almas".

4º) **Donde no exista costumbre que indique a quién se atribuye el voto dirimente, decidirá el Juez de Primera Instancia (o si no hay Juez de Primera Instancia, entonces el Juez de Paz):**

Indica J.L MERINO HERNANDEZ en relación a los Jueces de Paz que *"al igual que los parientes, los Jueces de Paz son personas normalmente muy próximas al círculo familiar de sus convecinos, fácilmente aceptados en su misión conciliatoria por la generalidad del pueblo al que sirven"*[153].

El hecho de que en la Compilación se dé entrada a los Jueces (aunque sea para dirimir el empate) supone, en opinión de J.L. MERINO HERNANDEZ[154], el reforzamiento del carácter de Tribunal familiar de la Junta de parientes, y la ratificación del aspecto de jurisdicción voluntaria *"en cuyo campo parece moverse aquel órgano familiar"*. Sin embargo, a nuestro juicio, esta afirmación no es suficiente para poder fundamentar dicho carácter de Tribunal familiar, y así también lo entiende R. BERNAD MAINAR[155].

Respecto a la cuestión de la jurisdicción voluntaria, es J. SAPENA TOMAS quien defiende que no pueden asimilarse las for-

153. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 253.

154. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 253.

155. BERNAD MAINAR, R., *La junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág.265

malidades de intervención del Juez en este caso, a las de la jurisdicción voluntaria: *"que así no es lo demuestra la equiparación del llamamiento a uno y otro (se refiere al Párroco y el Juez), las normas sobre el funcionamiento de la Junta sin remisión al procedimiento judicial, la posibilidad de delegar el Juez en quien no tiene este carácter, y especialmente, la aplicación de la costumbre de la que ha surgido esta norma legal"*[156].

Precisamente el hecho de que el Juez pueda delegar, nos lleva a analizar la quinta posibilidad.

5ª) **La persona en quien delegue el Juez de Primera Instancia o el Juez de Paz:**

Como indica J. SAPENA TOMAS[157] la Compilación es innovadora en este punto. También se hace eco este autor de la duda que se planteó a partir de la redacción de la Compilación, ya que algunos autores entendieron que la posibilidad de delegación sólo al Juez de Paz se atribuía, por el propio tenor literal del precepto: *"(...) decidirá el Juez de Paz donde no exista el de Primera Instancia, o la persona de la familia en quien delegue"*.

Se concluye acertadamente que, interpretarlo de tal modo nos llevaría a una solución ilógica, ya que se privaría de la posibilidad de delegar al Juez de Primera Instancia que es quien *"está más distante de las cuestiones familiares, sobre las que tiene que decidir"*[158]. Por tanto, podrá delegar tanto el Juez de Paz como el de Primera Instancia.

---

156. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., págs. 596 y 597.

157. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 597.

158. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág.597.

J.L. MERINO HERNANDEZ[159] ve aquí, en relación al tema de la delegación en persona de la familia, un trasunto del Código civil en el tema de discrepancias matrimoniales en el ejercicio de la patria potestad, artículo 156 C.C.

Dice también J.L. MERINO HERNANDEZ que la delegación puede recaer en cualquier pariente, sin necesidad de que sea alguno de los miembros de la Junta de parientes, *"aunque esto último también sea posible"*. Parece que lo habitual será que *"un nuevo miembro de la familia entre en funciones de árbitro moderador de la "discordia" o empate surgido entre los componentes de la Junta"*[160].

En cuanto a la resolución del empate, la persona de la familia en la que se ha delegado, puede optar por una de las posturas mantenidas en el seno de la Junta o bien una nueva solución que sea distinta.

FALTA DE ACUERDO

En este apartado vamos a analizar el artículo **21.3** y **21.4** C.A. El artículo 21.3 establece que *"el Juez de Primera Instancia decidirá en todos los demás casos en los que no se logre acuerdo, pudiendo ser oídos los vocales de la Junta"*.

Antes de profundizar más en la materia, es conveniente dejar sentadas ciertas premisas; el supuesto del 21.3 C.A., como indica R. BERNAD MAINAR[161], *"debe deslindarse (...) del caso previsto en el apartado segundo de este precepto, ya que no se trata de un supuesto de empate en la decisión, sino de aquel en que, por distintos motivos, no pue-*

159. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit.,pág.253

160. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 253

161. BERNAD MAINAR, R., *La junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit, pág. 272.

de alcanzarse una solución, bien sea por imposibilidad, bien por inactividad o desidia de sus miembros".

J. SAPENA TOMAS[162] dice en relación al 21.3 C.A., que se trata de un caso en el que ***"el Juez actúa como dirimente especial, es decir, dentro del proceso del órgano familiar"***. Este autor muestra además claramente las diferencias existentes entre el 21.2 C.A y el 21.3 C.A; de ellas nos hacemos eco a continuación:

• **Artículo 21.2** => casos de empate.

• **Artículo 21.3** => casos en los que por la causa que sea (distinta del empate) no se llega a tomar una decisión.

• **Artículo 21.2** => para dirimir el empate se está en primer lugar a lo dispuesto en el acto jurídico; si nada se dispone se llama al párroco o persona determinada que la costumbre establezca, y en último término, si ésta nada dice, acudiríamos al Juez.

• **Artículo 21.3** => la decisión corresponde únicamente al Juez.

• **Artículo 21.2** => si para dirimir el empate se acude al Juez de Primera Instancia o de Paz, éste puede delegar en persona de la familia.

• **Artículo 21.3** => la decisión corresponde solamente al Juez de Primera Instancia, quien además no podrá delegar.

En el proceso de toma de decisión por el Juez en este caso, éste **podrá** oír a los vocales de la Junta, y recalcamos el "podrá" puesto que es un actividad discrecional, sin obligación para el Juez de llevar a cabo esta consulta.

---

162. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 598

Respecto al **artículo 21.4 C.A**, dice J. SAPENA TOMAS[163] que se trata de un supuesto en el que el Juez actúa *"una vez agotado aquel* (se refiere al proceso seguido en la Junta) *y ante su fracaso(...)"*. Entiende este autor que la decisión del Juez se produce *"por su propia autoridad"* y *"fuera de la Junta"*. Aquí ya no se trata de *"integrar o completar el proceso del órgano familiar, sino el de prescindir del mismo, de la Junta, por mor de su ineficacia"*[164].

Es **susceptible de aplicarse** el artículo 21.4 C.A. a todos aquellos **supuestos en los que un asunto puede someterse indistintamente al Juez o a la Junta de parientes**: artículos 6, 9.2, 9.3, 13.2, 49.1 y 85. Sobre estos artículos no hay discusión; ahora bien, el hecho de que la Compilación en su tenor literal hable de *"someterse indistintamente"*, hace que se generen dudas en torno a otros artículo como el 10.2, 16, 17 y 27. Esto es así porque en los artículo 10.2, 16 y 17, la Junta de parientes es llamada en primer lugar (lo que podría entenderse como un llamamiento prevalente y no indistinto). Y respecto al artículo 27, no queda claro si están o no equiparados Juez y Junta de parientes. En opinión de J. SAPENA TOMAS[165] *"a todos ellos cabe la aplicación del precepto pues existe la alternativa legal que es su presupuesto"*. Se muestra también de acuerdo con esta tesis R. BERNAD MAINAR[166], que justifica la aplicación en el principio del *favor negotii*, evitando así que se generen situaciones inciertas.

El presupuesto de aplicación del artículo 21.4 C.A. es, como ya hemos dicho, que se trate de supuestos en que indistintamente

163. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 598.

164. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 598.

165. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 599.

166. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág. 277

pudiese someterse el asunto al Juez o la Junta de parientes, y efectivamente se optase por la Junta. **A este presupuesto ha de unirse otro**: que **hubiera transcurrido un mes desde que se instó la constitución de la Junta sin éxito, o bien un mes sin haber obtenido acuerdo.**

Son casos, como señala J. SAPENA TOMAS[167] en que no se constituye la Junta, en que se ha producido un empate y no hay voto que lo dirima, o cuando el Juez, *"en última instancia de su proceso, no tiene decisión alguna"*.

Creemos necesario realizar algunas matizaciones importantes en torno a estas cuestiones, como por ejemplo que no podrá aplicarse el 214 C.A. cuando nos hallemos ante una Junta constituida judicialmente, en la que *"el paso del plazo no se puede imputar a los miembros de la Junta, sino que se deriva de las dilaciones y demoras de la intervención judicial"*[168].

También nos parece acertada la matización de J.L. MERINO HERNANDEZ[169]. El entiende que el simple transcurso del mes desde la constitución de la Junta no impide que ésta resuelva sobre el asunto, mientras la parte interesada no denuncie la mora ante el Juez. Pero desde el momento en que dicha denuncia se produzca, *"la Junta pierde automáticamente su competencia para resolver, que pasa íntegramente al Juez de Primera Instancia correspondiente"*.

La consecuencia que J.L. MERINO HERNANDEZ extrae de esta consideración es que, en lógica, *"sería nulo cualquier acuerdo adoptado por la Junta, una vez que el interesado hubiera presentado el correspondiente escrito de denuncia en el Juzgado competente"*[170]. Aunque

167. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., págs. 598 y 599.

168. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op. cit., pág. 275.

169. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 254.

puntualiza que para que estos efectos puedan darse, será necesario que a los integrantes de la Junta se les haya notificado fehacientemente la denuncia del transcurso del plazo de un mes.

Otro tema importante a tratar es precisamente **cuál es la naturaleza** de ese **plazo de un mes**. Dice J. SAPENA TOMAS[171] que estamos ante un **plazo civil** (y no procesal). También R. BERNAD MAINAR[172] sigue esta tesis.

Que tenga naturaleza civil implica que será **un mes natural**, que empezará a contarse desde el día en que fue instada la constitución de la Junta. Ahora bien, si nos hallamos ante una Junta de parientes que va a constituirse judicialmente según lo establecido en el artículo 20. 2 C.A. (literalmente dice: *"el Juez (...)ordenará, a instancia de parte interesada la constitución de la Junta"*), podríamos entender que se computaría el mes desde la fecha de presentación de la instancia al Juez; esto podría llevar a situaciones injustas dado que, entre la instancia del interesado y la orden del Juez de que se constituya, puede transcurrir un tiempo considerable, que obviamente supone una merma del tiempo que tienen los parientes para decidir. Por ello, J. SAPENA TOMAS[173] y R. BERNAD MAINAR[174] siguiendo a SAPENA, se muestran partidarios de que el cómputo se inicie desde que el Juez promueva la constitución de la Junta.

---

170. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 254.

171. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit, pág. 599.

172. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág 278.

173. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., págs. 599 y 600 .

174. BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, op.cit., pág 279.

Otro problema que plantea J. SAPENA TOMAS[175] es si la fecha inicial (del cómputo) es la de la orden del Juez o la de su notificación a los vocales. Para este autor *"el plazo se debe contar desde el día en que todos ellos han recibido la notificación"* puesto que entiende que un mes de plazo no es un término excesivo, y por ello no conviene disminuirlo interpretaciones restrictivas.

Para concluir este apartado, queremos dar una visión general de los objetivos perseguidos por el legislador al introducir los preceptos estudiados (21.3 y 21.4 C.A). Con ellos se quería crear un sistema de cierre, tratando de plantear soluciones a situaciones problemáticas que pudieran darse en la realidad, y que afectasen a la seguridad jurídica. J. SAPENA TOMAS[176] calificaba estas situaciones como "casos ciertamente patológicos" en que no se logra acuerdo. En el Preámbulo de la Compilación de 1967, el legislador deja constancia precisamente de los motivos que le movieron a introducir estos preceptos: *"ha estimado procedente establecer una intervención de la autoridad judicial para aquellos casos en que la Junta de parientes, llamada a conocer del asunto en primer término por precepto legal, tarde en reunirse o no logre acuerdo en plazo determinado"*.

175. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 600.

176. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit, pág. 598

ARTÍCULO 22: La Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria

La Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria se regirá por las normas del Título IV del Libro II de esta Compilación.

El artículo 22 C.A* que se refiere a la Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria, nos remite a unas disposiciones (artículos 110 a 118 de la Compilación), que están derogadas. La **Ley 1/ 1999**, de 24 de febrero, **de sucesiones por causa de muerte**, establece literalmente en su **Disposición Derogatoria Única**: *"Queda derogado por la presente Ley el Libro II, "Derecho de sucesión por causa de muerte", artículos 89 a 142, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón".* Aunque conviene recordar, como ya hiciéramos en otro apartado, que esta legislación derogada debe seguir teniéndose en cuenta a tenor de lo que la **Disposición Transitoria Segunda** nos dice en su **punto primero**: *"Conservarán su validez los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella".*

En la nueva **Ley de sucesiones por causa de muerte** el **Título IV** es el que se dedica a la fiducia sucesoria (**artículos 124 a 148**), si bien son los artículos 144, 145, 146 y 148 los que, en concreto, se ocupan de la fiducia colectiva. En líneas generales podemos decir que se han **introducido importantes modificaciones**, destacando

---

175. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 600.

176. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit, pág. 598

* NOTA DEL AUTOR:

El artículo 22 de la Compilación ha quedado derogado por la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de la Comunidad Autónoma de Aragón, en vigor desde el 23 de abril de 2003. Sin derogación se justifica por haber quedado sin contenido con la entrada en vigor de la ley de sucesiones por causa de muerte de 1999.

sin duda que ahora puede ser nombrada fiduciaria cualquier persona, sin que sea necesario que se trate del cónyuge. En el Preámbulo de la Ley de sucesiones por causa de muerte (en adelante: L.S) se explicita esta cuestión: *"De manera similar a lo que se ha hecho en el testamento mancomunado, tampoco para el nombramiento de fiduciario se requiere la condición de cónyuge ni vínculo de parentesco"*.

En este apartado, queremos dar una visión comparativa de la fiducia colectiva, subrayando los cambios significativos que ha supuesto la L.S. con respecto a la anterior regulación (Libro II C.A.).

Como hemos indicado, hay una importante diferencia en la regulación de la fiducia dada por la L.S. (artículo 124): podrá ser fiduciario cualquier persona (que cumpla los requisitos de capacidad exigidos), a diferencia de lo que el derogado artículo 110 C.A establecía: *"Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado"*. Esto tiene su reflejo en la **fiducia colectiva**, de manera que **actualmente podrá nombrarse como fiduciarios tanto a parientes como a no parientes** (ello se deduce de lo establecido en el artículo 144.2 L.S, que está pensado para los casos en que la fiducia colectiva la constituyan parientes, luego *a sensu contrario* se desprende que pueden integrarla no parientes), **mientras que con la anterior regulación a la fiducia colectiva sólo podían ser llamados parientes** (artículo 114 C.A). F. ZUBIRI SALINAS[177] señala que *"(...) este artículo 114, que hace posible encomendar la fiducia a varias personas, necesariamente componentes del entorno familiar del causante"*.

Antes, con la anterior regulación, estaba muy claro que, cuando el comitente confiaba a varias personas (obligatoriamente pa-

177. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* dirigidos por J.L. LACRUZ, Vol. Tercero, D.G.A, Zaragoza, 1.996, pág.425

rientes) la ordenación de su sucesión, nos hallábamos ante una Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria. Actualmente **algunos autores entienden que ya no nos hallamos ante una Junta de parientes sino ante un grupo de personas** (parientes o no) **sobre las que recae el citado encargo de ordenar la sucesión** del comitente. Si bien este argumento resulta lógico cuando la fiducia la integren no parientes, es necesario analizar con más cautela los casos en que efectivamente sean parientes exclusivamente los que la constituyan; ¿es o no una Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria?. **No es esta una cuestión intrascendente en absoluto puesto que determinar si estamos o no ante una Junta de parientes, trae consecuencias, como veremos, en orden a la legislación aplicable supletoriamente cuando la regulación de la fiducia presente lagunas**.

Comenzamos presentando los **argumentos contrarios a que se trate de una Junta de parientes:**

1) Ya hemos apuntado que terminológicamente no se hace referencia a ella como Junta de parientes en ningún precepto de la L.S., lo cual, si bien puede utilizarse como argumento, no resulta determinante. Esto es así porque lo importante no es la denominación que se le dé, sino las características que presenta la institución.

2)El hecho de que se establezcan sus propias normas relativas a los temas de mayorías y toma de acuerdos (artículo 145 L.S.), también para el caso de las vacantes(artículo 148 L.S.), lleva a pensar que efectivamente es independiente de la Junta de parientes. En la anterior regulación existían varias remisiones en materia de vacantes e imposibilidad de adopción del acuerdo por falta de mayorías (artículos 116, 117 C.A) a los artículos que regulan la Junta de parientes, y que hoy se haya evitado esta cuestión es uno de los más sólidos argumentos que justificarían que ya no se tratase de una Junta.

En cuanto a los **argumentos en favor** de que **nos hallamos ante una Junta de parientes**, pueden ser esgrimidos, a nuestro juicio, los siguientes:

1) Aunque terminológicamente no se la denomine como "Junta"en ningún precepto de la L.S., lo cierto es que responde a las características de una Junta de parientes, y encaja perfectamente con la descripción que nos ofrece el artículo 20.1 C.A: *"Si a virtud de las disposiciones de esta Compilación, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquéllos reunidos en Junta"*. Cuando estemos ante una fiducia colectiva integrada por parientes, **muy pocas diferencias** se aprecian **respecto a una Junta de parientes**: se trata de un grupo de familiares(designados de forma individual por el comitente, o determinados conforme al artículo 144.2 L.S, si se hizo una designación genérica), que deberá reunirse para ejecutar la fiducia, designando al heredero; dicho acuerdo se tomará por mayoría (simple) tal como dice el artículo 145.1 L.S., a diferencia de la mayoría absoluta exigida para la toma de acuerdos de la Junta de parientes (artículo 21.1 C.A.).

No parece el tema de la mayoría una diferencia insalvable para considerar la fiducia colectiva integrada por parientes como Junta de parientes, ya que esta diferencia puede tener por objeto facilitar el acuerdo que permita designar al heredero de esa herencia pendiente de asignación. En cualquier caso, como ya hemos expuesto, este argumento puede tener una doble consideración, entendiéndolo como argumento contrario, puesto que el legislador ha querido marcar diferencias entre ambas instituciones.

2) El artículo 22 C.A. remitía para la regulación de la Junta de parientes en funciones de fiducia sucesoria al Título IV de su Libro II, Libro que ha sido derogado por la L.S, y por tanto, la remisión,

aunque el artículo 22 sigue manteniendo su tenor literal, debe entenderse hecha a la L.S.

3) Tradicionalmente esta ha sido una cuestión de la que se ocupaba la Junta de parientes ya que, si el comitente deseaba que varias personas ordenasen su sucesión, dicha fiducia colectiva debía estar siempre integrada por parientes. Hoy, si los designados son parientes, la situación sería análoga y por consiguiente, ante una Junta nos encontraríamos.

4) Por último, hay que decir que si realmente se quiere vigorizar la institución de la Junta de parientes, flaco favor le hacemos si diluimos su condición de tal en este caso. Es una importante atribución la de fiduciaria, que sin duda contribuye a que la institución mantenga los lazos de unión con su sentido originario. Resultan muy apropiadas a este respecto las afirmaciones de F. ZUBIRI SALINAS[178] quien entiende que *"La ordenación de esta forma de fiducia* (se refiere a la anterior) *va íntimamente ligada a la consideración del papel de la Junta de parientes en Aragón. Históricamente se han encomendado a esta Junta importantes funciones en los ámbitos familiar y sucesorio, para resolver las cuestiones dentro de la propia estirpe y sin acudir a órganos judiciales"*. Este sentido se percibe claramente en un buen número de sentencias, como por ejemplo: Sentencias de la **Audiencia de Zaragoza** de **23-11-1903, 2- 4 -1904, 28-12 -1906, 12 -3 - 1919, 31- 12-1935, 30 - 5 -1932, 18 -5 -1953, 9-5 - 1956, 22-1-1962**; Sentencia del **Juzgado de Primera Instancia de Boltaña** de **30-7-1993**; Sentencia del **Juzgado de Primera Instancia de Huesca** de **3- 4-2000.**

Una vez presentados los argumentos a favor y en contra, vamos a **analizar comparativamente la fiducia colectiva** a la luz de la anterior regulación (Junta de parientes) y la nueva, dada por la L.S.:

178. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 424

• **¿Quiénes pueden integrar la fiducia sucesoria colectiva?**

Ya hemos mencionado varias veces -puesto que nos parece de gran importancia- que según el hoy derogado **artículo 114 C.A**, la fiducia, si era encomendada a varias personas, éstas **debían ser parientes**. Dicho artículo 114.1 C.A literalmente establecía que *"Para ordenar la sucesión de la casa a favor de descendiente o consanguíneo hasta cuarto grado podrá encomendarse la fiducia a dos o más parientes. El cónyuge sobreviviente, mientras permanezca viudo, no podrá ser excluido de esta fiducia cuando no quedaren más hijos que los habidos con él."*

F. ZUBIRI SALINAS[179] comenta que, con la redacción de este precepto, se excluye expresamente *"a) el nombramiento de un sólo pariente fiduciario, aunque hubiese de concurrir con el cónyuge supérstite; b) el llamamiento de extraños como fiduciarios, por el propio carácter intrafamiliar de la fiducia colectiva contemplada por el legislador"*. Puntualiza además este autor que dentro del artículo 114.1 C.A pueden tener cabida dos modalidades de fiducia colectiva: primera, aquella en la que se designa al cónyuge como fiduciario, y en caso de que éste no realice la designación, entonces se acudiría a los parientes. Y segunda, *"el caso en el que se encarga al cónyuge sobreviviente con los parientes la ordenación de la sucesión"*.

Actualmente, con la **nueva L.S, puede encomendarse la fiducia colectiva tanto a parientes como a no parientes**. Creemos que las dos modalidades de fiducia que acabamos de contemplar en el párrafo anterior serían posibles bajo la regulación de la L.S., puesto que siempre se tiene presente el principio *standum est chartae*, y por lo tanto deberán tenerse en cuenta las instrucciones dadas por el comitente. Así se puede observar en el propio artículo

179. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 429

144 L.S.: *"Establecida la fiducia a favor de parientes, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas (...)"*.

En cuanto a qué parientes la integran, el **artículo 115.1 C.A.** establecía que *"No determinados claramente los parientes llamados a la fiducia, se entenderá por tales los ascendientes y colaterales, y serán fiduciarios: 1º) Si concurre el cónyuge viudo con él, los dos más próximos parientes del causante. 2º) En otro caso, los más próximos parientes del causante dos por cada una de las líneas paterna y materna"*. Por tanto, la determinación debe realizarla el instituyente, y si éste nada estableció, aplicaremos la norma jurídica que nos indica quienes serán fiduciarios. La Compilación no recogía ninguna limitación, sólo que de parientes debía tratarse.

Si el instituyente no determinó claramente los parientes llamados, entonces supletoriamente se aplicaba el citado artículo 115.1 C.A. (llamándose con preferencia a ascendientes y después a colaterales). Se distinguen dos supuestos:

1º) Aquel en que concurre a la fiducia el cónyuge supérstite, en cuyo caso habrá 3 fiduciarios: el cónyuge más dos parientes.

2º) Aquel en que no concurre el cónyuge viudo; en este caso, los fiduciarios serán 4 (dos por cada línea, paterna y materna).

De la **actual regulación de la fiducia colectiva** dada por la **L.S.** debemos destacar que, en cuanto a los integrantes, sigue un esquema similar a los anteriores preceptos. En primer lugar se tiene en cuenta lo que el instituyente haya prevenido al respecto. Si la fiducia se estableció a favor de parientes pero el comitente no dio más instrucciones o bien las instrucciones necesitan ser completadas, aplicaremos las previsiones del artículo 144.2 L.S.

El artículo 144.2 L.S. establece que el número de parientes llamados es de tres; por tanto, la fiducia podrá estar integrada por 3 o 4 fiduciarios, dependiendo de la inclusión del cónyuge. Si el co-

mitente no excluyó expresamente al cónyuge y existen solamente descendientes comunes, entonces el cónyuge supérstite debe formar parte también de la fiducia colectiva (artículo 144.1 L.S.).

El orden a seguir en el llamamiento de los parientes es muy parecido al de la anterior regulación: primero, ascendientes (aunque pueden ser de una u otra línea familiar, deberá elegirse a los más próximos del causante y además de menor edad). Después, y en eso sí se aprecia diferencia, separa del resto de colaterales, dándoles preferencia, a los *"hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor"*.

- **Requisitos que deben cumplir los fiduciarios**

El artículo 114.2 C.A. decía textualmente que "los fiduciarios han de ser mayores de edad al tiempo de ejercer su cometido". Puntualiza F. ZUBIRI SALINAS[180] que este requisito de mayoría de edad no afecta al cónyuge viudo ya que, *"los menores desde el momento en que contraen matrimonio alcanzan la mayoría de edad, por lo que el cónyuge es siempre mayor de edad, no sólo al tiempo de ejercer su cometido, sino incluso en el momento de ser designado fiduciario"*. Continúa diciendo este autor que este precepto tiene carácter imperativo, y si intervienen parientes menores, nos hallaríamos ante un acto nulo.

Ahora bien, *"es dudoso, sin embargo, si se estaría en presencia de nulidad absoluta o mera anulabilidad. Entendido el caso como un supuesto de falta de capacidad, debería pensarse en anulabilidad (...); pero si se plantea como acto contrario a la ley imperativa, el resultado de la contravención sería la nulidad absoluta (...)"*[181] F. ZUBIRI SALINAS se muestra favorable a considerarlo como un caso de nulidad abso-

180. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 433.

181. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág.433

luta porque, en su opinión, concuerda más esta solución con la voluntad del legislador de la C.A..

La **nueva L.S** nos ofrece una previsión distinta al respecto. El **artículo 125 L.S**. exige que *"el fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante"* (a diferencia de la anterior regulación que exigía mayoría de edad en el momento de ejercer el cometido).

Las razones que han movido al legislador a introducir este cambio podrían residir en un motivo de seguridad jurídica, cerciorándose así que desde el fallecimiento del comitente el encargo de ordenar su sucesión puede llevarse a cabo, sin necesidad de que se produzcan esperas por cuestiones de falta de mayoría de edad de alguno de los fiduciarios.

Por otra parte, la opinión de F. ZUBIRI SALINAS, que califica de nulo (nulidad absoluta) el acto en que se diera cumplimiento al encargo del comitente si en este intervino un pariente menor, nos parece adecuada y perfectamente aplicable también a este supuesto, que entendemos es una norma de carácter imperativo.

- **¿ A favor de quién se debe ordenar la sucesión?**

El artículo **114.1 C.A** establecía: *"Para ordenar la sucesión de la casa a favor de descendiente o consanguíneo hasta el cuarto grado (...)"*, lo cual sin duda suponía, al menos en teoría, bastante libertad de decisión para los fiduciarios.

A mi juicio, con la **actual normativa** se restringe más la libertad para los fiduciarios, es decir, si bien ahora puede llamarse como fiduciario a personas con las que el comitente no tiene ningún vínculo de parentesco, sin embargo se concreta más a favor de quién deberán ordenar la sucesión. Esta cuestión se recoge en el **artículo 142 L.S**, dentro del Capítulo III denominado "Ejecución de la fiducia".

El **artículo 142.1** dice que *"Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante"*. Entiendo que este artículo es aplicable también al modo de actuar en la fiducia colectiva pese a que su tenor literal contempla la palabra "fiduciario"en singular.

• **Sucesión de la Casa**

El **artículo 115.2 C.A**. establecía lo siguiente: *"Las reglas del presente artículo serán también aplicables a los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando estas resulten de imposible cumplimiento"*.

Regula pues los supuestos en que una Casa o un patrimonio deban deferirse a un único heredero, pero el **legislador pensaba en un supuesto muy concreto** cuando lo previó: *"se daban casos en los que se establecía por parte del causante o por los cónyuges que un hijo sería heredero de la casa y de los bienes de ambos, pero llegado el fallecimiento del causante o causantes no había sido designado el heredero, ni se habían establecido reglas para su nombramiento por parte de fiduciarios. Ante esta indeterminación total se procedía a la apertura de la sucesión intestada, en contra de los deseado por el (o los) causantes y de los intereses de la casa."*[182] Por eso, en estos casos era la Junta de parientes "la encargada de designar al heredero". Como dice F. ZUBIRI SALINAS[183] *"la ley le atribuye esta competencia y la legitima para ello, completando la voluntad del causante no suficientemente explicitada"*.

182. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág. 439.

183. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 439.

La **L.S.** contempla también este supuesto de sucesión de la casa; hoy es el **artículo 146 L.S.** el que se ocupa de la cuestión, dándole un tratamiento bien distinto al de la Compilación. El **supuesto de hecho** es **el mismo**: *"(...) supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento (...)"*. Pero la **solución ofrecida** es **diferente** ya que, si en la anterior regulación se atribuía a la Junta de parientes esta decisión, hoy es el cónyuge sobreviviente quien debe efectuar la elección, *"y, en su defecto o cuando éste hubiere fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al artículo 144"*.

Como ya hiciere el artículo 142.1 L.S. con la finalidad de continuación del patrimonio familiar, el apartado dos del artículo 146 vuelve a limitar las posibilidades de elección de los fiduciarios, diciendo que *"la elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y, en su defecto, en uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado"*.

• <u>Vacantes</u>

El artículo 116 C.A se refería a la subsistencia de la fiducia colectiva, y estaba redactado en los siguientes términos: *"El fallecimiento o la incapacitación del cónyuge viudo no impedirá el cumplimiento de la fiducia por los demás fiduciarios. Las vacantes de éstos se cubrirán conforme a lo dispuesto en el número dos del artículo 20"*(que tras la modificación de 1985 se convirtió en el 20.3).

Como indica F. ZUBIRI SALINAS[184], la intención del artículo 116 es *"proteger la fiducia colectiva, permitiendo que los parientes ejerciten las facultades fiduciarias en casos de imposibilidad de concurrencia del cónyuge viudo quien, con arreglo al artículo 114, no puede ser excluído de esta fiducia"*. Los motivos que pueden imposibilitar la con-

184. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 441

currencia del cónyuge viudo son: fallecimiento, declaración de fallecimiento, incapacitación (declarada judicialmente), declaración de ausencia, o renuncia.

En cuanto a las **vacantes de los parientes**, pueden producirse por cualquiera de las causas que hemos citado en relación al cónyuge. En este caso, podrá **sustituirse al pariente por otro.** Esta sustitución deberá **llevarse a cabo según las instrucciones que el propio instituyente hubiese fijado, y si este nada dijo**, entonces **se aplica** lo previsto en el apartado **20.3 C.A**. Como ya analizamos, el artículo 20.3 C.A. se refiere a la constitución judicial o formal de la Junta de parientes. El Juez de Primera Instancia llamará a dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar, con el límite del cuarto grado, y *"teniendo en cuenta preferentemente el mayor contacto con la casa y la proximidad de parentesco"*.

La **nueva L.S**, ha querido seguir en mi opinión, un esquema más lógico. En primer lugar, establece las causas que dan lugar a la pérdida de la condición de fiduciario (artículo 147 L.S.), para fijar después las consecuencias que ocasiona esa pérdida de la condición de fiduciario, tanto en la fiducia individual (148.1 L.S) como en la colectiva (148.2 L.S).

Entre las **causas** que **dan lugar a la pérdida de la condición de fiduciario** se hallan las que recogía la Compilación [fallecimiento, incapacitación, declaración de fallecimiento, y se entendía que por analogía la de ausencia. -147. c); la renuncia, para autores como F. ZUBIRI SALINAS también debía considerarse: 147.d)]. Además se incluyen explícitamente: las causas que hubiera podido establecer el propio comitente -147.a)-, que haya expirado el plazo establecido para la ejecución de la fiducia -147.b)-, que el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho (salvo disposición contraria del comitente) -147.e)-, y por último, por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de des-

heredación o indignidad para suceder -147.f)-. Ya dijimos que nuestra nueva L.S recoge sus propias causas de desheredación (artículo 195 L.S) y de indignidad (13 L.S).

Las **consecuencias** de la **pérdida de la condición de fiduciario en** relación a la **fiducia colectiva** (148.2 L.S) son que, en primer lugar tratará de cubrirse estas vacantes con otros parientes siguiendo el orden del artículo 144.2 L.S. Una vez agotada esta posibilidad, el encargo del comitente se cumplirá por los fiduciarios restantes (incluso si sólo quedase uno: a excepción de que este único fiduciario que quede sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa).

En **conclusión**, la diferencia que respecto a la anterior regulación puede apreciarse, es que las vacantes se cubren siguiendo el orden establecido en el artículo 144.2, y en ningún caso se producen remisiones a que se cubran judicialmente conforme a lo previsto para la Junta de parientes. Además si se agotan las posibilidades de designación según el citado orden, los fiduciarios que queden podrán realizar el encargo (con la excepción vista).

• **Acuerdos**

El artículo 117 C.A preveía que para la toma de acuerdos, los fiduciarios debían tener en cuenta lo establecido al respecto por el comitente. Si éste nada hubiese previsto (y según dice F. ZUBIRI SALINAS[185] esto es lo más habitual) o lo que previó fuese de imposible cumplimiento, entonces se aplicaban supletoriamente las previsiones del **artículo 117 C.A**; reproducimos su tenor literal: *"Los fiduciarios, en Junta de parientes, tomarán sus acuerdos conforme a lo establecido por el causante, y supletoriamente se aplicarán las siguientes reglas:*

185. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 452.

1º. Valdrá la decisión de la mayoría absoluta de los fiduciarios, salvo el caso de que éstos hubieren sido nominalmente designados, en que bastará la mayoría de asistentes.

2º. Constituida la Junta por el cónyuge y otras dos personas, si ambas disienten de aquél se considerará que existe empate.

3º En todo caso, no lograda la mayoría, se estará a lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 20."

Como puede observarse, este artículo recogía el **régimen de mayorías** para la adopción de acuerdos, aunque, como indica F. ZUBIRI SALINAS[186], no establece normas específicas para la reunión y deliberación de la Junta de parientes. [Para estas cuestiones de reunión y deliberación nos remitimos al apartado donde se trataron con más detalle].

Llama la atención, sin duda, de este artículo 117 C.A. la previsión de mayorías distintas según nos hallemos ante fiduciarios designados nominalmente o no. Para que el acuerdo al que lleguen los fiduciarios designados nominalmente sea válido, bastará que se tome por mayoría de asistentes, mientras que si se trata de fiduciarios no designados nominalmente, se exige mayoría absoluta; como indica F. ZUBIRI SALINAS[187] *"será necesario el voto concorde de la mitad más uno de los fiduciarios y, cuando fueren solamente dos, el voto unánime de los mismos"*.

Este mismo autor entiende que *"la distinción tiene su razón de ser en el diferente trato que puede darse a la sustitución de los parientes fiduciarios, pues en el caso en que hubieran sido designados genéricamente como parientes, o en atención al grado y línea de parentesco, la*

186. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 453.

187. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 456.

inasistencia a la Junta de cualquiera de los que, en principio, deben constituirla, puede ser cubierta en la forma prevenida en el artículo 116, párrafo segundo, de esta Compilación. Por ello se exige en este caso el concurso de todos los fiduciarios, siendo necesario el voto concorde de los que constituyan mayoría absoluta para que la decisión sea válida y eficaz respecto a la herencia del causante. En el caso en que la designación se hubiere realizado nominalmente no existe posibilidad de sustitución, al tratarse de un encargo personalísimo, salvo que así se hubiere dispuesto por el instituyente (...). Para este supuesto es bastante la mayoría de los asistentes, a efectos de resolver válidamente sobre el encargo recibido".[188]

En el artículo 117 C.A se encontraba también un precepto (aplicable si nada previó al respecto el propio comitente) relativo al supuesto en que el cónyuge y otros dos parientes fueran los integrantes de la Junta, y ambos parientes disientan del cónyuge. La C.A entendía que en este caso nos hallamos ante un empate, ya que al voto del cónyuge se le otorgaba doble valor. En opinión de F. ZUBIRI SALINAS[189] *"se establece aquí una ficción jurídica, mediante el mecanismo legal de otorgar doble valor al voto del cónyuge respecto de los demás intervinientes (...) Ello refuerza la posición preeminente del cónyuge viudo (...) lo que responde al sentir tradicional del Derecho histórico aragonés".*

Por último el artículo 117 contenía también una regla para el caso de que no se alcanzase la mayoría requerida. La finalidad que subyace en esta previsión es evitar que se llegue a la apertura de la sucesión intestada por un problema de esta índole. Como ya hemos comentado, hay que tener en cuenta lo establecido por el instituyente (si lo hay, y era habitual que lo hubiera). Si nada previó, entonces el artículo 117.3º se remite a lo que hoy son 212 y 213 C.A.

188. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 456 .

189. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 457

El **artículo 145 L.S** titulado "Ejecución de la fiducia colectiva"es el que se ocupa de la cuestión de los acuerdos. Las **diferencias introducidas** son importantes:

1º) Ya no se distingue según si los fiduciarios se designaron o no nominalmente; con la actual regulación, se sigue dando valor preferente a las instrucciones que pudiesen existir, dadas por el causante (consecuencia lógica del principio *standum est chartae* proclamado por el artículo 3 C.A). Si dichas instrucciones no existiesen, se aplica supletoriamente el artículo 145.1 L.S., que exige para la validez del acuerdo de ejecución (total o parcial) de la fiducia simplemente mayoría de fiduciarios. Ahora bien, se pone el acento en una cuestión: al acto de toma de decisión deberán ser convocados todos los fiduciarios. Se quiere asegurar así la legalidad, y que se les dé por tanto a todos los que deban integrar la fiducia colectiva, la posibilidad de acudir, posibilidad que luego, en función de su propia voluntad, podrán hacer o no efectiva. Es pues una situación que podríamos comparar con la del demandado, en el sentido de que es fundamental que a éste se le notifique, dándole así la posibilidad de acudir a defenderse.

2º) Importante también es la cuestión de que se haya **suprimido** el **doble valor del voto** del **cónyuge supérstite**. Pero también importante es que no se haga alusión alguna a cómo debemos **solucionar los empates** que pudieran producirse.

Si mantenemos la tesis de que en caso de que los integrantes de la fiducia colectiva sean parientes, ante una Junta de parientes nos hallamos, entonces el artículo a aplicar sería el mismos al que remitía el anterior artículo 117 C.A: es decir, 212 C.A (salvo previsión del instituyente). Si nos inclinásemos por la tesis de que ya no se trata de una Junta de parientes (aunque de parientes se componga), entonces la solución pasaría por estar, en primer lugar a lo que el instituyente estableció (si lo hay) y si nada dijo, son posibles varias soluciones:

• Aplicar analógicamente el artículo 212 C.A, previsto para la Junta de parientes con la que indudablemente existe identidad de razón, como exige el artículo 4.1 Código civil.

• A la luz del sistema de fuentes que prevé la Compilación en sus artículo 1 a 3, puede darse entrada a la costumbre en defecto de ley o contra ley no imperativa aragonesa, como indica J. DELGADO ECHEVERRIA[190]. En este caso, por supuesto en defecto de ley, nos encontramos con que la costumbre (en aquellos lugares donde exista) entronca nuevamente con la Junta de Parientes en funciones de fiducia sucesoria.

También hay otra cuestión importante que no se prevé en la nueva L.S., y es: qué ocurre si ha **transcurrido el plazo para cumplir el encargo** (véase el apartado siguiente) y **no se ha logrado acuerdo**. En el caso de la Junta de parientes, el artículo 213 C.A. establece que *"El Juez de Primera Instancia decidirá en todos los demás casos en que no se logre acuerdo, pudiendo ser oídos los vocales"*.

Para dar una solución al respecto, debemos diferenciar varios supuestos:

- Si estamos ante una fiducia colectiva integrada por parientes, y entendemos que se trata de una Junta de parientes desempeñando tales funciones, la solución pasa por aplicar directamente el citado artículo 213 C.A., siendo el Juez de Primera Instancia quien decide.

- Si se trata de una fiducia colectiva no integrada por parientes o bien entendemos que aunque de parientes se componga no estamos ante una Junta de parientes, entonces podemos proponer varias soluciones:

190. DELGADO ECHEVERRIA, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit, pág. 175

• la aplicación analógica del artículo 213 C.A, ya que si bien no estamos ante una Junta de parientes, sí existe una identidad de razón que justifica el uso de la analogía.

• siguiendo el sistema de fuentes de la Compilación, y ante el silencio de la ley, debería darse entrada a la costumbre (si es que ésta existe en relación a la materia).

• si no existe costumbre, una última posibilidad podría ser optar por la apertura de la sucesión intestada.

Una vez analizadas las distintas soluciones para el caso de que no se haya logrado acuerdo, en nuestra opinión la menos adecuada es optar por la apertura de la sucesión intestada ya que esta solución es la que se aparta de manera radical de la voluntad del comitente, quien previó la fiducia para evitar precisamente esto.

El artículo 145.2 recoge una **cuestión a la que en la anterior normativa no se le prestó atención** y que, sin embargo, es fundamental. Concuerda este 145.2 con las previsiones del 141 L.S. que establece que *"la fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto inter vivos formalizado en escritura pública"*.

Partiendo de esta premisa, el artículo 145.2 dice que "al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios". Aunque, como esto puede resultar complicado, se prevé que es suficiente con que a dicho otorgamiento acuda la mayoría de los fiduciarios, si bien quienes acudan deberán manifestar *"bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios"*. Se vuelve por consiguiente a poner énfasis en la cuestión de la convocatoria a la totalidad de los fiduciarios, y también en que la decisión fuese adoptada tras deliberar.

• **Plazo**

La última cuestión a abordar es el tema del plazo, aspecto en el que también encontramos diferencias entre la C.A y la actual L.S.

De este tema se ocupaba el **artículo 118** C.A hasta su derogación. Este artículo decía que *"si el causante no hubiere fijado plazo de cumplimiento del encargo y no existe cónyuge fiduciario, cualquier persona con interés legítimo podrá pedir su señalamiento al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, quien lo hará previa audiencia del ministerio Fiscal."*

Para que operase este artículo 118 C.A eran precisos ciertos requisitos o presupuestos negativos, como indica F. ZUBIRI SALINAS[191]: *"que no lo hubiese establecido* (el plazo) *el causante y no exista cónyuge fiduciario"*. Este segundo requisito, la no existencia de cónyuge viudo, *"pone de relieve una vez más la posición preeminente del cónyuge viudo.Consiguientemente sólo será posible pedir el señalamiento judicial de plazo cuando se esté en presencia de fiducia colectiva (...) y no sea el cónyuge uno de los fiduciarios (...)"*[192].

Respecto a quiénes estarían **legitimados para solicitar el señalamiento del plazo** por el Juez, entiende F.ZUBIRI SALINAS[193] que serán aquellos con interés legítimo: *"hijos, descendientes o consanguíneos del causante que pueden ser favorecidos por la disposición (...) ya que gozan de una expectativa protegible jurídicamente"*. También incluye entre los legitimados a coherederos y legatarios designados, y acreedores del causante; como cuestión dudosa apunta la posibilidad de que los acreedores de los posibles herederos

191. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 464

192. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 464.

193. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 464.

estén legitimados, ya que "*éstos* (los posibles herederos) *sólo ostentan una expectativa a ser beneficiarios de la herencia y, en consecuencia, sus acreedores únicamente tienen la esperanza de que el activo de su deudor pueda aumentar*".[194]

La resolución del Juez de Primera Instancia en la que decida sobre el plazo, adoptará forma de Auto, motivado, y podrá apelarse ante la Audiencia Provincial. F. ZUBIRI SALINAS[195] hace una serie de matizaciones al respecto, que deben tenerse en cuenta:

- El Juez deberá fijar siempre plazo, y no podrá denegar pronunciarse sobre la cuestión (sólo podría dictar resolución desestimatoria de dicha petición, si estima el Juez que quien lo solicita carece de interés legítimo.
- El Juez considerará *"la complejidad económica"* y jurídica de la sucesión, así como las circunstancias personales de los *"posibles llamados a su goce"*.
- El plazo fijado por el Juez será prorrogable.

La **actual L.S** dedica los **artículos 129 a 132** a este tema. El artículo **129.1** L.S pone de manifiesto, en la misma línea que la anterior normativa, la prevalencia del plazo dado por el comitente. El artículo **129.2** recoge el supuesto de que el comitente no hubiese señalado plazo: *"a falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años, pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida."*.

Las **diferencias** que se observan respecto a la derogada normativa de la C.A es que, se ha descargado de trabajo al Juez, ya

194. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 465

195. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* , op.cit., pág. 466

que en caso de que el comitente nada fijase, es la propia ley la que da un plazo de tres años. Este **plazo es de caducidad** (artículo 129.4 L.S) pero, tal como indican los artículos 131 y 132 L.S, es **susceptible de prorrogarse o reducirse**.

La **prórroga** podrán solicitarla los fiduciarios aunque dicha solicitud deberá hacerse antes de que caduque el plazo establecido para la ejecución de la fiducia. El legislador ha fijado también otros requisitos para la concesión:

- debe mediar justa causa.
- debe hacerse previa audiencia del Ministerio Fiscal.
- el plazo máximo de prórroga son 2 años.

Cumplidos todos los requisitos, entiendo que en todo caso la concesión es discrecional, y el Juez tendrá la última palabra. **Estas peticiones (incluida la reducción de plazo que a continuación veremos) se engloban dentro de los actos de jurisdicción voluntaria**, salvo que plantee oposición algún interesado, en cuyo caso nos situaríamos ya ante una controversia, y por tanto en jurisdicción contenciosa (Juicio verbal). Recordemos que los actos de jurisdicción voluntaria siguen **rigiéndose por la anterior L.E.Civ. de 1881** (artículos 1811 y siguientes), en tanto no se apruebe la Ley de Jurisdicción Voluntaria, tal y como establece la Disposición Derogatoria 11ª de la actual L.E.Civ. 1/2.000.

En cuanto a la **reducción del plazo** (artículo 132 L.S.), podrá solicitarse salvo que el único fiduciario sea el cónyuge viudo. Se amplían los sujetos que pueden solicitarla ya que podrá hacerlo cualquier persona con interés legítimo. Aquí deberíamos traer a colación todo el elenco de personas que citaba F. ZUBIRI SALINAS: hijos, descendientes o consanguíneos del causante, coherederos y legatarios designados, acreedores del causante y, con muchas cau-

telas, acreedores de los posibles herederos[196]. Los requisitos que el legislador fija son:

- también previa audiencia del Ministerio Fiscal.
- que la situación de pendencia (es decir, de herencia pendiente de asignación) pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario.

Al igual que indicábamos para la prórroga, el Juez valorará todos estas cuestiones aunque en último término, la concesión de dicha reducción, será discrecional.

El **artículo 130 L.S** establece el **momento desde el que debe computarse el plazo para la ejecución de la fiducia**. En general, el cómputo del plazo se inicia desde el fallecimiento del causante; ahora bien, si existen legitimarios de grado preferente que sean menores de edad, entonces el plazo para la ejecución de la fiducia *"no finalizará hasta que transcurran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos"*.

Si estamos ante una **fiducia sucesiva** (sucesiva es aquella que se establece en defecto de otra fiducia: por ejemplo, se designa al cónyuge como fiduciario y en su defecto, se encargarán los parientes más próximos), entonces el plazo se computa desde que legalmente sea posible su ejecución. En el ejemplo antes citado, desde que, supongamos, el cónyuge es declarado fallecido judicialmente, empezaría a computarse el plazo.

Si se trata de un caso de **reiteración del llamamiento**, el cómputo se inicia desde que el anterior resulte ineficaz. Este supuesto se halla directamente relacionado con el 129.3, que establece que *"en los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años"*.

196. ZUBIRI SALINAS, F., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 465.

VALOR Y EJECUTORIEDAD DE LOS ACUERDOS

Este es uno de los temas que ha suscitado mayor polémica; como indica A. BONET NAVARRO *"la doctrina más reciente no ha hallado un punto de acuerdo sobre cuál es la eficacia de las decisiones de la junta de parientes"*[197]. En nuestra opinión, son cuestiones de vital importancia puesto que entendemos que el futuro de la institución pasa, en gran medida, por aclarar estos aspectos.

Para J.COSTA[198] *"los fallos del Consejo de familia son ejecutivos e inapelables, y no han menester confirmación judicial ni de ninguna otra autoridad"*. Afirma también este autor que el Consejo de familia "es soberano y árbitro"y "ejerce verdadera jurisdicción"[199].

L. MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA[200] coincide con J. COSTA al calificar los fallos del Consejo de Parientes como "ejecutivos e inapelables". R. SAINZ DE VARANDA[201] sostiene idéntica opinión sobre el Consejo de parientes: sus fallos son ejecutivos e inapelables y no necesitan ni confirmación judicial ni de ninguna otra autoridad.

Las **dudas comenzaron a plantearse a partir** de la regulación dada por la **Compilación,** pues como manifiesta J.L. MERINO HERNANDEZ[202] "parecen existir apoyos en favor de tesis contrarias"a las que hasta este momento se habían venido sosteniendo. En nuestra Compilación no existe precepto alguno que aborde

---

197. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (21 Noviembre 1995), El Justicia de Aragón, 1.996, pág. 121.

198. COSTA MARTINEZ, J., *Derecho consuetudinario y Economía popular*, op.cit, pág. 76.

199. COSTA MARTINEZ, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, op.cit, pág. 223 .

200. MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho aragonés*, op.cit., pág.92.

201. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de parientes*, op.cit., pág. 63.

202. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág.255.

esta cuestión, a excepción, tal y como indica J.L. MERINO HERNANDEZ, del artículo 85; este artículo además, viene referido a un caso concreto: intervención de los nudo-propietarios en el usufructo de viudedad[203]. De la cuestión de si son o no apelables los acuerdos de la Junta de parientes nos ocuparemos con más detalle en el siguiente apartado.

Opina J. SAPENA TOMAS[204] que antes de la Compilación, a los acuerdos adoptados por la Junta de parientes "se les reconocía plena eficacia mientras judicialmente no fueran impugnados" (opinión que contrasta con la de J. COSTA Y L. MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA que entendían que los acuerdos no eran susceptibles de impugnación). Pero para este autor la cuestión no es un problema de ejecutoriedad sino de validez, puesto que la Junta de parientes es un ente plural (como lo es una Sociedad o las personas jurídicas), y la eficacia de sus decisiones depende de que éstas sean tomadas siguiendo el cauce para ello establecido. Continúa diciendo J.SAPENA TOMAS[205] que *"el acuerdo de la Junta de parientes surte todos los efectos que la norma le reconoce, en tanto cumpla con los requisitos establecidos y se refiera a asuntos de su competencia(...) lleva aparejada la misma fuerza ejecutiva que aquel tenga* (se refiere al documento en que se refleja la decisión), *y por lo tanto plena si notarial o judicial fuera"*.

Para A. BONET NAVARRO[206] hay que partir de la base de que la decisión de la Junta de parientes, no equivale a una sentencia y

---

203. *Artículo 85 : "Desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo propietarios sobre la administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la Junta de parientes o al Juez de Primera Instancia, ante el cual también serán apelables los acuerdos de dicha Junta."*

204. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 601.

205. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 601.

206. BONET NAVARRO, A., *Actes de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit., pág. 122

tampoco es un laudo con fuerza reconocida (artículo 37 de la Ley 36 /1988 de Arbitraje), ya que la decisión adoptada por la Junta no se sujeta a las prescripciones de la Ley de Arbitraje; como ya dijimos, carece de los requisitos de imparcialidad e independencia (artículo 12 de la Ley 36/1988 de Arbitraje).

Sin embargo, puntualiza A.BONET NAVARRO[207] desde la óptica del Derecho procesal, que el único apoyo que puede encontrarse para la eficacia de los acuerdos de la Junta de parientes, se halla en el **artículo 3.2 de la Ley 36/1988 de Arbitraje**, lo que él denomina un **arbitraje impropio**. Este precepto dice que *"Cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley dos o más personas pacten la intervención de terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en el concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato"*.

Hay que subrayar pues, que para que las partes que sometieron la decisión de una cuestión a la Junta queden obligadas por ésta, es necesario que una vez emitida dicha decisión la acepten de forma expresa o tácita. Dice A. BONET NAVARRO[208] que *"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 cuestión sobre la que resolvió la Junta"*.

En cuanto a la **vinculatoriedad para la propia Junta de las decisiones adoptadas en su seno**, la Compilación nada dice al respecto. Dicho esto, la consecuencia lógica es la que sostiene A. BONET NAVARRO que señala que: *"(...) salvo la eficacia que pueda desplegar en este aspecto la doctrina de los actos propios, no puede man-*

207. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit., pág. 122.

208. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit., pág. 123

tenerse que los acuerdos de una Junta sean vinculantes e irrevocable 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 tomados en consideración en el "juicio"anterior". Concluye este autor[209] planteando la conveniencia de introducir un precepto que haga referencia de forma clara al valor y la eficacia de la decisión adoptada por la Junta, además de contemplar "la posibilidad de seguir judicialmente la ejecución de lo mandado".

Esta última idea nos parece, no sólo conveniente sino también necesaria para hacer valer lo establecido en el seno de la institución; lejos de entender este seguimiento como una injerencia de la autoridad judicial, hemos de ver los beneficios de índole práctica que de ellos se derivarían. Además, con esto no se alejaría la Junta de parientes de su verdadera esencia (ajena a la intervención como tal de la autoridad judicial) sino que se fomentaría y ampliaría su utilización, adaptándola al medio en el que hoy en día la Junta está llamada a operar.

IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE PARIENTES

Este tema está estrechamente relacionado con el del valor y ejecutoriedad, aunque hemos preferido separarlos por razones didácticas.

La cuestión de la impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes plantea dudas importantes, generadas por el silencio de la legislación actual (con una única excepción: el artículo 85 C.A) y por el tenor literal de la anterior legislación (la existente hasta la reforma llevada a cabo por la ley 3/1985 de 21 de mayo).

---

209. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit., pág. 122

En el anterior apartado[210] vimos como autores tan reputados como J.COSTA, L.MARTIN-BALLESTERO Y COSTEA, y R. SAINZ DE VARANDA, consideraban los acuerdos de la Junta de parientes como "ejecutivos e inapelables".

Los sucesivos **Anteproyectos de la Compilación aragonesa** de **1961** (artículo 32), **1962** (artículo 32) y **1963** (artículo 27) se hicieron también eco de la cuestión y la recogían en los siguientes términos: *"No se da recurso contra los acuerdos de la Junta de parientes. A los vicios materiales en las decisiones de la Junta se aplicará la regulación de los contratos en el Código civil. Los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquella, que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos"*. Se produce un **punto de inflexión** a partir del **Anteproyecto de 1965** (artículo 20.5), que se mantiene en el de **1966** (artículo 20.5); en estos Anteproyectos lo que se establecía al respecto era lo siguiente: *"De los acuerdos, tomados conforme al leal saber y entender de los asistentes, se levantará acta, que firmarán éstos. Contra los mismos no se dará recurso alguno, a menos que la Compilación expresamente lo establezca"*. Como puede observarse, se mantiene la línea tradicional de considerar que no cabe recurso contra los acuerdos de la Junta de parientes pero se introduce, por vía de excepción, la posibilidad de que sí quepa recurso, siempre que la Compilación así lo prevea de forma expresa.

La **redacción definitiva de la Compilación aragonesa (1967)** quedó en términos muy similares; el artículo 21.2 decía: *"Una vez constituida, funcionará la Junta en la forma en que los vocales decidan. De los acuerdos, tomados conforme al leal saber y entender de los asistentes, se levantará acta, que firmarán éstos. Contra los mismos no se dará recurso alguno, a menos que la Compilación expresamente lo establezca"*.

210. ver página 864 de este trabajo

Posteriormente, esta **redacción** se vio **modificada por la Ley 3/1985 de 21 de mayo**, cuyo propósito, como ya indicamos, era la adaptación de la Compilación al texto constitucional, aunque se aprovechó también para realizar reformas importantes. Los preceptos reguladores de la Junta de parientes fueron en su mayoría reformados, y por tanto entre ellos el citado 212 que hoy tiene una redacción completamente distinta; es más, el tema del recurso no se trata en ningún precepto: la ley guarda silencio sobre esta cuestión.

Sin embargo, el artículo 85, una de esas excepciones previstas por la Compilación en las que era posible impugnar el acuerdo de la Junta de parientes, **se ha mantenido**. Así, hoy nos encontramos con que, de forma general, existe un silencio de la Compilación al respecto, aunque subsiste, **creando más dudas si cabe**, el artículo 85 C.A, que **encajaba en el sistema previsto por la anterior regulación**.

Así las cosas, podemos entender que no existe posibilidad de "apelar"el acuerdo alcanzado por la Junta salvo en el supuesto del artículo 85 C.A (referido a las relaciones entre nudo-propietarios y usufructuario), y en consecuencia, en el resto de supuestos la decisión de la Junta sería ejecutiva.

Ahora bien, como indica A. BONET NAVARRO[211] *"no se puede derogar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 C.E.. Por eso, no hablamos de cuestiones de inconstitucionalidad de las normas reguladoras de la Junta de parientes (...). 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"*.

211. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit.,pág. 121.

Esta misma línea argumental es seguida por J.L. MERINO HERNANDEZ[212], que considera que la imposibilidad de recurrir salvo en el supuesto del artículo 85 C.A, parece conculcar el artículo 24 C.E. Pero, este autor proporciona una interpretación que concilia el principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 C.E) con el criterio tradicional de considerar "ejecutivos e inapelables"los acuerdos de la Junta de parientes. Para J.L. MERINO HERNANDEZ, *"la cuestión está en distinguir los supuestos en los que la Junta actúa con absoluta discrecionalidad, de aquellos otros en los que su actuación deba estar sujeta a determinadas normas o prescripciones. En el primer caso, creo que puede afirmarse que los acuerdos que la Junta adopta deben de ser ejecutivos y no apelables o recurribles a la autoridad judicial: la esencia de la ejecutividad radica, precisamente, en la propia discrecionalidad de la Junta, pues ésta carecería de toda autoridad, ni moral, ni jurídica, si su libre determinación pudiera ser "revisada"por el Juez. Por el contrario, cuando la Junta deba ceñirse en sus acuerdos a unos determinados criterios, normas o prescripciones, tales acuerdos podrán ser objeto de recuso judicial pero sólo para el supuesto de contravención de las indicadas normas"*[213].

Para J. SAPENA TOMAS[214] *"al tratarse de un órgano privado, sin instancias superiores, sus decisiones no pueden quedar sujetas a las de los Tribunales ordinarios, mientras la ley expresamente no lo imponga (como el extraño artículo 85), aunque su actuación, como las de todas las personas y organismos privados, puede ser a ellos sometida para que juzguen acerca de su legalidad"*. Este autor es consciente de la problemática que esto podría acarrear y por ello matiza que: *"(...) la imposibilidad de atacar las decisiones de la Junta por vía de recurso no puede llevarnos*

212. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit, pág. 256

213. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., pág. 256.

214. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág. 601.

a una absoluta indefensión de los sometidos a ellas si no reúnen los requisitos necesarios. Es decir, cuando sean nulas, lo cual puede producirse por defectos graves de procedimiento o por injusticia en la resolución".[215]

En cuanto a **qué procedimiento debería seguirse para impugnar los acuerdos de la Junta de parientes en los que**, como dice J. SAPENA TOMAS, **existen defectos graves de procedimiento o injusticia grave en la resolución**, entiendo que se trataría de un proceso declarativo, siendo un juicio ordinario o verbal según la cuantía del asunto en cuestión (artículos 248 a 250 de la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil); esta es la línea que ya marcaron C. SAMANES ARA y M.R. GUTIERREZ SANZ en la Comunicación a la Ponencia *"Hacia una Ley Procesal Civil Aragonesa"*.[216]

Una vez realizado un planteamiento general sobre la cuestión y presentadas las opiniones de los autores al respecto, vamos a **centrarnos en el artículo 85 C.A.**; como ya hemos comentado, es un artículo que se mantuvo tras la reforma de 21 de mayo de 1985, y que a la luz de la actual regulación de la Junta de parientes plantea dudas.

Dice el **artículo 85** que *"Desatendidas por el usufructuario las indicaciones o advertencias que le hicieren los nudo propietarios sobre la administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la Junta de parientes o al Juez de Primera Instancia, ante el cual también serán apelables los acuerdos de dicha Junta".*

---

215. SAPENA TOMAS, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit., pág. 602.

216. SAMANES ARA, C., y, GUTIERREZ SANZ, M.R., *Algunos aspectos procesales en la actuación de la Junta de parientes* (Comunicación a la Ponencia "Hacia una Ley Procesal Civil aragonesa, de A. BONET NAVARRO. Jornadas de Derecho Aragonés, 28, 29 y 30 de Septiembre de 1.990, Jaca, pág. 8

Como bien indican F.A. SANCHO REBULLIDA y P. DE PABLO CONTRERAS[217] el artículo 85 C.A recoge dos procedimientos distintos: por un lado, la posibilidad de que los nudo-propietarios acudan a la Junta de parientes o al Juez cuando el viudo usufructuario haya desatendido las indicaciones que los citados nudo-propietarios le hicieron, relativas a la adminstración y explotación de los bienes usufructuados. El segundo procedimiento sería la "apelación"ante el Juez de Primera Instancia del acuerdo de la Junta de parientes (que es el que nos ocupa propiamente y al que va referida la exposición que sigue).

J.F. HERRERO PEREZAGUA puntualiza que al acudir al Juez de Primera Instancia *"estamos pues, en presencia de una actividad auténticamente jurisdiccional"*; esto es así puesto que existe controversia, ya que los sujetos jurídicos (nudo-propietarios y usufructuario) se hallan en *"posiciones opuestas, pues uno de ellos se considerará lesionado por el acuerdo, y el otro pretenderá su confirmación en cuanto que le satisface"*[218].

Otra cuestión importante que debe clarificarse es el **tema de la apelación**. Literalmente el artículo 85 C.A habla de *"(...)serán apelables (...)"*pero... ¿ Se está refiriendo en sentido estricto a lo que hoy entendemos por apelación?.

A. BONET NAVARRO[219] presenta una serie de **argumentos** a favor y en contra de la existencia de apelación *stricto sensu*. Como **argumentos favorables** a su existencia debemos considerar:

---

217. SANCHO REBULLIDA, F.A., y, DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op.cit, pág. 836.

218. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *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), Jornadas de Derecho aragonés, 28, 29 y 30 de Septiembre, Jaca, pág. 4

219. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op.cit., págs. 112 y 113.

1) El artículo 85 C.A es un residuo del anterior sistema, que permitía Recurso de apelación en determinados casos.

2) El hecho de que se diga expresamente "apelación", es porque ante un auténtico Recurso de apelación se está, ya que en todos los demás casos es posible acudir a un proceso declarativo (juicio ordinario o verbal según la cuantía).

Por otra parte, los **argumentos contrarios** a la existencia de apelación son:

1) No existe jerarquía alguna entre la Junta de parientes y el Juez de Primera Instancia.

2) No hay procedimiento alguno señalado para seguir esa apelación.

Presentados ambos, hemos de decir que A. BONET NAVARRO se inclina más por las tesis negativas, es decir, aquellos argumentos que apoyan la improcedencia del recurso de apelación. Concluye que *"el legislador cuando habla de ella* (de la apelación) *no se puede referir a otra cosa que a una impugnación exactamente igual a la de los restantes acuerdos de la Junta de parientes"*[220].

J.F. HERRERO PEREZAGUA[221] llega también a la misma conclusión que A. BONET NAVARRO e indica que *"(...) "apelables"en la dicción del artículo 85 de la Compilación, equivale a impugnables (...)"*. Como dice este autor, *"la apelación es un recurso devolutivo ordinario"*[222] y *"entender que este precepto (artículo 85 C.A.) nos sitúa en presencia de una segunda instancia, equivaldría a afirmar que el acuerdo*

220. BONET NAVARRO, A., *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op.cit., pág. 113.

221. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit, pág. 5.

222. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit., pág. 4

tomado por la Junta de parientes ha sido la resolución final de una primera instancia, de una primera fase procesal que ha concluido con una sentencia definitiva sobre el fondo"[223]. Si así lo entendemos *"sería tanto como aseverar que existe una relación jerárquica entre la Junta de parientes y el Juez de Primera Instancia, siendo aquél el órgano inferior y éste el superior, ambos insertados en el esquema de la organización jurisdiccional española"*[224].

Una vez que hemos puntualizado que al hablar de "apelación"realmente a "impugnación"nos referimos, debemos analizar el **cauce procesal que debe darse a dicha impugnación.** La pregunta clave es la que formula J.F HERRERO PEREZAGUA[225]: *"¿Es necesario instaurar una nueva especialidad procesal que sirva de adecuado instrumento a tal fin, o contamos en nuestro ordenamiento con el oportuno cauce en el que halla cabida esta actuación?"*.

La respuesta que da este autor a la pregunta formulada es que *"no existe cauce adecuado que dé satisfacción al derecho amparado por el artículo 85 C.A."*[226].

Hoy con la actual LECiv. 1/2.000 estamos ante una situación semejante, así que podría acudirse a un proceso ordinario, sustanciándose en juicio ordinario o verbal según la cuantía del asunto. Para J.F. HERRERO PEREZAGUA[227] la **solución** pasaría por la **creación de un proceso especial plenario** pero apunta como op-

223. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit., pág.5

224. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit., pág. 5.

225. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit, pág. 5.

226. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit., pág. 6.

227. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op. cit., pág. 7

ción idónea la **reforma de la Compilación aragonesa para incluir la norma procesal** que se ocupe de este supuesto.

Las ventajas que esta solución ofrece respecto a la promulgación de una ley procesal aragonesa son las siguientes: *"(...) evita la dispersión y facilita el conocimiento de las instituciones en todos sus aspectos, con lo que se logra un mayor índice de aceptación de éstas por juristas y legos, y un mejor funcionamiento de las mismas al evitar que jueces y profesionales del Derecho tengan que indagar cuál es la norma aplicable, produciendo en ellos una incomodidad y un cansancio que les conduzca a eludir la norma"*[228].

Las **características de la nueva regulación que propone J.F. HERRERO PEREZAGUA**[229] son las siguientes:

• Será competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde estuviera fijado el domicilio familiar al tiempo del fallecimiento del causante (siendo esta competencia inderogable por pacto entre las partes).

• La legitimación activa la ostentaría tanto los nudo-propietarios como el viudo usufructuario. Así también lo entienden F.A. SANCHO REBULLIDA y P. DE PABLO CONTRERAS[230]. Por otra parte, la legitimación pasiva recaerá en los nudo-propietarios o el viudo usufructuario (dependiendo de quien haya ostentado la activa).

Indica J. F. HERRERO PEREZAGUA[231] que *"será necesario para estar activamente legitimado que ese acuerdo grave o lesione la posición*

228. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...*, op.cit, pág.7.

229. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes ...*, op.cit., págs. 8-13.

230. SANCHO REBULLIDA, F.A., y DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, op. cit., pág. 838.

231. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes...* op.cit., pág. 9.

que ostentaba el titular del derecho con anterioridad a la decisión de la Junta parentela, o que aun no haciéndolo, el acuerdo que afecta a su derecho sea considerado improcedente".

Si es el usufructuario quien ocupa la posición activa (demandante) entonces será necesario que se dirija contra todos los nudo-propietarios (**litisconsorcio pasivo necesario**). Si, por el contrario, quien emprende la acción es un nudo-propietario, deberá comunicar esta circunstancia a los demás nudo-propietarios para que éstos puedan entrar también el proceso si lo desean (intervención adhesiva litisconsorcial) "ya que la resolución que se dicta surtirá efectos que les alcanzarán"[232].

• Señalar la intervención preceptiva de abogado y procurador.

• En cuanto al procedimiento, deberá estar presidido por los principios de concentración y oralidad. Junto con la demanda deberá presentarse el acta levantada tras la reunión de la Junta de parientes.

• El proceso concluirá con una sentencia, susceptible de recurso de apelación o recurso de casación.

NUEVAS FUNCIONES DE LA JUNTA DE PARIENTES

La **importancia de este apartado es capital** ya que, como antes comentábamos, a nuestro entender el futuro de la Junta de parientes pasa, sin duda alguna, por ampliar sus funciones en consonancia con las nuevas circunstancias. Nos hemos querido centrar en **cuatro posibles nuevas funciones**, que analizaremos de forma individual:

232. HERRERO PEREZAGUA, J.F., *La Impugnación de los acuerdos de la Junta de parientes.*, op.cit, pág.11

1- Venta de bienes de incapaces.

2- En cuestiones de Derecho de familia, "una especie de arbitraje de personas allegadas por vínculos de parentesco".

3- Concesión de la mayoría de edad anticipada.

4- Transmisión y continuidad de la empresa familiar.

1. VENTA DE BIENES DE INCAPACES.

El planteamiento de esta nueva función surge al hilo del artículo 13 C.A. relativo a la disposición de los bienes del menor de catorce años. El tenor literal del **artículo 13 C.A**. establece lo siguiente:

"1 Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo.

2. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos."

Este artículo lo relacionamos a su vez con el artículo 20 C.A, y como bien dice A.L. PASTOR OLIVER *"si la costumbre o los principios tradicionales nada dicen al respecto y la Compilación se limita a recoge 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 parientes y en otras no"*[233]. Esto es lo que ocurre precisamente con la venta de bienes de incapaces, ya ante el silencio de la Compilación podríamos entender que analógicamente es posible aplicarle las previsiones del artículo 13 C.A. (venta de bienes de menores de catorce años).

233. PASTOR OLIVER, A.L., *Actos de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op.cit., pág. 133

Es el **Auto del T.S.J. de Aragón de 29 de octubre de 1992** el que clarifica la situación a partir del recurso gubernativo que se interpone ante la negativa del Registrador de la propiedad a inscribir en el Registro la nueva titularidad de una finca rústica. Dicha finca rústica era *"propiedad de una persona mayor de edad, declarada incapaz judicialmente, con vecindad civil aragonesa, en cuya escritura de compraventa (...) intervinieron, además del tutor de la incapacitada, la Junta de parientes constituida al efecto"*(F.J. Primero).

Este Auto contempla en primer lugar la problemática de las fuentes del Derecho civil aragonés; dichas fuentes son: las disposiciones de la propia Compilación, la Costumbre y los principios generales del ordenamiento jurídico. En defecto de todos estos, se aplicará de forma supletoria el Derecho civil general del Estado.

Una vez puestas estas bases, en el F.J. Quinto, se dice que *"la Compilación dedica a la regulación "de la tutela"el Capítulo Primero (artículos 15 a a18, ambos inclusive) (...); 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. (...) En cambio,* ***la autorización judicial previa se exige el artículo 2712 C.c., 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.***"

Continúa diciendo el F.J. Séptimo respecto del ejercicio de la tutela, que *"salvo lo dispuesto en el párrafo dos del artículo 16 de la Compilación, creemos que el ejercicio del poder de disposición del tutor*

sobre los bienes inmuebles de su pupilo, únicamente podrá ejercerlo en los casos y formas establecidas en la tutela deferida en testamento o en otro instrumento público (artículo 15 de la Compilación), por aplicación del principio "Standum est Chartae"(...). 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 ".

Por tanto queda claro que ni respecto a la institución en sí de la tutela ni respecto a la Junta de parientes existe una costumbre que *"prevea la intervención de la Junta de parientes en los supuestos de venta de bienes de incapaces 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".*

Se concluye que ***"ni legalmente ni doctrinalmente es reconducible 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 ha sido declarada judicialmente incapaz.*** *(...) De ahí que entendamos, pues, que* ***a 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 el artículo 11 y 2 de la Compilación y* ***exigiendo el artículo 271 de dicho cuerpo legal, la autorización judicial para que el tutor pueda enajenar bienes raíces de su pupilo mayor de edad declarado incapaz (...)".*** (F.J. Décimo).

Por tanto, queda claro que **no es posible la aplicación analógica del artículo 13 C.A** al supuesto de venta de bienes de mayores de edad incapacitados judicialmente, **salvo que en casos concretos se hubiese previsto esta posibilidad en la tutela deferida**

por instrumento público (testamento o no), de acuerdo con el principio "Standum est Chartae".

2. EN CUESTIONES DE DERECHO DE FAMILIA, "UNA ESPECIE DE ARBITRAJE DE PERSONAS ALLEGADAS POR VÍNCULOS DE PARENTESCO"

La artífice de esta propuesta es G. LABARTA BERTOL[234], y parte de la idea de que los **cónyuges prevean la intervención de los parientes** (incluso amigos, cuando su contacto con los cónyuges sea mayor que el de éstos con su propia familia) **para solucionar divergencias que puedan producirse**. Es decir, se está refiriendo a **dos supuestos distintos**:

1º) Intervención de los parientes para solucionar divergencias entre los cónyuges que viven juntos (y tienen intención de seguir viviendo así): se establecería en las Capitulaciones matrimoniales y podría preverse en relación a divergencias en la *"fijación de domicilio, cambio de trabajo que suponga un cambio de ciudad de residencia o una separación física de la pareja; en casos de administración de la sociedad de gananciales, por ejemplo, una compra de bienes muebles o inmuebles con respecto a los ingresos de la familia, la administración de los establecimientos mercantiles, incluso en el caso de voto del titular de las acciones de una Sociedad Anónima, aunque éstas sean de gananciales, que existiera la posibilidad, si una de las partes lo pidiese, de que interviniese la Junta de parientes, para decidir si era el titular de las acciones quien votaba o no; en algunos casos, incluso, quién administra el sueldo. También se me ocurre que la Junta de parientes podría ser llamada en caso de discrepancia entre los cónyuges, en determinados aspectos relativos a la patria potestad, como por ejemplo el hecho de llevar a los hijos a un colegio religioso, laico, público, privado; si éstos han de estudiar o no en el*

234. LABARTA BERTOL, G., *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, (Zaragoza 10, 17 y 24 de noviembre, y 1 de diciembre de 1992), El Justicia de Aragón, 1993, págs.20 y siguientes

extranjero y por último también, sin afán de relatar una lista completa y cerrada, en disposiciones testamentarias que igualmente deberán ser fomentadas."

2º) Intervención de los parientes en casos de separación de mutuo acuerdo (nunca contenciosa) de los cónyuges.

Dicha intervención se podría prever en las Capitulaciones matrimoniales o bien en el propio convenio regulador, designando "a uno o dos parientes de cada rama y de la confianza de ambos cónyuges en el momento de la separación, para que hicieran de árbitro en cuestiones relativas a la patria potestad o cambio de guarda y custodia de los hijos".

Lógicamente este **segundo supuesto** conlleva unos **riesgos** de los que la autora de la propuesta es consciente: *"(...) en estos supuestos de separaciones, podría tratarse a los miembros de parcialidad de sus respectivas partes, y que sería difícil el acuerdo; sin embargo, yo creo que si la figura fuese fomentada imprimiría carácter. Así, un pariente ya no sería el pariente de "fulanito", sino que sería miembro de la Junta y tendría que juzgar, y esto ya supone una responsabilidad añadida capaz de dar mayor independencia".*

En **nuestra opinión**, esta **propuesta es quizá demasiado optimista**. En relación al **primer supuesto** (intervención de los parientes para resolver divergencias) creemos que prever la intervención y el "recurso"a la Junta de parientes en estos casos no es operativo. La realidad es que los cónyuges van a enfrentarse constantemente a este tipo de decisiones (fijar residencia, elegir el colegio de los hijos...) y son cuestiones que deben resolverse en el seno de la pareja: entendemos que no es una dinámica satisfactoria si para lograr el acuerdo sobre estas cuestiones ha de recurrirse a terceras personas.

En cuanto al **segundo supuesto**, y mediando una separación (aunque amistosa), los peligros de los que la autora advierte son

razón mas que suficiente, a nuestro juicio, para entender que esta propuesta tampoco es operativa.

3. CONCESIÓN DE LA MAYORÍA DE EDAD ANTICIPADA

J.L. MERINO HERNANDEZ[235] se refiere en su comentario al artículo 4 C.A[236] a otros dos supuestos de mayoría de edad anticipada: el caso de vida independiente del menor, y la concesión parental.

Nos vamos a centrar en el segundo supuesto: concesión parental. Dice J.L. MERINO HERNANDEZ[237] que *"no habiendo ninguna norma que lo prohiba, parece que nada debe impedir que padres o protectores e hijos, puestos de acuerdo, decidan sobre la mayoría anticipada de éste"*. Es más, el propio autor comenta que existe *"una cierta costumbre favorable a este tipo de concesiones de mayoría"* y continúa diciendo: *"(...) he podido comprobar cómo en muchas Notarías aragonesas y en algunos despachos de abogados se viene poniendo en práctica este nuevo sistema de mayoría anticipada, precisamente por la utilidad que reporta en algunos casos"*[238].

Estos **casos en que resulta de gran utilidad la concesión de la mayoría de edad anticipada** son, por ejemplo, "intervención de menores en sociedades mercantiles, como simples socios o, incluso, como miembros de sus órganos de gobierno"[239].

---

235. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., págs. 64-68.

236. Artículo 4 : *"Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio"*.

237. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág.65

238. MERINO HERNANDEZ, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 65.

239. MERINO HERNANDEZ, J.L.,*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op.cit., pág. 65, nota 20

J.L. MERINO HERNANDEZ señala a los padres que ejerzan la autoridad familiar como personas que pueden conceder la mayoría anticipada; ahora bien, en aquellas **situaciones en las que puede actuar la Junta de parientes respecto a un menor** (es decir, casos en los que no existe autoridad familiar configurada y no se ha constituido la tutela), **podrá la mencionada Junta otorgar esta concesión**. Este supuesto se ha producido efectivamente como demuestra el **Auto de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de febrero de 1972.**

Es una función que nos parece adecuada ya que en esos casos la Junta de parientes se halla en una situación privilegiada para saber si conviene o no conceder al menor la mayoría de edad anticipada. Claro que, por contra, es un supuesto que quizá tenga poca aplicación práctica ya que requiere que no se haya configurado la autoridad familiar ni constituido la tutela sobre el menor.

4. TRANSMISIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

En nuestra opinión, a esta nueva función debería prestársele una especial atención por parte del legislador cuando se lleve a cabo la reforma de la Compilación. Dar a la Junta de parientes un papel relevante en la transmisión y conservación de la empresa familiar supondría un gran empuje para la institución porque con ello se lograría lo que ya hemos mencionado en este trabajo y nos parece **clave**: la **adaptación de la Junta de parientes a las nuevas circunstancias sociales.**

Y hablar de las nuevas circunstancias sociales pasa por recordar las palabras de E. LATORRE MARTINEZ DE BAROJA de las que ya nos hicimos eco[240]: pueblos con un cada vez más escaso nú-

240. Ver página 761 de este trabajo.

mero de habitantes, el sector agrícola ve reducida su importancia en la economía actual....

La economía gira hoy en torno a la Empresa, tal como antaño giró en torno a la agricultura. Por eso, si bien en siglos pasados la Casa era la unidad económica y social por excelencia, hoy podemos compararla con la empresa familiar. Como indicó F. CURIEL LORENTE[241] el criterio clave que nos permite hablar de empresa familiar es la dependencia de la familia respecto de dicha empresa, lo que sin duda nos lleva a establecer paralelismos con la Casa aragonesa. Es más, el propio F. CURIEL LORENTE califica a la Casa como "empresa agrícola".

Como se apuntó en los Undécimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, dos de cada tres empresas aragonesas son familiares, y mantienen el 70 % del empleo que se genera en la Comunidad Autónoma. Así las cosas, nos parece de gran importancia prestar atención a la regulación que pueda darse sobre el tema, ya que de la empresa familiar no sólo depende la propia familia sino que son además fuente de empleo.

En opinión de J.A. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA[242] la finalidad de la Junta de parientes respecto de la empresa familiar sería servir a su continuidad. Conviene recordar que entre las cifras manejadas por F. CURIEL LORENTE[243] hay que reseñar que tan sólo un 60% de las empresas familiares superan la segunda generación y apenas un 20% llegan a la tercera generación.

J.A. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA[244] señala que la Junta de parientes conviviría con el Consejo de Administración, y podría coadyuvar a la profesionalización de las empresas incluyendo

241. CURIEL LORENTE, F., *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés* .

242. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA, J.A., *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés.*

243. CURIEL LORENTE, F., *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés*

244. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA, *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés.*

consejeros "ajenos a la familia, así como una representación de todas las ramas de la familia. Se podría prever asimismo que la Junta de parientes se encargase de solucionar problemas que pudieran plantearse".

El documento idóneo para que todo esto quedase reflejado y previsto es, en opinión de J.A. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA[245], el protocolo familiar. Este documento cuyo origen se remonta a los años 80 en EE.UU, vendría a ser más o menos "el Código de la compañía".Se trata pues, de un documento privado (susceptible de elevarse a forma pública) suscrito por la familia y omnicomprensivo, donde pueden preverse las atribuciones, composición y funciones de la Junta.

En este sentido, creemos que con una **adecuada modificación de la Compilación** donde el legislador aborde las posibles funciones de la Junta de parientes en relación a la empresa familiar, **acompañado de la importante labor de los Notarios, se conseguiría impulsar y revitalizar la Junta de parientes.**

CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y una vez analizados los orígenes, el significado y la situación actual de la Junta de parientes en el Derecho aragonés, es momento de realizar algunas reflexiones.

La **Junta de parientes** es una **institución, en origen consuetudinaria**, pensada para la **conservación de un patrimonio familiar**: la Casa. Y por ello, en todas sus funciones, muy diversas (sucesorias: era fiduciaria eligiendo heredero; como Tribunal familiar: resolviendo controversias que en el seno de la familia se producían; y también, aunque en menor medida, como Consejo de fa-

245. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA, J.A., *XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés*

milia: realizando funciones en relación a la tutela[246]) subyace ese denominador común.

No es tampoco casual que esta institución proliferase en zonas de montaña (aunque hoy la Compilación aragonesa la hace extensiva a todo Aragón, artículo 20 C.A) puesto que las condiciones de vida eran especialmente duras. El aislamiento y la dificultad de las comunicaciones propiciaron que en la propia familia se resolviesen las cuestiones que en ella se suscitaban.. Por otra parte, a todas estas dificultades antes relatadas, se une la desconfianza generalizada a dejar entrar a la "Justicia oficial"en los asuntos domésticos. Especialmente, en el tema de la sucesión de la Casa, se temía a los abintestatos, ya que abocaban a la dispersión y desmembración del patrimonio familiar, fruto del esfuerzo de generaciones, y cuya riqueza dependía de su continuidad como conjunto.

Dicho esto, claro está que las circunstancias actuales difieren mucho de aquellas en las cuales se creó la Junta de parientes; empezando por la economía y las comunicaciones e infraestructuras hasta llegar al concepto mismo de familia, hoy nuclear.

Creemos, sin embargo, que una institución arraigada en el Pueblo aragonés y de gran tradición como es el caso de la Junta de parientes, no puede caer en la decadencia a la que lleva el olvido. Podría pensarse que se trata de un proceso lógico por el devenir del tiempo. Pero a la luz de lo que en este trabajo hemos analizado, nos hallamos ante una **institución con indudables posibilidades y gran utilidad, siempre que el legislador apueste por ello**; esto implica trabajar para amoldar y acomodar la institución al presente. De hecho, el **éxito de una institución depende de su capacidad para adaptarse a las nuevas circunstancias.**

246. SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de Parientes*, op.cit., págs. 35, 51 y 62

Obviamente, la Junta de parientes tiene también **aspectos discutibles y todavía sin clarificar** por la doctrina. Como aspecto discutible, al que no puede darse una respuesta puesto que ésta depende de la concepción que cada uno tenga, es el de la **imparcialidad**. Esta claro que, cuando la Junta adopta decisiones está siendo de alguna manera "Juez y parte", y hasta qué punto pueden interferir los intereses personales en el buen hacer de los parientes, es algo que ya se planteó en el Congreso de Jurisconsultos de 1880. Sin embargo, como indicaba J. CASTAN PEREZ-GOMEZ[247] es el Notario quien ocupa un lugar destacado, ejerciendo un control sobre la Junta hasta donde llegan sus competencias. Por otra parte, debemos tener en cuenta como argumento favorable a la imparcialidad, que se trata de una institución avalada por años de experiencia, en los que generalmente se han planteado pocos problemas de ese tipo.

Entre los **aspectos todavía sin clarificar**, se halla el de la **naturaleza jurídica**, a la que ya hicimos referencia en el apartado correspondiente[248]. Su importancia radica precisamente en que la naturaleza jurídica está íntimamente relacionada con la legislación aplicable.

Pese a estas cuestiones, ya hemos dicho que la Junta de parientes es una institución muy válida y requiere la atención del legislador para vivificarla. Hoy, ha de **buscársele una nueva finalidad (que pueden ser varias incluso).** En primer lugar, debe inscribirse la Junta de parientes en la actual **tendencia a reducir el volumen de asuntos llevados a los Tribunales**. En este sentido se pronunciaba ya la **Recomendación No. R (86) 12** adoptada el 16 de septiembre de 1986 por el **Comité de Ministros del Consejo de Europa**. En ella precisamente se invitaba a los Gobiernos de los

247. CASTAN PEREZ-GOMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado*, op. cit., pág. 767.

248. Ver página 768 de este trabajo.

Estados miembros, a intentar reducir el elevado número de procedimientos judiciales, puesto que esta situación colapsa la Justicia y conculca el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Una de las medidas propuestas era promover, cuando proceda y sea posible, los arreglos amistosos de controversias, incluso fuera del sistema judicial.[249]

Por tanto, la Junta de parientes encaja perfectamente en esta finalidad. Pero, además, como ya dijimos en el apartado de Nuevas funciones de la Junta de parientes, es **factible que se le pueda dar un papel importante en la continuidad de la empresa familiar**. Ésta es quizá una finalidad más concreta que la de lograr la reducción del volumen de asuntos llevados a los Tribunales, y una función que a su vez **enlaza más con su sentido originario**: la continuidad de la Casa (ya que, al fin y al cabo, la Casa era una empresa familiar agrícola).

Ahora bien, en los **Undécimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés**, concretamente en la sesión celebrada el 13 de noviembre de 2.001, se apuntó por J. A. YUSTE GONZALEZ DE RUEDA, cómo la Junta de parientes podía contribuir a la continuidad de la empresa familiar, a través de la **separación de propiedad y gestión**. Así, el Consejo de Administración se hallaría integrado por profesionales, ajenos a la familia, y la Junta de parientes -que conviviría con éste- la integrarían los familiares propietarios. Creemos que se puede abrir aquí una vía muy interesante para el

---

249. **Recomendación No. R (86) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa**:

"Having regard to the increasing number of cases brought before the courts, which is liable to interfere with everyone's right to a hearing within a reasonable time under Article 6.1 of the European Convention on Human rights; (...) Invites the governments of member states, apart from allocating to the judiciary the necessary means to deal effectively with the increasing number of court proceedings and non-judicial tasks (...): I.Encouraging, where appropiate, a friendly settlement of disputes, either outside the judicial system, or before or during judicial proceedings.

futuro de la Junta de parientes pero que pasa, sin duda, por una ardua tarea del legislador, perfilando cómo debe ser la relación entre ambos órganos.

Pero, **¿Qué línea a seguir tiene trazada el legislador aragonés?**. Dice la **Comisión aragonesa de Derecho civil** en su Ponencia General de 1996, titulada "Objetivos y métodos para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón", que *"el objetivo global de la tarea legislativa (...) sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia (...)"*.

Precisamente, una de las **carencias importantes** que se detectan en la **actual regulación de la Junta de parientes es la cuestión procesal**. Cuando abordamos el tema de la impugnación de los acuerdos de la Junta[250] ya se hizo referencia a las propuestas que autores como J.F. HERRERO PEREZAGUA hacían: reformar la Compilación aragonesa para incluir la norma procesal que se ocupase del supuesto del artículo 85 C.A. Sin embargo, A. BONET NAVARRO[251] se muestra más partidario de la creación de una Ley procesal civil aragonesa en donde, se tratarían procesalmente las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés (entre ellas el tema de la Junta de parientes) tal y como permite el artículo 35.14º del Estatuto de Autonomía de Aragón, de acuerdo con el artículo 149.16º de la Constitución española.

Así, en la Ponencia de la Comisión aragonesa de Derecho civil se indica que *"(...) el cuerpo legal del Derecho civil de Aragón habrá de atender muy especialmente a los medios procesales que han de servir de vehículo para la realización del Derecho sustantivo. La* ***Compilación vigente*** *(...) aún* ***da alguna indicación de procedimiento. Pero la***

250. Ver página 867 y siguientes de este trabajo.

251. BONET NAVARRO, A., Jornadas de Derecho aragonés: Ponencia *Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, op.cit., págs. 85 y siguientes

***práctica ha demostrado que tales reglas o indicaciones son claramente insuficientes**, por ejemplo, para la aprobación de cuentas de administración de bienes de menores, enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles de aquellos, divergencias entre los padres en la educación de sus hijos, constitución de la Junta de parientes o resolución de discrepancias surgidas entre cónyuges en la administración de la comunidad".*

Para solucionarlo, **en la Comisión se piensa a largo plazo, en la creación de una Ley procesal civil aragonesa,** como propugnaba A. BONET NAVARRO. Se dice en la Ponencia que *"la Comisión **no descarta esta opción para el futuro, pero**, en todo caso, cree **conveniente la inclusión en el Cuerpo del Derecho civil proyectado dé, al menos, aquellas normas procesales más íntimamente relacionadas con los preceptos sustantivos"***.

Compartimos esta opinión, ya que sin duda de cara a una mejor comprensión y al fomento de la utilización de una institución, en esta caso la Junta de parientes, es acertado que se encuentren agrupados sus aspectos sustantivo y procesal.

Como la citada Ponencia contempla, *"(...) no puede hablarse, propiamente, de urgencia de legislar - al menos en cuanto que las normas vigentes, como se ha dicho, no presentan extraordinarias deficiencias o clara inadecuación a nuestro tiempo-, sí puede ser **conveniente ir adelantando la aprobación como ley de partes completas que puedan tener sentido relativamente independiente de las demás**. Cada ley parcial derogaría una parte de la Compilación y, **al final del proceso, todas ellas constituirían el nuevo Cuerpo legal**. (...) La **Comisión considera preferible, en abstracto, la redacción unitaria y la aprobación del Cuerpo legal en su conjunto**, por las conocidas razones de coherencia sistemática y necesaria trabazón interna (...). **Pero reconoce que razones de oportunidad pueden hacer deseable la aprobación anticipada de leyes que contengan una parte del Derecho civil** ".*

El propósito de la Comisión era comenzar abordando la reforma de la parte correspondiente a Sucesiones, propósito que a día de hoy se ha cumplido con la aprobación de la nueva Ley 1/1999 de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.

El **próximo reto es acometer la reforma del Derecho de Familia***; de hecho, actualmente ya han comenzado los trabajos, y existe un borrador relativo al régimen económico-matrimonial. Observamos como en el artículo 19 de dicho borrador -dedicado a los desacuerdos en la gestión de la economía familiar- no se hace mención alguna a la posible intervención de la Junta de parientes (a diferencia de lo que hoy prevé la Compilación en su artículo 49.1) entre otras cosas porque sólo menciona la posibilidad de graves y reiterados desacuerdos, y la solución prevista es que se acuda al Juez.

En cualquier caso, todavía no se ha acometido la reforma de la Junta de parientes pero cuando esto suceda, **confiamos en que el legislador aragonés lo hará sin perder de vista la necesidad de "dar un soplo de aire fresco a la institución"(que se traduzca en una ampliación de sus funciones, adaptadas a las circunstancias actuales) conjugado con una completa (pero a la vez accesible) regulación procesal que favorezca su utilización.**

---

* NOTA DEL AUTOR:

Actualmente la citada reforma ha sido llevada a cabo a través de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de la Comunidad Autónoma de Aragón (ya en vigor desde el 23 de abril de 2003). Finalmente es el artículo 46 el que se ocupa de los desacuerdos en la gestión de la economía familiar y lo hace en la misma línea del borrador (no menciona la Junta de Parientes).

También se ha modificado esta ley en el artículo 139 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, añadiendo el término "Empresas".

BIBLIOGRAFIA

BATALLA CARILLA,J.L., *Algunas cuestiones en relación a las actuaciones del menor en Aragón*, en Actas de los I Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1992, págs. 49 a 54.

BERNAD MAINAR, R., *La Junta de parientes en el Derecho civil aragonés*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.

BONET NAVARRO, A., Ponencia *Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, Jornadas de Derecho aragonés, Jaca, 28, 29 y 30 de septiembre de 1991

BONET NAVARRO, A., "La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros", en Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1996, págs. 107 a 127.

CASTAN PEREZ-GOMEZ, J., *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por J.F. DELGADO DE MIGUEL, Tomo IV, Vol.1º, Civitas, Madrid, 2001

COSTA MARTINEZ, J., *Derecho consuetudianrio y Economía popular de España*, Tomo I, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, págs. 54 a 102.

COSTA MARTINEZ, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, págs. 217 a 248.

DE LA CAMARA ALVAREZ, M., y, DE LA ESPERANZA, A., *Compendio de Derecho Sucesorio*, La Ley- Actualidad, Madrid, 1999, págs. 401 a 409.

DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Derecho foral de Aragón* (Conferencias en la Universidad de Zaragoza), Zaragoza, 1936, págs. 15 y siguientes.

DELGADO ECHEVERRIA, J., Comentario al artículo 1º (fuentes jurídicas) de la Compilación aragonesa (págs. 166 a 196), y, Comentario a los artículos 9 a 14 (de las relaciones entre ascendientes y descendientes) de la Compilación aragonesa (págs. 405 a 491), en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T.I, D.G.A, Zaragoza, 1988.

DELGADO ECHEVERRIA, *Capacidad y representación de menores*, en Actas de los I Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1992, págs. 39 a 48.

FERNANDEZ DOMINGO J.L., *Curso de Derecho civil foral*, Dykinson, Madrid, 2000.

GARCIA CANTERO, G., Del Consejo de Familia, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T.I, D.G.A., Zaragoza, 1988, págs. 559 a 562.

GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Edit. BOSCH, Barcelona, 1980, págs. 142 a 145.

GIMENEZ MARTIN, R., *Algunos problemas en materia de capacidad y representación de menores*, en Actas de los I Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1992, págs. 55 a 62.

HERRERO PEREZAGUA, J.F., "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*, Jornadas de Derecho aragonés, Jaca, 28, 29 y 30 de septiembre de 1991

LATORRE MARTINEZ DE BAROJ, E., *La Junta de parientes desde la actuación notarial*, en Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1996, págs. 145 a 149.

LEY DE SUCESIONES. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil, Zaragoza, 1999.

MARTIN BALLESTERO Y COSTEA, L., *La Casa en el Derecho aragonés* (estudios de Derecho aragonés), Zaragoza, 1944.

MERINO HERNANDEZ, J.L., Comentario a los artículos 4, 5 y 6 (capacidad de las personas por razón de edad), en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XXXIII, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1986, págs. 54 a 95.

MERINO HERNANDEZ, J.L., Comentario a los artículos 20 a 22 (de la Junta de parientes) de la Compilación aragonesa, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Tomo XXXIII, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1986, págs. 228-258.

NAGORE YARNOZ, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XXXVI (Vol. 2), EDERSA, Madrid, 1995, págs. 568 a 607.

PASTOR OLIVER, A.L., *La Junta de parientes desde la experiencia judicial*, en Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1996, págs. 127 a 144.

PONENCIA GENERAL titulada *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón*, Gobierno de Aragón, COMETA, S.A., Zaragoza, 1996.

PUIG FERRIOL, L., y, ROCA TRIAS, E., *Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Edit. BOSCH, Barcelona, 1987, págs. 479 y siguientes.

RAMIRO MUÑOZ, C., y, CASADO MORENTE, M.M., "El Consejo de Tutela en Cataluña", en *Derechos civiles de España*, dirigido por R. BERCOVITZ y J. MARTINEZ-SIMANCAS, Cataluña I, Vol. II, Edit. Aranzadi, Navarra, 2.000, págs. 623 a 633.

RAMS ALBESA, J., Comentario a los artículos 49 y 50 de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T.II, D.G.A., Zaragoza, 1993, págs. 253 y siguientes.

SAINZ DE VARANDA, R., *El Consejo de parientes en el Derecho civil aragonés*, A.D.A. VII, 1953-1954:

SALINAS QUIJADA, F., *Examen elemental de las Instituciones de Derecho civil foral de Navarra*, Pamplona, 1995, págs. 186 a 192.

SAMANES ARA, C., y, GUTIERREZ SANZ, M.R., "Algunos aspectos procesales en la actuación de la Junta de parientes", Comunicación a la Ponencia *Hacia una ley procesal civil aragonesa*, Jornadas de Derecho aragonés, Jaca, 28, 29 y 30 de deptiembre de 1991

SANCHEZ ROMAN, F., *Estudios de Derecho civil*, 9 volúmenes, 2ª Edición, Madrid, 1889- 1911

SANCHO REBULLIDA, F.A., y, DE PABLO CONTRERAS, P., Comentario al artículo 85 de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T. II, D.G.A., Zaragoza, 1993, págs. 833 a 838.

SAPENA TOMAS, J., Comentario a los artículos 20 a 22 (de la Junta de parientes) de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T.I, D.G.A., Zaragoza, 1988., págs. 563 a 604.

SAPENA TOMAS, J., LARDIES RUIZ, J., y, LABARTA BERTOL, G., en Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón, 1993, págs. 9 a 22.

SEMINARIO DE LA COMISION COMPILADORA ARAGONESA, Informe sobre "El Consejo de Parientes"(Addenda), Zaragoza, 1954.

YABEN Y YABEN, H., *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la famila*, Madrid, 1916, págs. 98 a 101

ZUBIRI SALINAS, F., Comentario a los artículos 114 a 118 (de la fiducia colectiva) de la Compilación aragonesa, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. LACRUZ, T.III, D.G.A., Zaragoza, 1996, págs. 423 a 469.

RECOPILACIONES DE JURISPRUDENCIA

1896 – 1926

SAINZ DE VARANDA, R., *Jurisprudencia de Derecho civil aragonés*, A.D.A. IV, 1947-1948.

1926 – 1946

SANCHO DRONDA, J.L., Y, VALENZUELA LA ROSA, J., El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia, A.D.A., III, 1946.

1950 - 1967

BERGUA CAMON, J., Foro Aragonés. Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón.

1968 en adelante...

Colegio de Abogados de Zaragoza, Colección de Jurisprudencia.

1980 en adelante...

Informes del Justicia de Aragón

LA CONVIVENCIA DE LAS PAREJAS DE HECHO.

Ana Belén Aunés González
(Beca 2001/2002)

Die XIIII Septembris anno MCCCCLXXVII.

Sia a todos manifiesto que yo, Johan de Perpinyan, lavrador, habitante en la ciudat de Caragoca, atendient et considerant los muytos servicios e plazeres que vos, Gracia de Gonya, habitante en la dita ciudat, honestament e buena me havedes feyto, e confio en Nuestro Senyor Dios e en vos que mende faredes mas daqui adelant, atendient encara mas, e considerant el dia present e infrascripto vos, dita Gracia de Gonya e yo, dito Johan de Perpinyan havernos concordado, pactado e avenido vivir ensenble durant nuestras vidas naturales, con las condiciones infrascriptas e siguientes:

Primo, es condicion que vos, dita Gracia de Gonya, biviendo castament e honesta, sia tenido yo, dito Johan, sustener vos sana e enferma de comer, bever, bestir e calcar bien e suficientment durant toda vuestra vida natural.

Item mas, es condicion que vos, dita Gracia de Gonya, me siades tenida servirme sano e enfermo todo al tiempo de mi vida natural, bien e lealment, aredrarme todo danyo, procurarme todo proveyto e honra, e treballar honestament en mi casa e fazer como buena muller lo que poreys. (...)

GARCIA HERRERO. *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*. Cuadernos de Zaragoza 62.

1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS PAREJAS DE HECHO

1.1. REFERENCIA SOCIAL.

En estas líneas vamos a estudiar un modelo de familia. Debemos de tener en cuenta que, como ocurre en el derecho de familia, la realidad va por delante. Es la vida la que nos da modelos de familia, el derecho posteriormente solo se encarga de regular algo preexistente. Solo deben de tratar de "identificar esos grupos familiares y fijar las condiciones que deben concurrir en su formación", como dice Roca Trias.

Lo primero que vamos a ver es la referencia social que existe. Para ello acudiremos a los últimos datos recogidos de modo oficial en todo el territorio español. Esta recopilación de datos fue realizada por el Instituto Nacional de Estadística, con resultados sociodemográficos de 1991. Pero tenemos que tener en cuenta que ya han pasado once años desde el estudio y que cada vez más este modelo familiar se está plasmando en la sociedad, por las relaciones estables de pareja.

Debemos de observar que en la encuesta sólo recoge la relación de pareja estable de duración, como mínimo, de un año; esta duración no se tiene en cuenta para el caso de muerte de uno de los miembros o si en el momento de la encuesta seguían conviviendo. Así, excluyen el tipo de relación que no formaba una familia y las relaciones que eran de tipo discontinuo. Las uniones matrimoniales se consideran todas, y sólo consta como matrimonio el caso de que se haya formado primero una pareja de hecho y en un momento posterior se haya contraído matrimonio. Podemos observar el siguiente cuadro:

MATRIMONIOS Y UNIONES MARITALES ESTABLES

		%
NINGUNA UNION	12.785.330	37.7
ALGUNA UNION	21.142.280	62.3
UNA SOLA UNION	20.743.100	61.1
Matrimonio	20.507.850	60.4
Matrimonio y unión marital	235.250	0.7
DOS UNIONES	389.699	1.1
Matrimonios	265.167	0.8
Matrimonio y unión marital	118.120	0.3
Uniones maritales	6.412	0.02
MAS DE DOS UNIONES	9.472	0.03
Matrimonios todas	4.097	0.01
Matri y uniones maritales	4.499	0.01
Uniones maritales todas	876	0.002
TOTAL	33.927.610	100.0

Según observamos en el cuadro mostrado, las uniones maritales estables son minoritarias en la población. Así podemos comparar, que las parejas que en su vida solo han tenido una relación estable son un 61.1%, de este porcentaje sólo el 0.7% es de uniones de hecho, comparado con el 60.4% que es el matrimonio; podemos concluir que la opción para la primera pareja es mayoritariamente la matrimonial quedando la pareja de hecho en un segundo plano.

Para el caso minoritario de que se hayan tenido dos parejas estables, encontramos un porcentaje mínimo 1.1%; pero de este porcentaje observamos que sigue siendo mayoría la opción de dos matrimonios (0.8%), pero no es una mayoría tan marcada como en el caso de la opción de una sola pareja, porque para el caso de la opción de un matrimonio y una unión estable encontramos un 0.3%, y en el caso de dos uniones estables encontramos el 0.02% (que es insignificante). Pero tenemos en cuenta que en el caso de dos parejas estables la opción de que al menos una de ellas sea unión estable es el 32%, que ya es más considerable.

Ahora procedente de esta misma encuesta, vamos a referirnos a la edad media de los convivientes cuando inician la unión. Se va a realizar una diferenciación en edad y sexo.

EDADES	DEL VARON	%	DE LA MUJER	%
- de 16	317	0.2	3.647	1.8
16-17	2.183	1.1	8.555	4.3
18-19	7.633	3.8	17.390	8.7
20-21	13.214	6.6	22.064	11.1
22-23	20.271	10.2	24.899	12.5
24-25	23.851	12.0	27.891	14.0
26-27	26.075	13.1	18.227	9.2
28-29	16.983	8.5	13.815	6.9
30-31	16.614	8.3	14.241	7.2
32-33	12.712	6.4	10.061	5.1
34-35	9.724	4.9	9.717	4.9
36-37	7.104	3.6	6.144	3.1
38-39	7.413	3.7	5.341	2.7
40-45	14.141	7.1	5.507	2.8
45-49	8.443	4.2	4.726	2.4
50-59	7.264	3.7	3.491	1.8
60 y +	5.035	2.5	3.261	1.6
Total	198.978	100.0	198.978	100.0
Edad media	31.0		27.5	

Observando hasta el limite de edad de los 25 años, vemos que las mujeres comienzan antes sus relaciones en una unión de hecho que los hombres. En cambio, para comenzar una relación de unión de hecho a partir de los 40 años en adelante los hombres (17.5%) son más numerosos que las mujeres (8.6%). La edad media en la que cada sexo empieza una relación de hecho estable es para las mujeres los 27 años, en cambio para los hombres es mayor, 31 años.

De los datos de esta encuesta que se realizó en 1991, deducimos que las uniones de hecho eran poco significativas en la población a la hora de escoger la forma de crear una familia.

Atendiendo a datos mas actuales, acudimos a la Unión Europea. (Eurostat, 1999). En el cuadro vamos a observar el porcentaje

de parejas de hecho que existen en el total de las parejas formadas, creo de interés acompañarlo con las parejas existentes entre los menores de 30 años, que en un principio son el futuro de los modelos familiares.

	PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL DE PAREJAS	PORCENTAJE SOBRE PAREJAS POR DEBAJO DE LOS 30 AÑOS
Grecia	1	7
España	2	8
Irlanda	2	13
Italia	2	6
Portugal	3	14
Alemania	8	35
Luxemburgo	8	24
Bruselas	9	7
Reino Unido	9	32
Austria	10	42
Holanda	14	56
Francia	15	50
Suecia	15	26
Finlandia	18	58
Dinamarca	23	72
Unión Europea	7	28

Por lo que en los datos apreciamos en algunos países empieza a ser considerable ya el porcentaje de parejas estables. En Dinamarca un 23% es ya una cifra para hablar de un cambio en el modelo social de familia. Otros países como Finlandia con un 18%, Suecia con un 15% y Holanda con un 14%; también tienen un porcentaje elevado.

En España el porcentaje todavía no es muy numeroso, el 2%, y es uno de los países en el que menos parejas de hecho existen; pero en un futuro parece que llegarán a ser más las familias basadas en la mera convivencia sin una solemnidad definida, porque en los últimos años estas parejas tienden aumentar en número.

Estos datos europeos nos hacen entender la realidad que vive nuestro entorno respecto a los modelos de familia. Pero no debemos conformarnos con una visión tan amplia. Según datos recogidos por Talavera Fernández de modo directo en los Registros de uniones de hecho municipales, encontramos los siguientes datos según los registros mas importantes por él considerados.

LUGAR	PERIODO DE TIEMPO	Nº DE PAREJAS TOTAL	Nº DE PAREJAS HOMOSEXUALES
Vitoria-Gasteiz (municipal)	Del 28-2-94 a 8-98	450	13
Barcelona (municipal)	Del 22-4-94 a 10-98	1055	99
Principado de Asturias (comunidad autónoma)	Del 9-94 a 8-98	82	6
Valencia (comunidad autónoma)	Del 7-12-94 a8-98	788	No le fueron facilitados

El Registro de la Comunidad de Madrid le facilitó los datos según los años que lleva funcionando, comenzó el 20 de abril de 1995, los datos recogen hasta el mes de agosto del 98. Se han realizado hasta la fecha 1200 inscripciones, pero la inscripción se ha solicitado por 1314 parejas, las no inscritas están esperando a cumplimentar de modo correcto la documentación.

AÑO	Nº DE PAREJAS TOTAL	Nº DE PAREJAS HOMOSEXUALES
1995	115	39
1996	375	34
1997	468	47
8-1998	242	21

Con estos datos solo confirmamos lo que ya observábamos en los datos recogidos, por el INE y por EUROSTAT, que el numero de parejas es mínimo respecto a otros modelos de formar una familia.

En este momento y con estos datos aportados, creo necesario traer unas palabras de Hernández Rodríguez:

> "Parece claro que el tipo de familia imperante en las nuevas sociedades es la familia nuclear aunque coexista con nuevas formas familiares que son propias de las complejas sociedades en las que vivimos, lo que si se puede asegurar es que la institución familiar no está caduca aun en las nuevas sociedades tecnológicas dado el tipo de funciones que cumple"

Para acercarnos a nuestro entorno, observamos los datos de nuestro Registro de parejas estables no casadas y la evolución de las inscripciones según los años que lleva funcionando. Debemos de tener en consideración que la inscripción en este registro es totalmente voluntaria, es decir, que pueden existir mas parejas conviviendo de las inscritas, pero que no quieren obtener los beneficios que el registro otorga.

INSCRIPCIONES	1999	2000	2001	2002 (agosto)
ZARAGOZA	13 (1)	68 (10)	76 (3)	56 (2)
HUESCA		15	16	16 (1)
TERUEL	1	13	36	6 (1)

(...) Número de parejas homosexuales del total de parejas inscritas por provincia y por años.

Con todos estos datos mostrados, obtenemos una plasmación escasa en la realidad social de las uniones no matrimoniales. La conclusión a la que llegamos tras estos datos es la que refleja Talavera Fernández; no es necesaria una regulación tan urgente ya que no existe una demanda social tan amplia. Pero debemos de tener en cuenta, que toda la preocupación de esta materia viene dada porque "se ha creado un estado de opinión y una conciencia general de la existencia del fenómeno que esta obligando a tomar postura no solo verbal sino jurídica, al margen de las cifras reales en las que se mueve el problema".

1.2. LAS CAUSAS QUE LLEVA A NO FORMALIZAR LA UNIÓN.

Ahora vamos a tratar de analizar los motivos que han llevado al modelo de familia de la unión de hecho. Estrada Alonso, en el estudio que realizó en 1986, recoge una motivación que en el año 2002 parece estar todavía vigente. Establece una clasificación de los motivos que es la siguiente:

1º La imposibilidad de contraer matrimonio. Dentro de este motivo, diferencia entre:

- Motivos económicos: encuadra las parejas en las que uno de los miembros por su condición obtiene alguna prestación económica que perdería por el hecho de contraer matrimonio. Aquellas parejas que les produciría un perjuicio fiscal. Y también aquellas que su economía es tan mínima que no les permite contraer matrimonio.
- Motivo social: hoy en día parece mas un vestigio histórico, pero es por la vergüenza que provoca en algunas familias el contraer matrimonio con una persona de diferente estatus social; esto desemboca en una relación secreta y oculta.
- Motivos legales: porque uno de los miembros esté esperando a que pase el tiempo para poder solicitar el divorcio, y en un momento posterior contraer matrimonio. También como matrimonio de ensayo por las costas económico-legales que conlleva la crisis del matrimonio, es decir, la disolución de éste, por ello toman como modelo temporal la unión de hecho.
- Como motivo legal encontramos también, aunque no lo contenga Estrada Alonso en su concepto, el problema de que las parejas homosexuales no puedan contraer matrimonio, por ello sólo les queda la optativa del modelo familiar de la unión de hecho.

2º Las uniones matrimoniales engendradas por motivos ideológicos, raciales y religiosos. En estos motivos vamos a diferenciar:

- Motivos ideológicos: son las ideologías libertarias las que llevan a toda oposición a la norma y por supuesto a la institución tradicional del matrimonio.
- Motivos raciales y religiosos: aquí englobamos las personas que se casan en España por un rito religioso no reconocido por el estado. Esto se debe a la pertenencia de sus miembros a unas razas étnicas de las cuales no se reconocen sus ritos, o por la pertenencia a religiones con las que el estado no ha realizado un acuerdo para reconocer su forma matrimonial.

3º Otras causas: aquí debemos dejar un cajón desastre ya que los motivos que lleven a no contraer matrimonio pueden ser tan variados que se escapan a lo que pretendemos.

Otros autores recogen estos motivos: Mesa Marrero se encarga de ello en 1999, recoge los mismos motivos que establecía Estrada Alonso, aunque los clasifica de modo diferente.

Ya tenemos una visión social y una visión de las causas que llevan a no formalizar la relación con el matrimonio, en el caso de las parejas heterosexuales. Para terminar la introducción al tema, vamos a tener en cuenta, la visión de la familia en la constitución.

1.3. VISIÓN DE LA FAMILIA Y LOS MODELOS FAMILIARES POR LA CONSTITUCIÓN

En la Constitución Española debemos acudir al artículo 39: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia." Aquí nos encontramos el problema de a que modelo de familia se está refiriendo, porque en el artículo 32 establece el derecho a contraer matrimonio. Por ello se planteaba la duda de si solo se refería a la familia matrimonial, porque es la

única que contemplaba la Constitución. Todas estas dudas se resuelven con la sentencia del TC 222/92:

> "Ningún problema de constitucionalidad existirá si el concepto de familia presente en el Art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido Art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (Arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad afectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra conducta –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el Art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo Art. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales..."

Con este fragmento del TC queda claro que la constitución trata de proteger a todos los modelos familiares y que la unión de hecho no deja de ser uno de estos modelos. La finalidad de entender protegida y reconocida la pareja de hecho como modelo familiar, no es más, como dice AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, que la

unión de hecho "debe ser objeto de protección por parte de los poderes públicos, y que su desarrollo corresponde al legislador".

Podemos concluir con estas palabras de PICONTO NOVALES que nos llevaran a finalizar esta introducción a la materia: "la sociedad española ha apostado claramente por una ideología de la familia plural, abierta y liberal", "la Constitución española alberga la posibilidad de diferentes formas de convivencia no marital que incluiría cualquier tipo de vida en común con carácter estable, todas ellas garantizadas con los diferentes derechos, primero, a la libertad, dignidad y, a continuación, igualdad de todos los sujetos."

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA PAREJA DE HECHO.

Antes de comenzar con el análisis del concepto según la jurisprudencia, el legislador y la doctrina; se hace necesario poner en conjunto términos diferentes que se usan para designar la pareja de hecho.

2.1. TERMINOLOGÍA UTILIZADA.

En nuestro idioma encontramos diferentes expresiones que nos llevan a un mismo significado, al significado de la pareja de hecho. A lo largo de los tiempos se han usado: en el derecho romano amica y pellicex; en el Código de Tortosa drut y druda; en toda la época medieval en España se utilizó barraganía; hasta nuestros días ha llegado el término peyorativo de concubina. Esta variedad de expresiones con igual significado, no ocurre solo en el derecho español, sino que ocurre también en el derecho comparado[1].

1. Según recoge Estrada Alonso:
- ITALIA: convivencia more uxorio, familia di fatto, famiglia non fondata sul matrimonio, institucione ombra.
- FRANCIA: stuprum, concubinage, faux menaje, mariage de seconde zone o categorie, menaje de fait, vivre maritalement, lien extramatrimonial, union ilegitime, familia natural,...

Nuestros Tribunales, tanto en la jurisprudencia como en la llamada jurisprudencia menor, no utilizan una terminología uniforme sino que toman como denominación: uniones libres, uniones de hecho, uniones paramatrimoniales, uniones extramatrimoniales, parejas de hecho, convivencia more uxorio, entre otras. Pero utilizan todas estas con igual significado.

La doctrina utiliza también diferentes términos, se puede adivinar sólo con la lectura del título del estudio. Así algunas de las usadas son: las uniones extramatrimoniales[2], uniones de hecho[3], parejas de hecho[4], convivencia de hecho[5], uniones paramatrimoniales[6].

En la legislación estatal se recoge también de diferentes modos, entre otros, a modo de ejemplo: situación de hecho asimilable, vivir maritalmente con otra persona, ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

En las proposiciones de ley que se han realizado en el Congreso de los Diputados, tampoco existe un solo término, así utilizan: pareja de hecho, contrato de unión civil, unión estable de pareja y relación de convivencia diferente a la matrimonial.

- ALEMANIA: konkubinat, wilde ehe (unión salvaje), lebensgemisnschaft (comunidad de vida), ehe ohne Trauschein (matrimonio sin certificado), eheähnliches verhältnis (relación asimilable al matrimonio), nicht registriert (no registrada).
- INGLATERRA: marriagelike unions, free unions, paramarriages, facto marriages, new marriages, consensual unions,...
- SUDAMERICA: amasia, socia de asiento, matrimonio por comportamiento, unión de hecho, concubinato.

2. Usada por Estrada Alonso, "Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español".

3. Usada entre otros por: Talavera Fernández, Pérez Ureña, Mesa Marrero, O'Callghan, Martínez Gallego.

4. Usada por ejemplo por López Azcona, Álvarez Lata.

5. Usada por Pérez Vallejo, Plana Arnaldos.

6. Usada por López-Muñiz Goñi.

En las leyes autonómicas tampoco se recoge un término unánime: uniones de hecho, uniones estables de pareja, parejas estables, pareja estable no casada.

2.2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.

Analizando algunos pronunciamientos sobre la materia[7], encontramos una reiteración de requisitos exigidos para entender constituida una pareja de hecho. Para saber a qué requisitos nos enfrentamos vamos a realizar una enumeración previa, para que en un momento posterior los analicemos de modo más exhaustivo. Así nos encontramos:

1º) Requisitos subjetivos: capacidad, edad, ausencia de ligamen.

2º) Convivencia de carácter público, estable, continuado e ininterrumpido.

3º) Modelo de vida que acostumbran a llevar los cónyuges: relación de afectividad análoga a la conyugal.

1º) Requisitos subjetivos.

Se exige capacidad de obrar, porque se entiende que si es una relación análoga a la conyugal en lo referente a la sexualidad y a la afectividad, es necesario que se exija un compromiso de modo estable y permanente, para este compromiso exige la plena capacidad de obrar.

---

7. Destaco el interés de esta sentencia de la AP de Madrid de 22 de marzo de 1995, que aunque pertenezca a la jurisprudencia menor, establece un concepto de los mas completos de pareja de hecho. Así define: "Por unión extramatrimonial, libre convivencia more uxorio o familia de hecho debe entenderse «la convivencia entre un hombre y una mujer, con plena capacidad jurídica de obrar, de carácter estable y público, que, sin haber contraído matrimonio entre sí, desarrollan un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges»."

En la mayoría de los pronunciamientos se exige el requisito de la heterosexualidad, así citaremos la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo del 2001 "la convivencia more uxorio se basa en la heterosexualidad de la pareja". Aunque algún pronunciamiento se a producido sobre parejas homosexuales, pero de modo minoritario[8].

Debemos de destacar la no exigencia por la jurisprudencia de la ruptura del vinculo matrimonial anterior, pero obviamente si exige la ruptura de la convivencia matrimonial para que alguno de los miembros que la componían puedan establecer otra convivencia con tercero. Como se pone de relieve en la sentencia de 15 de noviembre de 1999 la AP de Palencia "La demandante doña Marisol O. I. Se halla separada judicialmente desde 1984". En nuestro sistema de disolución del matrimonio por divorcio se necesita una sentencia judicial, que en este caso no se ha producido, por ello el vínculo sigue existente. La audiencia entiende probada la convivencia more uxorio aunque exista ligamen anterior.

2º) Convivencia de carácter publico y estable.

Al carácter de estable se le une el de continuado. Es difícil separar uno del otro porque se encuentran conectados. No podemos pensar en una pareja estable sin duración en el tiempo. El Tribunal Supremo lo expone: "la estabilidad de la situación, que suele tener duración indefinida" (STS 27 de marzo de 2001), "de forma continuada y persistente" (STS de 18 de mayo de 1992).

En cuanto a la duración de la convivencia no es unánime en las sentencias el establecer un determinado periodo, ya que se aprecian todo tipo de duraciones: algunas cortas, "por espacio de unos tres años" (STS de 16 de diciembre del 1996), "durante aproximadamente dos años" (STS de 10 de marzo de 1998); atrás

8. Como ejemplo la Sentencia AP Málaga 12 de noviembre 1999.

largas "que estuvieron relacionados desde 1969 a 1986" (STS de 8 de marzo de 1993), "desde hace mas de veinte años" (STS 11 de diciembre del 92).

Dentro del carácter estable debemos añadir ininterrumpido. Aunque en algunos casos se permiten pequeñas interrupciones de carácter esporádico siempre que exista la voluntad de continuar con la convivencia. En alguna sentencia se observa cómo la interrupción de la convivencia por motivos laborales no da lugar a negar una pareja de hecho, en la sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996 establece "Dicha convivencia en las que no se reconocen significativas interrupciones, salvo las determinadas por razón de las actividades laborales del demandado".

El otro carácter de la convivencia es la publicidad, que entendemos unido al requisito de notoriedad. La jurisprudencia lo designa: "claro reconocimiento social" (STS de 16 de diciembre de 1996), "practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados" (STS de 18 de mayo de 1992).

3º) Modelo de vida que acostumbran a realizar los cónyuges.

La jurisprudencia se esta refiriendo a la relación de afectividad análoga a la conyugal. A esta relación le dan un contenido sexual (STS del 30 de diciembre de 1994), pero también unos vínculos afectivos (SAP de Pontevedra de 25 de octubre de 1994). Esta calificación de la relación como afectividad análoga a la conyugal nos lleva a diferenciarla de una relación de mera convivencia, o de una relación de amistad.

Lo que la jurisprudencia trata de establecer como definición es una convivencia estable, duradera, publica y notoria entre dos personas de diferente sexo con análoga relación de afectividad. Como hemos observado, no se exige ningún requisito de formalidad, a diferencia del matrimonio que sí exige una forma determinada por nuestro ordenamiento (el articulo 49 y 50 del Código

Civil establece en que formas debe celebrarse el matrimonio). Si se exigiera algún requisito formal se estaría desvirtuando la figura de las parejas de hecho ya que no son más que una mera relación fáctica. Aunque por voluntad de ambos se podría formalizar en una escritura pública, pero no es un requisito necesario para reconocerlas.

A modo de conclusión, sólo un fragmento de la sentencia del TS de 30 de diciembre de 1994, que representa todo lo que hemos analizado ahora:

> "al existir bilateralidad sexual, madurez física y psicológica, relación sexual, affectio maritatis y convivencia more uxorio, se ofrecen los rasgos básicos de la familia, "con la única salvedad de omitir la formalización social de tal unión".

2.3. LEGISLACIÓN ESTATAL REQUISITOS CONSTITUTIVOS

El derecho privado.

El legislador realiza de modo disperso alusiones a las parejas de hecho. Sin el propósito de realizar una enumeración exhaustiva, podemos encontrar unos requisitos más definidos en la Ley de 17 de noviembre de 1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

- La ley sobre la adopción en su disposición adicional tercera "La referencia de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

- LUA de 1994 en su articulo 12.4 "la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubiera tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia." Que también recoge en el articulo 16.1.b pero modifica solo que los dos años sean anteriores a la muerte.

Aunque encontramos también otros preceptos en los que no se encuentran tan definidos los requisitos:

- Art. 101 del CC "por vivir maritalmente con otra persona".
- Art. 320 CC "conviviere maritalmente con el otro progenitor"
- Art. 10.2 de la Ley 30/81 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio "quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal".
- Art. 8.2 y 9.3 de la Ley 35/88 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida: en el Art. 8.2 "varón no casado" y en el articulo 9.3 "El varón no unido por vínculo matrimonial"

Analizando los preceptos de parejas de hecho que acabamos de enumerar vamos a tratar de poner en común los requisitos y las diferencias ya que dentro de ellos no encontramos unos requisitos uniformes para toda relación de hecho.

1) Requisitos subjetivos:

-en cuanto al sexo de los miembros de la pareja en la L 21/87 dice de modo expreso hombre y mujer (heterosexualidad), en la L 30/81 de modo implícito quien no puede contraer matri-

monio es un hombre y una mujer, en la L 35/88 al establecer el varón conlleva que también sea pareja heterosexual; en la LUA del 94 "con independencia de su orientación sexual" entendiendo aplicable tanto a pareja heterosexual como homosexual.

-no establece ningún requisito de edad y capacidad. Parece que podemos deducir: en relación a la edad, una exigencia implícita de mayoría de edad o minoría emancipada; y en cuanto a la capacidad, una exigencia de una plena capacidad de obrar.

2) Caracteres de la convivencia:

-en todos los preceptos se exige la estabilidad, porque entiendo que cuando dice "convivencia " se está refiriendo a compartir de modo fáctico un domicilio de modo permanente. Esta convivencia parece no exigirse para prestar el consentimiento el varón en las técnicas de reproducción asistida, ya que con una interpretación literal no podemos obtener tal resultado.

-la duración de la convivencia en la LAU de 1994 debe ser como mínimo de dos años anteriores a la muerte de la pareja, al desistimiento o abandono; pero ésta no es necesaria si tiene descendencia común. En los demás preceptos no se exige ninguna duración como mínimo.

3) modo de la relación: se exige que esté unido por una análoga relación de afectividad a la conyugal. En los preceptos que se establece convivencia marital deberemos entender exactamente lo mismo. Esto es lo que las diferencia de una mera relación de amistad, que en las técnicas de reproducción asistida puede ser así, ya que este requisito no se exige.

Podemos obtener como conclusión, que no existen unos conceptos uniformes de las parejas de hecho en la escasa legislación de derecho privado que nace en el ámbito estatal.

El derecho público.

En el derecho público también se han ido creando unos requisitos para dar efectos a las parejas de hecho. Esto nos lleva a un análisis, partiendo de que requisitos exige en cada precepto para la obtención de efectos, como se hizo con el derecho privado, sin la intención de realizarlo de modo exhaustivo.

Los preceptos que lo recogen:

- El Código Penal de 1995 en los artículos 23, 153, 424, 617.2, se da idéntica redacción en todos ellos: "ligado de forma estable por análoga relación de afectividad"
- La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 en su Art. 52 "de personas íntimamente vinculadas a el" y el Art.53 "allegados íntimos".
- La LO 6/84 reguladora del "Habeas Corpus" en el Art.3.a "persona unida por análoga relación de afectividad"
- LOPJ 6/1985 en el Art. 219 "situación de hecho asimilable", Art. 391.1 "situación de hecho equivalente"
- LO 5/84 que regula el derecho de asilo modificada por la Ley 9/1994 en el Art. 26.1 "a la persona con quien se halle ligada por análoga relación de afectividad y convivencia"
- Ley 30 de mayo de 1995 sobre "Límites del domino sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad" en el Art. 2.2" la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual"

Analizando los preceptos ahora enumerados, vamos a poner en común los requisitos semejantes y diferenciar los que no lo sean.

1) Requisitos subjetivos; como regla general, no realiza ninguna referencia a estos requisitos, solo establece la Ley de 30 de mayo de 1995 que será de aplicación "con independencia de su orientación sexual", admitiendo la relación heterosexual y homosexual.

2) Caracteres de la convivencia: en los casos que la exige debe ser estable o permanente, no se exige en la Ley General penitenciaria ni en la LO 6/88 de "habeas corpus".

En la LOPJ con la expresión de situación de hecho asimilable o equivalente deberemos entender que exige la convivencia ya que uno de los efectos personales del matrimonio es este (Art. 68 del CC).

3) Modo de la relación: la análoga relación de afectividad parece ser el carácter general. En la Ley General Penitenciaria es donde se encuentra el concepto más vago, pero bajo estos preceptos se puede encontrar, entre otras, una relación afectiva análoga a la conyugal.

2.4. EL CONCEPTO SEGÚN LA DOCTRINA JURÍDICA

El concepto en la doctrina jurídica no encuentra unanimidad, esto puede tener como causa la subjetividad que existe en esta materia. No es solo el concepto el que origina las discrepancias sino también la terminología, como ya hemos puesto de manifiesto.

Creo que uno de los primeros conceptos que se debe citar es el de ESTRADA ALONSO ya que realiza un estudio bastante exhaustivo en el año 86, define como: "la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficien-

te, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos".

Podemos citar a O'CALLAGHAN que establece: "El concepto se da normalmente por exclusión del concepto del matrimonio", pero exige ciertos "requisitos para que se dé una unión familiar de hecho; primero: convivencia more uxorio, estable y duradera; segundo: heterosexualidad, relación sexual y monogámica; tercero: ausencia de toda formalidad; cuarto: cumplimiento voluntario de los deberes del matrimonio."

Del estudio de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA podemos obtener las siguientes notas definitorias: una pareja o dualidad de personas físicas, pareja heterosexual y la ausencia de ciertos elementos: "Unión incestuosa, no puede formar parte de ella un menor de 14 años, ni el que está unido en matrimonio, no separado legalmente". Establece mayor protección si existe descendencia común.

Con estos conceptos discrepo, desde el punto de vista de la exigencia de la heterosexualidad, ya que creo que socialmente se encuentra superado el que dos personas del mismo sexo convivan en una relación de pareja.

MESA MARRERO define como unión de hecho: "la relación afectiva de una pareja, con independencia de su sexualidad, que comparte un proyecto de vida en común, con intención de permanencia y que, sin ningún tipo de formalidad en su constitución, desarrollan la convivencia en el mismo hogar de forma semejante a la conyugal".

ROCA TRIAS entiende que son las "consistentes en la unión estable de un hombre y una mujer, o de dos personas del mismo

sexo, para desarrollar un proyecto de vida en común semejante al del matrimonio".

AMUNATEGUI RODRIGUEZ establece que existe unión de hecho cuando "dos personas, con independencia de su sexo, conviven de forma estable y en relación de afectividad similar al matrimonio".

Realizado un breve recorrido por las opiniones de la doctrina, vamos a dar un concepto de las parejas de hecho:

> Convivencia estable, pública y notoria de dos personas, basada en una relación de afectividad análoga a la conyugal; con independencia de su orientación sexual y con plena capacidad de obrar.

Los caracteres de esta definición se justifican del modo siguiente:

1. Requisitos subjetivos: entiendo parejas de carácter heterosexual y homosexual, ya que el avance de la sociedad no nos permite abandonar a alguna de ellas. También creo necesaria la capacidad de obrar porque la unión se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, si faltara esta capacidad nos encontraríamos con una obligación.

2. Convivencia estable, pública y notoria. Con la estabilidad me refiero a una vocación de permanencia de esa unión. Con pública y notoria me refiero a un reconocimiento social de la situación.

3. Relación de afectividad análoga a la conyugal, este requisito la diferenciará de una mera relación de amistad o de noviazgo.

2.5. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Actualmente nos encontramos ante la creación por las comunidades autónomas de leyes sobre la materia que nos interesa, las parejas de hecho. Comenzó primero Cataluña con el resultado de la Ley 10/1998 de 15 de julio, de uniones estables de pareja[9]. La segunda comunidad autónoma es la de Aragón con la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas[10]. Continua Navarra con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables[11]. La siguiente es la Comunidad Autónoma Valenciana con la Ley 1/2001 de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho. Así le siguen: la Comunidad de Madrid con la Ley 11/2001 de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid; las Islas Baleares con la Ley 18/2001 de 19 de diciembre, de parejas estables; la última, la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias con la Ley 4/2002 de 23 de mayo, de parejas estables[12].

En este análisis de los requisitos constitutivos de las parejas de hecho que se exigen en la legislación autonómica, vamos a partir, al igual que en los demás análisis, de dar una visión genérica y al mismo tiempo establecer las diferencias.

Requisitos:

1. Subjetivos
2. Modo de la relación
3. Convivencia

9. Regula los requisitos para entender constituida la pareja de hecho: Arts. 1, 2, 19, 20 y 21.

10. Recoge en los artículos siguientes los requisitos constitutivos: 1, 3 y 4.

11. Los requisitos constitutivos se recogen en los Arts. 1, 2 y 3.

12. Todas estas leyes lo recogen en los Arts. 1, 2 y 3.

1) Requisitos subjetivos:

- Sexo: en todas las leyes se admiten con independencia del sexo de los miembros, sean ambos de igual sexo o de diferente. Debemos destacar que la ley catalana realiza una diferencia de regulación entre parejas heterosexuales y homosexuales. En este punto, creo necesario traer la opinión de AMUNATEGUI RODRIGUEZ, que presenta la justificación, no suficiente, que el legislador establece para esta diferenciación. En el Preámbulo de la Ley catalana lo motiva con el argumento: "las unas formadas por parejas heterosexuales que, pudiendo contraer matrimonio, se abstienen de hacerlo, y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo, que constitucionalmente tienen vedado el paso a aquella institución". De esta justificación, no suficiente, se puede llegar a interpretar una discriminación por razón de orientación sexual.
- Edad: se exige mayoría de edad en las dos primeras leyes, esta mayoría de edad se encuentra en España en los 18 años. Pero en el resto de leyes si se le permite al mayor de edad y al menor emancipado.
- Parentesco: no se reconoce la pareja formada por parientes en línea recta y por línea colateral hasta segundo grado (aunque en alguna ley se exige hasta tercer grado) por consanguinidad o adopción.
- No exista vínculo matrimonial o no forme pareja estable con otra persona. Aunque debemos hacer salvedades, en Cataluña solo para las parejas heterosexuales, y en Navarra, se puede computar del tiempo de convivencia anterior a la disolución del matrimonio de uno de los miembros. En la Ley madrileña se puede formalizar si existe separación judicial. Aquí debemos de informar a los legisladores de que la jurisprudencia, con buen criterio, sí que admite una pareja estable aunque exista vínculo matrimonial con terce-

ra persona. Porque lo que solo debería de tener en cuenta la convivencia con esta nueva pareja, así admitiríamos también a la persona que venga de una separación consensual o de mutuo acuerdo. Claro está que en el ámbito de aplicación de estas leyes se exige esta pérdida de vínculo y no fuera de ese ámbito.

- En cuanto a la capacidad de los miembros de la pareja, sólo la Ley madrileña establece este requisito. Establece de modo negativo que no se reconoce la pareja formada por "personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente". Como ya comentamos en el apartado de la jurisprudencia, que sí exige este requisito, y que además encuentro fundamental. Para no caer en una reiteración, se aplican iguales consecuencias que en la característica anterior, dependiendo de si se está en ámbito de aplicación de la ley o de sino se está.

2) El modo de la relación se concreta por las leyes que exige que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal, en otras leyes lo expresa como "convivencia marital", pero que debemos de entender que es lo mismo. En la Ley madrileña establece que debe de tener una relación de afectividad, pero no identifica de que tipo, ¿deberíamos entender que admite el afecto entre dos amigos? Pregunta que podemos responder afirmativamente, porque el legislador deja demasiado abierto este concepto que permite incluir como pareja estable una relación de amistad.

3) La convivencia. En este requisito debemos de diferenciar: cómo la caracteriza, la duración y la constitución si es necesaria.

- en cuanto a los caracteres se exige unión libre y pública en todas las leyes excepto en Cataluña y Aragón; el carácter de notoriedad en Valencia, Baleares y Madrid, pero esta última también añade estable.

- en este punto creo que por sistemática es mejor no comparar las leyes ya que cada una da unos requisitos diferentes, aunque algunos sí sean coincidentes.

- Cataluña: Será de aplicación la ley para las parejas heterosexuales por la convivencia durante dos años, por la mera convivencia si tienen descendencia común, por escritura publica desde que se formalice. Para las parejas homosexuales será aplicable cuando la formalicen en escritura pública.

- Aragón: Se exige para aplicar la ley la convivencia de dos años, sólo se puede evadir del paso de los dos años constituyendo por escritura pública.

- Navarra: exige la convivencia durante un año, que exime por descendencia común; no se exige la convivencia si se declaran las voluntades en documento público.

- Valencia: exige dos requisitos: convivencia durante doce meses y que decidan someterse a la misma.

- Madrid: (remitimos a los requisitos de la valenciana ya que son idénticos).

- Baleares: exige inscripción de carácter constitutivo.

- Asturias: por la convivencia durante un año salvo que exista descendencia común; o, por inscripción en el registro; o, hayan expresado su voluntad en documento público.

Podemos observar en los conceptos ciertas similitudes. Este tumulto de leyes sólo nos lleva a la confusión, porque en las que no tienen derecho civil propio la competencia no encuentra la fundamentación. Por ello deberemos esperar a que la ley estatal nazca para saber que va a ocurrir con éstas.

2.6. CONSIDERACIONES A LOS REQUISITOS DE NUESTRA LEY. LA LEY ARAGONESA.

Nuestra ley en los artículos 1, 3 y 4 tratan de establecer a qué tipo de parejas se entiende aplicable la ley. Vamos a reproducir estos artículos por razones sistemáticas:

ARTICULO 1: *Ámbito de aplicación.*

La presente ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, forman parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga.

ARTICULO 3: *Existencia de pareja estable no casada.*

1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura publica.

2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de preferencia, si no existiera escritura publica, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

ARTICULO 4: *Requisitos de capacidad.*

No podrán constituir una pareja estable no casada de las reguladas en la presente Ley:

Los que estén ligados con vinculo matrimonial.

Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción

Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.

Los que formen pareja estable con otra persona.

Mediante el análisis de estos preceptos obtenemos la siguiente conclusión:

1. Requisitos subjetivos: persona mayor de edad; no estén ligados por vinculo matrimonial; que no formen pareja estable con otra persona; que no sean parientes en línea recta y colateral hasta segundo grado por adopción y consanguinidad.
2. La convivencia exigida para la aplicación de la ley es de dos años, no es necesaria esta convivencia cuando se haya manifiestado la voluntad de constituirla por escritura pública.
3. Modo de la convivencia: que exista una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Para no reiterarme sobre lo expuesto en el apartado anterior sólo voy a hacer referencia a los requisitos que entiendo son necesarios matizar. Deberemos recordar lo expuesto sobre: la ausencia de capacidad exigida, el permitir a un deficiente psíquico formar pareja estable aunque no pueda prestar consentimiento; la exigencia de encontrarse el vinculo matrimonial disuelto, que por la jurisprudencia no se exigía.

Sobre la mayoría de edad exigida en la ley es indudable, pero debemos de tener en cuenta que en Aragón por el matrimonio se le otorga la mayoría de edad a los cónyuges que no la poseían, como se permite contraer matrimonio a partir de los catorce años con dispensa, si en un momento posterior se disuelve éste no pierden ese beneficio de la mayoría de edad. Por lo tanto, podría formalizar una pareja estable un menor de dieciocho años en Aragón.

También en cuanto a la edad, debemos de exponer que no entendemos la exigencia de la mayoría de edad en Aragón, porque el mayor de catorce años tiene mayor capacidad de obrar en Aragón que en el derecho común. A nuestro juicio, el legislador debía

haber optado por otorgar efectos a las parejas formadas por los mayores de catorce años del artículo 5 párrafo 3º de la Compilación Aragonesa. Lo entendemos así, porque este artículo en algunas de sus interpretaciones es un supuesto de mayoría de edad anticipada, pero en este precepto no existe unanimidad, en este punto comparto la interpretación de Merino Hernández en la cual "tanto en el orden patrimonial como en el personal, dicho menor, por el hecho de vida independiente, ha perdido todo tipo de ligazón con sus padres."

El requisito negativo de que no pueden formar pareja estable con otra persona, debemos de conectarlo con el artículo 6, porque si se constituyó mediante declaración de voluntad en escritura pública, para poder volver acreditarse una pareja estable con otra persona se habrá de haber dejado sin efecto seis meses antes el documento público anterior.

Estos seis meses no deben pasar cuando existió de modo fáctico durante esos dos años, y tras la ruptura de modo inmediato puede formalizarse por escritura pública con otra persona.

Otro de los problemas que plantea el otorgar la escritura pública es que no exige un plazo de convivencia para que se formalice la pareja. Esta circunstancia está posibilitando el fraude. Porque una vez que la escritura esté realizada ante notario, nos encontraremos con que deberá probar la no existencia de la pareja quien lo alegue y no la pareja, que no se le exige demostrarlo ni siquiera ante notario.

Sobre que se den efectos a una pareja por el mero transcurso del tiempo de dos años de convivencia ininterrumpida. Este calificativo de ininterrumpida nos lleva a la interpretación de la jurisprudencia, que como ya habíamos hecho alusión, permite la interrupción por motivos laborales, siempre que exista la voluntad de continuar en esa convivencia.

En cuanto a este carácter fáctico hay que tener cuidado porque se puede estar violando el artículo 32, según ha mantenido el TC debemos tener en cuenta el aspecto positivo y el aspecto negativo del derecho a contraer matrimonio. Lo que a nosotros nos interesa es el aspecto negativo de este derecho que es el ejercicio libre de la decisión de no contraer matrimonio, esto según Roca Trias nos lleva a realizarnos estas cuestiones: "¿es que el derecho a no casarse debería tener una respuesta jurídica adecuada?. O por el contrario, ¿no debería considerarse intrusiva en el derecho a la libertad personal la imposición de una serie de consecuencias, similares o no al matrimonio, para aquellas personas que han decidido convivir sin matrimonio?". Estas preguntas tienen respuestas variadas en la doctrina.

Sería más respetuoso con el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la constitución, como dice Verda y Beamonte, (tendría sólo) que dar efectos a las parejas que se unen por "una decisión negocial de los convivientes" y no por la mera convivencia fáctica.

En este punto, debemos hacernos eco de lo que Martín Casals establece para la Ley catalana. El legislador debe ser cuidadoso para que no vulnere el aspecto negativo del derecho a no casarse. En el cual entiende que no se puede producir un estatus, un conjunto de derechos y deberes. Así sólo justificaría la existencia de la compensación económica para proteger al conviviente más débil en el caso de ruptura, pero los demás efectos no estarían justificados.

3. EFICACIA JURÍDICA. CONFLICTO DE LEYES.

Para poder obtener una visión de la eficacia jurídica, debemos atender a la eficacia espacial y temporal. Por ello vamos a diferenciarlas:

3.1. Eficacia temporal

En el estudio de esta eficacia debemos diferenciar las leyes, porque cada una comienza a tener aplicación en un determinado tiempo. Vamos a destacar cuando puede comenzar a contarse el computo de convivencia exigido en alguna de ellas.

* CATALUÑA: se publica en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña de 23 de julio de 1998, la disposición final tercera establece que entrara en vigor a los tres meses de su publicación.

Pero en la disposición transitoria se establece: "El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente ley, entre los miembros de las parejas heterosexuales, se tendrá en cuenta a efectos del computo de los dos años a que se refieren los artículos 1 y 2 únicamente si los dos miembros de la pareja y, en su caso, los herederos del difunto están de acuerdo." Es decir, permite que el computo de los dos años, exigido para la constitución fáctica de la pareja, haya transcurrido anteriormente a la entrada en vigor de la ley.

* ARAGÓN: en la disposición final establece una *vacatio legis* de seis meses desde la publicación, que se produce el 6 de abril de 1999.

La ausencia de una disposición transitoria que introduzca una disposición similar a la Ley catalana es notoria, como consecuencia, en nuestra ley produce que durante los dos primeros años sólo cree efectos para las parejas que se constituyan por escritura pública.

*NAVARRA: en la disposición final segunda de la Ley establece la entrada en vigor a partir de un mes desde la publicación, que se produjo el 7 de julio de 2000.

En la disposición transitoria establece aplicable a las parejas constituidas anteriormente siempre que cumplan los requisitos del artículo 2.

*VALENCIA: la entrada en vigor se produce al día siguiente de la publicación. La publicación se produce el 11 de abril de 2001.

El computo de la convivencia se puede producir con anterioridad si los miembros de la unión están de acuerdo.

*ISLAS BALEARES: la entrada en vigor se produce al mes de publicarse, se publicó el 19 de diciembre de 2001.

*MADRID: la entrada en vigor se produce el 4 de enero de 2002.

Si los miembros de la unión están de acuerdo, permite que se tenga en cuenta el tiempo anterior a la entrada en vigor para el computo del año.

*ASTURIAS: la entrada en vigor se produce al día siguiente de la publicación, que se produce el 31 de mayo de 2002.

En la disposición transitoria establece que se aplica a las parejas constituidas con anterioridad a la Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el articulo 3.

3.2. Eficacia territorial.

Debemos atender a lo que la norma determina como ámbito de aplicación. En las diferentes leyes podemos observar distintos tipos de formulaciones que se reiteran en normas posteriores. Podemos realizar una enumeración, para posteriormente pasar a comentarlas.

*La Ley catalana dice: "Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Catalu-

ña." Así establece en el artículo 1 pero reitera en el 20 para las parejas homosexuales.

Esta misma formulación establece la Ley navarra en su artículo 2, párrafo 3º. Y también acoge el artículo 2 párrafo segundo de la Ley balear, aunque también exige la sumisión expresa.

*La Ley valenciana en su artículo 1º párrafo tercero, dice: "Esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la comunidad de Valencia."

Será reiterado en la Ley de Asturias en el artículo 2º. En la Ley de Madrid establece además del requisito de que uno de ellos esté empadronado el de que "tenga su residencia en la Comunidad de Madrid", establece en su artículo 1º, párrafo 2º.

*La Ley aragonesa establece aplicable cuando ambos ostentan la vecindad civil aragonesa.

Para comenzar el tratamiento de estos artículos debemos de dirigirnos a la posible inconstitucionalidad de los mismos. Esto nos llevará a la vulneración de competencia estatal del artículo 149.1.8º CE "reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas".

La formulación escogida por la ley catalana, navarra y balear se ha interpretado por la doctrina de diferentes modos. Solo cabría una interpretación para salvar la constitucionalidad de los preceptos, es la realizada por GINEBRA MOLINS que establece que estos preceptos son aplicables en un momento posterior a la determinación de la aplicación de la ley catalana, navarra y balear; con ésta interpretación salva esa vulneración de la competencia. CALVO CARAVACA también realiza esta interpretación y dice: "la única vía posible de interpretación de los preceptos citados es con-

siderarlos como «normas de extensión» que limitan la aplicación de la ley catalana sobre parejas de hecho a ciertos casos, pero una vez que la determinación de la ley aplicable al supuesto internacional o interregional ha sido resuelta por el derecho internacional privado estatal". (Esta interpretación la hace para la catalana, pero ya el mismo la amplia a la navarra; yo entiendo también aplicable a la balear por la similitud de los preceptos).

Pero sobre esta interpretación GONZALEZ BIELFUSS encuentra dos problemas, que yo comparto: parece dudosa y esta fuera de la verdadera voluntad del legislador autonómico; el segundo, es que no se encuentra la regulación aplicable a la pareja de hecho cuando es aplicable el derecho catalán y se excluyen de su ámbito. Por ello es difícil de sostener esa interpretación.

Las interpretaciones de estos artículos nos lleva a tratarlos de inconstitucionales, por ello vamos a acudir al pronunciamiento del TC al respecto de esta competencia, la STC 6 de mayo de 1993, sobre el articulo 2 de la compilación balear:

> "Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» [Art. 149.1.8.° y STC 72/1983, fundamento jurídico 5.°], atribución competencial esta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España (...) Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el Art. 149.1.8.° a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida «en todo caso» a la legislación del Estado (...)

Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez sino reiterar -en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación- lo establecido en la normativa dictada por el Estado. cabe concluir, en definitiva, que el régimen legal de la vecindad civil establecido en la normativa estatal resulta así alterado por la regla aquí impugnada y, con ello, se violenta la unidad del régimen jurídico relativo al punto de conexión determinante de la ley personal en los conflictos interregionales; unidad de régimen que, como hemos dicho, ha sido inequívocamente establecida por el artículo 149.1.° de la Constitución.(...)

Cabe concluir, en definitiva, que el régimen legal de la vecindad civil establecido en la normativa estatal resulta así alterado por la regla aquí impugnada y, con ello, se violenta la unidad del régimen jurídico relativo al punto de conexión determinante de la ley personal en los conflictos interregionales; unidad de régimen que, como hemos dicho, ha sido inequívocamente establecida por el artículo 149.1.° de la Constitución."

Claro está que sí podría de modo reiterativo y sistemático repetir lo establecido por el legislador estatal, pero este no es el caso, por ello deberemos entender que estos preceptos vulnerarían la competencia exclusiva estatal del articulo 149.1.8° de la Constitución.

Respecto a la solución de la Ley aragonesa en palabras de GONZALEZ BIELFUSS: "no intenta, de ninguna manera, delimitar su ámbito de aplicación en el espacio y resulta, por tanto, impecable desde el punto de vista constitucional, puesto que no incide en la competencia estatal para la resolución de conflictos de leyes." La solución de la ley aragonesa no es nada clara, pero no

debe serlo ya que la solución debe de darla el legislador estatal para la solución de conflicto de leyes interregionales.

En esta falta de claridad declarada por González Bielfuss, MERINO HERNÁNDEZ establece una enumeración de todos los casos en los que nos podemos encontrar la vecindad civil aragonesa. Por razones de comprensión creo necesario traerlos. Estos casos son los siguientes:

1. Vecindad civil por naturaleza; el nacido en Aragón de padres aragoneses, y que desde el momento de adquirir la mayoría de edad no haya residido diez años fuera de ésta de modo ininterrumpido.
2. Vecindad civil por residencia ordinaria; el mayor de edad que teniendo una vecindad civil diferente a la aragonesa reside de modo ininterrumpido diez años y no realiza ninguna manifestación sobre su vecindad anterior.
3. Vecindad civil por residencia especial; los que lleven viviendo en Aragón dos años de modo ininterrumpido y soliciten expresamente adquirirla.
4. Vecindad civil por matrimonio; los que se casen con un aragonés y soliciten adquirir la vecindad del cónyuge aragonés.
5. Vecindad civil conservadora; los aragoneses que soliciten la conservación de su vecindad antes de llevar diez años de modo ininterrumpido viviendo fuera del territorio aragonés.
6. Vecindad civil por nacionalidad; los extranjeros que al solicitar la nacionalidad española soliciten a su vez de modo expreso la adquisición de la vecindad aragonesa.

Pero a este respecto debemos de tener en cuenta:

- La manifestación para adquirir o mantener la vecindad civil se deben realizar ante el Juez Encargado del Registro Civil, exige medio de prueba de la residencia.

- No se pierde la vecindad civil de origen nunca.
- Hasta que se alcanza la mayoría de edad se tiene como vecindad civil propia de los padres, si cada padre tiene una vecindad diferente se le aplica la que acuerden los padres; sino existe acuerdo, la del lugar de nacimiento; y en última instancia la vecindad civil común.
- El menor de edad una vez que adquiere una de estas posibles vecindades, no se modifica aunque cambien la de los padres.
- Adquieren la vecindad de los adoptantes, los adoptados desde el momento de la adopción.
- Derecho de opción del mayor de catorce años hasta un año después de la emancipación, el menor puede optar la vecindad civil actual de alguno de los padres o la del lugar de nacimiento.
- Las mujeres que hayan contraído matrimonio antes del 7 de noviembre de 1990, tiene la vecindad civil de su marido.
- El que ante el Juez del Registro Civil manifiesta una vez en su vida querer mantener su vecindad civil, la mantendrá toda su vida.

En cuanto a la solución dada en las leyes valenciana, madrileña y asturiana con los argumentos dados para la inconstitucionalidad de los anteriores preceptos de la ley catalana, navarra y balear. Pero aquí se encuentran con una diferencia y es que estas leyes no atribuyen efectos civiles. Solo crean un Registro administrativo, en el cual se inscriben de modo voluntario. No deja de ser más que una norma administrativa aplicable en el territorio a la que pertenece. Pero también debemos tener en cuenta que la ley asturiana si da efectos a las parejas por la mera convivencia durante un año, aquí debemos, claro esta, dudar sobre la no atribución de efectos civiles. Esto nos llevaría a preguntarnos: ¿una comunidad autónoma puede otorgar efectos civiles sin tener derecho civil propio?.

Terminados de analizar los preceptos en los que se trata de delimitar la eficacia territorial, sólo nos queda hacer alusión a los conflictos de leyes que todavía no se han planteado, pero que con el mare mágnum de leyes que encontramos no tardaran en plantearse.

Hasta ahora la jurisprudencia de nuestro país no se ha pronunciado. Y en la doctrina son escasas las soluciones aportadas.

Nuestro sistema de solución de conflictos de leyes interregionales se centra en el artículo 16 del Código Civil: "los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distinta legislaciones en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades". Esta remisión en materia de las parejas de hecho no tiene una norma de derecho internacional privado, por ello no logramos encontrar una solución al conflicto de leyes creado.

Para realizar un análisis de las normas de derecho internacional privado en el derecho comparado solo podemos acudir a Yugoslavia ya que es la única, que de momento, ha dado solución a este tipo de conflictos. Se establece en la ley yugoslava de 15 de julio de 1982, es prematuro a su tiempo; la solución que establece: conforme a la ley nacional común, si las leyes nacionales son distintas pero existe este estatuto, los efectos coincidentes en ambos ordenamientos serán por estos. En defecto de estatuto se acude a la ley de la residencia habitual común, y si esta ley no contempla el estatuto pretendido o no contemplara la pretensión solicitada o lo fuera con carácter dispositivo, se acudiría a la ley aplicable a los contratos o a la ley que rige el efecto pretendido.

Claro está que no podemos generalizar la solución dada por un legislador. Para poder acercarnos a una futura norma debemos atender a la calificación del supuesto. En este acercamiento debemos citar a LAZARO GONZALEZ que en diferentes publicacio-

nes ha realizado un estudio exhaustivo de la calificación. Trata las siguientes calificaciones:

1. Una calificación matrimonial de la unión de hecho, que excluye porque no cabe la aplicación analógica del mismo.
2. La unión libre como parte integrante del estatuto personal, esto nos remite a la ley nacional. Pero si no es calificado como estatuto personal se debe acudir a la autonomía de la voluntad, si entre ellos celebran algún contrato se debe acudir al artículo 10.5 del CC con el que pueden elegir la ley aplicable y si no lo eligen en defecto las conexiones subsidiarias que existen.
3. Como última solución se intenta la calificación fáctica de las uniones de hecho. Pero el carácter residual de la norma de conflicto que rige la cuestión, el artículo 10.9 del CC que nos puede llevar a una solución no vinculada con la relación.

Actualmente, el ordenamiento español no da solución al caso. Según CALVO CARAVACA realiza una diferenciación de las normas aplicar:

A. Ley aplicable a la constitución y a las relaciones entre los convivientes: como no podemos acudir por analogía a las normas de derecho internacional privado del matrimonio (el TC lo ha establecido en diferentes pronunciamientos) ni a la costumbre porque no existe; acudiremos a los principios generales del derecho. Aquí extrae dos principios: la autonomía de la voluntad, y si no realizan el pacto de la ley aplicable en defecto el principio de origen de la relación jurídica.
B. Ley aplicable a otros efectos derivados de la convivencia. Debemos acudir a la norma concreta que regula esos efectos. (Como recurso didáctico utiliza un ejemplo que creo que nos servirá. Caso: un sujeto francés y uno español conviven durante diez años. Tras el fallecimiento del con-

viviente español, el francés reclama derechos sucesorios. La ley aplicable será la española, pues el causante era español: Art. 9.8 CC que señalara si el conviviente de hecho tiene o no derechos sucesorios.)

A modo de conclusión, solo nos queda esperar a que se produzca por el legislador una norma. Aunque también debemos hacer mención, a que el nacimiento de la norma se produzca por la vía convencional, ya que la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado ya se hizo eco del problema que existía sobre la ley aplicable en 1987 incluyéndolo en su orden del día de los trabajos, en 1995 ya se acordó ampliarlo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales.

4. LOS REGISTROS DE LAS PAREJAS DE HECHO.

Las leyes autonómicas que hasta ahora hemos ido analizando contemplan en su generalidad la creación de un registro, siempre administrativo ya que el civil es competencia exclusiva del Estado. Este registro en unos casos solo contempla la inscripción como ocurre en el nuestro (el de Aragón, que más tarde analizaremos) y otros en los que se contempla el depósito e inscripción de los pactos tanto personales como los económicos, como ejemplo en la Ley de Valencia. La Ley catalana en un principio no recoge ninguna creación de registro.

En unos casos la inscripción en el Registro es voluntaria como ocurre en el balear y otras veces es constitutiva para poder producir efectos, como exige la Ley madrileña .

Cada ley exige un desarrollo posterior reglamentario para que se determine el funcionamiento del registro. En este apartado vamos a tratar de analizar el más cercano a nosotros que es el de Aragón.

Como consecuencia de la Ley de Parejas Estables no Casadas 6/1999 de 26 de marzo en Aragón. En el artículo 2 de la citada ley establece que la inscripción en el Registro es la que otorga el beneficio de las medidas administrativas que se contemplan en la ley. En la disposición segunda establece un plazo de seis meses para crear el Registro y su régimen de funcionamiento. Este mandato se dirige al Gobierno de Aragón para que lo cumpla por medio de un Decreto. Como ya previó Merino y Hernández el plazo no fue respetado, pero tampoco fue muy demorado en el tiempo como ocurre en otros mandatos del legislador.

El Registro que actualmente existe fue creado por el Decreto 203/1999 de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas.

Debemos de tener en cuenta que anteriormente ya existían otros registros municipales en los que se habían inscrito ya las parejas estables. En nuestro caso como vamos a analizar el de Zaragoza, debemos preguntarnos que ocurrió con las parejas inscritas hasta el cierre de este Registro. Esta pregunta la dejaremos latente hasta que hayamos analizado los registros.

A) Los Registros Municipales

No podemos dejar en el tintero los Registros existentes antes de la ley en nuestra Comunidad Autónoma. Estos Registros eran de ámbito Municipal. Tomando como modelo el Registro de Zaragoza vamos analizar este tipo de registros.

Para poder analizar el Registro de Zaragoza debemos atender a diferentes cuestiones:

1. Modelo de referencia: Vitoria-Gasteiz.
2. Creación del Registro y competencia en la que se basa.
3. Concepto y requisitos de las parejas para poder inscribirse.

4. Las inscripciones.
5. La publicidad y los efectos que otorga la inscripción.
6. La organización y funcionamiento.

1- Modelo de referencia: Vitoria-Gasteiz

Este Registro se crea por el Decreto de la Alcaldía de 28 de febrero de 1994, la justificación que realizan es la obligación que tiene el poder publico de promover los principios constitucionales de libertad e igualdad de todos los ciudadanos. Entiende que deben hacerlos prácticos y no quedarse en meros principios teóricos. Para hacer realidad tales principios respecto a la unión afectiva y estable, porque dice que el matrimonio se encuentra como manifestación histórica y se deben reconocer todos los modelos existentes de convivencia en comunidad estable.

Realiza una enumeración de los requisitos que deben cumplir: ser mayores de edad o menores emancipados, no estar declarados incapaces y no ser parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, o colateral hasta segundo grado por consanguinidad.

La inscripción puede ser sobre la declaración de constitución de una pareja de hecho, sobre el cese de la misma por cualquier causa y de los contratos reguladores que se hayan realizado. La inscripción la deben hacer ambos, sólo podrá inscribir uno de ellos cuando sea el cese de la convivencia.

La publicidad que se les otorga es una certificación, que sólo puede solicitar uno de los miembros de la pareja o los Jueces y Tribunales de Justicia.

Éste no ha sido un estudio exhaustivo del registro, sólo se ha traído para que se pueda comparar con el de Zaragoza y se vea como es la línea a seguir en todos los registros posteriores.

2- Creación del Registro y competencia en la que se basa.

El Registro se crea por un acuerdo plenario en la sesión celebrada el 30 de junio de 1994. En este acuerdo se faculta al Alcalde para que dicte las normas que posteriormente desarrollen este acuerdo. El Alcalde por un Decreto con fecha de 15 de julio de 1994 establece que la entrada en funcionamiento se producirá el 5 de septiembre de 1994.

El acuerdo plenario desarrolla en qué competencia se basa para crear este Registro. Para poder justificar la potestad para la creación debemos acudir al Art. 25.1 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el cual se establece: "El municipio, para la Gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal". Y en la obligación de todos los poderes públicos de promover los principios constitucionales de la libertad y la igualdad.

Aquí encuentro necesario también determinar que se cierra el Registro con la fecha de noviembre del año 1999. Al cierre de este Registro se habían producido quinientas siete inscripciones en el Registro.

3- Concepto y requisitos de las parejas para poder inscribirse.

Establece como concepto "las parejas que convivan sin vínculo matrimonial, con la independencia de la orientación sexual". Exige como requisitos mínimos: ser mayor de edad o menor emancipado, no estar incapacitados, con las limitaciones del Art. 45, 46 y 47 del CC; además exige que estén empadronados en el mismo domicilio.

El Art. 46 y 47 del CC nos lleva a unos requisitos diferentes a los que se exigían en el Registro pionero. Ya que establece que no

podrán inscribirse en el Registro la pareja que esté uno de ellos o ambos unidos con vinculo matrimonial entre sí o con terceros. En el Art. 47 nos lleva a la prohibición por parentesco en línea recta por adopción y consanguinidad; y colateral hasta tercer grado por consanguinidad.

4- Las inscripciones.

El objeto de la inscripción es la declaración de constitución y cese de la convivencia; también pueden inscribirse los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la unión; pueden inscribirse también otros hechos relevantes que afecten a la unión.

Todas las inscripciones deben de realizarse por ambos conjuntamente, excepto la del cese de la convivencia que puede realizarla uno solo.

5- La publicidad y los efectos que otorga la inscripción.

La publicidad se encuentra limitada a la petición hecha por uno de los miembros de la pareja o a instancia de los Jueces y Tribunales de Justicia. Se les expedirá una certificación del asiento que exista en el Registro.

La certificación no es un documento indubitado ya que como no existe obligación cuando rompe la pareja de anular en el registro la inscripción, en algunas ocasiones se encuentra con una discordancia entre la realidad y el contenido de la certificación.

Los efectos de la inscripción es obtener la pareja de hecho un trato igualitario que al de la unión matrimonial en el ámbito de competencia del ayuntamiento. Pero esta inscripción no será el único medio de prueba por el que se obtengan estos efectos ya que se pueden obtener porque se puede acreditar la unión no matrimonial por otro medio de prueba.

6- La organización y funcionamiento.

En el acuerdo plenario establece que estará a cargo de la Secretaria General del Ayuntamiento. En el Decreto que dicta el Alcalde el 15 de julio de 1994 establece que se constituirá en el Servicio Jurídico de Cultura y Acción Social.

Se producirá la inscripción en el Libro General, los convenios que se inscriban en el Libro de Convenios; pero para localizar como Libro índice aparece el Auxiliar en el que se recoge el numero del asiento del Libro General y del Libro de Convenios.

B) El registro en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Para poder analizar el Registro Administrativo que actualmente existe, por razón de sistemática y comprensión del mismo, vamos a diferenciar en:

1. Motivo y fundamento de la creación.
2. Ámbito de aplicación y requisitos de la pareja estable.
3. Las inscripciones.
4. Efectos.
5. Publicidad.
6. Organización y funcionamiento del Registro.

1) Motivo y funcionamiento de la creación.

El motivo lo encontramos en el mandato que realiza el legislador en la Ley 6/1999 de parejas estables no casadas, que en el Preámbulo del Decreto reitera como justificación de la creación. Pero debemos remitirnos en concreto en la disposición adicional segunda de esta Ley: "En el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley, la Diputación General de Aragón regulara por Decreto la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas".

En el Artículo 2 de la Ley se recoge la utilidad del Registro, una pareja debe inscribirse para que se le puedan aplicar las medidas administrativas contempladas en la Ley, y si el legislador estatal lo previera la inscripción en el Registro Civil.

Lo que ya contemplaba la ley es la finalidad y el carácter del Registro que se reitera en el Articulo 1 del Decreto.

2) Ámbito de aplicación y requisitos de la pareja estable.

Sobre el ámbito de aplicación el Art. 2 del Decreto establece: "Tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja no casada, que conviva en relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que sus miembros tengan la vecindad civil administrativa en Aragón, al estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil." Al concepto que debemos acudir de pareja estable es al de la Ley de parejas estables no casadas alude, que ya comentamos en un apartado anterior. Aquí no exige que ambos tengan vecindad civil Aragonesa, como se exigía para la producción de efectos civiles, sólo se exige vecindad civil administrativa aragonesa, es decir que se encuentre empadronado en un municipio de Aragón.

Como requisitos de las parejas estables que pueden acceder al Registro deben concurrir los que el Art. 3 del Decreto enumera:

1. Manifestar la voluntad de constituirse en escritura publica, o también por la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años que se acredite por acta de notoriedad, documento judicial o por otro medio admitido en derecho.
2. Mayoría de edad de ambos miembros.
3. Que no exista entre ellos relación de parentesco en línea colateral hasta segundo grado ni en línea recta; en ambos casos ni por consanguinidad ni por adopción.

4. No exista vinculo matrimonial, ni entre ellos ni entre uno de ellos y una tercera persona.
5. No formen pareja estable con otra persona.
6. Estar empadronado en cualquier municipio aragonés.

Los requisitos que se exponen del Art. 3 del decreto no son nada más que una copia de lo que la Ley establece del artículo 1 al 4. Claro está que éste es decreto que crea el Registro pero no podía dar requisitos diferentes a los que la Ley exige, porque lo que hace es desarrollar ésta. La reiteración que se produce sólo podemos justificarla en orden a la sistemática.

3) Las inscripciones.

Deberemos hacer primero referencia a cual es el objeto inscribible, que en el Art. 4.1 determina que sólo seran inscribibles la constitución y la extinción.

No es depósito de los pactos que tengan contenido económico o personal, la argumentación que da la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en el dictamen que realizan, es la siguiente: "Carece de sentido que pueda acceder a ese Registro puramente administrativo el contenido patrimonial y personal de las relaciones entre los miembros de la pareja estable no casada puesto que, además de ser ajeno a la naturaleza administrativa del Registro, por una parte, esas relaciones patrimoniales y personales se producirán por ministerio de la Ley, sin necesidad de registrar la existencia de la pareja, como antes hemos visto; y, por otra, porque puede resultar gravemente perturbador que una pareja de hecho reconocida como tal por el Registro Administrativo Aragonés inscriba unos pactos personales o patrimoniales que no les resulten legalmente de aplicación por no contar ninguno de sus componentes con la vecindad civil aragonesa."

El carácter de la inscripción es voluntario. Pero para que provoque los efectos administrativos que se contemplan en la Ley, se convierte en requisito necesario. (Art. 3.2)

La inscripción se realizará por ambos miembros de la pareja, deberán rellenar una instancia dirigida al Director General de Interior. Se deberá de acompañar los siguientes documentos:

- Copia de los documentos identificativos de los solicitantes
- Certificación o fe de estado civil de los mismos.
- Certificación del Padrón Municipal que acredite la vecindad administrativa de los solicitantes en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- Declaración de no ser miembro de otra pareja estable no casada
- Declaración de no tener una relación de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta o línea colateral en segundo grado.
- La escritura pública en la que se encuentre constituida la pareja, o el acta de notoriedad, documento judicial o cualquier otro medio de prueba admitido en derecho que acredite la convivencia durante al menos dos años de modo ininterrumpido. Como otros medios de prueba, se permite la certificación de convivencia expedido por el Ayuntamiento, es decir la inscripción en el Registro Municipal si hace al menos dos años que se inscribió sirve como medio de prueba.

No es la inscripción la única anotación que se puede llevar acabo, también es posible poder realizar notas marginales y cancelaciones. Pero para que se puedan realizar estas es necesario que primero se haya producido una inscripción.

Las notas marginales se utilizan para hacer constar las modificaciones y variaciones que existan respecto a la inscripción. Para que se produzcan, deben de practicar una solicitud conjunta ambos miembros de la pareja acompañada de la documentación que lo acredite.

La cancelación trata de dejar sin efectos alguna inscripción realizada. Sólo es necesaria la solicitud por uno de los miembros aunque pueden hacerlo ambos conjuntamente.

Los tipos de solicitudes, tanto la inscripción como la nota marginal y la cancelación, deben de dirigirse al Registro Administrativo de Parejas estables no casadas de modo directo presentándose allí, por cualquier medio o ante cualquier órgano previsto en la Ley de Procedimiento Común .

4) Efectos.

Los efectos solos pueden ser administrativos porque sino estaría invadiendo competencias exclusivas estatales. El Art. 5 del Decreto solo reitera las medidas determinadas en el Art. 18 de la Ley, es decir, produce una equiparación de efectos sobre derechos y obligaciones reconocidos en la norma aragonesa de derecho público respecto a los cónyuges, entiende que serán aplicables igual a las parejas estables no casadas.

Debemos recordar el Art. 2 de la Ley de parejas estables no casadas, en el cual remite a las medidas administrativas recogidas en la Ley, que solo son las de este artículo.

Recordar, la previsión de si en un futuro el legislador estatal lo prevee sea anotada en el Registro Civil.

5) Publicidad.

Sólo pueden solicitar información del Registro cualquiera de los miembros de la pareja interesada, sus causahabientes, o por un

requerimiento judicial. A estos se les expedirá una certificación administrativa de los asientos registrales.

No se permitirá la entrega de certificaciones a las personas que no se encuentren en alguno de los casos anteriores.

6) Organización y funcionamiento del Registro.

El Órgano competente es el Registro de parejas estables no casadas que se encuentra adscrito a la Dirección General de Interior; al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Que es competente para velar por el buen funcionamiento y se encarga de dictar la resolución de los expedientes que se realizan para la inscripción.

La tramitación de cada solicitud de inscripción se lleva a cabo mediante un expediente administrativo. La solicitud de las notas marginales y de la cancelación se une al expediente de inscripción.

En el procedimiento de este expediente si se localiza algún defecto se permite la subsanación en el plazo de 10 días, desde que se recibiera la notificación del requerimiento. Si en este plazo no se produce la subsanación de los defectos se entenderá que han desistido de la petición, aunque se producirá una resolución que lo comunique. En este periodo de 10 días quedara en suspenso el expediente.

Todo el tramite debe realizarse por la administración en tres meses, sin perjuicio del plazo que éste permanezca en suspenso. Si en estos tres meses no se resuelve entiende que se produce la inscripción en el Registro, ya que prevé un silencio administrativo positivo.

Terminará el tramite con una resolución administrativa por la Dirección General de Interior. Esta resolución no agota la vía ad-

ministrativa, cabe un recurso de alzada ante el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales en el plazo de un mes.

Una vez la resolución sea favorable se practicará en el Libro del Registro el asiento correspondiente a la inscripción.

El Registro se llevará mediante un Libro General en el que se realizarán las inscripciones y los asientos. El Libro debe estar formado por hojas móviles, foliadas y selladas. El encabezamiento y el término se realizarán con las diligencias de apertura y cierre que firmará el Director General de Interior.

También se permite que se realice un fichero auxiliar, en el que figuren las parejas en orden alfabético por sus apellidos en el cual se haga referencia a cuales son las páginas en las que se han producido inscripciones o asientos.

Hace una previsión normal, por los avances informativos que actualmente existen, en la que permite que tanto el fichero como el Libro se lleven por un soporte informático.

El Decreto realiza la previsión de que si es necesario dictar disposiciones para desarrollar o ejecutar este Decreto se faculta a dictarlas al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

Ahora que ya se han analizado ambos registros el municipal y el de la Comunidad Autónoma es el momento de desvelar que ocurrió con esas parejas inscritas. Las parejas inscritas en el Registro Municipal, después de solicitar el Ayuntamiento en el procedimiento de creación del Registro de la Comunidad que se las tuviera en cuenta, no se produjo lo que se esperaba que era una inscripción automática mediante un traslado de estas al Registro de la Comunidad. La argumentación está clara, no se podía producir porque se dan diferentes requisitos de reconocimiento. La diferencia principal es que la exigencia de requisitos es más rigurosa y que se exige la convivencia de dos años o escritura pública

que no se exigía en el Registro Municipal. Como ya he dicho anteriormente, sólo vale la certificación como medio de prueba.

5. EFECTOS QUE RECONOCE LA LEGISLACIÓN ESTATAL

En este apartado no se quiere realizar un estudio exhaustivo ni intensivo de los efectos que la legislación estatal contempla, sino una simple enumeración, ya que estos se encuentran dispersos por el ordenamiento.

En el Código Civil.

Acudimos a la reforma del CC por la Ley 30/81 en la disposición adicional 10ª; se permite a la pareja existente antes de contemplarse el divorcio y que no se había casado por no existir éste, se le conceda si fallece uno de ellos antes de la entrada en vigor de la ley, las prestaciones de la Seguridad Social y el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones que por razón de fallecimiento hubiera correspondido a un cónyuge.

La reforma del CC que se produce en materia de adopción por la Ley 21/87 en la disposición adicional tercera; se permite a la pareja heterosexual adoptar simultáneamente aún menor. Este precepto es muy criticado por esta ubicación poco sistemática, parece incluso que quiera el legislador esconder este precepto.

El Art. 101 recoge como causa de extinción, el vivir maritalmente con otra persona, en la pensión por desequilibrio económico que nace en una separación o un divorcio en el que uno de los cónyuges se produzca un empeoramiento en su situación.

El Art. 320 permite al menor de edad mayor de dieciséis años solicitar al juez previa audiencia de los padres la emancipación; si el que ejerce sobre el la patria potestad convive maritalmente con otra persona que no es el progenitor.

La Ley de Arrendamientos Urbanos 29/94.

En el Art.12 permite que un miembro de la pareja, aunque el otro haya establecido que no quiere renovar o continuar con el contrato, pueda renovar o continuar con el contrato con independencia de lo establecido por el otro miembro de la pareja. En el mismo Art. permite que se notifique al arrendador la voluntad de ser arrendatario en el plazo de un mes cuando el otro conviviente haya abandonado la vivienda sin manifestar la voluntad de modo expreso ante el arrendador.

El Art. 16 permite la subrogación en el contrato de alquiler cuando se produzca el fallecimiento del miembro de la pareja que lo hubiera contratado. Deben de notificar en tres meses esa subrogación al arrendador, la notificación debe ser acompañada del certificado de defunción, la relación que existía con el fallecido y la identidad del subrogado.

En el Art. 24 se le permite que el arrendatario por causa de minusvalía de su pareja pueda realizar, previa notificación al arrendador, las obras pertinentes para adaptar la vivienda a las necesidades del miembro minusválido.

La Ley 35/85 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

El Art. 8.2 permite que ante el Centro o establecimiento autorizado se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante antes de ser utilizada la técnica, se entenderá como documento indubitado para la inscripción en el Registro Civil de la paternidad a varón no casado.

El Art. 9.3 exige el consentimiento de varón no casado para inseminar con su semen a una mujer después de seis meses después de su fallecimiento, y que se le reconozca la paternidad de éste.

La Ley de 30 de mayo de 1995 sobre: "Limites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad".

En el Art. 2.2 se realiza una equiparación con los beneficios recogidos para el cónyuge.

La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985.

Se recoge como causa de abstención y recusación en el Art. 219.1ª.1 y 2. Se recoge como excluye de la pertenencia a una misma Sala a los Magistrados que sean pareja estable, se contempla en el Art.319.1.

Aquí debemos añadir para los Secretarios judiciales lo mismo del Art.319.1 porque así lo establece el Art. 65.3 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril.

La Ley General Penitenciaria LO 1/1979 de 26 de septiembre.

En el Art. 52 se les informara de las enfermedades graves o del fallecimiento de su pareja.

En el Art. 53 se permite recibir las visitas de la pareja.

Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social. 29 de diciembre de 1984.

Establece que previo acuerdo y de modo excepcional, en cada caso, el Instituto de la Seguridad Social, tendrá derecho a asistencia sanitaria.

La Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo sobre Habeas Corpus.

El Art. 3 permite instarlo a la persona que tiene análoga relación de afectividad a la del cónyuge.

La Ley sobre el Derecho de Asilo 5/1984.

En el Art. 10.1 concede la condición de asilado a la persona con la que forme la pareja estable.

El Código Penal de 1995.

En el Art. 23 se contiene la relación de pareja estable como causa de atenuación o de agravación de la pena con carácter general. En el Art. 454 realiza igual equiparación para los encubridores que la tienen los cónyuges. En el Art. 617 se realiza agravación de las faltas de lesiones realizadas contra la persona con la que se tiene una relación estable.

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

En el Artículo 757 se legitima al "cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable" para que promueva los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad del conviviente de hecho.

6. LOS EFECTOS JURÍDICOS-PRIVADOS DE LAS PAREJAS DE HECHO.

Como ya hemos tratado, la pareja de hecho es considerada como un modelo de familia. La Constitución española de 1978 la reconoce en el artículo 39 como tal. Según hemos visto el TC interpreta que se encuentra reconocida en este artículo por la separación existente de la regulación del matrimonio y de la familia. También hemos podido apreciar como las leyes estatales recogen efectos similares a los del matrimonio, como por ejemplo en la LAU de 1994.

Debemos de tener en cuenta que en defecto de pacto las leyes autonómicas regulan unos efectos económicos y recogen unos efectos jurídico-privados de carácter personal. Aquí vamos a ocu-

parnos de estos efectos que las leyes prevén para las parejas cuando no pactan nada y de los que tienen carácter personal tipificados. Por sistemática sería necesario incluir aquí la posible aplicación por analogía de las normas aplicables a los matrimonios.

Así que se va a producir primero una referencia a la analogía, y posteriormente, realizaremos la diferenciación de los efectos entre los económicos y los personales. Pero dentro de los personales vamos a realizar una tipificación de efectos que analizaremos de manera detallada. Así, son personales: adopción por la pareja; el derecho a que se le presten alimentos por el otro conviviente; los relacionados con la tutela, curatela, ausencia, incapacidad y prodigalidad; en relación a la disposición de la vivienda común; y, en relación con la forma de testar.

6.1 La aplicación analógica de las normas del matrimonio.

Para comenzar, vamos a analizar una referencia a la existencia de analogía o no con los efectos del matrimonio. Sobre esta materia el TC ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones, en la que determina que las parejas de hecho y el matrimonio no son relaciones equivalentes. Así podemos comprobarlo en el ATC 156/87 cuando se refiere a la posible vulneración del artículo 14 "el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencia de la libre situación de partida". Aunque la norma general sea que la no aplicación de los mismos efectos no vulnera el artículo 14 de la Constitución, sí que encontramos excepciones a esta regla en la cual se aplican iguales efectos a las parejas de hecho, derivados de las normas que no son estrictamente matrimoniales o que por su fundamento también sean de aplicación a los convivientes. Así en la STC 222/92 establece " observando el Tribunal que de aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que «que toda la medida que

tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de la discriminación que de la Constitución garantiza en su Art. 14»."[13]

En este punto de equiparación de efectos, comparto lo que AMUNATEGUI RODRÍGUEZ establece. Deberemos Atender caso por caso y dependiendo del tipo de derecho que se trate, es decir, si es una norma especifica del matrimonio o si es el matrimonio un elemento mas parar que se produzca la equiparación. Entenderemos si se puede producir igual efecto para el matrimonio y la pareja de hecho, o por el contrario sólo es aplicable al matrimonio.[14]

Esta falta de equivalencia nos lleva a que en la Constitución no se encuentre garantizada la unión de hecho a diferencia del matrimonio; ya que el matrimonio constituye una institución social y

13. Esta STC continua otorgando igual derecho a los cónyuges que a los convivientes de hecho, analiza la situación de la subrogación del cónyuge en el arrendamiento de vivienda y argumenta ser la misma situación que la que otorga el derecho a los cónyuges. Así argumenta el TC "En el presente caso es discernible un elemento objetivo, de carácter fáctico, que impone la comparación entre dos usuarios legítimos de la vivienda arrendada, el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido more uxorio, pues la ley (artículo 58.1 in fine) condiciona la subrogación a favor del cónyuge supérstite a la convivencia con el fallecido ("mera convivencia", dice el texto legal) y resulta claro que la situación así designada por la ley –presumible en el matrimonio (artículo69 y 202.1 del CC) pero necesitado de prueba al margen de el- puede y debe ser puesta en relación con la diferenciación que la norma establece a fin de apreciar, a la luz de la igualdad, la constitucionalidad de esta ultima. La vida en común a la que se refiere el artículo 58.1 in fine no es solo un requisito que permite aquí como en otras regulaciones, reconocer la existencia de vínculos de dependencia y la efectividad entre fallecido y el cónyuge, vínculos que prestan fundamento sustantivo, en este supuesto como en otros, al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite."

14. Amunategui Rodríguez lo expone: "Será una cuestión casuística y a la que no puede responderse con un único criterio, determinar en que casos es o no posible la equiparación, teniendo en cuenta si la norma está dirigida especialmente a regular un aspecto del matrimonio o de la relación matrimonial, o si por el contrario el matrimonio tan solo se tiene en cuenta como un presupuesto más de aplicación".

un derecho que se garantiza en la Constitución. Existe un mandato constitucional para que sea desarrollado por ley. Las uniones de hecho no pueden considerarse garantizadas por el mismo régimen jurídico, pero como modelo familiar reconocido en la Constitución debe de protegerse por los poderes públicos y ser desarrollado por el legislador.

La analogía nos obliga a diferenciar entre la iuris y la legis, tal y como establece LACRUZ. La iuris se refiere a la existencia de un conjunto de disposiciones que contemplan todas ellas un supuesto de hecho coincidente en un aspecto que parece esencial para que se produzca una consecuencia jurídica, que por un método inductivo, obtenemos un principio general aplicable a todas las situaciones que contemplan un supuesto de hecho que no ha sido regulado por ley. La legis consiste en una proposición jurídica concreta de la cual evitando los elementos no esenciales obtenemos un resultante que aplicaremos a situaciones similares, en las que coincida lo esencial tomado de la anterior.

Una vez visto el concepto según Lacruz, deberemos acudir al concepto que establece nuestra legislación en el artículo 4.1 del CC: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto especifico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Este precepto parece sólo aludir a la analogía legis según el profesor TORRALBA. Pero la analogía iuris, no es que no exista en nuestro ordenamiento, sino que la encontraremos en los principios generales del derecho.

La analogía legis no parece darse entre matrimonio y unión de hecho porque no existe el requisito de identidad de razón. ALONSO PEREZ establece que "paralelismo sí pero no semejanza. Media la distancia que se establece entre apariencia y realidad, entre factum y iuris, entre posesión y propiedad."

El TS en diferentes pronunciamientos ha podido constatar la no aplicación por analogía de los regímenes económicos matrimoniales. Pero si se ha acudido a otras soluciones del derecho patrimonial como la sociedad irregular o la comunidad de bienes.

Debemos de tener en cuenta los argumentos de la no aplicación mediante la analogía de las normas sobre el matrimonio. Para ello atendemos a PEREZ UREÑA, que establece cuatro razones:[15]

- Porque la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas aplicables al matrimonio supondría una vulneración del principio de libertad individual, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 1 de la Constitución. Si se permitiera, se estaría aplicando a una pareja que opta por no contraer matrimonio, los mismos efectos que al matrimonio, claramente se estaría vulnerando esta libertad individual. Pero además, no se estaría tampoco respetando el aspecto negativo del derecho que se tiene a contraer matrimonio. Aquí, podemos introducir una pregunta retórica que realiza ROCA TRIAS: ¿no debería considerarse intrusiva en el derecho a la libertad personal la imposición de una serie de consecuencias, similares o no al matrimonio, para aquellas personas que han decidido convivir sin matrimonio?.
- Porque en otros ordenamientos jurídicos se indica de modo expreso la aplicación a las uniones de hecho de las normas matrimoniales. Esto ocurre en algunos ordenamientos sudamericanos. Por ello debemos entender que como nuestro ordenamiento no ha realizado ninguna remisión con carácter general, no debemos entenderlo aplicable como norma general.

15. Debemos de tener en cuenta que lo que hace Pérez Ureña es una recopilación de razones que se recogen en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 1995.

- Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, nuestro legislador adapta de modo sucesivo el ordenamiento a los nuevos principios. La reforma del CC de 1981 se ocupa de las normas matrimoniales, aquí el legislador tuvo la oportunidad de haber incluido algún precepto para equiparar los efectos del matrimonio a la pareja de hecho o haberle dado algún tipo de regulación. El legislador manifiesta con la ausencia de algún precepto que haga referencia a la pareja de hecho la intención inequívoca de no aplicar los efectos propios de las normas matrimoniales.
- En Europa la mayoría de la doctrina se pronuncia de modo favorable al rechazo de la aplicación por analogía de las normas del matrimonio a las parejas de hecho.

Debemos de tener en cuenta que aunque en algunos casos no podemos acudir por analogía a las normas matrimoniales, los principios generales del derecho nos dan una solución. Por eso creo que primero no podemos olvidar que la pareja de hecho es un modelo familiar, por ello le son aplicables los principios que fundamentan la familia. Pero además en las sentencias de la jurisprudencia menor y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos la aplicación de un principio general del derecho como la protección del conviviente más débil.[16]

16. Para comprobar la aplicación de los principios generales del derecho, vamos a atender a la Sentencia del TS 10 de marzo de 1998, que en el último párrafo del fundamento de derecho tercero dice: "Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, ultima fuente formal del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del CC y matiza el apartado 4 del mismo artículo.En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia «more uxorio»; así, la de 20 de octubre 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa , como ocurre con todo fenómeno social, que el derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas

6.2. Efectos económicos en defecto de pacto.

Las leyes autonómicas no regulan regímenes en defecto de pacto de comunidad. Esto significa que los regímenes económicos que regulen las adquisiciones, ganancias, perdidas remuneraciones, etc.; de cada uno de ellos será la separación absoluta de patrimonios.

Dentro de esta separación de bienes encontramos en el activo (en los bienes adquiridos constante la convivencia por uno de ellos y los que tenían anteriormente) que cada uno adquiere sobre los bienes nuevos y conserva sobre los anteriores a la convivencia la propiedad, la administración, el disfrute y la disposición de los bienes.

En el pasivo de este régimen económico (sostenimiento de las cargas y los gastos comunes y quien debe soportarlos), en este punto sí que encontramos unas disposiciones aunque no unánimes en las leyes autonómicas en las que se dispone que deben contribuir de modo proporcional a sus posibilidades.

Para analizar el pasivo de este régimen económico debemos diferenciar en: gastos privados de cada conviviente, gastos comunes y mantenimiento de la vivienda, por último la responsabilidad interna y externa de los gastos comunes.

---

situaciones entre la pareja incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de las normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia) de normas de derecho privado, como el CC (el propio artículo 96) y la Ley29/1994 de 24 de noviembre (RCL1994,3272y RCL 1995,1141) de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1 b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las STC (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado."

Los gastos privados de cada conviviente corresponden a cada uno de ellos con su respectivo patrimonio y en ningún momento podrá responder el patrimonio del otro conviviente.

Los gastos comunes y mantenimiento de la vivienda en algunas leyes contemplan una obligación común. Este "algunas" se refiere a la ley asturiana que no contempla en defecto de pacto ninguna contribución común de ambos convivientes a los gastos comunes ni al mantenimiento de la vivienda. En el resto de las leyes sí que se ocupa de estos gastos comunes y del mantenimiento de la casa pero no tiene tratamiento unánime en todas ellas, esto nos lleva a realizar un análisis en conjunto de los puntos que parecen comunes y pararnos a determinar el tratamiento diferencial.

En las leyes no se establece igual obligatoriedad, ya que la ley valenciana y la madrileña no recogen una obligación en defecto de pacto sino que plasman una presunción, esto significa que pueden contribuir a las cargas de modo diferente al equitativo. También debemos destacar de estos dos artículos que son idénticos, una copia el uno del otro.

Respecto a las otras leyes no es más que una obligación el entender que sino han pactado otra cosa los gastos comunes serán carga de ambos convivientes según la proporción de los recursos económicos. Pero aquí cabe preguntarnos que si existiera un pacto diferente no se entendería aplicable este artículo. Por ello la presunción que realizan las leyes valenciana y madrileña es superflua porque para romper la presunción deberá existir un pacto entre los convivientes, y entonces ya no nos encontramos en el régimen en ausencia de pacto, sino que sería un verdadero pacto. Por ello concluimos que los artículos con presunción o con obligatoriedad no dejan de ser lo mismo, porque la única manera de que no se aplique es que se realice un pacto entre los convivientes.

Las leyes tratan de realizar en algunos casos una enumeración de modo positivo y otras de modo negativo. Las leyes que no realizan una enumeración son la ley valenciana y la madrileña sólo lo denominan como sostenimiento de las cargas, éstos deberán de determinarse en un momento posterior ya que sólo es un concepto jurídico indeterminado. En las leyes catalana y balear enumeran de modo positivo y negativo, la aragonesa lo hace sólo de modo positivo y la navarra de modo negativo.

Como gastos comunes positivos las tres leyes que los enumeran se refieren a los mismos gastos: los necesarios para el mantenimiento de los miembros de la pareja y de los hijos o hijas comunes o no que convivan con ellos; serán estos gastos de acuerdo a los usos y nivel de vida de la pareja. Aunque determina como especiales:

1. Los que nacen en concepto de alimentos.
2. Los de conservación y mejora de la vivienda u otros bienes comunes.
3. Los originados por previsión medico-sanitaria.

Como enumeración negativa de los que no pueden ser gastos comunes:

1. Los originados por la gestión y la defensa de los bienes propios de cada uno de los convivientes
2. Los que provienen de un interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

La responsabilidad interna y externa de los gastos comunes. En cuanto a la responsabilidad interna nos referimos a cual es la porción de los gastos que debe abonar cada uno. La responsabilidad externa es quién es el responsable frente a terceros, es decir a quién debe de dirigirse el acreedor para cobrar la deuda.

La responsabilidad interna en la ley valenciana y en la madrileña es "en proporción a sus recursos", no establece diferencia entre los recursos económicos y los patrimoniales como si realizan otras leyes; por ello deberá de tenerse en cuenta tanto los recursos económicos como los patrimoniales para poder establecer la proporción en que debe contribuir cada miembro.

La ley balear solo cree necesario que sea en proporción a los recursos económicos, pero debe entenderse como un recurso económico el trabajo para la familia. Esto nos lleva a la conclusión de que los recursos patrimoniales existentes no tienen ningún valor para el establecimiento de la porción que debe abonar cada conviviente.

Las leyes restantes contemplan la misma responsabilidad interna, responderán en proporción a los ingresos de los recursos económicos y si estos no fueran suficientes, con los recursos patrimoniales; es decir, tienen carácter subsidiario los recursos patrimoniales ya que si no son necesarios no van a intervenir. Respecto a los recursos económicos, para que no existan problemas de interpretación enumera cuales se tendrán en cuenta, estos son: el trabajo domestico, colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, y los procedentes de su actividad o de sus bienes.

Respecto a la responsabilidad externa, la ley valenciana y la madrileña no se pronuncian, esto significa que será responsable el que haya contraído la deuda. La ley balear contempla la responsabilidad subsidiaria del miembro de la pareja que no contrajo la obligación siempre que sean cargas familiares y se correspondan al uso social y nivel económico de la pareja.

El resto de leyes establece una responsabilidad solidaria frente al acreedor, para los gastos que hemos analizado, siempre que se encuentren dentro de los usos sociales y el nivel económico de

la pareja. Pero debemos de matizar esto último porque en la ley navarra solo se establece esta responsabilidad para los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención a los hijos comunes. En cuanto a esta responsabilidad que se exige es mayor que la que se exige en el régimen primario matrimonial que establece el CC, porque al matrimonio que se aplica este régimen, en el artículo 1319 del CC[17] la responsabilidad primero es del patrimonio común y solidariamente la del patrimonio privativo del cónyuge que contrajo la deuda, y si este no fuera suficiente, de modo subsidiario, se acudiría al patrimonio del cónyuge que no contrajo la deuda. Entonces, en cuanto a esta responsabilidad, nos preguntamos, ¿cómo puede adquirir más responsabilidad un conviviente que un cónyuge que no quiere someterse al ordenamiento jurídico?.

Si relacionamos las leyes que regulan este tipo de responsabilidad, nos encontramos con que se aplica la regulación como consecuencia del paso de un determinado tiempo como convivientes, siempre que se den los requisitos que establezcan la leyes. Se estaría aplicando a una pareja de hecho, que no se ha querido someterse a ninguna regulación, una responsabilidad mayor que la que tienen unos cónyuges que se han querido someterse al régimen del matrimonio. ¿No estaríamos violando la libertad individual de estos convivientes?

---

17. Art. 1319 del CC: "Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial."

6.3. Efectos personales jurídico-privados.

Sobre las leyes autonómicas existentes de parejas de hecho debemos de destacar que no todas recogen unos efectos personales. Esto entendemos que se debe, a que las leyes que no regulan efectos jurídico-privados, es causa de la no existencia de un derecho civil propio que les permita regular estas materias. Así son la ley de valenciana, la madrileña y la asturiana las que no contemplan los efectos.

Por exclusión, la ley catalana, la aragonesa, la navarra y la balear son las que recogen efectos personales. Pero estos efectos no son idénticos en todas las leyes, así encontramos efectos que solo se recogen en una ley, como la disposición de la vivienda común que recoge la ley catalana; y otros efectos que se recogen en todas, como la preferencia para ser el tutor cuando el declarado incapaz sea el otro conviviente.

Para poder obtener un análisis de cada efecto personal, vamos a realizar una enumeración para que en un momento posterior pasemos a desarrollarlos. Así nos encontramos con los siguientes:

1º) La adopción por la pareja de hecho;
2º) la obligación de alimentos;
3º) relacionados con la tutela, curatela, ausencia, incapacidad y prodigalidad;
4º) disposición de la vivienda común;
5º) relacionados con la forma de testar.

1º) La adopción por la pareja de hecho.

Respecto a este derecho se benefician las parejas de hecho en todas las leyes que tienen derecho civil propio excepto en la Ley

balear[18]. En estas leyes que lo regulan, debemos de tener en cuenta que no se contempla de la misma manera, es decir, no existe una unanimidad en el tratamiento de este derecho.

Creo que primero debemos adentrarnos en el derecho civil vigente en este ámbito, antes de crearse las leyes autonómicas. La fuente a la que debemos acudir que regulaba la adopción, era el CC. Pero para encontrar el precepto normativo en el que se permitía adoptar a las parejas heterosexuales debemos acudir a la disposición adicional 3ª de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. En el que establece: "La referencia a la capacidad de estos cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal." Esta ubicación, no presenta una sistemática, ya que parece más lógico que se contemple en el Art. 175 al igual que la capacidad matrimonial para adoptar de modo simultáneo.

El régimen al que se hace alusión en la disposición adicional es a la modalidad de la adopción simultanea; esto nos obliga a cuestionarnos: ¿podrán adoptar de modo sucesivo? Para ello vamos acudir al Art. 176.2.2° CC que a continuación reproducimos "No obstante, no se requiere propuesta cuando el adoptado concurra alguna de las circunstancias siguientes: 2° ser hijo del consorte del adoptante". Aquí Pérez Ureña se plantea el problema, qué acepciones se incluyen en el termino "consortes", como solución encontramos tres posturas. Estas tres posturas son igualmente válidas todas en función a la argumentación realizada; esto nos proporciona una elección de la acepción en relación a los efectos que se pretendan obtener. Éstas son:

18. Estos derechos se localizan: Art. 6 dela ley catalana, Art. 8 de la ley aragonesa y Art.10 de la Ley navarra.

- Para el término consorte exige el matrimonio, es decir, que es el marido o la mujer en su condición de miembro perteneciente al matrimonio.[19]
- Incluye en el término consorte al matrimonio y a la convivencia more uxorio de la Ley 21/87, es decir, a la convivencia de modo permanente de una pareja heterosexual.[20]
- Posición ecleptica, en la que se reconoce el derecho de adoptar de modo simultaneo a las parejas de hecho siempre que concurran circunstancias favorables en beneficio e interés del adoptando.[21]

---

19. En la sentencia de la AP de Alicante, de 2 de noviembre de 1995 encontramos un ejemplo: "la exigencia comentada debe entenderse establecida a favor del menor por la estabilidad para su situación que se supone debe dar el matrimonio y cuyos efectos, en lo que el presente asunto respecta, no puede extender a los que voluntariamente lo han excluido."

20. Así podemos deducir del auto de la AP de Madrid, de 1 de julio de 1997: "dado que el Art. 176.2.2º del CC redactado conforme Ley 21/1987, de 11 de noviembre al tratar de supuestos excluyentes de la previa intervención administrativa, no exige que el hijo sea hijo del "cónyuge" del adoptante, sino simplemente del "consorte", no deja de ser significativa dicha terminología legal que aun no muy precisa, implica evidentemente un contenido mas amplio que de la unión matrimonial, en cuanto en el resto del articulado del CC al referirse a los integrantes del matrimonio siempre se emplea la expresión cónyuges o contrayentes.

Por ello, y sin perjuicio de que la referida terminología abarque indudablemente situaciones de convivencia matrimonial, ha de extenderse igualmente su ámbito aquellos otros supuestos de hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, como expresa la disposición adicional 3ª Ley 21/1987 a los efectos de equiparar tales situaciones en orden a la capacidad para adoptar simultáneamente a las dimanantes de su sanción por el vínculo matrimonial."

21. En el auto de la AP de Sevilla, 30 de junio, en el cual establece: "en el caso objeto del presente recurso, atendidas las circunstancias que concurren y en especial el interés y el beneficio del adoptando, este Tribunal se inclina por dar el termino consorte una interpretación extensiva, en la que se ha de comprender, no solo a aquellas personas unidas por el vinculo del matrimonio, sino, además, a las parejas unidas de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, toda vez que de insistirse en esta alzada en la inadmision a tramite del expediente, por no serle aplicable la excepción a la norma general contenida en el Art. 176.2.2, que duda cabe, que el menor sufriría gravísimos perjuicios morales en las relaciones con sus compañeros de colegio, al ostentar distintos apellidos que sus hermanas"

Con esta referencia anterior, las leyes catalana y aragonesa sólo realizan una reiteración del efecto que tenían anteriormente. Esto nos lleva a que aunque la Ley balear no contemple este derecho, el resultado sea el mismo, porque por esta disposición pueden adoptar las parejas heterosexuales al igual que ocurre en la ley catalana y aragonesa. Y este efecto será aplicable también en los territorios que no contemplaban efectos de carácter personal, porque aplicaríamos el derecho común.

En este punto debemos preguntarnos: ¿qué ocurre con las parejas homosexuales?, la respuesta es sencilla en la ley catalana y aragonesa, ya que no se reproduce este derecho para las parejas homosexuales, al igual que ocurría en el CC. Pero la Ley navarra contempla este derecho para las parejas heterosexuales y para las homosexuales, aunque este derecho no ha dejado de estar rodeado de polémica. Sobre esta polémica creo necesario hacernos eco de lo que PICONTO NOVALES considera: "que en el caso de las parejas homosexuales debería darse un debate abierto y plural que hasta el momento no ha tenido lugar en España, tanto en el ámbito social como en el legislativo, atendiendo a los criterios más expertos de psicólogos, pedagogos, educadores especializados, etc., sin perder el norte de que no hay un derecho de adoptar por parte de los adultos en ninguno de los casos. (...) debe ser el superior interés del niño y no otra cosa o criterio en el que, casuísticamente, aconseje que ese niño o niña concreto con sus derechos y necesidades, sea acogido o adoptado, con independencia de que lo sea por una pareja casada, una pareja de hecho heterosexual, una pareja homosexual o por una persona individual."

El derecho de adopción que se recoge en la Ley catalana sólo es una enunciación, para encontrar los requisitos que deben cumplir debemos acudir al Código de Familia Catalán[22]. En el Art. 115

22. Aprobado por la Ley 9/1998 de 15 de julio, publicado en el BOE de 19 de agosto de 1998.

y ss. se recoge la regulación de la adopción. Los requisitos de la pareja para que puedan adoptar serán los que se establecen en el Art.115, además de los exigidos por la Ley de uniones estables de pareja para que se les reconozca este efecto. Estos requisitos son: que uno de los adoptantes tenga al menos veinticinco años y que tengan catorce años más que la persona adoptada. Se les permite la adopción simultánea, es decir, por la pareja estable al mismo tiempo. También se les permite la adopción de modo sucesivo, cuando uno de los miembros de la pareja tiene hijos, el otro miembro de la pareja puede adoptarlos siempre que no tengan determinada legalmente la filiación respecto al otro progenitor, que este hubiera muerto, estuviera privado de la patria potestad, estuviera sometido a una causa de privación de la misma, o, hubiera dado su asentimiento. Solo queda recordar que el derecho de adoptar solo se reconoce a las parejas heterosexuales y no a las homosexuales.

En cuanto a la adopción que recoge la Ley aragonesa para encontrar los requisitos debemos acudir a la Ley 3/1988 de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos[23], que en el Art.2 declara aplicable el CC "mientras las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre la adopción". Esta legislación no se ha producido por ello debemos acudir al CC. En el Art. 175 del CC encontramos los requisitos que deben tener los convivientes adoptantes para que adopten de modo conjunto; estos son: al menos uno de ellos debe de ser mayor de 25 años, entre el adoptante y el adoptado debe mediar por lo menos catorce años. No acudiremos a los requisitos que exige la disposición adicional 3ª de la Ley 21/87 de 11 de noviembre, sino que acudiremos a los requisi-

23. Esta Ley fue motivo de un recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Presidente del Gobierno, el Tribunal Constitucional resolvió en la sentencia 88/1993, de 12 de marzo. En la cual declara la constitucionalidad de la Ley, reconoce la competencia en materia de adopción.

tos exigidos en la ley aragonesa para entender constituida una pareja estable no casada.

En la Ley navarra se reconoce el derecho a adoptar a las parejas heterosexuales y las homosexuales. La fórmula que utiliza el legislador es sencilla realiza un reconocimiento general, así redactan el artículo 8.1 "Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio". En la Ley 73 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra regula la adopción, exige que sean capaces conforme a las leyes generales. Esta capacidad entenderemos que es la que se exige de modo general en el derecho común para adoptar (la misma que recogemos para la adopción en Aragón).

En general, estas adopciones para su constitución, tanto por una pareja de hecho como una unión matrimonial, se enfrentan a cumplimentar unos requisitos y unos controles administrativos exhaustivos, que entiendo son necesarios. Pero el problema no se encuentra aquí en estos controles, sino en la falta de control para el caso de que se produzca una ruptura de la pareja. Para el matrimonio los Arts. 90 y ss. del CC recogen las medidas para las crisis matrimoniales, pero los pactos que realicen serán supervisados por el Juez, por ello las medidas que nos interesan son las que se toman en relación a los hijos. Si son abusivas o perjudiciales para los hijos el Juez puede pedir que se revisen o dictar unas él. Pero para el caso de los hijos de las parejas de hecho, en el CC y en la Ley Catalana[24] solo se acude al Juez en el caso de que no se pongan de acuerdo, esto nos puede llevar a que se produzcan unas medidas que son perjudiciales con los hijos y como ambos están de acuerdo no sean objeto de revisión; entonces nos preguntamos: ¿para qué hemos controlado la fase de adopción si luego ese adoptado puede sufrir perjuicios si se produce la ruptura de la pareja?.

24. Art. 15 de la Ley catalana.

En cambio las leyes aragonesa, navarra y balear[25]; recogen que en el caso de ruptura, se faculta al juez para que modere de modo equitativo lo acordado, cuando sea perjudicial para uno de los miembros de la pareja o para los hijos. En estos casos si que se produce ese control de las medidas para que no se perjudique a los hijos.

En cuanto a estas medidas, debemos de resaltar como la Ley asturiana[26] realiza una remisión a las medidas que se establezcan para las relaciones paterno-filiares. Es decir, como no tiene un derecho civil propio, nos esta remitiendo al Código Civil.

2º) La obligación de alimentos.

La obligación de alimentos es la que proporciona, en función del parentesco o de la relación familiar, a una persona con necesidad de alimentarse, el derecho de exigir a una de las personas que impone la ley, si tiene capacidad económica para proporcionarlos, que se los proporcione.

Para que la obligación de alimentos exista deben de darse los siguientes presupuestos: que uno de los sujetos se encuentre en una situación de necesidad (llamado alimentista), y el sujeto obligado a prestarlos tenga una capacidad económica suficiente para hacerse cargo de ellos (llamado alimentante).

El Art. 143 CC establece cuáles son los obligados de modo recíproco, así: "Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el articulo precedente:

1º Los cónyuges.
2º Los ascendentes y descendentes.

25. Art. 8 de la Ley aragonesa, Art. 10 de la Ley navarra, Art. 11 de la Ley balear.
26. Art. 6 de la Ley asturiana.

Los hermanos sólo se deben los auxilios propios para la vida, cuando los necesarios por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación."

Contemplando el artículo vemos que no existe obligación entre los miembros de una pareja de hecho. Debemos preguntarnos si la enumeración realizada es restrictiva o extensiva. La respuesta es clara, es una enumeración restrictiva; Todo lo dicho queda plasmado en estas palabras de MARTINEZ NIEVES, "la obligación que impone el artículo 143 del CC, aun siendo una obligación esencialmente familiar, no recae sobre todos los miembros de la familia sino únicamente sobre un grupo restringido, señalado de forma taxativa por el legislador, y en el que no se encuentran los convivientes".

En el artículo 142.3 del CC podemos contemplar un supuesto en el que se encuentra obligada una pareja de hecho, si la mujer no ha contraído matrimonio y se encuentra embarazada y en situación de necesidad, puede solicitar al padre los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otro modo. Pero este caso no puede estar tomado ni como excepción a la regla general de no estar obligados los convivientes, porque estos alimentos se fundamentaran en la patria potestad.

Para llegar a la regulación durante la convivencia de la obligación de alimentos, debemos de tener en cuenta que se fundamentan en una relación de afectividad y en una convivencia constante; esto nos lleva a que existe una obligación natural de proporcionarse alimentos mutuos, porque en el momento que no se los proporcionaran pasaríamos a una situación de crisis. Si abstraemos al absurdo, ya que solo se daría en un supuesto de laboratorio, y se reclamara ante un Tribunal alimentos estando la pareja estable en una situación de convivencia, la reclamación sería denegada, ya que esta obligación natural no puede ser impuesta

por un Tribunal por no ser una obligación jurídica. Tampoco en el momento de la ruptura se puede solicitar la restitución de lo entregado, ya que la obligación natural no es repetible.

Esta obligación natural debemos de tener en cuenta que sólo surge sino se pacta un régimen diferente. Estos pactos han pasado a ser válidos y lícitos, ya que anteriormente se les consideraba ilícitos en la causa y como consecuencia inválidos. El régimen de los pactos debemos de remitirlo al estudio que se realiza en un momento posterior sobre el régimen de las parejas de hecho cuando se realiza un pacto.

Por ello nuestro legislador lo que ha hecho es dejar al arbitrio de la pareja la obligación, ya que pueden pactarla si la quieren tener. Si no lo pactan parecen estar desprotegidos los convivientes que se encuentran en situación de necesidad, pero los Tribunales han optado por solucionar estos conflictos de modo casuístico, acudiendo a figuras generales del derecho.

Todo este régimen es el que nos encontramos ante el derecho común. Ya que las leyes autonómicas han proporcionado esta obligación de alimentos. Al igual que ocurre con otros efectos, no tiene tratamiento unitario. Las leyes catalana, aragonesa y balear refleja una obligación general de alimentos y una pensión para la situación de crisis; en cambio, la Ley navarra solo contempla una pensión para la situación de crisis.

Esta obligación general[27] podemos decir que es igual en todas las leyes que la contempla. Tomando como referencia la ley aragonesa vamos a reproducir el tratamiento: "Los miembros de la pa-

27. En la Ley catalana se localiza en el Art. 8 para las parejas heterosexuales y para las homosexuales en el Art. 26. El régimen que se establece es igual pero en Cataluña debemos acudir al Código de Familia. La Ley aragonesa la contempla en el Art. 13. La Ley balear la regula en el Art. 6.

reja estable están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas".

En esta obligación es donde se plantean las dudas. Porque, ¿a qué tipo de alimentos se está refiriendo? Porque en el CC se regulan dos tipos de alimentos, los alimentos normales y los alimentos restringidos. Los alimentos normales se contemplan en el Art. 142 del CC, son: el sustento, la habitación, prestación sanitaria por enfermedad ordinaria o extraordinaria, gastos de embarazo y parto sino pueden prestarse de otro modo, gastos de educación siempre que sea menor de edad o si es mayor de edad y no ha terminado la formación por causa no imputable a él. Los alimentos restringidos se recogen en el Art. 143.2 del CC contempla sólo las necesidades mínimas de la persona y los gastos de educación. Debemos interpretar que se refieren a los alimentos normales, ya que son los que se proporcionan los cónyuges, y parece ser que la intención del legislador era extender la obligación de alimentos a los convivientes, del mismo modo que se tiene entre los cónyuges.

Ahora nos vamos a ocupar de la preferencia sobre los demás obligados, nos lleva a modificar el régimen de prelación en la solicitud de alimentos de una persona que ha formado una pareja de hecho. El orden queda de la siguiente manera:

1º El otro miembro de la pareja.
2º Los descendientes, de grado más próximo.
3º Los ascendientes, de grado mas próximo.
4º Los hermanos, siendo preferentes los de vinculo doble sobre los de vinculo sencillo.

No incluimos en el orden al cónyuge ya que para que obtengan este efecto es necesario que cumplan los requisitos de la ley, establecen como uno de ellos la disolución del vínculo matrimonial.

Pero el orden de preferencia cuando se presenta ante un conviviente diferentes solicitudes y la fortuna no permite prestar alimentos a todos, ¿el orden de preferencia sigue siendo el mismo o pasan los hijos a ocupar un lugar preferente al conviviente?. Aquí se nos plantea una duda que cuando dice "con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas"; se refiere solo al momento de la solicitud, es decir, que debe solicitar con preferencia a cualquier obligado primero al conviviente, o también a la preferencia sobre las solicitudes ante un mismo alimentante. Aquí interpreto que para que no se produzca colisión entre la autoridad familiar(en Aragón) o la patria potestad (en Baleares y Cataluña) y la pareja de hecho, fundamentando en el principio de la protección del menor, la preferencia del hijo. Como consecuencia se producirá una alteración en el orden anteriormente dado pasando los hijos a estar en el primer lugar y los convivientes en un segundo lugar.

Sólo nos queda diferenciar la perfección de la obligación, de la consumación. La perfección se consigue cuando se da la situación de necesidad. Pero para que se produzca la obligación concreta de abonar estos alimentos, debemos de interponer una demanda.

Éste sería el régimen aplicable durante la convivencia en el ámbito aplicable de las leyes de Aragón y Baleares. Y en el ámbito de la Ley Navarra se producirá una obligación natural como la que anteriormente vimos que se daba en las parejas de derecho común. Estos regímenes se darán sin olvidar que no se haya pactado otra cosa.

En cuanto a la obligación de alimentos, en Cataluña, debemos de acudir al Código de familia[28]. Sin intención de realizar un estudio exhaustivo, vamos a recopilar las diferencias existentes con el derecho común:

28. Se recogen del Art. 259 al 272 del Código de Familia.

1. En el Derecho catalán se incluyen como alimentos también los gastos funerarios. Y no se incluyen los de embarazo y parto, pero estos podemos incluirlos en la asistencia médica.
2. Sólo se encuentra obligado por los alimentos necesarios para la vida el que debe dar a un descendiente siempre que la causa sea imputable a él, siempre que esta causa subsista.
3. Podrá solicitar la obligación de pagar alimentos la entidad pública o privada que le acoja. También puede subrogarse estas entidades para pedir que se les paguen estas pensiones no abonadas.

Debemos de criticar la no introducción de los convivientes en el Código de Familia en cuanto a la obligación de alimentos. Ya que siendo de la misma fecha debería haberse incluido en este Código, en orden a una sistemática, se hubiera obtenido un régimen de alimentos completo y se hubieran quedado reflejadas el orden de preferencia entre los alimentistas y los alimentantes.

En el momento de la ruptura de la pareja contemplan las diferentes leyes una pensión. Vamos analizar cuando se obliga al pago de esta pensión, para ello haremos referencia a cada ley.

En la Ley catalana, contempla para la pareja heterosexual en el Art. 14 y la homosexual en el Art. 31.2. Establece una pensión alimentaria periódica si la necesita para atender adecuadamente a su sustento. Los casos en que se entiende que se pueden solicitar son:

1. Si la convivencia a mermado la capacidad de obtener ingresos, éste es el único caso en que se contempla para una pareja homosexual.
2. Cuando por tener a su cargo hijos comunes queda disminuida la capacidad para obtener ingresos.

La Ley aragonesa contempla una pensión en el Art. 7.2. Establece que cuando un conviviente necesite para su sustento la pen-

sión por estar al cuidado de los hijos comunes e impedirle esta tarea la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. A diferencia de la ley catalana junta ambos casos para obtener esa pensión.

La Ley navarra la recoge en el Art. 5.4 y la balear en el Art. 9.1 ambas recogen la pensión igual que la ley catalana. La única diferencia existente es que estas dos leyes en el caso del cuidado de hijos comunes exigen que o no pueda realizar una actividad laboral o se la dificulte, y la ley catalana solo establece que quede disminuida la capacidad de obtener ingresos.

En cuanto a estas pensiones, de las leyes aragonesa y navarra, podemos decir, que no tienen carácter alimenticio, ya que se subordinan al cuidado de los hijos. En el Art. 97 del CC, sólo es una pensión como consecuencia del desequilibrio económico de uno de los cónyuges por la crisis matrimonial. Por ello esta pensión entiendo que no es alimenticia, ni debemos de incluirla como tal, sino que debemos calificarla de naturaleza compensatoria por el cuidado de los hijos.

3º) Derechos relacionados con la tutela, la curatela, la ausencia, la incapacidad y la prodigalidad.

La finalidad de estas disposiciones no es otra que la de suplir o completar la capacidad de obrar de aquel que no la tiene completa o que por su ausencia no puede ejercerla.

Debemos de tener en cuenta, que ya como en anteriores ocasiones hemos comentado, no existe unanimidad en cuanto al tratamiento de estos derechos. Aún podemos llegar más allá, porque en alguna de las leyes no existe ni siquiera disposiciones en relación a todas esas instituciones, así la Ley catalana sólo recoge que el conviviente sea preferente en la delación dativa de la tutela; como contraste, encontramos que la Ley balear que contempla una

disposición en la que equipara al cónyuge en lo relativo a la tutela, curatela, incapacidad, ausencia y prodigalidad.

Para poder realizar un estudio más completo vamos a diferenciar todas las instituciones.

La tutela.

Es la única institución que se recoge en todas las leyes autonómicas[29]. Pero en las leyes catalana y aragonesa solo se les permite que sean los preferentes en el orden de la delación dativa. En cambio en la Ley navarra y la balear realiza una equiparación de los efectos con los contemplados a los cónyuges.

Vamos acudir al CC para saber como se recoge el régimen jurídico de la tutela en general, y cuando puede intervenir el conviviente de hecho. Lacruz Berdejo entiende por tutela "un órgano estable, de actuación habitual, ya que su finalidad esencial consiste en suplir la capacidad de obrar de quien carece de ella sin estar sometido a la patria potestad".

El Art. 222 del CC recoge los supuestos en los que se puede dar lugar a que una persona sea sometida a la tutela, estos son los casos: "1º Los menores no emancipados que no estén bajo a la patria potestad. 2º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. 3º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4º Los menores que se hallen en situación de desamparo."

Una vez determinados los sujetos sometidos a patria potestad será necesario que se designe quien puede ser tutor y quien lo nombra. El nombramiento normalmente lo realiza el juez cuando constituye la tutela. Aunque se faculta a los padres para que colo-

29. En la Ley catalana se recoge en el Art. 7 y 25, en la Ley aragonesa en el Art. 12, en el la Ley navarra en el Art.9 y en la Ley balear en el Art. 7.

quen un orden de preferencia diferente al legal y también para que creen reglas en el ámbito del funcionamiento de la tutela. El orden legal de preferencia al que debe acudir el juez se contempla en el Art. 234.1 del CC "Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 2º A los padres. 3º A la persona o las personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 4º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez."

Pero en el párrafo siguiente de este mismo artículo se faculta al juez a que no respete este orden o prescinda de todas las personas en él designadas en beneficio del menor o del incapacitado. Y en el artículo siguiente, el 235, da la solución de quien puede ser tutor en el caso de que no sea idóneo ninguno de los que se recogen en el Art. 234.1, el legislador deja un nombramiento abierto, ya que el término utilizado es "al que por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste". En esta disposición es en la que podemos encajar al conviviente si se declarara incapaz para que sea tutor el otro conviviente, ya que deducimos que sería la persona más cercana a éste y el beneficio parece ser lógico.

Todo lo anterior se dará siempre que los padres en testamento o documento público notarial no hayan designado un tutor distinto o un orden de preferencia de los posibles tutores distinto, esta facultad de los padres la localizamos en el Art. 223 del CC. Pero esta facultad se limita en el Art. 224 en la que el juez por decisión motivada puede establecer tutor distinto por ser otro el beneficio del menor o del incapacitado. Es decir, que los padres en testamento o documento público pueden colocar en primer lugar al conviviente de hecho para que sea el tutor.

También podemos entender, que podría designarse por una persona que dispone a título gratuito a favor de un menor o de un incapacitado, que el administrador de esos bienes sea el conviviente de hecho. Porque esta facultad se recoge en el Art.227 del CC.

En la Ley catalana se establece la preferencia en el orden de la delación dativa de la pareja de hecho. Para entender el régimen debemos acudir al Código de familia catalán, que de modo exhaustivo se recoge en el Título VII "La tutela y demás instituciones tutelares". Los sujetos sometidos a tutela se recogen en el Art. 170, son: "a) Los menores no emancipados que no estén en la potestad del padre y la madre o de uno de ellos. b) Los incapacitados, cuando la sentencia judicial lo haya establecido y, en la medida que así lo determine, si el padre y la madre o uno de ellos no tienen la potestad prorrogada o rehabilitada".

En el Código Civil se rige por un criterio judicial y en el régimen catalán también, ya que solo puede nombrar tutor el juez[30]. Permite que la persona sobre quien se va a ejercer la tutela realice el nombramiento en escritura publica de su tutor antes de ser declarado incapaz[31], el padre y la madre también pueden nombrar tutor en testamento, escritura pública y codicilo[32]. Sino se produce delación voluntaria se pasaría a la dativa. El orden de la delación dativa[33] es el que otorga preferencia a la pareja de hecho, este beneficio se otorga a la pareja homosexual y heterosexual, aunque en el Código de familia de igual fecha que la Ley de uniones estables de pareja, solo otorgue este privilegio a la pareja formada por convivientes de distinto sexo.

Debe de promover la constitución de la tutela, las personas que en su caso fueran los posibles tutores, según el orden de la delación dativa, por ello se obliga a promover a la pareja de hecho. En el caso que no promoviera la constitución respondería por daños y perjuicios[34].

30. Se recoge en el Art. 184.

31. Se recoge en el Art. 172 del Código de familia catalán.

32. Se recoge en el Art. 173 del Código de familia catalán.

33. En el Art. 179 del Código de familia y en el Art. 7 y 25 de la Ley de uniones estables de pareja.

34. Se recoge en el Art. 183 en el Código de familia catalán.

En la Ley aragonesa se establece que el primero en el orden de la delación dativa debe ser el conviviente cuando el tutelado es el otro miembro de la pareja. Debemos de tener en cuenta que en la Compilación Aragonesa existen unos artículos sobre la tutela que hacen que tenga un régimen especial. Las principales diferencias son que en Aragón en defecto de ambos progenitores se constituye la tutela a favor de la autoridad familiar (abuelos, hermanos mayores o cónyuge no progenitor). La otra diferencia es que en el CC es obligatoria la intervención judicial, porque es el que nombra tutor, pero en Aragón no es necesaria, porque opta por el nombramiento por parte de la familia, solo interviene el Juez si existen varios tutores y no se constituye la junta de parientes.

La Ley navarra realiza una equiparación de los miembros de la pareja en la tutela a los cónyuges. En ausencia de disposiciones en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, acudiremos al derecho supletorio del CC.

La Ley balear realiza, al igual que la navarra una equiparación a los cónyuges. En defecto de regulación en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, debemos acudir a las normas del CC.

En los casos de la leyes navarra y balear se produce la equiparación de los miembros de la pareja a los cónyuges en el Art. 234 del CC, en el caso de que no se produzca la utilización de la delación que realicen los padres en escritura pública notarial o en testamento, el primer llamado a ser tutor sería el conviviente.

La curatela.

Solo se recoge la institución de la curatela en la Ley de Navarra y en la de Baleares[35]. Para dar un concepto Lacruz Berdejo

35. En la Ley navarra se recoge en el artículo 9 y en la Ley balear en el artículo 7.

entiende que la curatela "es un órgano estable pero de actuación no habitual, pues no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, sino para completarla en aquellos actos en que la ley lo requiera".

Establecido el concepto vamos a acercarnos a la regulación que se recibe en el CC, para buscar en que puntos puede intervenir el conviviente cuando el que necesita el complemento de capacidad es el otro conviviente.

Los sujetos que se encuentran sometidos a curatela se especifican en los artículos 286 y 287 del CC, se incluyen: "1º. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley. 2º. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. 3º. Los declarados pródigos." 4º. "Las personas a quien la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento".

La constitución al igual que ocurría en la tutela es judicial. Para el nombramiento no existen unas normas especificas sino que el Art. 291 remite a las normas de la tutela. El artículo 292 establece solo una especialidad a las normas de la tutela; que sí había estado sometido a tutela antes de constituirse la curatela se nombrara curador al que había sido antes tutor.

Vamos a traer solo los casos en que podía intervenir el conviviente:

1. Cuando el juez no encontraba idóneos a ninguno de los sujetos que se establecían en el orden legal y por la relación y en beneficio del menor o el incapacitado establece que sea tutor el conviviente.
2. Cuando los padres colocan en documento público notarial o testamento que sea el conviviente el primero en el orden de preferencia, y el juez lo considera idóneo.

3. Cuando el que transmite a título lucrativo a un menor o un incapacitado considera que el administrador de esos bienes sea el conviviente.

Al igual que ocurría en la tutela, en las disposiciones de Derecho Civil de Navarra y de las Islas Baleares no se encuentra regulada la curatela. Por ello, como derecho supletorio acudimos al derecho común. Esta equiparación de los convivientes a los cónyuges en el régimen de la curatela que recoge el CC, se debe de relacionar con el de la tutela ya que el CC remite al mismo régimen.

Aunque la Ley catalana de uniones estables de pareja no recoge ninguna disposición respecto a la curatela, el Código de familia[36] sí que recoge unos beneficios de la pareja de hecho estable pero solo para el caso de la pareja heterosexual. En la delación remite a la tutela, acudiendo al Art. 179 como el primero en el orden de preferencia encontramos a "la persona de sexo distinto con quien se convive en relación estable de pareja". Para instar la constitución de la curatela también remite a la tutela, como deben instarlo las personas del Art. 179, significa que el miembro de la pareja estable heterosexual esta obligado a instar la constitución de la curatela.

La ausencia.

Se regula por la leyes aragonesa, navarra y balear[37]. Para poder definir lo que es la ausencia debemos acudir a la doctrina donde LACRUZ BERDEJO establece una definición desde el punto de vista del legislador entiende que "todo caso de incertidumbre es, para el legislador, ausencia, y todos los regula desde el punto de

36. Se recoge en el Capítulo VII del Título VII "La curatela".

37. En la Ley aragonesa se recoge en el Art. 11, en la Ley navarra en el Art. 9 y en la Ley balear en el Art. 7.

vista de la falta de noticias prolongada de una persona de quien, caso de existir, no se sabe donde está".

Nuestro CC llama a todo ausencia, pero podemos diferenciar, según Lacruz Berdejo, tres fases:

1. La desaparición[38]: cuando se traduce en una incertidumbre y se produce el descuido de las relaciones jurídicas. En esta fase el conviviente puede intervenir para solicitar el nombramiento del defensor al juez, y también para ser nombrado él defensor aunque ostenta el ultimo lugar de preferencia.
2. La declaración de ausencia[39]: cuando se produce una incertidumbre por un periodo de tiempo prolongado y sobre la subsistencia de la persona. El conviviente puede instar al juez para que se realice la declaración de ausencia, y también puede intervenir el conviviente para ser defensor sino existe ningún pariente de los que cita el artículo 184 del CC.
3. La declaración de fallecimiento[40]: es cuando esa situación de incertidumbre prolongada cumple unos plazos determinados en el CC. Aquí también tiene derecho a solicitar la declaración de fallecimiento, tras ésta se abrirá la sucesión.

La regulación que contempla la Ley Aragonesa es una equiparación al cónyuge en el Art. 8 de la Compilación Aragonesa. Anteriormente a la Ley de parejas estables no casadas, la pareja de hecho podía representarlo si le había designado heredero contractual el otro conviviente, y en último lugar, si no le había designado heredero contractual y no existe heredero *ab intestato*, puede representarle como "persona mayor de edad, solvente y de buenos

38. Esta fase se regula en los artículos 181 y 182 del CC.
39. Se regula en los artículos 183 a 192 del CC.
40. Se regula de los artículos 193 al 197 del CC.

antecedentes que discrecionalmente designe el juez, atendiendo a las relaciones con la misma". Después de la entrada en vigor de la Ley, las parejas reconocidas en ésta, obtienen el beneficio de situar la preferencia del conviviente para la representación de la ausencia del otro conviviente.

Para la declaración de ausencia en Aragón, debemos de tener en cuenta la remisión al Código Civil, como consecuencia, el Art. 182 le permite solicitar la declaración de ausencia por tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable.

Las leyes navarra y balear recogen una equiparación en todas las disposiciones que cita a los cónyuges a los miembros de la pareja de hecho. La Compilación del derecho civil foral de Navarra en la Ley 62 realiza una remisión en la materia de ausencia al CC. La Compilación de derecho civil de las Islas Baleares no recoge disposiciones respecto a la ausencia, como derecho supletorio debemos acudir al CC.

Por ello el miembro de la pareja de hecho será el representante y defensor cuando el desaparecido sea el otro miembro de la pareja (Art. 181.2 CC). Tiene también la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal (Art. 182 CC). Le corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones (Art. 184 CC).

La incapacidad.

Se recoge una equiparación a los cónyuges en las disposiciones relacionadas con la incapacitación en las leyes navarra y balear[41]. Pero debemos de dar un concepto de incapacitación, para ello si observamos el artículo 199 del CC "nadie puede ser decla-

41. Se recoge en la ley navarra en el Art. 9 y en la ley balear en el Art. 7.

rado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley", de este precepto podemos deducir que es la sentencia judicial basada en una causa de incapacidad legal la que produce la incapacitación. Esta incapacitación se traduce en la incapacidad de la persona en la que recae la sentencia.

Para saber cuáles son las causas acudimos al artículo 200 del CC, "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". El legislador no realiza una tipificación de las causas sino que la formula que busca es un concepto indeterminado que deberá de valorar el juez.

El proceso de incapacitación[42] se recoge en los artículos 756 a 763 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. De toda la regulación lo que nos interesa es la legitimación que otorga en el procedimiento a "quien se encuentre en situación de hecho asimilable" al cónyuge. Se está reconociendo la legitimación al conviviente de hecho para promover la declaración de incapacidad.

Las leyes navarra y balear realizan una equiparación de derechos al cónyuge. Esta equiparación de derechos nos remite al derecho común por lo mismos motivos que en la ausencia. Realiza una reiteración de lo que se recoge actualmente en la LEC, es decir permite solicitar la incapacitación del conviviente al otro conviviente. Aunque las demás leyes no lo contemplen esta legitimación la tienen todas las parejas, con independencia de la ley que se les aplique.

42. Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se recogía en el CC en los artículos 202 a 214. Pero estos artículos se derogaron por la Ley 1/2000 en la disposición derogatoria 2ª.

La prodigalidad.

Al igual que ocurría con la incapacitación, sólo se recoge una equiparación a los cónyuges en la Ley navarra y en la Ley balear. Podemos entender que la prodigalidad es una limitación a la capacidad que se impone por una conducta irracional en el gasto de su capital sin ningún tipo de ganancia, y que esa persona se encuentre obligada a prestar alimentos al cónyuge, a los descendientes o ascendientes.

Actualmente se recoge la declaración de prodigo en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil[43]. A diferencia de como ocurría con la incapacitación, no se otorga legitimación al conviviente para pedir la declaración. Esto se deriva de que en el Código Civil tampoco se otorga entre los convivientes la obligación de alimentos.

Al igual que ocurría con la ausencia y la incapacidad, las leyes navarra y balear nos remiten al derecho común. Aunque la LEC no legitime al conviviente para solicitar la declaración de prodigalidad, como se produce una equiparación al cónyuge se permite que la solicite.

4º) Disposición de la vivienda común.

Respecto a la vivienda común sólo se recoge una disposición en la Ley catalana[44]. Para poder compararlo debemos acudir al Código de Familia donde el Art. 9[45] contempla la disposición de la vivienda familiar en el ámbito del matrimonio. Es una disposición obligatoria independiente del régimen económico matrimonial. En este artículo es obligatorio el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda o de los bienes de uso ordinario para poder

43. Se recoge en los mismos artículos que la incapacitación.

44. Se recoge en los Art. 11 y 28 de la ley catalana.

45. Debemos de tener también en cuenta el paralelismo que existe de este artículo con el 1320 del CC, en el cual se recoge el régimen económico matrimonial primario en el derecho común.

enajenar grabar o disponer de su derecho cuando comprometa el uso de estos. Este consentimiento podrá sustituirse por una autorización judicial.

Si este consentimiento no existe, ni tampoco existe autorización judicial, será anulable el acto realizado. El plazo para ejercer la acción es de cuatro años, este plazo comenzará a contar desde que tenga conocimiento del acto o desde la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Esta anulación no se permite cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso, y también se exige que haya declarado el cónyuge no titular aunque sea inexacto que la vivienda no tiene la condición de vivienda común. Responderá por los perjuicios causados el que haya dispuesto de los mismos.

Este régimen es el mismo que recoge el Art. 11 y el 28 de la Ley catalana de uniones estables de pareja. Sólo en el régimen que hemos contemplado debemos sustituir cónyuges por conviviente, y obtendremos el régimen de la pareja de hecho ante la vivienda común.

5ª) Relacionados con la forma de testar.

La Ley aragonesa es la única que se encarga de tipificar la posibilidad de testar en mano común y de realizar un pacto sucesorio entre ambos convivientes[46]. En cuanto a estos testamentos debemos recordar que en el derecho común existe una prohibición general de testar dos o más personas mancomunadamente, recogido en el Art. 669 del CC, no pueden hacerlo ni un beneficio recíproco ni en beneficio de tercero. Para los pactos sucesorios también encontramos una prohibición general en el Art. 1271.2 del CC, donde se prohíbe el contrato que tenga por objeto la herencia futura, solo

46. Estas posibilidades se recogen en los artículos 15 y 16 de la ley de parejas estables no casadas.

permite practicar la división entre vivos del caudal. Aunque estas prohibiciones en el derecho común no son absolutas.

En cuanto a estas opciones que recoge la ley aragonesa, debemos de tener en cuenta que ya la prevee la Ley de Sucesiones de Aragón de 1/1999. Pero la posibilidad de realizar pactos sucesorios quedó sin eficacia cuando entró en vigor la Ley de parejas estables no casadas, a los seis meses desde la publicación de ésta, porque desde el 23 de abril ya estaba vigente la Ley de Sucesiones que recoge esta posibilidad. La Ley de sucesiones no recoge la posibilidad de modo concreto para las parejas de hecho, pero se reconoce esta capacidad a dos o más personas de modo genérico, por eso se entienden dentro de este carácter general el que se pueda realizar entre dos convivientes de hecho. Toda esta argumentación la podemos aplicar también a lo que ocurre con la posibilidad de realizar testamento mancomunado.

En la Ley 1/1999 de Sucesiones de Aragón desde el artículo 62 al artículo 89 se ocupa de regular todos los pactos sucesorios en Aragón. Sin intención de realizar un estudio exhaustivo sobre estos pactos, vamos a dar unas pinceladas sobre los mismos. Para que sean eficaces y válidos los pactos sucesorios se exige que se realicen en escritura pública[47]. Los otorgantes tendrán que ser mayores de edad y no pueden ser representados, como consecuencia de ser un acto personalísimo[48]. Estos pactos pueden contener estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o a favor de tercero; estas estipulaciones pueden ser a título universal o singular, y con las instituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan[49].

47. Art. 62 de la Ley de Sucesiones.
48. Art. 63 y 64 de la Ley de Sucesiones.
49. Art. 66 de la Ley de Sucesiones.

El testamento mancomunado lo regula la ley en los artículos del 102 al 107 de modo específico. Pero debemos de tener en cuenta las disposiciones generales del testamento las encontramos del artículo 90 al artículo 101. Al igual que hemos hecho con el pacto sucesorio, vamos a dar unas pinceladas sobre el testamento mancomunado. El testamento mancomunado es el que se realiza por dos personas en el mismo instrumento[50]. El testamento es un acto solemne, como consecuencia el testamento mancomunado puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley[51]. En función de la forma que adopte deberán ambos otorgantes cumplir el requisito de capacidad que se exige[52]. La apertura de la sucesión[53], por la muerte de uno de ellos, produce la aplicación de las disposiciones que regulaban esta.

Para terminar con estas disposiciones de la Ley aragonesa, sólo me queda recordar que no son eficaces estas disposiciones, ya que permitía estas opciones anteriormente la Ley de Sucesiones. Pero entiendo que por razón de sistemática, la colocación reiterada de estas posibilidades puede beneficiar a las parejas desconocedoras del derecho y que acudan a la Ley de parejas estables no casadas para buscar solución a su futura sucesión.

En las demás leyes no se recoge esta posibilidad pero debemos acudir a las disposiciones donde se recogen los testamentos para poder saber si existe la posibilidad de testar de este modo y en el caso de que la contemple que lo haga de modo genérico para cualquier grupo de personas o que restrinja la posibilidad a un determinado grupo de personas. Así que vamos hacer un análisis de la regulación en los diferentes regímenes.

50. Art. 91 de la Ley de Sucesiones.
51. Art. 94 de la Ley de Sucesiones.
52. Art. 93 de la Ley de Sucesiones.
53. Art. 103 de la Ley de Sucesiones.

En la regulación según el derecho catalán no encontramos la posibilidad de realizar testamentos en mano común. Pero bajo el nombre de heredamientos encontramos el pacto sucesorio[54]. Este pacto sucesorio limita la realización a los cónyuges ya que sólo puede otorgarse por capítulos matrimoniales. Con todo esto los convivientes no tienen derecho a realizar ni pactos sucesorios ni testamentos en mano común.

El derecho navarro contempla ambas posibilidades. El poder testar en mano común, que en el derecho navarro toma el nombre de testamento de hermandad[55]. Esta forma de testar se permite a "dos o más personas" siempre que se haga con cualquier de las formalidades de otorgar testamentos recogidas en la compilación, excepto la del testamento ológrafo. También recoge la posibilidad de realizar un pacto sucesorio[56]. Esta posibilidad se contempla para los mayores de edad y con la forma de escritura publica, se permite para los cónyuges en los capítulos matrimoniales con la capacidad que para otorgar éstos se necesita. Así que se permite el realizar testamento de hermandad y pactos sucesorios a los convivientes, aunque no se encuentre tipificado en la Ley para la igualdad jurídica de las parejas estables.

7. POSIBLES EFECTOS CONVENCIONALES.

No hace mucho tiempo, en nuestro sistema, como en muchos otros, nos encontrábamos con que los pactos realizados entre los convivientes no tenían validez porque vulneraban el orden público y las buenas costumbres. Se consideraba la causa torpe. Así encontramos sentencias[57] en las cuales se argumenta que estos pactos

54. Se localizan del Art. 67 al Art. 100 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña.

55. Se recoge en las leyes 199 y ss. de la Compilación del derecho civil foral de Navarra.

56. Esta posibilidad la encontramos recogida en las leyes 172 y ss.

57, Como ejemplo podemos recoger la sentencia del TS, 2 de abril 1941.

no son válidos porque no se reconocen las uniones de hecho, y no es que no se reconozcan sino que además son ilícitos, por oponerse a la moral.

Se produce un giro en esta materia tras la aprobación de la Constitución en 1978. Tras interpretaciones del TC se entienden reconocidas y protegidas en el artículo 39 de la Constitución. Deduciendo, si antes estos pactos realizados entre convivientes eran nulos porque era ilícita la unión de hecho, ahora ya se reconocen y como resultado la causa dejara de ser ilícita y serán válidos los pactos realizados entre los convivientes. Esto podemos apreciarlo en la muy comentada[58] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986[59].

58. Véase el comentario que realiza PANTALEÓN PRIETO ("La autorregulación de la unión libre").

59. Podemos recoger como ejemplo estos fragmentos: "Respecto de la licitud y eficacia del meritado convenio, hay que partir de la base de que, si bien es verdad que el sistema económico de la sociedad de gananciales lo previene el código para el matrimonio, lo cierto es que no existe precepto alguno que prohíba la celebración de un contrato en cuya virtud las partes convienen en hacer comunes para ambos las ganancias o provechos obtenidos indistintamente por cualquiera de ellas mientras convivan maritalmente, siéndole atribuidas por iguales partes a la terminación del contrato. El artículo 1255 del Código Civil dispone que los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público, circunstancias éstas que no concurren en el presente caso."

"En consonancia con lo anterior, resulta obligado concluir que el contrato objeto de esta litis no solo es lícito sino ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo reconocimiento respeto y protección a de informar la practica judicial (artículo 53.3 CE) por consiguiente como lógica consecuencia de la licitud y de reunir el contrato en cuestión los requisitos prevenidos para su eficacia en el artículo 1261 del Código Civil, el mismo no solo obliga a las partes que intervinieron (artículo 1278 del Código Civil) sino también a quienes son sus herederos universales, por ser reiteradísima la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para proclamar que no es lícito accionar contra los actos anteriores a quienes lo han ejercitado, ni a los sucesores universales y que tienen la consideración de actos propios del sucesor a título universal los realizados por su causante.

Una vez declarados lícitos los pactos que realizan los convivientes bajo el principio de la autonomía de la voluntad, solo deberemos de analizar cual es el posible contenido de los pactos y cuales son los limites con los que se encuentran.

Debemos de tener en cuenta que analizaremos desde el punto de vista del derecho común y de los derechos históricos que han realizado las diferentes leyes relativas a las parejas de hecho. Y desde el punto de visto del tipo de efectos que se recogen, dividiremos entre personales y patrimoniales.

En el derecho común, para entender como válido este pacto acudiremos a la parte general de los contratos. Esto nos conduce a que serán necesarios tres requisitos: consentimiento, objeto y causa (artículo 1261 del CC). Respecto a la forma (artículo 1278 y ss. del CC) que deben de respetar entendemos que podrán ser tácitos o expresos, y si son expresos podrán ser orales o escritos (recogidos en un documento público o en un documento privado).

Respecto a las normas autonómicas que regulan las parejas de hecho; tanto las que tienen un derecho histórico como las que no; recogen un requisito de forma distinto. Podemos dividirlo en tres modalidades diferentes:

A. Sólo serán validos los pactos entre convivientes, en el ámbito de aplicación de las leyes de Aragón[60], Valencia[61] y Madrid[62], si se realizan en escritura pública. Es necesaria la intervención de un notario en la conclusión de estos pactos.

60. En la Ley de parejas estables no casadas de Aragón se recoge la forma de los pactos en el artículo 5.1 "podrán regularse ... mediante convenio recogido en escritura pública".

61. En la Ley por la que se regulan las uniones de hecho de Valencia la recoge en el artículo 4 "podrán establecer validamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes".

62. En la Ley de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid se recogen en el artículo 4 , que es réplica del artículo de la Ley de Valencia.

B. Admiten la validez de los pactos, en el ámbito de la aplicación de las leyes de Asturias[63] y de Navarra[64], que se formalizan mediante documento público y documento privado. Se amplía de modo considerable la forma de realización de estos pactos, servirá cualquier pacto que se formalice por escrito.

C. Se admite cualquier forma para la realización de los pactos, es decir, documento público, documento privado y forma verbal; esto ocurre en el ámbito de aplicación de las leyes Catalana[65] y Asturiana[66].

Una vez determinada la forma que deben adoptar para ser válidos, vamos a determinar si todos se basan en el mismo principio de la autonomía de la voluntad. Como ya hemos visto, cada ley establece efectos similares pero nunca idénticos. Todas las leyes se basan en el principio de la autonomía de la voluntad del derecho común, excepto la ley aragonesa y la navarra, que en su derecho privado existen unos principios diferentes de la autonomía de la voluntad. Estos principios son en Aragón el "standum est chartae"[67] y en Navarra "paramiento fuero vienze"[68], que tienen

63. En la Ley de parejas estables se recoge en el artículo 5 "podrán regular validamente ... mediante documento público o privado".

64. En la Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables se recoge en el artículo 5 "podrán regular validamente ... mediante documento público o privado". Observamos que la Ley asturiana copio la expresión de la Ley Navarra.

65. En la Ley de uniones estables e pareja de Cataluña se recoge en el artículo 3 "pueden regular validamente en forma verbal, por escrito privado o en documento público".

66. En la Ley de parejas estables de Baleares se recoge en el artículo 4 "la pareja puede regular validamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita".

67. Se recoge este principio en el Artículo 3 de la Compilación de derecho aragonés, "Conforme al principio "standum est chartae", se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés."

68. Este principio se recoge en la Compilación del derecho civil foral de Navarra, en la Ley 7 "Conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece frente a cualquier fuente de derecho,

diferentes límites que el principio de la autonomía de la voluntad del derecho común.

Las leyes se encargan en algunos casos de limitar los efectos entre las partes, ya que prohíben que afecten a terceros. Esta limitación la encontramos en las leyes de Valencia, Madrid y Asturias[69]. Pero debemos de tener en cuenta que como estos pactos tienen carácter privado. Además no tienen los medios de publicidad que tienen los capítulos matrimoniales, ya que estos se inscriben en el Registro Civil, en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad. Aunque aquí ya hemos analizado el que puedan inscribirse estos pactos en los Registros administrativos creados en los municipios o en las comunidades autónomas, debemos de tener en cuenta que no son Registros públicos porque no se permite obtener información a cualquier interesado, ya que se limita la obtención de información a los otorgantes y sus sucesores.

En algunas leyes se recoge la prohibición de realizar pactos con carácter temporal o sometidos a condición, estas leyes son la aragonesa, la navarra, la balear y la asturiana[70].

Vamos a tener en cuenta como límites, para empezar todos los derechos individuales consagrados en la constitución. Así podemos citar por ejemplo la intimidad, la libertad individual,... El derecho de igualdad entre los convivientes debemos de tenerlo en cuenta en todo lo que sea personal, porque en lo patrimonial pueden pactar una responsabilidad sobre algunos actos que no sea en

---

salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad." Debemos ponerlo en relación con la Ley 8 "En razón de la libertad civil, esencial en el derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas."

69. Se recoge en estas Leyes en los artículos: 4 de la valenciana, 4 de la madrileña y 5 de la asturiana.

70. Se recoge en los artículos: 5.2 de la aragonesa, 5.2 de la navarra, 4.2 de la balear y 5.2 de la asturiana.

proporción igualitaria para ambos. Por ejemplo que sea responsable de todas las deudas contraídas uno de ellos.

Tampoco se podrá disponer de las notas definitorias de la pareja de hecho, así no se podrá disponer que no se viva en el mismo lugar ya que no se estaría en el concepto de pareja de hecho porque la nota principal es la convivencia.

En todos los ámbitos en los que se aplican las leyes autonómicas no se podrá disponer de los derechos sucesorios mínimos que se consagran en ellas, de las responsabilidades con terceros por gastos comunes que se recogen (ya que la responsabilidad interna se puede modificar por la autonomía de la voluntad), de la obligación de alimentos en los casos que se establecen, de las pensiones y compensaciones económicas que se reconocen en algunos casos de ruptura de la pareja (excepto en los territorios que se aplica el standum est chartae y el paramiento fuero vienze) y de los elementos definitorios que se recogen en estas leyes[71].

Debemos de tener en cuenta que las leyes recogen unas limitaciones de modo explicito, aunque en la mayoría de las ocasiones no dejan de ser nada más que reiteraciones de derechos consagrados en otros preceptos. La Ley aragonesa recoge "no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón". La Ley valenciana impone como límite que "no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos". La balear establece que "son nulos los acuerdos contrarios al derecho y los que limiten la igualdad de derechos que corresponde a cada miembro de la pareja", la Ley madrileña repite lo que dice la balear. La Ley asturiana acude a una formula abierta como es "con observancia de la legalidad aplicable".

71. Uno de los autores que lo manifiesta es García-Granero Fernández.

Para realizar una exposición más ordenada vamos a diferenciar el pacto que se realiza para dotar a la pareja de efectos personales y el que dota de efectos patrimoniales, pero esto no significa que se hagan estos tipos de pactos por separado, sino que se realizarán en el caso de que se quieran dar los dos posibles tipos de efectos, en el mismo pacto. Aunque vamos hacer primero una referencia a los principios: standum est chartae y al paramiento fuero vienze.

7.1. APROXIMACIÓN AL STANDUM EST CHARTAE Y AL PARAMIENTO FUERO VIENZE.

En este apartado vamos a tratar de delimitar estos principios en función de sus derechos forales, ya que ambos principios tienen ámbito distinto a la libertad de pacto del derecho común. Queremos resaltar que nuestra intención no es realizar un estudio exhaustivo de éstos, sino que se va a centrar en el ámbito del derecho de familia.

Para entender **el standum est chartae**, es necesario hacer una referencia al Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81, en el cual Joaquín Costa realiza un giro en la materia, consagra el standum est chartae como fundamento del derecho individual frente al derecho público, en el círculo de las relaciones privadas, las relaciones entre los individuos y las familias, el estado debe reconocer como fuente el principio del standum est chartae.

Hoy en día, se consagra este principio como una fuente del derecho en el ordenamiento aragonés por encima del derecho supletorio, el derecho común. Para entender donde se localiza el límite deberemos atender a la diferenciación entre el derecho disponible y no disponible. LACRUZ BERDEJO establece que "las fronteras de la autonomía de la voluntad no pueden ser otras que las que indiquen las propias fuentes de nuestro ordenamiento." Es decir, "serán la ley aragonesa, la costumbre y los principios gene-

rales del Derecho aragonés, los elementos que sirvan para discernir qué materias pueden ser reguladas, en bloque y como regla general, por el poder del individuo incorporado a la carta, y cuáles se escapan a ese querer y dependen de la acción del legislador y las demás fuentes del ordenamiento." Lacruz deja bastante claro que los límites los encontraremos en el derecho aragonés, es decir que deberemos atender al legislador aragonés y al resto de fuentes del derecho.

En el Art. que recoge este principio de la autonomía de la voluntad establece como límites: contraria "a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés". En los Comentarios a la Compilación de Albaladejo recogen como interpretación de lo que son normas imperativas: "entre éstas no cabe incluir hoy a las contenidas en el Código Civil y demás leyes civiles del estado, porque el pacto debe aplicarse con preferencia al derecho estatal; las leyes aragonesas son las únicas que pueden servir de límite al pacto en Aragón, sin olvidar, desde luego, los preceptos y principios contenidos o emanados en y de la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en el ordenamiento aragonés, como en el resto de ordenamientos que coexisten en el Estado español".

De modo especifico en la materia del derecho de familia vamos a buscar la flexibilidad del principio standum est chartae. Claro está, el derecho de familia es una materia en la que existe un orden público latente. Entiendo que se podrá disponer de toda la materia (derechos, deberes y facultades) siempre que coincida el interés privado con el público cuando sea de carácter personal, si tiene carácter económico se podrá disponer libremente.

En cuanto al **paramiento fuero vienze** existe una controversia doctrinal para saber si se califica como fuente del derecho o no. Como argumento a favor encontramos, que en una relación jurídica entre dos personas concretas y con un objeto determinado en el primer lugar del orden de prelación de fuentes encontramos el

paramiento[72]. En cambio, otra parte de la doctrina no lo califica como fuente del derecho porque carece de los caracteres de abstracción y de generalidad, se convierte en una ley aplicable a una determinada relación jurídica, por ello no está dotado de poder alterar y conformar el ordenamiento jurídico[73].

Pero al margen de que lo consideremos fuente o no del derecho, es la primera fuente en el orden de prelación a la que se debe acudir en las relaciones privadas. Esto significa que se produce una exclusión de la ley, el principio de subsidiaridad del legislador navarro, ya que sus normas solo se aplicarán en el caso de que no se pacte nada entre las partes.

Para que la declaración de voluntad despliegue la eficacia debe de realizarse de manera válida y eficaz, es decir, que el declarante tenga la capacidad necesaria, en cuanto a la forma la exigida por los fueros, y la voluntad expresada libre y de modo consciente.

Como límites a esta autonomía de la voluntad encontramos que no podrán ser contrarios a la moral o al orden público; que perjudiquen a un tercero o se opongan a un precepto prohibitivo con sanción de nulidad.

---

72. Como autor representativo de esta idea podemos considerar a De Pablo Contreras.

73. Además de otros autores uno de los que apoya la tesis de que no pueden pactar un régimen económico matrimonial es GONZALEZ POVEDA, encuentro representativas estas palabras: "Una indiscriminada remisión a uno de los regímenes económicos regulados en el Código Civil o en las Capitulaciones Forales, no parece que sea admisible, ya que en unas de sus disposiciones tienen su fundamento en los derechos y deberes de carácter personal propios del matrimonio y que no se dan en la unión no matrimonial; otras disposiciones regulan la responsabilidad frente a terceros de las distintas masas patrimoniales existentes en el matrimonio (bienes gananciales o comunes, bienes privativos), reglas sobre responsabilidad que, en la unión de hecho, no puede hacerse valer frente a terceros quienes, por otra parte, no tendrán oportunidad de conocer la existencia de los pactos entre convivientes al no estar estos dotados de ninguna forma de publicidad."

Como consecuencia de toda esta regulación, entiendo que podemos llegar a la misma conclusión que obteníamos del standum est chartae; nos remitimos a la misma por no reiterarnos en el tema.

7.2. EFECTOS DE CARÁCTER PERSONAL PACTADOS.

Para Analizar estos posibles efectos debemos acudir como referencia a los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil, que establecen las obligaciones personales entre los cónyuges. Estos artículos recogen el principio de igualdad entre los cónyuges, deber de respeto y ayuda mutua, la actuación en interés de la familia; y la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

El análisis que se va a realizar se va a ordenar respecto a estas obligaciones:

- Respecto al principio igualdad entre los cónyuges, debemos entenderlo aplicable a las relaciones entre los convivientes, no en el sentido económico de aportación igualitaria a los gastos comunes, sino en cualquier efecto personal que se establezca. Este artículo no hace nada más que reiterar el artículo 14 de la Constitución, su explicación va más allá de una simple reiteración sino que por sistemática en los efectos matrimoniales y por romper con todo el régimen anterior que colocaba a la mujer en un plano de subordinación al hombre con el que se había casado.

Por ello entendemos que este principio se aplicará pero basándolo en el artículo 14 de la constitución, y será uno de los límites en el pacto que realicen.

- En cuanto al deber de respeto y ayuda mutua debemos de recordar lo que establecimos para la obligación de alimentos, que allí denominamos obligación natural para las leyes autonómicas que no la contemplaba y para el derecho común durante la convivencia. Nos encontramos en igual caso porque no podemos ima-

ginar una pareja con un proyecto de vida común en la que no se presten ayuda mutua y que no se respeten.

La diferencia entre estos deberes del matrimonio y los de la pareja de hecho es que el incumplimiento no es causa de ruptura de la pareja como ocurre con el matrimonio, en el cual se sanciona la no prestación de estos deberes. Lo único que podemos determinar es que se podría pactar la ruptura de la pareja en el caso de que no se prestaran, pero es superfluo pactarlo ya que lo que las diferencia de los matrimonios, entre otras cosas, es la posibilidad de romper la pareja sin tener que alegar ninguna causa. Pero claro en el caso que se pacten sería exigible y no una mera obligación natural.

- La exigencia de vivir juntos, la debemos de entender implícita en el concepto de la pareja de hecho, ya que la creación de la pareja de hecho se basa de modo fundamental en la convivencia bajo un mismo techo. Si se pactara la no convivencia entenderíamos que la pareja de hecho se habría roto porque debemos incluirla en el concepto, y no pueden disponer sobre la convivencia. Debemos recordar que la pareja en cualquier momento puede romper la relación con el simple hecho de no convivir juntos.

Debemos plantearnos si podrían pactar una duración mínima, por ejemplo, la obligación de convivir dos años. Esto estaría totalmente prohibido porque vulneraría la libertad individual que consagra la Constitución

- Sobre el deber de fidelidad, debemos de tener en cuenta lo que ya se ha dicho anteriormente porque no podemos pensar en una comunidad de vida en la que no exista fidelidad. El problema es que este deber no tiene la misma consideración si se vulnera en el matrimonio o en la pareja de hecho. Ya que sólo tiene consecuencias en el matrimonio porque es causa de separación.

- El deber de socorro mutuo lo debemos de identificar con la obligación de alimentos. Los convivientes mediante su voluntad podrán pactar el contenido de la obligación, los requisitos necesarios para que nazca, el modo de cumplimiento, el plazo en el que deberá hacerla efectiva, las causas con las que se produzca la extinción, ... Pero debemos de tener en cuenta que si no se pacta nada será de aplicación supletoriamente el régimen general de las obligaciones de alimentos.

De modo genérico podemos entender que no se puede pactar en contra de estos deberes, porque los encontramos definidos dentro de la *affectio maritatis* (relación afectiva análoga a la conyugal). Pero a diferencia del matrimonio sólo son unas obligaciones naturales sin medios para poder exigirlas ni consecuencias en su no cumplimiento. Sí que se permitiría pactar una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de estas obligaciones.

Respecto a estos deberes que pueden pactar vamos a concluir con una frase de PÉREZ VALLEJO a modo de conclusión: "Estima que cabe pactar un deber de respeto, de ayuda mutua, de actuación en interés de la familia, de fidelidad y de socorro mutuo, aunque reconoce que el problema que plantean es que, en caso de incumplimiento, son incoercibles, a excepción del pacto de alimentos".

7.2. POSIBLES EFECTOS DE CARÁCTER PATRIMONIAL INCLUIDOS EN UN PACTO.

Las posibilidades de los convivientes de realizar un pacto de carácter patrimonial son muy amplias. Se les posibilita el que pacten un régimen económico matrimonial, categorías jurídicas del derecho privado y un régimen híbrido.

A) Pacten un régimen económico matrimonial.

La doctrina no es unánime respecto a la posibilidad de que pacten un régimen económico matrimonial. Una parte de la doctrina es contraria a la aplicación de este régimen económico aunque lo hayan pactado. El principal argumento en el que se sostienen es que el matrimonio prevee estos regímenes para una pareja que formaliza por medio del matrimonio su relación, y se someten a un conjunto de derechos y deberes que justifica el compartir esas ganancias obtenidas durante el matrimonio. Otro de los argumentos es que reconocen la libertad de las creaciones de las parejas de hecho, pero no entienden aplicable la regulación especifica que se realiza para el matrimonio, y así niegan también la aplicación del régimen matrimonial de separación de bienes. También basan su argumentación en que si no existe un patrimonio común como existe en el matrimonio no es necesario un régimen especifico, porque la titularidad de los bienes seguirá siendo de cada uno y en el caso de que se quieran hacer comunes existen otras fórmulas en el derecho para llegar a ello, así como ejemplo la sociedad civil o una comunidad de bienes[74].

En cambio otra parte de la doctrina entiende que es posible realizar un pacto en el que se adopte un régimen matrimonial, ya que el artículo 1255 del Código Civil plasma el principio de la autonomía de la voluntad y el pacto de un régimen económico matrimonial no es un límite a este principio[75].

---

74. Podemos tomar en consideración lo que establece PÉREZ UREÑA "Entendemos, con Javier Estruch, que los convivientes podrán pactar entre ellos, que les sean de aplicación las normas que disciplinan la sociedad (o separación de bienes o participación), admitiendo la validez del pacto en este sentido, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales."

75. Así encontramos la Sentencia de 21 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo en el que consagra: "la normativa reguladora del régimen económico matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del

La jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a este punto problemático encuentra la solución, aplica los regímenes económicos matrimoniales cuando se pactan por los convivientes[76].

Lo lógico será que si pactan los efectos patrimoniales, pacten un régimen económico matrimonial de comunidad. Si la intención de los convivientes es realizar un pacto en el que aplicaran un régimen económico tipificado por los diferentes ordenamientos del territorio español; podrán elegir entre: por la comunidad de bienes muebles y ganancias, el de conquistas, el de separación de bienes, el de la comunicación foral de bienes, el de gananciales y el de participación.

De los regímenes económicos matrimoniales que existen vamos a prestar una atención especial a la sociedad de gananciales y la comunidad de bienes muebles y ganancias.

Así en el ***régimen de gananciales*** vamos a encontrarnos con limitaciones, ya que los pactos no tendrán efectos frente a terceros, es decir esa responsabilidad subsidiaria por deudas privativas del otro conviviente no será de aplicación. Para entender las limitaciones del régimen de gananciales, vamos a elaborar de modo esquemático el que les sería aplicable a los convivientes que optaran por él.

---

surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por analogía legis, que aquí no se da, sino por analogía iuris) de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducidos éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo".

76. Se localiza en el artículo 40.1 de la Compilación Aragonesa.

El patrimonio común estará formado por el activo y el pasivo:

El activo de la comunidad lo encontraremos formado según el artículo 1347 del Código Civil por:

- Los obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los convivientes.
- Los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes privativos o gananciales.
- Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común.
- Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos.
- Las empresas y establecimientos fundados bajo la duración del régimen de ganancialidad.

Encontramos unos bienes con dificultades en la determinación del patrimonio al que pertenecen. Estos bienes son:

- Los pagos parciales de créditos aplazados, cuando sea anterior a la convivencia la prestación de un crédito a terceros, y durante la convivencia se adquiera la devolución de estos prestamos, esta cantidad se entenderá que se incorpora al patrimonio privativo.
- El derecho de usufructo o de pensión que es privativo, seguirá teniendo esa naturaleza, pero los intereses y los frutos devengados durante la convivencia serán comunes.
- Si el patrimonio privativo consiste en ganados se tiene en cuenta para considerar los frutos el numero de cabezas que exceda al momento en el que se comenzó la convivencia.
- Las ganancias del juego o adquisiciones por causas que eximen la restitución, forman los bienes gananciales.
- La adquisición de acciones, títulos y participaciones sociales. Se debe diferenciar si nacen de un derecho de suscripción preferente ligado a un bien privativo o a un bien ganancial. Pertenecerá a gananciales si el derecho de sus-

cripción procede de un ganancial, si procede de un privativo tendrá tal naturaleza.

- La adquisición onerosa de bienes a plazo con contraprestación en ganancial y privativa. Este bien está en función del primer reembolso, si el primer reembolso es privativo el bien será privativo y si el primer reembolso es ganancial el bien será ganancial.
- Las mejoras introducidas en un bien privativo con dinero común, nace en derecho ganancial por el aumento de valor de la cosa.
- La presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos constante la convivencia, mientras no se establezca lo contrario.

El pasivo de la sociedad está formado por las cargas de la sociedad. Así que vamos a determinar cuales son éstas, que se recogen en el artículo 1362 del Código Civil:

El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones en función a las circunstancias familiares.

- La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.
- La administración ordinaria de los bienes privativos.
- La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada conviviente.

Éstas serían las cargas, pero la responsabilidad externa de estas cargas seria siempre de la persona que contrajo la deuda. El tercero sólo se podría dirigir al patrimonio del otro conviviente, si les fuera aplicable alguna de las leyes autonómicas, que regulan la responsabilidad solidaria o subsidiaria para los gastos del mantenimiento de la casa, claro esta que se entenderá este gasto dentro de ese concepto.

Pero la responsabilidad interna de estas deudas será en función a este régimen de gananciales. Siempre que esa deuda sea carga ganancial responderán los bienes comunes, sino fueran suficientes nacerá un derecho de restitución de los bienes gananciales a los bienes privativos.

La gestión de la sociedad:

La gestión del patrimonio común parece que debe pertenecer a ambos. Pero parece que no existe la publicidad de este régimen, a diferencia de lo que ocurre con los capítulos matrimoniales. Por ello cada conviviente sólo podrá actuar sobre los bienes que él tenga la propiedad, y sobre los bienes del otro conviviente si existiera una delegación de poder, una representación.

Sobre los bienes privativos cada conviviente tiene su poder de disposición.

Ahora nos vamos a ocupar de ***la Comunidad de bienes muebles y ganancias***, así debemos acudir a la Compilación del Derecho Civil en Aragón. Éste es el régimen económico matrimonial legal que se aplica en el ámbito Aragonés. En el caso de que una pareja de hecho lo pactará el régimen quedaría del siguiente modo:

El patrimonio común lo encontramos formado por el activo y el pasivo.

El activo de la comunidad lo encontraremos integrado por:

- los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso, constante convivencia, o por uno de los convivientes a costa del caudal común.
- Los bienes que los convivientes obtienen de su trabajo o actividad
- Los frutos desde que aparecen o se devengan, de los bienes tanto comunes o privativos.
- Los bienes muebles, como generalidad, no unanimidad.

Existen unos bienes sobre los que existe la presunción de que son bienes muebles por sitios, que pueden integrar el patrimonio común si rompen esta presunción. Estos bienes son: (artículo 39 de la Compilación Aragonesa)

- Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.
- Los vehículos y maquinarias cuya titularidad debe constar en documentación intervenida por oficina pública.
- Los valores mobiliarios, las participaciones en sociedad y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.
- Los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Los archivos de familia, así como las alhajas, obras artísticas y demás objetos preciosos.
- El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito y ahorro.

También se encuentran los bienes que necesitan una determinación de patrimonio, y no se puede demostrar su pertenencia al patrimonio privativo; presunción de que ciertos bienes sin prueba de privaticidad se encuentran incluidos en el patrimonio común[77]. Toda la adquisición de bienes muebles por título oneroso durante la convivencia se encuentra dentro del patrimonio común[78].

El pasivo de este régimen es mas complicado. Ya que sólo se tendrá en cuenta la responsabilidad interna porque como estos pactos no pueden imponerse a terceros, no puede modular la responsabilidad externa. En la responsabilidad externa solo podemos

77. Se localiza en el artículo 40.2 de la Compilación Aragonesa.

78. Por ejemplo: AP de Pontevedra de 6 de abril de 1998, AP de Córdoba de 15 de junio de 1992.

tener en cuenta la responsabilidad que se recoge en algunas leyes autonómicas respecto a gastos comunes o de mantenimiento de la vivienda común.

Pero entiendo que debemos de tener en cuenta que en el régimen económico que estamos tratando la responsabilidad por las cargas del matrimonio será siempre de los bienes comunes, y en un momento posterior si no se cobra esta deuda serán los bienes privativos los que se ocupen de pagar, entre ambos patrimonios por mitad. Pero si las deudas pendientes no se refieren a las cargas del matrimonio, será responsable primero el que contrajo la deuda, si este no se puede hacer cargo con su patrimonio de la deuda se acudirá a los bienes comunes, si éstos tampoco son suficientes se podrá acudir al patrimonio del otro cónyuge en el caso de que la deuda hubiera redundado en utilidad común.

En cambio en las leyes autonómicas, que se regulan las parejas de hecho, las cuales contemplan la responsabilidad solidaria sobre los gastos comunes, encontramos que se está exigiendo una responsabilidad mas dura que la que obtenemos de aplicar el régimen económico de la comunidad de bienes muebles y ganancias. Porque en este régimen acudiríamos primero a los bienes comunes y de modo subsidiario a los bienes privativos. En cambio, con la responsabilidad que exige la ley acudiremos de modo solidario a cualquiera de los dos patrimonios.

Son cargas comunes a los efectos internos de las deudas:

- Las atenciones legitimas de la familia y las particularidades de cada conviviente, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan con el matrimonio.
- Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada conviviente.

- Las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario.
- Los alimentos legales debidos por cualquiera de los convivientes, en las leyes que se impone la obligación durante la convivencia o que se haya incluido por pacto esta obligación.
- Las deudas de uno de los convivientes, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad.

La gestión de la comunidad.

Debemos entender que la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos convivientes de modo conjunto, o a uno de ellos con el consentimiento del otro. Frente a terceros cualquier conviviente podrá realizar uno de estos actos, siempre que posea titularidad sobre los bienes que está comprometiendo. Ya que sino la posee, aunque según este pacto sean bienes comunes, no podrá disponer de ellos al no ser que se establezca un poder por parte del titular de los bienes.

En cuanto a los bienes privativos cada uno de ellos realizará la administración y la disposición de sus propios bienes. Aquí es necesario recordar que la ley catalana establece unos consentimientos diferentes para la disposición de la vivienda familiar.

B) Categorías jurídicas del derecho privado.

Como categorías jurídicas del derecho privado la doctrina entiende aplicables la sociedad irregular y la comunidad de bienes.

La jurisprudencia ha argumentado la aplicación de estas categorías en ciertas ocasiones. Según el estudio jurisprudencial realizado por LOPEZ AZCONA se reiteran ciertos requisitos para que entiendan los tribunales aplicables estas figuras. No se exige para

la aplicación de estas figuras un pacto expreso como se exigía en los regímenes matrimoniales. Sólo es necesario que se deduzca de los actos inequívocos de los convivientes para su aplicación.

Así la aplicación de la comunidad de bienes se aplicará a las uniones de hecho cuando:

1. La convivencia no genera por sí misma la comunidad de bienes, si la pactan será de aplicación inmediata. En el caso que no se pacte, se debe deducir de hechos inequívocos y concluyentes que reflejen la voluntad de formar un patrimonio común.
2. Los tribunales lo entienden aplicable a los siguientes hechos: existencia de cuentas bancarias de titularidad de ambos y de disposición de ellas de modo indistinto; autorización de la disposición de una cuenta bancaria titular del otro conviviente; actividad profesional conjunta; compartir ingresos y gastos; la adquisición por los miembros de la pareja de bienes en litigio; en la adquisición de bienes inmuebles el declarar que se adquiere para la sociedad conyugal.
3. Aunque la titularidad sea de uno solo de los convivientes se reconoce la comunidad, cuando esta titularidad es sólo aparente, y la titularidad del bien sea realmente de ambos, por la voluntad de adquirir conjuntamente.
4. Si el bien es de naturaleza mobiliaria, existe una presunción de comunidad por destinarse al servicio de la vida en común.
5. En algunos casos se admite una comunidad de bienes universal sobre todos los bienes adquiridos durante la comunidad.

Para la sociedad civil los requisitos no son tan flexibles como para la comunidad de bienes, si se pacta una sociedad civil su aplicación será inmediata. Pero si no se pacta, se puede deducir de los hechos inequívocos y concluyentes. Los tribunales la aplican si:

1. Además de desarrollar una actividad laboral conjunta, se deduce como esencial la *affectio societatis*. Se reconoce esta *affectio societatis* cuando ambos convivientes cooperan para la obtención de ganancias, o, aportan un patrimonio similar a esta sociedad.

2. Acude a la aplicación de la sociedad civil irregular particular. Aplica este tipo societario porque no se constituye de modo expreso. No se aprecia la sociedad universal de ganancias, porque falta la voluntad de poner en común todos los bienes y las ganancias. Es una sociedad civil por la naturaleza de la pareja, y no se considera mercantil aunque tenga objeto mercantil.

Respecto a la comunidad de bienes, las partes deben determinar qué se incluye, en qué proporción es cada uno propietario de la cosa, el uso, la división del patrimonio, la contribución a los gastos de conservación, ... En lo que no se pacte se deberá acudir al Título III, del Libro Segundo del Código Civil, "De la comunidad de bienes".

En cuanto a la sociedad civil, acudiendo al Art. 1665 del CC obtenemos los caracteres: es un contrato; en el que se determina una puesta en común de dinero, bienes o industria; y, en el que la intención es hacer comunes la ganancia de lo puesto en común, e incluso repartirla.

En el pacto deberán determinar: cuáles son los bienes que quedan incluidos como aportación a la sociedad, cuál es la cuota de la ganancia perteneciente a cada uno y dejar clara la voluntad de constituir la sociedad (*affectio societatis*). También deben deter-

minar a qué tipo de sociedad se aplica: a la universal (en la que se hacen comunes todos los bienes presentes de los convivientes y todas las ganancias de éstos), o a la particular (en la que no se aportan todos los bienes de los que son propietarios, sino que se limitan los objetos aportados y las ganancias a las que afecta). Pueden determinar en el pacto todo el régimen aplicable a la misma, pero debe tenerse en cuenta que en lo que no se pacte será de aplicación de modo supletorio el CC.

C) Un régimen patrimonial híbrido.

Como consecuencia de la libertad de pacto se puede realizar por las partes un régimen patrimonial que contenga características de diferentes figuras del derecho, por ejemplo de la sociedad de gananciales, de la comunidad de bienes y de la sociedad irregular. Así en sentencias de la jurisprudencia menor se observa cómo se aplican normas de diferentes regímenes patrimoniales[79].

8. EFECTOS ADMINISTRATIVOS RECONOCIDOS EN LAS LEYES AUTONÓMICAS

Las leyes autonómicas que tratan las parejas de hecho recogen una serie de efectos para ellas, ya hemos visto los efectos jurídicos privados que se recogen (en las leyes que los contemplan, por tener competencia legislativa sobre su derecho civil propio); pero en todas las leyes se recogen unos derechos o beneficios de carácter público, que son los que tienen objeto en este apartado.

Como hemos ido comentando a lo largo de todo el estudio, no se realiza un trato unitario a estos derechos y beneficios, esto nos lleva a realizar un análisis en función a los derechos o benefi-

79. Esto lo recoge la ley aragonesa en el artículo 2 "Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera".

cios que se reconocen, y en cada uno de ellos tendremos en cuenta el trato diferencial de cada ley.

Pero antes de entrar a analizar cada efecto reconocido deberemos saber si exige algún requisito adicional a los ya conocidos. En general no se exige ningún requisito adicional en las leyes para poder obtener estos beneficios o ejercitar esos derechos. Sólo la ley aragonesa[80] es la que realiza una distinción entre los efectos jurídico privados y los efectos públicos, ya que solo puede ejercitar esos derechos o ser beneficiario en el caso de que se haya inscrito en el Registro de parejas estables no casadas. Esto en la ley aragonesa provoca una disfunción ya que puede obtener los derechos privados por entender que la pareja cumple los requisitos de la ley, y no ser beneficiaria de los efectos públicos por no haberse inscrito en el Registro.

- Respecto a la función pública.

En todas las leyes se recogen beneficios a los funcionarios de dicha administración, estos beneficios consisten en la obtención de los mismos beneficios que los matrimonios[81].

---

80. Estos beneficios funcionariales se recogen: Art. 9 y 27 de la Ley catalana, Art. 18 de la Ley aragonesa, Art. 13 de la Ley navarra, Art. 8 de la Ley valenciana, Disposición adicional 1ª de la Ley balear, Art. 8 de la Ley madrileña, Art. 7 de la Ley asturiana.

81. Atendiendo al Ayuntamiento de Zaragoza encontramos el pacto del personal funcionario de 2000-2002 en el cual se contemplan estas medidas para las parejas de hecho:

a. En el Art. 13 referente a los permisos, el apartado a. "Hasta tres días naturales por fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o pareja de hecho, padres, hijos y hermanos, susceptible de ser ampliados hasta un máximo de siete días, en consideración a la distancia u otras circunstancias personales" ; el apartado b."Hasta dos días naturales por fallecimiento o enfermedad grave de abuelos, nietos, tíos, sobrinos, hijos políticos, padres políticos, abuelos del cónyuge o pareja de hecho y cuñados..."; el apartado d. "Un día por matrimonio de hijos, padres, padres políticos, nietos, abuelos, abuelos del cónyuge o pareja de hecho, hermanos y cuñados, que deberá disfrutarse en la fecha de la celebración."

Estos beneficios consisten, según la ley catalana, en:

- Excedencia voluntaria, si el otro conviviente es trasladado de ciudad por motivos de incorporación a un puesto de trabajo definitivo perteneciente a la administración pública (cualquiera de ellas), organismos autónomos, entidad gestora de la Seguridad Social, órganos constitucionales o del Poder Judicial.
- Permiso por la muerte o enfermedad grave del otro conviviente.
- Reducción de un tercio o mitad de la jornada de trabajo, con sus respectivas retribuciones, por la incapacidad física del otro conviviente y mientras conviva.

En la ley navarra, se realiza una equiparación a los cónyuges de modo general. Pero a continuación redacta una serie de medidas, no produciendo numeros clausus. Así recoge: licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos. Introduce ya la modificación de dos preceptos adaptándolos a la nueva ley y a esta igualdad de derechos, los preceptos del Art. 50.1 y el 75 del Texto Refundido del Estatuto Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

La ley del Principado de Asturias realiza también un listado de estos efectos, en el cual contempla: permisos, licencias, provisión de puestos de trabajo, ayudas de acción social y demás condiciones de trabajo.

---

b. En el Art. 14.a. licencia por matrimonio, en el párrafo segundo: "podrán disfrutar de la licencia a la que se hace referencia en el párrafo anterior aquellas personas que acrediten en la forma legalmente establecida (certificado de convivencia, inclusión en la cartilla del Servicio de Prevención y Salud, etc.) que mantiene una relación y convivencia estable con otra persona. Serán requisitos indispensables para su concesión llevar dos años al menos de convivencia estable con otra persona y un año de relación estatutaria o laboral con el Ayuntamiento".

El resto de las leyes se dedica a realizar una equiparación de los beneficios que obtiene la pareja casada, a los que recibirá a partir de ahora la pareja de hecho que se encuentre reconocida en la ley que le sea aplicable.

Estas medidas que afectan a los funcionarios pertenecientes a las administraciones autonómicas que han dictado ley. Debemos entenderlos similares a los municipios que realizaran un Registro administrativo de uniones de hecho[82].

Como ejemplo, vamos a analizar el régimen de permisos de los funcionarios que dependen de la Diputación General de Aragón. Para ello acudimos a la Orden de 15 de mayo de 1995[83], del departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por la que se dictan instrucciones sobre vacaciones, permisos y licencias del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autonoma de Aragón, que en el apartado segundo nos remite en materia de permisos al convenio vigente en el momento. Lo que actualmente esta vigente es la Resolución de la Dirección General de Trabajo, por la que se acuerda la publicación de VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral que presta sus servicios en la Diputación General de Aragón, suscrito el día 12 de enero de 1998[84]. Vamos a diferenciar dos puntos:

- En relación a los permisos[85]; se concederán: veinte días por formalización de la pareja de hecho; hasta seis días por fallecimiento de la persona con quien conviva maritalmente; hasta siete días por enfermedad grave o intervención quirúrgica de la persona con la que conviva maritalmente; y,

82. Esta Orden fue derogada por la Orden del 12 de junio del 2001, pero la Orden del 27 de mayo del 2002 reestablece la vigencia de esta, porque la Orden del 12 de junio del 2001 no había logrado evitar la confusión existente hasta el momento.

83. Publicado en el BOA, 6 de marzo de 1998, nº 28.

84. Art. 14 del convenio.

85. Se recoge en el Art. 21 del Convenio.

hasta siete días por alumbramiento de la persona con la que convive maritalmente.

- En caso de fallecimiento del trabajador se concederá a la persona con la que convive maritalmente un auxilio de defunción consistente en 2.750.000 pesetas[86].

- Con relación a los impuestos:

Todas las leyes, excepto la aragonesa que excluye de modo expreso y la ley asturiana no que no realiza equiparación, realizan una equiparación de efectos a los cónyuges, en la medida que son competentes, respecto de los tributos propios[87].

La ley que más reformas contiene es la Ley de Navarra, ya que ellos tienen una competencia fiscal más amplia que ninguna comunidad autónoma. Introduce modificaciones en la Ley Foral 22/1998, de 30 de diciembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas; y también en las normas para la exacción de impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados aprobados el 10 de abril de 1970, por la Diputación Foral de Navarra.

La ley asturiana no realiza equiparación en materia fiscal, ya que aunque no lo dijera de modo expreso podríamos entenderla implícita si contuviera una regla general de equiparación, pero éste no es el caso. La otra ley que no lo contempla es la aragonesa, pero es que rechaza la equiparación en esta materia de modo expreso, "Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho Público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada."

86. Se recogen estas medidas fiscales en: la Disposición Final primera de la ley catalana, en el Art. 13 de la ley navarra, en el Art. 9 de la ley valenciana, en la Disposición Final segunda de la ley balear, en el Art. 9 de la ley madrileña.

87. En el Art. 18 de la Ley Aragonesa.

- Otro tipo de medidas.

En algunas leyes autonómicas se recoge una norma general de equiparación, de todos los efectos de los matrimonios a las parejas de hecho constituidas conforme la ley exige. Encontramos esta fórmula en las leyes: aragonesa[88], valenciana[89], balear[90] y madrileña[91]. En la ley valenciana y balear aun así se realiza una enumeración de equiparaciones en materia de presupuestos, subvenciones y tributos propios.

La ley asturiana[92] no realiza una equiparación general sino que contempla la equiparación de los matrimonios a los miembros de la pareja de hecho solo para el acogimiento familiar, prestaciones y servicios que concede la administración pública asturiana y viviendas propiedad de la administración del Principado de Asturias.

88. En el Art. 8 de la Ley Valenciana.
89. En la Disposición adicional segunda de la Ley balear.
90. En el Art. 9 de la Ley madrileña.
91. En los artículos 8, 9, y 10 de la Ley Asturiana.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*. Edición 1998.

AA. VV. ACTAS DEL IX CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO. *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*. Edición 2001.

ALBALADEJO, MANUEL. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Edición 2000.

ALONSO HERREROS, DIEGO. "Algunas consideraciones sobre los Registros de uniones civiles de hecho". RarAP. 2001. Nº 19.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, JOSE ANTONIO. *Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico*. Edición 1988.

ÁLVAREZ LATA, NATALIA. "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial". Revista de Derecho Privado y Constitución. 1998. Nº 12.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Edición 2002.

BAYOD LÓPEZ, MARIA DEL CARMEN. "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial". Revista Critica de Derecho Inmobiliario. Enero-Febrero 1995. Nº 626.

CALVO CARAVACA. *Derecho internacional privado*. Volumen I y II. 3ª edición.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSE. *Derecho civil español, común y foral*. Edición 1994.

DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS (coordinador). *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil*. Edición 1999.

"Objetivos y métodos para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón: ponencia general elaborada por la Comi-

sión Aragonesa de Derecho Civil. (Decreto 10/1996, de 20 de febrero)". Revista de Derecho Civil Aragonés (1996) II, Nº 2.

"Doctrina del tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil". Revista Aragonesa de Administración Pública (1994), Nº 4.

DIAZ MORENO, JOSE Mª. *Las uniones de hecho aproximación plural*. Edición 1999.

DICTAMEN DE LA COMISION JURÍDICA ASESORA DE ARAGÓN. Dictamen 86/1999 sobre Proyecto de decreto por el que se regula la creación y régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de Parejas Estables no Casadas.

DIEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN, ANTONIO. *Sistema de derecho civil*. Volumen II. Sexta edición 1989.

ESTRADA ALONSO. *Las uniones paramatrimoniales en el derecho civil español*. Edición 1986.

GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO. V. "Legislación civil catalana y aragonesa sobre uniones libres". Revista la Ley. 1999. Nº 5.

"Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (consideraciones de política legislativa)". La Ley. Nº 5431. 3 de diciembre de 2001.

GONZÁLEZ BIELFUSS, CRISTINA. "Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables". Revista Española de Derecho Internacional. Volumen LII. Julio-Diciembre. Nº 2. 2000.

GONZÁLEZ PORRAS, JOSE MARÍA. *Uniones de hecho y pensiones de la seguridad social*. Edición 1992.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS. *Comentarios A la compilación del derecho civil de Aragón*. 1988.
Elementos de derecho civil, IV. Derecho de familia. Cuarta edición 1997.

LÁZARO GONZÁLEZ. *Uniones de hecho en el derecho internacional privado español*. Edición 1999.

LÓPEZ AZCONA, AURORA. *La Ruptura de las Parejas de Hecho. Análisis Comparado Legislativo y Jurisprudencial.* Edición 2002.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL. *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia.* 2ª edición 1997.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 1993". Revista General del Derecho. 1994. Nº 600.

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSE. "La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del estado". Derecho Privado y Constitución. Enero-Abril. Nº 2

MARTÍN CASALS, MIQUEL. "Aproximación a la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja". Revista de Derecho Privado y Constitución. 1998. Nº 12.

MARTINELL Y ARECES PIÑOL. *Uniones de hecho: XI jornadas jurídicas.* Edición 1998.

MARTÍNEZ DE AGUÍRRE, CARLOS. "Notas criticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no Casadas". Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. 1999. Nº 2.

MARTÍNEZ GALLEGO, EVA MARÍA (Coordinadora). *Matrimonio y uniones de hecho.* Edición 2001.

MATA RIVAS, FRANCISCO. *La edad en el derecho civil aragonés.* Edición 1996.

MERINO Y HERNÁNDEZ, JOSE LUIS. *Manual de parejas estables no casadas.* Edición 1999.

Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dirs. Manuel Albaladejo y Silva Díaz Alabart). 2ª Edición, 2000. t. XXXIII. Vol. 1º.

MESA MARRERO, CAROLINA. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos.* Edición 1999.

O'CALLAGHAN, XAVIER. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de familia.* Tomo IV. 4º edición. 2002.

OLIVÁN DEL CACHO, JAVIER. "Problemas de constitucionalidad de la Ley Aragonesa de Parejas Estables no Casadas". Revista Jurídica de Castilla la Mancha. 2000. Nº 29.

PANTALION PRIETO, FERNANDO. "La autorregulación de la unión libre". Poder judicial. Nº 4. 1986.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, JOSE. *La subrogación en la vivienda arrendada y las parejas de hecho*. Edición 1995.

PÉREZ MAYOR. *Separación, divorcio, nulidad, parejas de hecho*. Edición 1996.

PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO. *Uniones de hecho: Estudio práctico de sus efectos civiles*. Edición 2000.

PÉREZ VALLEJO, ANA MARIA. *Autorregulación en la convivencia de hecho*. Edición 1999.

PÉREZ VERA, ELISA. *Derecho internacional privado*. Volumen I y II. Edición 2001.

PICONTO NOVALES, TERESA. "La regulación jurídica de las parejas de hecho en España: un análisis socio-jurídico". Revista de educación. Educación y familia. Mayo-Agosto. 2001.
"Un análisis socio-jurídico del proceso de la reforma de la normativa sobre parejas de hecho en España". La familia en el siglo XXI. Ábaco. 2ª época. Número 29/30. 2001.

PLANA ARNALDOS, Mª CARMEN. "Libertad ideológica y libre opción entre matrimonio y convivencia de hecho". Revista de Derecho Privado y Constitución. 2001. Enero-Diciembre. Nº 15.

PUIG BRUTAU, JOSE. *Fundamentos de derecho civil*. Tomo IV. Edición 1991.

ROCA TRÍAS, ENCARNA. *Métodos y derechos en el derecho de familia*. Edición 1996.
Familia y cambio social. Edición 1999.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE. *Comentarios al fuero nuevo: compilación del derecho civil de Navarra*. Edición 2002.

SERRANO GARCÍA, JOSE ANTONIO. "Matrimonio, pareja estable no casada y derecho de sucesiones". Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. 1999. Nº 2.

TALAVERA FERNÁNDEZ, PEDRO A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales. Propuestas de regulación en España.* Edición 1999.
La unión de hecho y el derecho a no casarse. Edición 2001.

TENA PIAZUELO, ISAAC. *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Edición 1998.

VERDA Y BEAMONTE, JOSE RAMÓN. "Estudio de la reciente Ley autonómica valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho". Revista Valenciana D'Estudis Autonomics. Nº 34. 2001.

ZARRAJUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. "La unión paramatrimonial y la vivienda familiar". Revista General del Derecho. 1993. Nº 584.

EL DERECHO DE ABOLORIO.

Vanesa Viñola Vera
(Beca 2001/2002)

INTRODUCCIÓN

Tras la difícil decisión de un tema sobre el que centrar mi estudio, me decanté por una de las instituciones más características del Derecho Civil Aragonés, como es el Derecho de abolorio o de la saca.

Decimos una de las más características, por que es una de las instituciones que nació y se desarrollo en el territorio aragonés para evitar el desmembramiento del patrimonio familiar o la *Casa*, en una situación social que dista de la actual.

Las mutaciones socioeconómicas acaecidas en nuestro territorio, fundamentalmente en el medio rural, han quitado significado al derecho de abolorio como instrumento del que se sirve un interés familiar que supone una afección sentimental hacia determinados bienes, unida a su consiguiente conservación en el patrimonio familiar.

Son muchos los precedentes de la institución en nuestro Derecho pero es la Compilación de 1.967, la que introduce una norma de cautela que permite a Jueces y Tribunales admitir o rechazar el derecho de abolorio en cada caso concreto. Su inclusión no

tuvo igual acogida entre los comentaristas, surgiendo un dialogo todavía abierto sobre la interpretación de la facultad moderadora, entre los que reivindican su carácter positivo al permitir resolver en equidad los abusos que pudiera ocasionar el retracto y los que la conciben como una norma que permite a los Tribunales rechazar sistemáticamente las demandas, a pesar del cumplimiento de todos los requisitos legales.

Ante estas posturas cabe preguntarse si el interés familiar puede ser adaptado a las nuevas formulas jurídico-familiares que existen en el contexto social vigente dotado de unas circunstancias muy diferentes a las de la época en que primaba una realidad familiar agropecuaria. No debemos olvidar que en el actual contexto social, pervive, entre otros, el principio constitucional de protección de la familia, argumento que parece legitimar una evolución de la institución.

En definitiva, mis objetivos han sido llegar a conocer el origen, significado y alcance de una institución, que a pesar de las modificaciones sufridas en los últimos años por la Ley 1/1.999 de 24 de Febrero, de Sucesiones por causa de muerte y la reciente Ley 2/2.003 de 12 de Febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad, necesita de un esfuerzo conjunto del legislador y las instituciones que permita revivir un derecho que motivado por su escasa operatividad práctica, camina hacia a un plano secundario.

En último lugar, quisiera agradecer a la Institución del Justicia de Aragón la oportunidad de realizar este trabajo.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El Derecho de Retracto gentilicio, tal y como señalaba Ramón SAINZ DE VARANDA y como luego apoyarán otros autores[1], tie-

1. Manuel GARCÍA ATANCE, "Aspectos concretos de la evolución del derecho Aragonés", Separata del *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 14, pág. 23 y ss.

ne su origen en la comunidad familiar germánica, en la que los parientes herederos podían oponerse a la enajenación ejercitándose el derecho de tanteo.

En el Derecho romano no existía ningún derecho de preferencia de carácter legal, de modo que no es posible hablar de ningún retracto basado en el parentesco. Durante la recepción del derecho romano, desaparece este retracto que había sido configurado como tal por el derecho germano. Desde la concepción de la legislación romana, no podían aceptarse derechos de preferencia legal que afectaran al estado normal de la propiedad privada, pues para ellos, la propiedad se trataba de algo invulnerable.

Estas consideraciones explican el que no regularan en España el retracto gentilicio las disposiciones de derecho romano aplicables en el territorio influenciadas por el derecho romano, entre ellas, las Partidas, Ordenamiento de Alcalá y la Nueva Recopilación. Pero a pesar de ello, en los Fueros Municipales[2], encontramos disposiciones que en buena medida afectan a la institución y que de alguna manera, no hacen sino mantener vigentes costumbres que fueron objeto de influencia durante la recepción del derecho germano. Lo regulan igualmente, el Fuero Viejo y el Fuero Real y posteriormente, las Ordenanzas de Castilla, las leyes de Toro, y la Novísima Recopilación.

En Aragón, donde se le acuña como *Derecho de Abolorio* o *de la Saca*, figura regulado en los Fueros de Viguera, Val de Funes, Fueros de Jaca, Compilación de Huesca y Observancias, desconociéndose en Fueros importantes como los de Daroca y Calatayud, quizás por su calificación de Cartas pueblas.

La doctrina aragonesa sitúa el origen del retracto gentilicio en la troncalidad, puesto que no puede obviarse una férrea vincula-

2. Fueros de Logroño, Sepúlveda, Cuenca y Alcalá.

ción de los bienes con la comunidad familiar; sin embargo en tierras castellanas no muy favorables a la implantación del retracto gentilicio, el origen del derecho no descansa en la troncalidad, para el legislador castellano, el eje central del mismo se encuentra en la esfera municipal, es decir, en impedir que los bienes salgan de los miembros de una familia o en último término de los vecinos de un pueblo.

No puede desconocerse, que el retracto gentilicio tuvo vigencia en todo el territorio de España sometido al derecho común, a pesar de que tiempo después el Proyecto de 1.881 propusiera su supresión, manteniéndose este rechazo en nuestro Código Civil. Los principales motivos de su desaparición fueron evitar las grandes masas de bienes en torno a la organización familiar, así como eliminar los posibles impedimentos en la libre disposición de los bienes.

Juristas como Luis FRANCO Y LÓPEZ[3], muestran su rechazo a algunas instituciones de Derecho Civil de Aragón, entre las que incluye el retracto gentilicio. Se manifiesta así mismo en sentido negativo, y por tanto, no aceptando esta institución, el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses del año 1.881 para la redacción de la Compilación Foral, que propuso su supresión.

Estas posturas fueron recordadas con posterioridad por opiniones autorizadas, como Manuel GARCIA ATANCE[4], firme partidario de su restricción porque se trata de una"*...institución que por sí sola da lugar a muchos abusos y que no está justificada por la organización familiar actual,...*".

---

3. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Imprenta M. Peiró, Zaragoza, 1.841.

4. Manuel GARCÍA ATANCE, *"Aspectos concretos de la evolución del derecho aragonés"*; cit. pág. 34.

Hoy la nueva Compilación, lo regula en los artículos 149 a 152, bajo la rúbrica de Derecho de Abolorio o de la Saca. Pero dicho cuerpo legal contiene términos muy diferentes a sus regulaciones anteriores.

Aparece regulado ya el derecho de Abolorio o de la Saca en los Fueros de Aragón más antiguos. Concretamente, los que gozan de mayor importancia son los siguientes:

Fuero 1º Familiae herciscundae.

"For J. Jacobus J. Osca. 1247

Pidiendo la heredad que es de avolorio, el que la posee ha de mostrar como la tiene: otra cosa es si se pide como de bisabolorio".

Este Fuero indica que ningún infanzón u otro hombre puede reclamar una heredad que posee otro alegando contra su poseedor que dicha heredad fue de su bisabuelo, impidiéndose así la pretensión de los bienes de bisabolorio.

Fuero 4º De Communi dividundo.

"Jacobus 1º Osca 1247

Cum fratre aut sorores habuerint Inter. Se divisas haereditates, quae ad cos pertinent avolorio, aut de patrimonio et aliquis corum voluerit vendere parten haereditatis, que sibi tetigerit; secundum Forum prius debnet offere illud fratribus, vel parentibus, si voluerint emerevartem suma; quod si noluerint emere, ext tunc liberi poterit vendere cui voluerit. Sed si no fecerit eis scire, et vendiderit eam aliis, quicumque ex fratribus, aut sororibus, vel parentibus ex illa varte unde venit haeriditas, recuperare eam voluerit, dando precium, pro quanto fuit vendita infra unum annum, et unum diem libere et absque contradictione poterit eam recuperare, et habere, iurandum tamen, quod ad opus sui vult, et non ad opus sui vult, et non ad opus alterius. Intelligendum tamen est, quod annum, et dies habet locum, quando germanus, vel consanguineus qui

vult retiñere et recuperare haereditatem, erit absens, vel ignorans; qui si sciverit haereditatem illam venditam, non habeat nisi decet dies, a die illa qua primitus scivit illam haereditatem esse venditam".

Según este Fuero, cuando entre varios hermanos tuvieren divididas entre si las heredades que a ellos pertenecieren de *abolorio o de patrimonio*, y si alguno de ellos quisiere vender la parte de heredad que le correspondiere, según el texto, debe ofrecer en primer término a los hermanos o parientes para ver si quieren comprar su parte, y sólo en el caso que rechazaran la misma podrá venderla libremente a quien quisiere. Si no les hiciere saber, y vendiere a otro, si cualquiera de los hermanos quisiera comprarla podrá recobrarla, pagando el precio por cuanto fue vendida, antes del transcurso de un año y un día, y con el consiguiente juramento que la quiere para si y no para otra persona.

Fuero 5° De communi dividundo.

"Jacobus 1° Osca 1247

Quicumque volercerit vendere hereditatem sui avolorii, et eius consanguineus vult eam emere, non debet habere eam alius, et si non interest emptioni alli factae, quod det emptori infra unum annum, et unum diem tot denarios quot ei constitit, iurando tamn emptor, quod tantum constitit instrumentum continet. Et si forte eam redere non vult emptor, ostendat ei signal et vraepatet ei denarios quos constitit, et postea emptor sine mala voce quod si praenens fuerit, non habeat nisi X. dies".[5]

Cualquiera que quiera vender la heredad de su abolorio y su consanguíneo quiera comprarla, no debe tenerla otro; y si no par-

5. Comenta este Fuero, Bernardino de Monsoriu, en la Summa de Monsoriu del año 1.589," *Ha de dar lo que costó jurando el comprador que pago el precio contenido en la carta, y que es lo que costó: y si el comprador no quiere restituyr annuestrele señal y aparéjele los dineros que le costó, y de allí adelante no le podrá retener el comprador sin su mala voz: y esto se entiende como esta dicho dentro de año y día si estuviere absente, y de diez dias praesente".*

ticipa en la compra hecha a otro, que dé al comprador antes de un año y un día los dineros que le costo, jurando, sin embargo, el comprador que costo tanto cuanto contiene el documento. Y, si acaso el comprador no quiere devolverla, muéstrele la señal y ofrézcale los dineros que costó y, después, el comprador no podrá tenerla sin mala fama; esto si ha estado ausente porque si ha estado presente sólo tendrá diez días.

En último lugar, encontramos el Fuero Único de 1.678, que llama especial atención por ser la primera vez que el legislador se refiere al retracto gentilicio como *"Derecho de abolorio o de la Saca"*:

Que tenga lugar el beneficio de la Saca en las bendiciones de sitios que se hizieren por Corte.

Es natural la propensión á conservar en las familias los bienes sitos que de antiguo han poseído por cuya causa añadiendo á lo dispuesto en los Fueros de este Reyno á cerca del beneficio de la saca: Su Magestad, y en su Real nombre el Excelentisimo Don Pedro Antonio de Aragón de voluntad de la Corte, y Cuatro Bracos de ella estatuye, y ordena, que si trancados, ó vendidos algunos bienes sitos por Corte judicial el señor de los bienes dentro del termino de diez días que tiene por Fuero no los recobrase, valiéndose del privilegio del derecho de la moderación, puedan sus parientes y consanguíneos, á quienes por Fuero y Derecho perteneciere el beneficio de la saca, o de retracto jurando que quieren los dichos bienes para sí y no para otros, recobarlos dentro de dos meses pues en esto no se perjudica al comprador de Corte, á quien se le han de restitur el precio: Y para que corra el termino de los dos meses para el recobro de los bienes judicialmente subhastados, no sea necessario hazzer intimas. Ó notificación á los parientes á quienes perteneciere el dicho beneficio de la saca".

Encontramos junto a los anteriores Fueros otros textos que constituyen fuentes legales, en los que este retracto trae su causa.

Así, las Observancias que servían de instrumento de aplicabilidad del propio derecho de abolorio. Concretamente destacamos las más significativas:

Observancia 2ª., De consortibus eiusdem rei:

"Item nota, quod si pater venditit bona, quae ipse acquisivit titulo oneroso, vel lucrativo, alias quoam ex sucessione parentum, vel consanguineorum, non possum fratres, vel filiis vel aliis haber ea praetextu proximitatis, tanquam avolorii, vel patrimonii".

Así mismo advierte que si, el padre vendió los bienes que el mismo adquirió bajo titulo oneroso o lucrativo y no por sucesión de padres o consanguíneos, no pueden ni los hermanos ni los hijos ni otros tenerlos, bajo pretexto de proximidad, como de abolorio o de patrimonio.

Observancia 8ª., De consortibus eiusdem rei:

"Item, si aliquis vendiderit aliquam haereditatem de patrimonio: Ille qui emit, non potest eam alineare infra dies quos consanguinei habent, ad offerendum pretium:et si fuerit consanguineus, qui voluerit rem recuperare, poterit ageri contra eum, non obstante quod eam alienaverit: nec poterit se defendere diciendo, quod eam alium alienavit".

Si uno vendieré una heredad de patrimonio, el comprador no puede enajenarla dentro de los días que tienen los consanguíneos para ofrecer el precio, y si lo hiciere el consanguíneo que quisiere recobrar la cosa puede instar contra él aunque los hubiere enajenado y no podrá defenderse diciendo que los vendió a otro.

Observancia 16ª., De consortibus eiusdem rem:

"Si vero vis, ne consanguineus venditoris recuperet á te rem vendita beneficio Fori, ut bona avolorii, fiat instrumentum cambii: sed si probetur quod contractus venditiones praecesit, non valebit permutatio, immó extrahet eam dictus consanguíneus bona avolorii".

Pero, si quieres que el consanguíneo del vendedor no pueda recobrar de ti como bienes de abolorio la cosa vendida por el beneficio del fuero, hagasé un documento de cambio. Pero si se prueba que hubo un contrato de venta anterior, la permuta no valdrá; antes bien, dicho consanguíneo se llevará la cosa vendida como formando parte de los bienes de abolorio.

Finalmente, destaca la Observancia 21ª., *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum:*

"Item es aliud privilegium in Aragonia, quod haereditatem sui avolorii non potest alius per emptionem habere si consanguineus habere volverit dum tamen infra annum, et diem det denarios emptori quos eit constitit, oferat ei denarios: si emptor nolit recipere ostendat ei consanguineus segnal, oferat ei denarios quos constitit, postea sine mala voce non potest retiñere emptor, hoc in absente: consanguineus autem praesens non habet nisi decem dies".

Reza la observancia de la siguiente manera: Es otro privilegio de Aragón, que nadie puede adquirir por compra la heredad de abolorio, si el consanguíneo quisiera haberla para si, con tal de que dentro de un año y un día entregue al comprador el precio que le costó ofreciéndole los dineros y si el comprador no los quiere recibir preséntele entonces el consanguíneo, señal y ofrézcale la cantidad que pago; de esta manera el comprador no podrá ya retener la cosa sin mala voz, entendiéndose esto del ausente, pues el consanguíneo presente no tiene más que diez días.

Tras las anteriores, llegamos al Apéndice de Derecho Foral de Aragón, publicado el día 15 de Diciembre de 1.925, que sustituirá a los entonces derogados Fueros y Observancias. El artículo 76 del citado texto regulaba el retracto "de abolorio o derecho de tanteo o de la saca", en los siguientes términos:

"Entre los retractos legales tendrá lugar respecto de bienes raíces el de "abolorio", o sea, derecho de tanteo o de la saca, por virtud del cual los

hermanos y los demás colaterales de consanguinidad legítima del que haya vendido o dado en pago, sea en privado, sea en subasta judicial y aunque medie carta de gracia, una finca heredada de ascendiente común a él y a aquellos, puede subrogarse en lugar del comprador o adjudicatario que sea extraño o pariente en ulterior grado bajo las condiciones mismas del contrato o la adjudicación.

Si concurren a retraer dos o más personas el mejor grado atribuirá preferencia; y dentro de él la prioridad de tiempo en presentar la demanda, sin afección de edad ni sexo.

El retrayente habrá de satisfacer el precio, los gastos del contrato u ocasionados por éste y las impensas necesarias o útiles que se hayan hecho en el inmueble. Quedará, además, obligado expresamente a conservar la finca retraída dos años por lo menos, si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación".

A pesar de su precisa y clara redacción no faltaron juristas que trataron de interpretar restrictivamente este artículo, que no hicieron sino disminuir con ello, en palabras de Luis BERMÚDEZ ACERO, la eficacia practica de esta institución.

Culminada esta etapa el derecho de abolorio será objeto de redacción junto a otras instituciones aragonesas, de los no pocos trabajos preparatorios redactados por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses y la Comisión General de Codificación[6] y que culminará, en la no menos reseñable Compilación de 1.967, integrada al Ordenamiento Jurídico Aragonés y adaptada a los principios constitucionales por Ley de Cortes 3/1.985, de 21 de Mayo.

El primero de los trabajos preparatorios del citado cuerpo legal conocido como el Anteproyecto del Seminario de la Comisión

6. Anteproyectos de 1.961, 1.962, 1.963 redactados por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses; 1.965 y 1.966 redactados por la Comisión general de Codificación. Finalmente Anteproyecto del Pleno de la Comisión General de la Codificación..

de Jurisconsultos Aragoneses en 1.961 (ASCJA), configura al derecho de abolorio como un derecho de preferente adquisición que corresponde a *"ciertos parientes de quien enajene bienes de abolorio"*[7].

Pocas diferencias mantendrán los anteproyectos que le sucedieron en los años 1.962 (ACJA)[8] y 1.963 (ACJA)[9]; José Luis MERINO HERNÁNDEZ[10] recoge estas variaciones resumiéndolas en tres:

La primera de ellas versa sobre la determinación de los legitimados para el ejercicio del abolorio, pues los apuntados Anteproyectos llamaban directamente a los parientes sucesores en la "sucesión troncal", con el limite a los colaterales de sexto grado.

En segundo lugar un plazo de treinta días para el ejercicio del derecho, computable desde la notificación fehaciente "de la intención de enajenar o de la enajenación realizada".

Por el contrario el requisito de la fehaciencia era tratado con carácter alternativo por el Anteproyecto de 1.961.

En tercer y último lugar preveían un plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de retracto. Plazo, que por ende, desconocía el citado de 1.961.

Tras los tres Anteproyectos anteriores llegamos a Julio de 1.965, fecha en la que la sección especial de la Comisión General de Codificicación redacta el siguiente Anteproyecto (ASECGC)[11]; en el que se observa que se sigue manteniendo en la notificación el ca-

7. Artículos 161 a 167 del ASCJA-61.
8. Artículos 167 a 173 del ACJA-62.
9. Artículos 162 a 168 del ACJA-63.
10. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón "en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dtor. M. Albadalejo, Tomo XXXIV, Vol. 2º; Edersa, Madrid, 1.988, pág. 267. nota c.
11. Artículos 147 a 151 del ASECGC-65.

rácter de fehaciencia introducida por sus antecesores y disidiendo en torno al plazo de caducidad entre cuatro y dos años. Incluyendo como novedades más significativas la polémica facultad moderadora de los Tribunales, que no ha dejado de ser objeto de muy distintas interpretaciones por nuestra doctrina; y en la que profundizaremos cuando estudiemos el ejercicio de esta la facultad.

Un año más tarde, en Mayo de 1.966, es redactado el Anteproyecto que será presentado al Pleno, nuevamente redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación (ASECGC)[12]. El articulado de este Anteproyecto, fue admitido finalmente por el Pleno de la Comisión General de Codificación, aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes Españolas como Proyecto de Ley, donde será posteriormente aprobado (ACGC-PL).

Contiene una regulación idéntica a la propia Compilación de Derecho Civil Aragonés, en la que reza el derecho de abolorio o de la saca de la siguiente manera:

Elementos constitutivos

Art. 149.1. En toda venta o dación en pago a un extraño, o aun pariente más allá del cuarto grado, del dominio pleno, útil o directo de inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, los parientes colaterales hasta el cuatro grado por la línea de procedencia de los bienes, gozan del derecho de abolorio o de la saca, de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto.

2. Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas podrán moderar equitativamente el ejercicio de este Derecho.

12. Artículos 149 a 153 del ASECGC-66.

3. Si concurren dos o más parientes, la preferencia se determinará por el orden establecido en los números 1 y 3 del artículo 132 y en igualdad de derecho, la tendrá el primero en ejercitarlo.

Forma y Plazo

Art. 150. 1. El derecho de abolorio se ejercitará entregando o consignando el precio en el término de treinta días, a contar de la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, bien de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a los parientes, con expresión, en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato.

2. A falta de dicha notificación fehaciente, el término será de noventa días, a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la propiedad, o en su defecto, el día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales.

3. En todo caso, el derecho de abolorio caduca a los dos años de la enajenación.

Limitación de la Facultad dispositiva.

Art. 151. El inmueble adquirido por derecho de abolorio es inalienable por "acto intervivos", aún a favor de parientes, durante cinco años, a no ser que el adquirente venga a peor fortuna.

Concurso de derechos de adquisición.

Art. 152. El derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualquiera otros derechos de adquisición preferente.

Como se observa los preceptos correspondientes al derecho estudiado, no han sufrido ninguna modificación formal por la Ley Autonómica de 1.985[13], manteniéndose una idéntica redacción. En-

13. Ley adaptadora de la Compilación de Derecho Civil Aragonés a la Constitución de 1.978.

tiende MERINO HERNÁNDEZ[14] que la terminología utilizada por nuestro legislador de 1.967 podía ser comprensiva de los supuestos que la norma constitucional exige contemplar, especialmente en lo relativo a la no diferenciación en materia de filiación para todo lo que pueda afectar al derecho de abolorio o de la saca.

TERMINOLOGÍA

Son muy diversas las denominaciones que ha recibido el derecho de abolorio aragonés a lo largo de su historia, por lo que conviene hacer un estudio sobre el aspecto terminológico de la institución.

Ya en el Fuero 4º *De communi dividundo*, sin llegar a calificar el retracto se utilizan dos términos distintos para hacer referencia al derecho de abolorio: retener y recuperar[15]. Términos que mediante su lectura permiten entrever la estructura del derecho, es decir, las dos fases o momentos en que en la actualidad puede ejercitarse el mismo: antes de consumar la venta, mediante el derecho de tanteo, antiguamente retener, o bien una vez consumada la venta, mediante el actual derecho de retracto, antiguamente recuperar.

Observamos de acuerdo con lo expuesto, que mediante los términos aludidos, se podía retener o recuperar en la comunidad familiar aquella parte de bienes que correspondió al vendedor en el momento de la partición.

Por su parte el Fuero Único de 1678 utiliza la expresión recobrar refiriéndose a la segunda fase en el ejercicio del derecho al

14. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentarios a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 267, nota d.

15. "..... retenere et recuperare hereditatem...."

igual que su antecesor mediante el término recuperar. A pesar de ello; dicho Fuero alude al derecho expresamente mediante la antigua denominación *beneficio de la saca.*

En el viejo derecho común, el retracto de abolengo es el primero que aparece entre las fuentes históricas, prueba de ello es la inclusión del mismo en el Proyecto de Ley de Bases de 1881 por Alonso Martínez; pero al margen de esta mención, era generalmente conocido como *retractus consaguinitatis.*

La doctrina aragonesa ha calificado la institución de muy distintas maneras. La denominación retracto gentilicio ha sido utilizada por gran parte de foralistas aragoneses, quizá aludiendo al eje central en torno al que se aplica la institución, entre ellos pueden citarse los siguientes: SAINZ DE VARANDA[16], VIDAL TOLOSANA[17] y LACRUZ BERDEJO[18]. Es precisamente el término gentilicio el utilizado en la legislación foral navarra para consagrar una figura similar a nuestra institución.

Hay otros autores que sin renunciar a la palabra retracto la adjetivizan como *retracto de abolorio*, término que fue ya utilizado por el Apéndice de 1925; con él se pretende hacer referencia a los bienes objeto del derecho-bienes de abolorio-, que no son otros que los procedentes del abuelo y que hoy el artículo 149.1 de nuestra Compilación, recoge como "aquellos que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores

16. Ramón SAINZ DE VARANDA "El retracto gentilicio", *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, pág. 228.

17. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas". *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1943, pág. 243.

18. José Luis LACRUZ BERDEJO "Una cuestión de derecho histórico en tema de retracto gentilicio". *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo X, 1959-1960, pág. 245.

a la del disponente "[19], destacan entre los anteriores: VICTORIA GARCES [20] y BERMÚDEZ ACERO [21].

Hoy la terminología utilizada por nuestra Compilación es doble: *derecho de abolorio o de la saca*. El notario MERINO HERNÁNDEZ en su estudio sobre la institución caracteriza al primero de ellos como un gran hallazgo legislativo, en la medida que no solamente hace referencia a la esencia misma del derecho, sino que engloba los dos momentos en que puede desarrollarse la institución, sin necesidad de utilizar para cada uno de ellos términos distintos.

Es éste, el término más utilizado por la doctrina moderna: SANCHO REBULLIDA[22] y MERINO HENÁNDEZ[23] por citar sólo algunos, pero junto a él encontramos la expresión ya apuntada *derecho de la saca*, la cual no aparece como una manifestación contraria a la institución, sino que la propia Compilación, en el Titulo I, la contempla emparejándola al derecho de abolorio.

En la jurisprudencia también se ha utilizado una terminología muy diferente a lo largo de los años: *retracto* gentilicio (sentencia de la A.T.Z. de 12 de Febrero de 1912), *retracto de abolengo* (sentencia de la A.T.Z. de 13 de Febrero de 1975), *retracto familiar o de sangre* (sentencia de la A.T.Z. de 13 de Febrero de 1975), *retracto de*

---

19. La Gran Enciclopedia Aragonesa, concretamente la voz redactada por SAINZ DE VARANDA, lo define de la siguiente manera: "*Dicese de los bienes procedentes de los antepasados o abuelos, que el Derecho aragonés tiende a mantener en la Casa o tronco en el que han permanecido durante generaciones. Lo hace, fundamentalmente, abriendo la sucesión troncal cuando alguien fallece sin hijos, y concediendo el derecho de abolorio o de la saca (retracto gentilicio) a favor de ciertos parientes en caso de venta de determinados bienes inmuebles troncales*".

20. Manuel VICTORIA GARCÉS, "Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio", *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1942, pág. 93.

21. Luis BERMÚDEZ ACERO, "Retracto de abolorio en Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo X, 1959-1960, pág. 243.

22. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, "Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, ponencia: Derecho de bienes y derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Aragonés*,Tomo XIV, 1968-1969, pág. 557 y ss.

23. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentarios a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit, pág. 269.

abolorio o de la saca (sentencia de la A.T.Z de 22 de Diciembre de 1977), pero esta línea jurisprudencial cambiará en la sentencias dictadas en años posteriores, que se referirán a la institución como *derecho de abolorio*, entre ellas la reciente sentencia de la A.P.Z de 14 de Septiembre de 2001.

No podemos concluir este apartado, sin hacer referencia, a las denominaciones utilizadas por figuras similares a nuestro derecho de abolorio aragonés reguladas en distintas Comunidades Autónomas a pesar de la supresión del retracto gentilicio castellano del Código Civil. Merecen especial significación el *retracto gentilicio* en el Fuero Nuevo de Navarra, el *derecho de torneria* en la Compilación Catalana, pero circunscrito territorialmente al valle de Arán, y el *derecho de la saca foral* en la legislación del País Vasco. Instituciones en las que nos detendremos más adelante al estudiar nuestra figura en relación al Derecho Comparado.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Vamos a realizar en este apartado un estudio de dos cuestiones íntimamente relacionadas, pues, a través de una exposición detallada de la naturaleza de la institución, llegamos a una completa definición del derecho de abolorio.

Antes de centrarnos en la naturaleza jurídica, es oportuno dar una definición, para poder situarnos mejor en la institución, así lo concretamos con la profesora Aurora LÓPEZ AZCONA, que lo define *"como aquel derecho de adquisición preferente –ejercitable como tanteo y subsidiariamente, como retracto– que se concede bajo determinadas condiciones, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado del que pretende enajenar o ha enajenado a un extraño o pariente más allá del cuarto grado inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente"*.[24]

24. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El Derecho de Abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", *Revista Jurídica de Navarra*, Julio- Diciembre 1993, núm. 16, pág. 139.

El derecho de abolorio aragonés puede configurarse como un derecho familiar de adquisición preferente, pues así lo califica el artículo 149.1 de la vigente Compilación de Derecho Civil.

La doctrina mayoritaria lo configura como un derecho real, destacando que el acto originador del mismo es la enajenación de un inmueble. Otros sin embargo abogan por la naturaleza personal del derecho, ya que se atribuye a determinadas personas por razón de su parentesco con el enajenante. Pero a pesar de su carácter, real o personal, como derecho de adquisición preferente que es, puede predicarse la oponibilidad *erga omnes* de la que goza, de manera que su titular no solo podrá dirigirse, contra el primer adquirente de la cosa, sino también contra los que le sucedan, en el caso de trasmisión del dominio de ésta.

GARCIA CANTERO califica el derecho como legal por su origen, pero no excluye la opinión mantenida al respecto por la foralista navarra, Roncesvalles BARBER CARCAMO, en su estudio sobre el retracto gentilicio, en donde plantea la posible configuración convencional del derecho, en base a los territorios en que es admitido y los territorios en que no ésta regulado.[25]

Hay otros autores, como MERINO HERNÁNDEZ, que sin calificar propiamente la institución, realizan un estudio de su naturaleza jurídica a través de sus principios inspiradores, entre los que merece centrar nuestra atención los siguientes:

1.- UN DERECHO BASADO EN EL INTERÉS FAMILIAR

El interés familiar constituye la esencia misma de la institución, de manera que sin él desaparece su razón de ser. Siguiendo a MERINO HERNÁNDEZ[26], hablamos de interés familiar, como la

25. Véase Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-junio 1998, núm.25, nota 34, pág. 165.

26. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, (C.S.I.C), Zaragoza, 1.980, pág. 28.

afección a determinados bienes que han permanecido en la organización familiar durante años y que impulsa al retrayente a ejercitar el derecho, para evitar que pasen a manos extrañas.

VIDAL TOLOSANA señalaba en su estudio "*...el retracto gentilicio que nos ocupa tiene por objeto el de contribuir en lo posible a que la propiedad familiar no se desperdigue y a conservarla en el menor número posible de propietarios y todos ellos pertenecientes a la familia de donde los bienes proceden....*".[27]

GARCÍA ATANCE, lo definía como "El interés que supone la conservación del patrimonio familiar como base de sustentación de la familia".[28]

Da muestras de la importancia de este interés en el ejercicio del derecho la importante sentencia de la A.T.Z. de 13 de Febrero de 1975, que configura el fundamento del retracto gentilicio "en evitar que los bienes salgan de la familia por el cariño del retrayente a los bienes enajenados y el sentimiento de que no pasen a manos extrañas".

Junto a esta afección sentimental, no puede desconocerse en determinados casos un interés puramente económico. Será entonces cuando intervendrá la facultad moderadora que confiere a los tribunales el artículo 149.2 de la Compilación y que tratará de concretar el interés familiar de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y a las que me referiré más adelante.

---

27. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas, cit. pág. 243.

28. Manuel GARCÍA ATANCE, "El retracto de abolorio o de la saca", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XIII, 1.965, 1.966, 1.967, pág. 454.

2.- UNA MANIFESTACIÓN DE LA EXPECTATIVA HEREDITARIA

No puede desconocerse la existencia de una intima relación entre el derecho de abolorio y la sucesión troncal, que contempla el ordenamiento jurídico aragonés.

José Antonio SERRANO GARCÍA[29], siguiendo a BRAGADA DA CRUZ, señala que la troncalidad sucesoria y el retracto familiar son dos instituciones que tienen igual finalidad, ambas pretenden evitar que salgan de la familia bienes que tradicionalmente le han pertenecido; pero difieren en su ámbito de aplicación: el retracto procura impedir esta salida por medio de actos *inter vivos* y la sucesión troncal a través de *sucesión ab intestato*.

SAINZ DE VARANDA ha resaltado este carácter de expectativa hereditaria, pero ligando el derecho de abolorio no con la sucesión troncal, sino con la sucesión legal en su conjunto, es decir con la expectativa que los parientes tienen sobre el inmueble objeto de la enajenación onerosa.[30]

La vigente Compilación, en su artículo 149 contiene dos referencias, que nos ayudan a comprender mejor la relación subsistente entre ambas instituciones:

- Por un lado, el primer párrafo establece una limitación en torno a los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, coincidente con la limi-

---

29. José Antonio SERRANO GARCÍA, "Derecho de abolorio, bienes de abolorio y comunidad conyugal", en *Troncalidad y Comunidad conyugal Aragonesa*, Centro de Estudios Registrales de Aragón, Zaragoza, 2.000, pág. 86 y 87.

Véase también al respecto Luis MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en el Derecho aragonés*, Ed. Artes Gráficas E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1.994, pág. 123. "*...Las adquisiciones o recobros pueden tener su origen en un acto Inter vivos o mortis causa; en el primer caso estamos ante un retracto de abolorio, en el segundo ante sucesión troncal...*".

30. Ramón SAINZ DE VARANDA., "El retracto gentilicio", cit. pág. 257.

tación predeterminada en el artículo 132 de la Compilación[31] para el ámbito de la sucesión intestada.

- De otro lado, el tercer párrafo del artículo 149 remite al artículo 132. 1º y 3º del mismo cuerpo legal[32], para resolver la concurrencia de dos o más parientes en el ejercicio del retracto.

3.- UN DERECHO DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Es éste un criterio mayoritariamente admitido por la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, pues su configuración como una limitación a la libre disponibilidad, como el resto de los retractos legales, no determina sino la influencia del principio restrictivo en su ejercicio. Principio que afectará:

- A sus elementos subjetivos, es decir incidirá en la determinación de las personas que podrán ejercitarlo.
- A sus elementos objetivos, estableciendo solamente los bienes inmuebles como susceptibles de preferente adquisición. Pero no solamente van a quedar excluidos los bienes muebles, sino que quedarán al margen ciertos inmuebles en determinados supuestos especiales.
- Afectará igualmente, el principio de restricción a los negocios de trasmisión que pueden ser origen del ejercicio del derecho, quedando así, circunscrito a la venta o dación en pago que señala la vigente Compilación.

A modo de ejemplo, podemos citar la ilustrativa sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Abril de 1985, que "reputa los derechos de tanteo y retracto legales, limitaciones de cargas de derecho público, cargas que, en calidad de tales y por envolver una limitación

31. En la actualidad, el artículo 132 de la Compilación se encuentra derogado por la Ley 1/1.999, de 24 de Febrero de Sucesiones por causa de muerte.

32. En la actualidad, el artículo 132 de la Compilación se encuentra derogado por la Ley 1/1.999, de Febrero de Sucesiones por causa de muerte.

del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con carácter restrictivo".

4.- CARÁCTER REAL

Hay un sector de la doctrina, entre los que destaca el notario MERINO HERNÁNDEZ[33], que califica el derecho de abolorio como un derecho de adquisición preferente de carácter real, pero es ésta una cuestión todavía hoy inmersa en la discusión acerca de la naturaleza real o personal de los derechos de adquisición preferente:

Civilistas como ROCA SASTRE, niegan el carácter real del retracto legal, afirmando que"...El retracto legal, como el tanteo legal. Por su propia esencia o naturaleza carece de las características de los derechos reales".[34]

En igual sentido, DIEZ PICAZO en su manual de derecho civil, rechaza la naturaleza real de los derechos de adquisición preferente, de los que afirma que no son más que *"simples facultades de adquisición", que "no confieren a su titular un poder inmediato o directo sobre la cosa"*.[35]

A pesar de las opiniones anteriores, la postura mayoritaria aboga por atribuir un carácter real, no personal, a estos derechos de preferente adquisición, destaca al respecto CASTAN TOBEÑAS[36], quien apoya la anterior afirmación sustentándola en base al artículo 37.2 de la Ley Hipotecaria[37].

33. José Luis MERINO HERNÁNDEZ,. *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 33-35.

34. Ramón María ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 6ª edición. Ed. Bosch. Barcelona, 1968. pág. 662.

35. Luis DIEZ PICAZO, *Lecciones de derecho civil, III*, Derecho de las cosas, Valencia, 1967, pág. 8.

36. José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Derecho de obligaciones, Instituto Ed. Reus, Madrid, 1961, pág 160.

37. Véase el artículo 37. 2 de la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1.946, que admite la posibilidad de que puedan prosperar las demandas de retracto legal en los casos y términos que las leyes civiles establezcan aún frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a los preceptos de la propia legislación hipotecaria.

La jurisprudencia viene admitiendo el carácter real de estos derechos, prueba de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1996 o la antigua sentencia de la A.T.Z. de 24 de enero de 1913.

5.- UN DERECHO PERSONALISIMO Y RENUNCIABLE

El derecho de abolorio, es un derecho del que gozan determinados sujetos, en función de la relación de parentesco que les une a la persona del enajenante.

SAINZ DE VARANDA, subraya que la titularidad subjetiva del derecho de abolorio *"se tiene por ser pariente, por pertenecer a la familia"*. Como hace notar, este retracto es una facultad que integra la lista de los llamados "derechos de familia", que en calidad de tales gozan de un carácter personalísimo. Añade a lo anterior *"....por lo que dado además su carácter patrimonial, es renunciable"*.[38]

Por ello podemos afirmar, que no será trasmisible ni *inter vivos, ni mortis causa*, pero que como facultad que se atribuye a determinadas personas, el derecho de abolorio es, por tanto renunciable en cualquier momento; ya sea expresamente (bien mediante manifestación oral o escrita del propósito de no ejercitar la facultad conferida) o tácitamente (cuando pudiendo no se manifieste de modo alguno).

6.- UN DERECHO EXCLUYENTE DE OTROS DE IGUAL NATURALEZA

A la concurrencia del derecho de abolorio con otros derechos de adquisición preferente, se refiere expresamente el artículo 152 de la Compilación, poniendo fin a las dudas planteadas hasta el momento en torno a la cuestión. Dice con gran claridad este artí-

38. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 35 y 36.

culo *"el derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos de adquisición preferente"*.

De esta forma, en el supuesto de concurrencia del derecho de abolorio con otros derechos de adquisición preferente, tales como el de comuneros, colindantes, coherederos, etc; el primero de ellos colocará a los restantes en un escalón posterior.

De esta cuestión nos ocuparemos más adelante, ya que la especial relevancia de la materia le hace merecedora de un tratamiento profundizado en un apartado posterior.

DERECHO COMPARADO

Nos ocupamos del derecho comparado centrándonos en los ordenamientos jurídicos españoles, en concreto los derechos navarro, vizcaíno y catalán. Es cierto que el derecho de abolorio ha desaparecido de la legislación del Código Civil, pero es conveniente estudiar instituciones análogas a éste, que perviven en las legislaciones apuntadas; como son el *retracto gentilicia navarro, el derecho de la saca foral y el derecho de torneria.*

1.- NAVARRA

En Navarra esta figura en un principio denominada *derecho de abolengo*, encuentra sus orígenes históricos en el derecho germánico, al igual que nuestro derecho de abolorio, y de donde presumiblemente fue tomado por los distintos fueros municipales.

Es continua la presencia del retracto en el derecho local navarro, entre el que puede citarse el Fuero de Pamplona (S. XI), de Estella (S. XI; el Fuero de Estella no regula expresamente el retracto gentilicio pero contiene una declaración que constituye un indicio de la existencia de la figura), Fuero de Tudela (S. XII), Fuero de Viguera y Val de Funes (S. XII) y Fuero de la Novenera (S. XII). Observamos igualmente la existencia de la figura en el derecho te-

rritorial, en distintos textos históricos destacando entre ellos, el Fuero General o de Amejoramientos (S. XIII), el Fuero Reducido (S. XVI), y el For et Cotumes de Basse Navarre (S. XVII).

En la actualidad la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1973, modificada por la ley 5/1987 de 1 de Abril, dedica el Capitulo III del Título IV: *Derechos de preferente adquisición*, del Libro III: de los Bienes, en concreto las leyes 452 a 459.

De manera coincidente con Aragón, nos hallamos ante una institución fuertemente arraigada al principio sucesorio de troncalidad, pues no puede desconocerse su importancia en la determinación de las personas legitimadas para ejercitar el derecho de retracto gentilicio.[39]

El Fuero Nuevo contempla en la ley 452[40], la exigencia de que el retracto pueda ejercitarse solamente a favor de personas que ostenten la condición foral de navarros. Requerimiento que no es posible encontrar en la legislación aragonesa, en donde podrán ejercitar el retracto de abolorio, todos aquellos sujetos que teniendo o no vecindad civil aragonesa, reúnan los requisitos exigidos por el artículo 149.1 de la Compilación.

Además de anterior limitación, la ley 453[41] concreta esta facultad de preferente adquisición sobre las tres clases de bienes, su-

39. Relación que da por supuesta la doctora en derecho Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, en su estudio, "Antecedentes históricos del retracto gentilicio "(Estudio paralelo de las fuentes castellanas y navarras), *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio 1990, núm.9, pág. 149, centrando su atención en una apreciable relación entre la regulación del retracto familiar castellano y el principio de troncalidad.

40. **Ley 452.**

Concepto. *El retracto gentilicio, familiar o de sangre podrá ejercitarse para rescatar determinados bienes inmuebles o cuotas indivisas de éstos.*

Ley aplicable. *Este derecho de retracto se dará sobre inmuebles sitos en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros.*

jetos al retracto gentilicio. Estamos hablando de los llamados bienes de abolorio o patrimonio, y de los bienes conquistados o adquiridos por el enajenante o sus padres:

La legitimación activa para retraer los bienes de abolorio o de patrimonio se otorga a los descendientes y parientes colaterales del enajenante dentro del cuatro grado. La ley foral de 1987, excluyó el carácter de legítimos, que hasta ese momento había estado emparejado a la condición de pariente por la línea descendiente. Observamos por tanto, que dicho retracto deja fuera de su ámbito de aplicación a los ascendientes del enajenante.

La legislación navarra, otorga además legitimación para retraer bienes conquistados, en aquellos supuestos de adquisición de bienes por el enajenante o sus padres, a los descendientes de cualquiera de ellos.

En Aragón en cambio, desconociendo la existencia de bienes conquistados, la legislación se aparta de la legitimación activa del retracto gentilicio, no concediendo el ejercicio de este derecho de preferente adquisición a los descendientes del sujeto enajenante, como puede apreciarse en el artículo 149. 1 de la Compilación; cuestión que generará importantes opiniones en torno a la inclu-

---

41. **Ley 453.**

Retrayentes. *Sólo pueden ejercitar el derecho de retracto:*

1) Respecto de los bienes de abolorio o de patrimonio, los descendientes del enajenante y los parientes colaterales dentro del cuarto grado y de la misma línea de procedencia de los bienes

2) Respecto de los bienes conquistados o adquiridos por el enajenante o sus padres, los descendientes de aquél.

A estos efectos, se entiende por bienes de abolorio todos, los que habiendo pertenecido al abuelo del enajenante, hubieren sido recibidos por éste a título lucrativo directamente del mismo abuelo; por bienes de patrimonio todos los que habiendo pertenecido al abuelo hubieren sido recibidos por el enajenante siempre a título lucrativo, a través del padre o de otro descendiente del mismo abuelo; y por bienes conquistados todos, los que hubieran sido adquiridos, a título oneroso o lucrativo, por el enajenante o sus padres.

sión o no de estos parientes en la legitimación activa del derecho de abolorio, cuestión que analizaremos más adelante.

La Compilación de Derecho Civil de Navarra contiene una norma previsora para el supuesto de pluralidad de retrayentes, en la ley 455[42], que resuelve esta cuestión; en caso de diferente grado, otorgando preferencia al pariente más próximo, mientras que en igualdad de grado, da prelación al ascendiente, y en la línea colateral, al entroncado en ascendiente anterior. Advierte esta ley que en ambas situaciones será preferido en igualdad de condiciones el pariente de mayor edad.

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, explica con claridad que entendemos, a efectos de la legitimación activa del presente retracto, por colaterales entroncados en ascendiente anterior, *"La anterior expresión significa colateral que descienda de un ascendiente superior o más lejano para el vendedor, ya que en parentesco colateral, el tronco común es el ascendiente que comparten las personas emparentadas"*.[43]

En la Compilación Aragonesa, el orden de prelación para el supuesto que nos ocupa viene determinado en primer lugar por la proximidad de grado, y en segundo lugar por la prioridad en el ejercicio del derecho. Gabriel GARCÍA CANTERO señala *"que en relación con otros derechos forales de naturaleza análoga o similar al derecho de abolorio hay dos circunstancias en el derecho de la saca que concurren para que los conflictos entre personas activamente legitimadas para ejercitarla sean menos frecuentes que en aquellos: de una parte, la*

---

42. **Ley 455**

Pluralidad de Retrayentes.

Si concurren al retracto parientes de grado distinto, será preferido el más próximo; en igualdad de grado tendrá prelación el ascendiente, y en la línea colateral, el entroncado en ascendiente anterior. En ambos casos serás preferido en igualdad de condiciones el pariente de más edad.

43. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Comentario a las Leyes 452 a 459 (Del retracto gentilicio)", en *Comentarios al Fuero Nuevo (Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra)*, Dtor. Enrique Rubio Torrano, Ed. Aranzadi, 2.002, pág. 1507

drástica reducción de personas activamente legitimadas para hacerlo, y de otra, el plazo máximo de dos años de duración del derecho".[44]

El retracto gentilicio solamente es practicable en torno a los bienes *inmuebles o cuotas indivisas* de éstos, tal y como señala la ley 452; no pudiendo considerarse extensible a cualquier otra clase de bienes, tales como los muebles. El aspecto de los bienes retraibles, es una cuestión íntimamente relacionada con la legitimación activa del retracto, pues la anterior vendrá determinada en función de las tres clases de bienes, apuntados con anterioridad (bienes de abolorio, de patrimonio y conquistados):

1. Mediante el tratamiento conjunto[45] de los bienes de abolorio y de patrimonio, puede parecer en un principio que se trata de una misma clase de bienes; es cierto que ambos compartirán caracteres comunes, pero a su vez es posible encontrar puntos de discrepancia entre ambos.

Para Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *"por lo que al primer dato de identificación se refiere, han de haber pertenencido al abuelo, marcando la diferencia entre los de abolorio y los de patrimonio el hecho de que el actual vendedor los haya recibido directamente o no de aquél".*[46] Ciertamente, en atención a la definición consignada por la Ley 453, serán bienes de abolorio aquellos que hubieren sido recibidos por el enajenante directamente de su abuelo: mientras que, por bienes de patrimonio entendemos los recibidos por el enajenante, a través del padre u otro descendiente del mismo abuelo.

44. Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág. 190.

45. Véase nota 39, pág. 24. El tratamiento unitario de estos bienes, viene justificado por su inseparable peripecia histórica, así como su idéntica legitimación para el retracto.

46. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Comentario a las Leyes 452 a 459 (Del retracto gentilicio)", cit. pág. 1499.

Continua diciendo esta autora, *"En cuanto al segundo dato identificativo, la ley 453, exige expresamente la trasmisión lucrativa de los bienes desde el abuelo hasta el enajenante, tanto en los bienes de abolorio como en los de patrimonio"*. De manera que, cualquier trasmisión lucrativa aún dentro de los miembros de la familia, origina la perdida de la condición de abolorio o patrimonio del propio bien.

2. En último lugar encontramos los bienes conquistados, categoría que aparece en la legislación Navarra, para los bienes adquiridos por el propio enajenante o por sus padres. Observamos mediante su presencia un claro alejamiento del principio de troncalidad, que hasta el momento se encontraba fuertemente arraigado al retracto gentilicio.

En cuanto a la pluralidad de objetos se refiere, la Compilación Navarra dedica la ley 457[47]; tratando así de establecer una norma previsora que contemple la cuestión de venta conjunta de varias fincas, y de otro lado, la concurrencia en el retracto tanto de fincas sometidas al retracto como de otras de carácter no familiar. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, considera acertada la solución planteada por la legislación, *"resumiéndola en dos palabras: con independencia de la fijación de un precio único o plural, deben retraerse todos los bienes sujetos al retracto y sólo los sujetos al mismo"*.[48]

En Aragón, se desconoce en la Compilación, una regulación referida a la situación anterior, siguiendo a Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, *"...algún autor ha defendido la exigencia del retracto sobre*

---

47. **Ley 457.**

Pluralidad de objetos.

Enajenándose varias fincas por un solo precio, podrá ejercitarse el retracto gentilicio solamente sobre las sujetas a él, a cuyo efecto se determinará la parte que a las mismas corresponda en el precio total.

No podrá ejercitarse el retracto gentilicio sobre una o varias de las fincas enajenadas dejando de ejercitarlo sobre las demás sujetas a él.

48. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Comentario a las Leyes 452 a 459 (Del retracto gentilicio)", cit. pág. 1511.

todos los bienes familiares sólo si formaren un patrimonio único, comprendiendo entonces incluso a los bienes no troncales".[49]

Además de la anterior, la ley 456[50] contiene una norma para el supuesto de interposición de varias demandas dentro de plazo por distintos parientes activamente legitimados; siendo criterio determinante en la resolución de este supuesto la irrelevancia de la fecha de interposición de las demandas y el allanamiento del demandado.

No terminaremos nuestro estudio del retracto, sin esbozar dos cuestiones de importancia; hablamos en un primer término, de los plazos en los que podrá ejercitarse este derecho de preferente adquisición:

Antes de analizar por separado los plazos que recoge la legislación navarra para el retracto gentilicio, es oportuno aclarar la naturaleza que caracteriza a éstos. El Fuero Nuevo, los consagra, como plazos de caducidad, es decir su propio transcurso determinará la extinción per se del derecho.

La ley 458[51], contempla distintos plazos en los que va a poder ejercitarse esta facultad de preferente adquisición, siendo el prin-

---

49. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Comentario a las Leyes 452 a 459 (Del retracto gentilicio)", cit. pág. 1512.

50. **Ley 456.**

Pluralidad de demandas.

La precedencia de las demandas de retracto, propuestas separadamente contra un mismo demandado en relación con idéntica finca, no alterará la prelación respectiva entre los demandantes, tampoco la alterará el allanamiento del demandado a cualquiera de las acciones ejercitadas.

51. **Ley 458.**

Plazo. *Este retracto puede ejercitarse dentro de los siguientes plazos de caducidad:*

1) Si se hubiese notificado fehacientemente la enajenación, con indicación del precio, forma de pago y demás condiciones esenciales del contrato, nueve días a contar de la enajenación.

2) En defecto de tal notificación, treinta días a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

cipal elemento diferenciador entre ellos, la existencia de notificación fehaciente de la enajenación o del propósito de enajenar, acompañada de las condiciones esenciales de la misma:

- Esta ley recoge un primer plazo de nueve días, a contar desde la notificación fehaciente de la enajenación, con indicación del precio, forma de pago y demás condiciones del contrato. Entendemos, que al aludirse a la notificación fehaciente se esta haciendo referencia, tanto a la comunicación de la enajenación ya consumada, para el posterior retracto, como a la enajenación proyectada, para el ejercicio del correspondiente tanteo. Observamos tras la lectura de esta primer apartado, que la notificación fehaciente no es un requisito, que reúna el carácter de exigibilidad en la legislación navarra, quedando reducido a una mera carga.

- En el supuesto que, no se realice la anterior notificación, el segundo párrafo de la citada ley, contempla un plazo más amplio de treinta días a contar desde la fecha de la inscripción de la enajenación, en este caso ya perfeccionada, en el Registro de la Propiedad.

- En defecto de la notificación e inscripción, la ley prevé un último plazo de un año y un día desde la fecha de la enajenación. Añade la legislación navarra una excepción para el supuesto que, se hubiere ocultado con carácter malicioso la enajenación, no quedando sometido en este caso el ejercicio retracto gentilicio a ningún de caducidad.

---

3) *A falta de notificación y de inscripción, un año y un día a contar de la enajenación, salvo que ésta se hubiere ocultado maliciosamente, en cuyo caso no caducará la acción, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva. No obstante, si el retrayente hubiere tenido un conocimiento incompleto, tendrá un plazo de treinta días para requerir del transmitente una información completa de la trasmisión, y, una vez recibida esta información, tendrá el plazo de nueve días para ejercitar la acción.*

En los casos previstos en la ley 448, estos plazos no se contarán hasta que el derecho de retracto pueda ejercitarse.

> Continua diciendo la ley, "No obstante...", expresión a través de la cual se da una nueva oportunidad al retrayente, para aquellos casos en que éste, no hubiera llegado a conocer de manera completa la enajenación, concediéndole un plazo de treinta días para que reúna toda la información necesaria a cerca de la enajenación, que hubiere desconocido hasta el momento y, en los siguientes nueve días ejercite esta facultad de preferente adquisición.

En el derecho de abolorio aragonés, encontramos ciertos rasgos identificativos del retracto gentilicio navarro, entre los que destaca el carácter de caducidad los distintos plazos, además de una diferenciación de los mismos sobre la existencia o no de notificación fehaciente, y, en defecto de ésta sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad. Desconociéndose, sin embargo, los plazos que el Fuero Nuevo, concede en los supuestos de enajenación maliciosa y conocimiento incompleto de la misma.

En segundo y último lugar, centramos nuestra atención en los posibles negocios jurídicos, en función de los que puede ejercitarse el derecho. El Fuero Nuevo, no contiene mención ninguna, a lo largo de las distintas leyes dedicadas al retracto gentilicio.

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, en su reiterado estudio sobre esta institución, reconoce su procedencia *"en las enajenaciones por compraventa y similares a ella, siendo improcedente mediante la permuta"*. Esta autora apoya la anterior afirmación, recordando *"..que desde un principio las normas utilizan términos relacionados con la venta, y, con posterioridad recogen declaraciones expresas contra la permuta"*.[52]

52. Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, "Antecedentes históricos del retracto gentilicio", cit. pág. 149.

2.- PAIS VASCO

Encontramos en el derecho vizcaíno, una figura similar a nuestra institución, bajo la denominación ya apuntada en capítulos anteriores, de *derecho de la saca.*

A pesar de la terminología utilizada, su objeto es más amplio de lo que estrictamente se pretende significar, bajo el *término de la saca.* Es cierto que, él mismo, se refiere propiamente a la modalidad de ejercicio de la preferencia adquisitiva, tras el oportuno llamamiento a los parientes tronqueros, en el supuesto de enajenación de un bien troncal; pero no es éste el único momento en que podrá hacerse uso del derecho, sino que será igualmente valido, antes de consumar la enajenación, tras el llamamiento del enajenante a los parientes, con la finalidad de adquirirlo con preferencia a un extraño.

A semejanza de las figuras estudiadas, no puede obviarse un trasfondo puramente familiar en el derecho, que no es más que, una mera manifestación del principio de troncalidad.

La Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava, regula esta institución, dentro del Titulo VIII del Libro I, bajo la rúbrica, *De la enajenación de los bienes troncales,* concretamente en los artículos 51 a 59. En la actualidad se ocupa de la figura, modificando en parte la legislación anterior, la ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, que le dedica el Titulo V del Libro I, mediante la rubrica, *De la saca foral y demás derechos de adquisición preferente,* en concreto los artículos 112 a 127 de la citada regulación.

El estudio de los elementos subjetivos, del derecho centra nuestra atención en el artículo 112[53], dedicado establecer aquellos

53. **Artículo 112.**
Los parientes tronqueros, sean o no afonados según el orden del artículo 20 y la línea y grado de proximidad a la raíz tienen un derecho de preferente adquisición sobre los bienes troncales que se intentare enajenar a extraños y a título oneroso.

parientes, que como tales podrán ejercitar el derecho de la saca en el País Vasco; así otorga la ley legitimación activa a los parientes tronqueros, en el supuesto de trasmisión de un bien troncal a un extraño o a un sujeto que no reúna la condición de tronquero.

Advierte a su vez que, en el supuesto de enajenación a un sujeto que reúna la citada condición (es decir, sea pariente tronquero del vendedor), solamente aquellos que pertenezcan a la línea anterior tendrán preferencia en orden a su ejercicio.

No podemos entender todo lo referente a la legitimación activa del derecho de la saca, sin conocer quien son los parientes tronqueros, término al que alude constantemente el derecho vizcaíno al regular esta facultad de preferente adquisición. La Compilación ya definía en su artículo séptimo, qué sujetos ostentaban la condición de parientes tronqueros. Hoy la ley de 1992, se ocupa de delimitar este parentesco en su artículo 20[54].

En cuanto al problema ya estudiado en el derecho navarro, de concurrencia de varios parientes en el ejercicio de este derecho, tanto la Compilación como la ley foral apuntada no contienen regulación alguna en lo que a ello se refiere.

También habrá lugar a la adquisición preferente cuando la enajenación se efectúe a favor de un pariente tronquero de la línea posterior a la de quien ejercita el derecho.

El derecho de adquisición preferente puede ser renunciado en cualquier tiempo, pero la renuncia no vinculará al tronquero pasado un año desde su fecha

54. **Artículo 20**. *Son parientes tronqueros:*

1. En la línea descendente, los hijos y los demás descendientes, incluso los adoptivos.

2. En la línea ascendente, los ascendientes de la línea de donde procede la raíz.

3. También lo serán, sin perjuicio de la reserva que se establece en el artículo 85 de este fuero, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados constante matrimonio de aquellos y heredados del cónyuge premuerto por sus hijos comunes.

4. En la colateral, los parientes que lo sean por la línea paterna o materna de donde procedan la raíz troncal.

El parentesco troncal para los hijos adoptivos se determinará, en las líneas ascendente y colateral, como si el adoptado fuese hijo por naturaleza del adoptante.

Ana SEISDEDOS MUIÑO[55], sostiene que *"ante el silencio legal, la solución más lógica consiste sin duda en acudir al artículo 113, aunque realmente este precepto va dirigido, prima facie, a establecer el orden de prelación entre los tronqueros cuando ha existido un llamamiento, y no resulta fácil darle un adecuado encaje procesal"*. Es por tanto este artículo, la solución más defendida por la doctrina para resolver el supuesto, solución que igualmente fue apoyada durante la vigencia de Compilación, por el profesor CELAYA IBARRA[56].

Continua diciendo esta foralista, *"Lo que si resulta bastante claro es, a mi modo de ver, que no podrá nunca utilizarse como criterio dirimente el de la prioridad en el ejercicio del derecho. Este criterio lo mencionan el Fuero de Navarra y la Compilación de Aragón; el primero para excluirlo y la segunda para admitirlo con carácter subsidiario"*.[57]

Una de las cuestiones que encontramos en común con nuestra Compilación, es la regulación dedicada a los bienes susceptibles de retracto, mediante el ejercicio de este derecho de preferente adquisición; pues aunque la ley no lo diga expresamente, será a los bienes *inmuebles* a lo que quedará circunscrito el mismo. El artículo 112 hace una primera mención, estableciendo la posibilidad de retracto únicamente sobre aquellos bienes que reúnan las condiciones necesarias para ser calificados de *troncales*. Pero es el artículo 114[58] el que entra a regular este aspecto, excluyendo el ejerci-

---

55. Ana SEISDEDOS MUIÑO, "El derecho de la saça en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero- Junio 1995, núm. 19, Pág. 77.

56. Véase nota 89, pág. 77, del estudio de Ana SEISDEDOS MUIÑO sobre "El derecho de la saca en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco", cit.

57. Ana SEISDEDOS MUIÑO, "El derecho de la saca en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco", cit. pág. 78.

58. **Artículo 114**.

No tendrá lugar el derecho de adquisición preferente en la enajenación de fincas radicantes en suelo urbano, o que deba ser urbanizado según programa del Plan que se halle vigente.

Por excepción procederá el derecho de preferente adquisición cuando se trate de la enajenación de un edificio, singular en su conjunto, cualquiera que sea su situación, si hubiere constituido el hogar familiar de un ascendiente del pariente tronquero.

cio del retracto sobre todas aquellas fincas radicadas en suelo urbano o urbanizable, de acuerdo con el plan de urbanismo, que en su momento se halle vigente.

Ana SEISDEDOS MUIÑO, encuentra la razón de esta exclusión *"en reducir este derecho, al menos de forma aproximada al ámbito rustico....Reducción que se ha producido de forma aproximada, ya que la ley no se ha fijado directamente en la propia naturaleza del inmueble, en que se trate de un inmueble rústico o urbano en función de sus características y destino, sino que se atendido únicamente a su ubicación en uno u otro tipo de suelo"*[59].

La Ley Foral de 1992, dedica una norma a la enajenación simultánea de varias fincas sujetas al derecho de la saca. Se trata del artículo 115[60], disposición está, que permite la posibilidad de ejercicio sobre una o varias finca sometidas a dicha preferencia. Pero además, la ley prevé una ultima norma para los caseríos sometidos a esta preferencia, inmueble para el que se dispone que habría de adquirirse como una unidad económica, no pudiendo ejercitarse, únicamente sobre alguno de los *diversos pertenecidos* que lo compongan, modificándose así la regulación mantenida por la Compilación.

Una de las principales novedades que encontramos en esta institución, es el que la ley vasca, dedica el artículo 116[61], a la obli-

---

59. Ana SEISDEDOS MUIÑO, "El derecho de la saca en la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco", cit. pág. 47.

60. **Artículo115.**

Si son varias las fincas que se enajenan, podrá el tronquero ejercitar su derecho respecto de una o varias y no de las demás, pero tratándose de enajenación de un caserío habrá de adquirirlo como una unidad de explotación con todos los pertenecidos que se enajenen, aunque figuren inscritos separadamente en el Registro de la Propiedad.

61. **Artículo 116.**

Quien pretenda enajenar bienes sujetos a saca foral practicará notarialmente el llamamiento a los parientes tronqueros.

El llamamiento se anunciará por medio de edictos que se publicarán en la forma prevista en el artículo.

gación de llamamiento a los parientes tronqueros, en caso de futura enajenación, carácter que no encontramos en las instituciones estudiadas hasta el momento en la legislación aragonesa y navarra, para las que no pasa de ser una mera carga para el enajenante. Este llamamiento se realizará mediante un edicto, que reunirá todos los requisitos contemplados por el artículo 116, en cuanto a contenido formal y el modo de publicación.

En último lugar estudiaremos los plazos en que podrá ejercitarse este derecho, plazos que se aproximarán a los recogidos para el derecho de abolorio y el retracto gentilicio, en sus respectivas regulaciones. Diferencia la ley foral, en los artículos 117[62] y 123[63], distintos plazos en función de las circunstancias del caso:

El edicto habrá de expresar las circunstancias de quien pretenda efectuar la transmisión, las de la finca a enajenar, su título de adquisición, el valor catastral si constare, y el notario bajo cuya fe pretenda formalizarse la enajenación, así como los datos de identificación registral, si la finca los tuviere.

El edicto se publicará, en todo caso, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en cuyo término municipal radique la finca, pudiendo también remitirse a la iglesia parroquial, si el Notario autorizante del acta lo considera oportuno.

El llamamiento se consignará en acta notarial. A tal fin el Notario entregará personalmente o remitirá por correo certificado con acuse de recibo el edicto al Alcalde y, en su caso, al Párroco correspondiente, para su fijación y exposición al público durante el plazo de quince días consecutivos, lo que se acreditará por certificación suscrita, o visada al pie del edicto, por el destinatario.

62. **Artículo 117**.

El tronquero que pretenda adquirir el bien raíz comparecerá ante el Notario designado en el edicto dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de publicación. En el mismo acto depositará, en concepto de fianza, el veinte por cien de su valor catastral, si consta en el edicto.

Si acudiese más de un tronquero, todos ellos estarán obligados a la consignación de la fianza, que el Notario retendrá hasta el otorgamiento de la escritura, entendiéndose que quien la retire renuncia a su derecho.

Todas las actuaciones notariales anteriores a la escritura de venta se extenderán en un solo instrumento. El Notario facilitará a los comparecientes testimonio de todas las diligencias practicadas.

63. **Artículo 123**.

Cuando el bien raíz se enajene sin previo llamamiento, cualquier tronquero cuyo derecho sea preferente al del adquirente podrá ejercitar la saca foral, solicitando la nulidad de la enaje-

1. En el supuesto de llamamiento, el pariente tronquero que pretenda hacer uso del derecho deberá comparecer ante notario, previamente designado en el edicto, dentro de los diez días hábiles siguientes a la publicación del edicto.
2. Establece un primer plazo de tres meses, para las enajenaciones consumadas sin previo llamamiento, plazo que se computará desde la inscripción en el registro de la propiedad o en su defecto desde el sujeto tenga conocimiento de la enajenación. Advierte la ley que para estos casos deberá ejercitarse el derecho mediante el correspondiente juicio ordinario.

3.- **CATALUÑA**

La Compilación Catalana regula bajo la rubrica *derecho de torneria*, una de las instituciones que completan la lista de derechos de los parientes a retraer bienes inmuebles pertenecientes a su línea de procedencia, con el fin de evitar que pasen mediante su enajenación a manos extrañas.

Coinciden en este criterio, autores como José GASSIOT MAGRET[64], que se refiere al derecho de torneria como una institución equivalente a nuestro retracto gentilicio, otorgado a semejanza del

---

nación y que se le adjudique la finca por su justa valoración. Deberá ejercitar este derecho en juicio ordinario, promovido contra el vendedor y comprador, dentro del plazo de tres meses desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o, en defecto de ella, desde que tuvo conocimiento de la enajenación.

Cuando se diere lugar a la saca, el tronquero deberá consignar en el Juzgado el precio en que se valore la raíz, sobre el cual tendrá el comprador preferencia respecto de cualquier otro acreedor del vendedor para reintegrarse del precio de su compra con sus intereses.

Las cuestiones entre el vendedor y el comprador, relativas a la responsabilidad por daños y perjuicios, serán resueltas en periodo de ejecución de sentencia, y empieza separada por los trámites de los incidentes.

64. José GASSIOT MAGRET, "Comentario al articulo 329 (De la tornería)", en *Comentarios a la Compilación del derecho Civil especial de Cataluña*, Bosch, casa Editorial, S.A., Barcelona, 1.980, pág. 401.

anterior a los parientes más próximos del vendedor para poder retraer un inmueble con ocasión de su enajenación.

El artículo 329[65] del citado cuerpo legal contempla la regulación referente a la dinámica de este derecho, delimitando desde un primer momento su ámbito de aplicación al territorio del valle de Arán de conformidad con los privilegios, usos y costumbres de la comarca.

Sin embargo, la propia Compilación se inhibe de toda actualización sobre el derecho, así como de aquellos elementos y parámetros de actuación que lo configuran. Siguen esta misma línea, su reforma de 1984 y el consiguiente texto refundido, aprobado por Decreto Legislativo catalán de 19 de Julio de 1.984.

ELEMENTOS PERSONALES

Dentro de esta exposición es preciso diferenciar entre el titular del derecho de abolorio -sujeto activo- y la persona contra la que se dirige la acción de prefente adquisición en que éste consiste -sujeto pasivo-.

SUJETO ACTIVO

Hablamos de aquella persona que puede ejercer la acción de preferente adquisición, en que el derecho de abolorio consiste.

La Compilación acoge esta cuestión en su artículo **149.1 in fine**, al disponer: *"Los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes gozan del derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición"*.

---

65. **Artículo 329.**
En el valle de Arán regirá el llamado derecho de tornería de conformidad con los privilegios y los usos y costumbres de la zona.

De la lectura de este precepto podemos aseverar, que son varios los requisitos que ha de reunir el titular del derecho de abolorio:

- Parentesco colateral.
- Limite del mismo.
- Pertenencia a la línea familiar de procedencia de los bienes.

El llamamiento solamente a los parientes colaterales del vendedor, los convierte en los únicos legitimados para promover dicho retracto. Esta exigencia es fruto de numerosas desavenencias en torno a la exclusión o no de los descendientes y ascendientes en el ejercicio de la acción de abolorio, que se ha ido perfilando a lo largo de la vida de la institución.

En los antiguos Fueros se utilizaron términos genéricos e inconcretos, para aludir a los sujetos que gozaban de la titularidad del derecho. Concretamente el Fuero 4º *De communi dividundo* se refería a ellos, mediante la expresión *"parentibus"*[66], y su coetáneo el Fuero 5º, a través de la igualmente imprecisa expresión *"consanguíneos"*[67]. Fueron varias las interpretaciones de la doctrina sobre los parientes comprendidos en dichas locuciones para ejercitar esta preferente adquisición: había quienes lo atribuían a los parientes colaterales del disponente, mientras que para otros también se reconocía a los ascendientes y descendientes.

Pero el verdadero problema de interpretación al margen de los términos apuntados, surgía cuando en ocasiones aquellos fueros, nombraban expresamente a los hermanos y hermanas del enajenante como únicos legitimados para el ejercicio de la saca.

Ramón SAINZ DE VARANDA[68], considera que cuando estos textos hablaban de hermanos o hermanas, lo hacían inclinándose

66. Ver página 3, referente al Fuero 4º *De communi dividundo*.
67. Ver página 4, referente al Fuero 5º *De communi dividundo*.
68. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 262.

por estimar que cuando solo empleaban estos términos, solo a tales parientes se refería este derecho.

Las Observancias *De consortibus eiusdem rei* 2, 8, y 21[69], entre otras, utilizaron expresiones idénticas, a los anteriores textos.

El Apéndice de 1925, puso fin a la discusión suscitada hasta el momento, fijando la legitimación activa en torno a *"los hermanos y demás colaterales hasta el sexto grado..."*. VIDAL TOLOSANA piensa que con ello, el Apéndice había terminado con la discusión en esta materia, admitiendo el ejercicio del retracto, a los hermanos y colaterales, pero no a los descendientes.[70]

Pero como observamos, no fue ésta la decisión que años más tarde se trasladaría al articulado de la vigente Compilación, pues durante el periodo de trabajos preparatorios a la misma, la legitimación activa de este derecho, fue nuevamente objeto de disidencia.

El ASCJA de 1.961, en su artículo 163[71], abogaba por atribuir el derecho de abolorio a los descendientes, ascendientes y colaterales del enajenante, estableciendo limitaciones para los dos últimos.

Propuesta que no fue aceptada por el ACJA de 1.962[72] y 1.963[73], ni por sus posteriores ASECGC de 1965[74] y 1966[75] y en últi-

69. Ver páginas 5 y 6 referentes a las Observancias 2, 8 y 21.

70. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas ": cit. pág. 244.

71. **Artículo 163 del ASCJA-61.**

Legitimados. -El derecho de abolorio compete:

1.° A los descendientes legítimos y a los colaterales del enajenante, capaces para sucederle. Si concurren dos o más, tendrá preferencia el más próximo heredero ab intestato por derecho propio, y siendo varios, el primero en retraer.

2.° A los ascendientes, sobre los bienes que hubieren trasmitido a sus descendientes.

72. **Artículo 169 del ACGC-62.**

Legitimados. El derecho de abolorio corresponde a todos los parientes llamados en los artículos 81 y 83 a la sucesión troncal, limitándose en cuanto a los colaterales al sexto grado de parentesco con el enajenante.....

73. **Artículo 164 del ACGC-63.**

mo lugar por el ACGC-PL[76], limitándose por éstos la titularidad del derecho a los parientes colaterales del enajenante y excluyendo a los descendientes y ascendientes, a los que daba cabida el ASCJA-61.

En nuestra doctrina, autores de la talla de SAINZ DE VARANDA[77], se manifestaron a favor de la entrada de los descendientes del enajenante entre los parientes legitimados para el ejercicio del derecho. En igual sentido se pronunciaron otros autores como el profesor SANCHO REBULLIDA[78].

Desde una posición restrictiva, destacan las opiniones de autores como LORENTE SANZ[79], que justificaron la exclusión de los descendientes sosteniendo los posibles fraudes y abusos de su in-

---

Legitimados. El derecho de abolorio corresponde a todos los parientes llamados en los artículos 77 y 79 a la sucesión troncal, limitándose en cuanto a los colaterales al sexto grado de parentesco con el enajenante.....

74. **Artículo 147.1 del ASECGC-65.**

Elementos constitutivos.

En toda enajenación a un extraño, o pariente más allá del cuarto grado, del dominio pleno, útil o directo de los inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, los parientes llamados en el artículo 130 a la sucesión troncal gozan del derecho de abolorio o de la saca, de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto.

75. **Artículo 149. 1 del ASECGC-66.**

Elementos constitutivos.

1. en toda venta o dación en pago a un extraño, o pariente más allá del 4° grado, del dominio pleno, útil o directo de inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente,(los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, rara el ASECGC-65) y (los parientes llamados en el artículo 130 a la sucesión troncal), gozan del derecho de abolorio o de la saca, de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto.

76. Redacción idéntica al artículo 149. 1 de la vigente Compilación.

77. Ramón SAINZ DE VARANDA, " El retracto gentilicio", cit.

78. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, "Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, ponencia: Derecho de bienes y derecho de obligaciones", cit. pág. 560.

79. José LORENTE SÁNZ, "Actas de las jornadas de derecho aragonés, en coloquio de la ponencia: Derecho de bienes y Derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Aragonés*, XIV, 1.968-1.969, pág. 561.

tegración, dentro de la legitimación activa y abogando por su exclusión en aras de prevención: *"El derecho de abolorio a favor de los hijos o descendientes se presta a deshacer una operación por el padre, después que se da cuenta de que ha vendido barato, para utilizar al hijo para que deshaga el trato, se deshaga del contrato"*.

Como ya apuntamos al iniciar nuestra exposición, es la legitimación mantenida por los últimos Anteproyectos la recogida por nuestra vigente legislación, admitiendo el ejercicio de la institución a los parientes colaterales del enajenante, pues tales parientes son los únicos que gozan de la vinculación de consanguinidad entre el enajenante y el titular en origen del bien, tratada con carácter de esencialidad para esta cuestión, como advertiremos más adelante.

Hoy la Compilación al referirse a tales parientes desconoce el carácter de legitimidad exigido por el Apéndice. Estos mismos preceptos referidos al derecho de abolorio, no fueron objeto de modificación por la Ley Autonómica de 1.985, por entender que el término *parientes* empleado por la Compilación, en la actualidad es comprensivo de toda clase de ellos, es decir, los matrimoniales y extramatrimoniales. De lo que deriva afirmar la no exclusión en el ejercicio del derecho a los "parientes ilegítimos".

Muestra de ello, es la sentencia de la A.P.H de 17 de Octubre de 1.996, que otorgó el ejercicio del retracto a una hija natural reconocida[80].

---

80. Sentencia de la A.P.H de 17 de Octubre de 1.996.

"...En el presente caso habiéndose aportado a los autos certificación del nacimiento de...en la que se ha practicado la inscripción marginal de reconocimiento paterno de... en virtud de expediente gubernativo practicado al efecto, ha quedado debidamente acreditada la filiación paterna de aquella, hallándose en consecuencia incluida entre los parientes, que en virtud del art 149. 1 de la Compilación pueden ejercitar la acción de retracto".

En igual sentido, por consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución de 1.978, se entienden equiparados los hijos ante la ley, para lo que el artículo 14, proscribe cualquier discriminación *"por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*. Dejando a un lado las dudas que podrían surgir de este precepto, en relación a los hijos adoptivos, la Ley de las Cortes de Aragón de 25 de Abril de 1.988, proclamó la equiparación de derechos y obligaciones entre los hijos adoptivos y por naturaleza[81].

A pesar de la claridad mantenida en derecho positivo, sobre la que no emana ninguna duda de la referida cuestión, no lo es tanto en el plano doctrinal. Son muchos los autores que han manifestado con los años su opinión sobre la legitimación activa de la institución, siendo posible encontrar todavía posiciones favorables al reconocimiento de titularidad del derecho a los descendientes. Entre éstas destaca la expuesta por el notario, MERINO HERNÁNDEZ, que estima preferible "ampliar la legitimación activa para el ejercicio del derecho de abolorio a los descendientes y ascendientes del enajenante y quizás limitar a los colaterales el grado de participación"[82].

Recoge igualmente este autor, en concordancia con su opinión *"Si el derecho de la saca tiene su principal razón de ser en la conservación del patrimonio dentro de la familia y está, en el sentido afecti-*

---

81. **Artículo 19 de la Compilación Aragonesa.**

"1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

2. Siempre que la legislación aragonesa utilice expresiones como "hijos o descendientes" o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes".

82. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 274. Opinión también sostenida en su libro, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 53.

vo, es cada vez más reducida, este derecho podrá tener hoy más sentido con respecto solo a los más próximos parientes del enajenante"[83].

En sentido también favorable a este reconocimiento, se pronuncian juristas como Santiago SERENA PUIG, que en la conferencia pronunciada en los Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, constata su opinión a favor de *"la extensión a los descendientes y ascendientes, con preferencia incluso a los colaterales"*[84]. Opinión que apoya sustentándola sobre la finalidad misma del derecho, que no es otra, que la permanencia de los bienes en la familia directa, con prioridad a la colateral.

Más allá de estas opiniones, hay quienes sugieren propuestas de modificación del derecho de abolorio tendentes a ampliar la legitimación activa para su ejercicio. La asociación cultural IDEA[85] es una de las pioneras en la cuestión, solicitando la reforma del actual artículo 149. 1 de la Compilación, para así poder acoger bajo el seno de este retracto a los descendientes y ascendientes del disponente, pues su admisión estaría justificada con la finalidad familiar del derecho.

---

83. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón "; cit. pág. 274.

84. Santiago SERENA PUIG, "El derecho de abolorio", *Actas de los Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 1.999; pág. 139.

85. Asociación Cultural IDEA (Independientes por el desarrollo de Aragón), de la mano de Sergio LARRAGA MARTÍNEZ y Mª Teresa NAVARRO MAURÉS, ha promovido una propuesta de modificación del derecho de abolorio:

Redacción del **Artículo 149. 1 de la Compilación** que proponen los anteriores:

"En toda venta o dación en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado del dominio pleno, útil o directo de inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, los descendientes sin limitación de grado, los ascendientes, y subsidiariamente los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, gozan del derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto".

Dejando a un lado los argumentos pronunciados por nuestra doctrina, a favor y en contra de los sujetos activamente legitimados para el ejercicio del derecho, destacan por su importancia las declaraciones judiciales sobre esta materia.

Así, la sentencia de la A.P.Z de 19 de Septiembre de 1.989[86] y la sentencia del J.P.I, número 1, de Huesca, de 26 de Octubre de 1.991[87], recogen la exclusión o no de los descendientes del disponente del ejercicio del derecho de abolorio, como una cuestión históricamente discutida a lo largo de la vida de la institución. Comentan así mismo ambas sentencias que, de conformidad con la legislación foral vigente los descendientes no están legitimados para el ejercicio del derecho.

En concordancia con la naturaleza del parentesco colateral, otra de las cuestiones inmersas en el ámbito de la legitimación activa, que centra nuestra atención, es el carácter de consanguinidad que ha de poseer el vinculo parental entre el disponente y el titular del derecho, excluyendo así a los parientes por afinidad.

La expresión consanguinitatis, aparece por primera vez, en los viejos Fueros[88], y parece que el legislador no quiere prescindir de ella, a pesar de la indeterminación plasmada en la vigente Compi-

---

86. Sentencia de la A.P.Z de 19 de Septiembre de 1.989:

"La vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón, exige expresamente en el párrafo 1, de su artículo 149, que quien pretenda ejercitar el derecho de abolorio, sea pariente colateral del enajenante, pero el tema de la exclusión o no de los descendientes ha sido muy discutido a lo largo de la vida de la institución".

87. Sentencia del J.P.I, número 1, de Huesca, de 26 de Octubre de 1.991:

"No gozan de tal derecho los descendientes del disponente, cuestión históricamente muy discutida, pero que cuando menos desde el Apéndice de 1.925 - cuyo artículo 76 concedía el derecho de la saca exclusivamente a los hermanos y demás colaterales hasta el sexto grado – ha de resolverse en el sentido indicado, careciendo por tanto los descendientes del derecho de retraer los bienes vendidos por sus ascendientes (sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7 de Junio de 1.947 y de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de Septiembre de 1.989)".

88. Véase Fuero 5º *De communi dividundo*, reseñado en la página 4.

lación, al tratar los parientes colaterales como únicos legitimados para promover el derecho de abolorio.

A pesar de esta falta de concreción, MERINO HERNÁNDEZ señala que *"No obstante, debe entenderse que sigue el mismo criterio del derecho antiguo..... Además al exigir el texto legal que los parientes pertenezcan a la línea familiar de donde los bienes proceden, esta implícitamente exigiendo el parentesco de consanguinidad, ya que nunca un pariente por afinidad podrá pertenecer a esa misma línea o rama familiar".*[89]

Otros, como SAINZ DE VARANDA, apuntaban que *"estos parientes estaban excluidos del retracto cuando actuasen en nombre propio, no así cuando lo hicieren en nombre de su cónyuge"*[90]. Marcando la diferencia para este autor, el hecho de ejercitar el derecho de abolorio en nombre propio, o bien ejercitarlo en representación e interés de otro sujeto, como queda constatado con claridad en sus palabras.

La sentencia del J.P.I, número 2 de Teruel, de 18 de Mayo de 1.991[91], considera a los parientes afines como parientes ajenos a la familia y, por consiguiente carentes de la legitimación necesaria para el ejercicio de este derecho.

Aurora LÓPEZ AZCONA[92], incide aún más en la materia, al subrayar la necesaria consanguinidad de dicho parentesco, pues no debe olvidarse de acuerdo con sus propios términos, la posible

---

89. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 54.

90. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio "; cit. pág. 264.

91. Sentencia del J.P.I, núm. 2, de Teruel, de 18 de Mayo de 1.991:

"...Al fallecer el Sr....pasaron las fincas a ser propiedad de la Sra....., saliendo las mismas, por tanto, de la familia.....a la que habían pertenecido, y entrando a formar parte del patrimonio de una persona ajena a la familia del fallecido, ya que conforme al art. 85 del Código Civil el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, y es ésta la nueva propietaria de las fincas,..... la que dispone de ellas y las vende a la demandada".

92. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes jurisprudenciales "; cit. nota 20, pág. 145.

perdida del carácter troncal de los bienes para el caso de la trasmisión a un pariente afín.

El limite de grado al parentesco colateral, como anotábamos al iniciar nuestra exposición, es otro de los requisitos legales contemplados para promover la acción del derecho de abolorio.

El propio artículo 149.1 de la vigente Compilación, dispone expresamente la limitación del cuarto grado a los parientes por la línea colateral.

Analizando de nuevo la trayectoria seguida por esta institución a lo largo de su vigencia, observamos como recoge MERINO HERNÁNDEZ, *"que dicho criterio ha variado notablemente con el transcurrir de los tiempos"*.[93]

Históricamente, el Fuero 4º *De communi dividundo*, no establecía ninguna limitación sustancial que afectará a esta cuestión. El Apéndice de 1.925 ajustara el grado de parentesco necesario para ejercer este derecho limitándolo al sexto grado. MERINO HERNÁNDEZ[94], piensa que la introducción de este limite, pudo venir motivada por la estrecha relación que media entre el derecho de abolorio y la sucesión troncal, dado el carácter de expectativa hereditaria que se predica del anterior derecho.

La presente Compilación sigue el criterio de la reseñada correlación entre las anteriores instituciones aragonesas, reduciendo la limitación del sexto grado sostenida por el Apéndice, a los parientes colaterales de cuarto grado, es decir, en el segundo grado a los hermanos del enajenante, en el tercer grado a los hijos de éstos (sobrinos carnales), los hermanos de los padres (tíos carnales), en cuarto grado los hijos de tíos carnales (primos hermanos), los hi-

93. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 40.
94. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit, pág. 275.

jos de sobrinos carnales (sobrinos nietos) y, los hermanos de los abuelos (tíos abuelos).

El grado de parentesco será computado a efectos del ejercicio de este retracto de preferente adquisición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 918[95] de nuestro Código Civil.

Al margen de la solución aportada por el derecho positivo, desde un principio, son varias las voces alzadas a favor y en contra de una limitación especial que afecte a este materia.

Desconociéndose todavía tal restricción por la regulación de los antiguos Fueros y Observancias, ponen de manifiesto dicha ausencia, autores de la talla de LACRUZ BERDEJO[96] o FRANCO y GUILLÉN[97].

Comenta, sin embargo, VIDAL TOLOSANA[98], que en relación al derecho antiguo de los Fueros, no era necesario poner de manifiesto la ausencia de tal limitación en nuestra regulación, pues tal restricción podía trasladarse, en defecto de regulación sobre este retracto por el Código Civil, de las disposiciones contenidas por las Leyes de Toro, que fijan el limite de parentesco en el cuarto grado.

---

95. **Artículo 918.**

En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o personas, descontando al progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano, y así en adelante.

96. José Luis LACRUZ BERDEJO, "Una cuestión de derecho histórico en tema de retracto gentilicio", cit. pág. 453.

97. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, cit. pág. 243.

98. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas", cit. pág. 243.

Esta misma argumentación fue defendida con anterioridad, por Marceliano ISABAL Y BADA[99], en sus comentarios a los antiguos Fueros y Observancias, estableciendo que en ausencia de tal limitación al parentesco del retrayente con el vendedor, por los anteriores cuerpos legales, se aplicaría el derecho supletorio, que era el de Castilla, antes de la entrada en vigor del Código Civil, tras la cual no existe posibilidad de acudir a él, por la ausencia de regulación de esta institución.

La jurisprudencia aragonesa también recoge declaraciones judiciales, que afectan al limite legal del cuarto grado, Aurora LÓPEZ AZCONA[100], entiende que en relación a este criterio las manifestaciones judiciales se encuentran divididas, una parte de ellas recogen tal limitación, de modo meramente enunciativo, mientras que las otras muestran mayor interés en su directa comprobación. Dentro de las primeras, encontramos aquellas que aluden al criterio al enumerar los requisitos exigidos para promover la demanda de abolorio. Da muestras de este tratamiento, la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991[101], que analiza los requisito legales exigidos al titular de la saca por el artículo 149 de la Compilación,

99. Marceliano ISÁBAL Y BADA, *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Imp. Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1.926, pág. 546.

100. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", cit. pág. 145.

101. Sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.

"...; tales requisitos nacen de la propia definición que del mentado retracto de abolorio se efectúa en el artículo 149 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón vigente de la que se derivan como se apunta en la resolución recurrida, los siguientes: A).- que se trata de una venta o dación en pago del dominio pleno, útil o directo de los inmuebles; B).- que dicha venta o dación en pago se haga a un extraño o pariente más allá del cuarto grado; C).- que dichos inmuebles hayan permanecido en la familia del disponente durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; D).- que dicho derecho de retracto pueden ejercitarlo, los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes; E).- que los mencionados parientes gozan del derecho de abolorio o de la saca con derecho de preferente adquisición y F).- que a falta de ofrecimiento en venta, gozan del derecho de retracto.

y entre los que se encuentra el parentesco colateral hasta el cuarto grado.

Completan la anterior jurisprudencia, las sentencia de la A.T.Z de 13 de Febrero de 1.975, sentencia del J.P.I, número 2 de Huesca de 20 de Febrero de 1.990, sentencia del J.P.I, número 1 de Huesca de 26 de Octubre de 1.991, sentencia del J.P.I, número 1, de Ejea de los Caballeros de 31 de Julio de 1.993, sentencia de la A,P.H de 1 de Noviembre de 1.994, sentencia de J.P.I., número 2, de Huesca de 28 de Marzo de 1.995.

Siguiendo en esta línea jurisprudencial, otras sentencias optan por acoger el cuarto grado de parentesco colateral del titular del retracto de abolorio, como un hecho admitido a lo largo de su exposición. Entre estas declaraciones judiciales[102] destaca, la sentencias de la A.T.Z de 22 de Diciembre de 1.977, de 19 de Febrero de 1.985, y la sentencia del J.P.I número 1, de Boltaña de 1 de Septiembre de 1993.

Son muy pocas las sentencias, que verifican directamente el parentesco existente entre el enajenante del bien y el sujeto que ejercita el retracto, de entre éstas destaca la vieja sentencia del J.P.I de Calamocha de 24 de Noviembre de 1.969 y la más moderna sentencia del J.P.I número 2, de Zaragoza de 25 de Enero de 1.999[103].

---

102. Sirva de ejemplo la primera de las sentencias mencionadas para entender el tratamiento dado a la cuestión por estas declaraciones judiciales, de la A.T.Z de 22 de diciembre de 1.977.

"...Que, en el caso actual, esta fuera de prueba, por ser hechos admitidos, tanto el parentesco colateral de los actores con los vendedores de los que aquellos quieran retraer como el carácter de los bienes de abolorio.....".

103. Sentencia del J.P.I numero2, de Zaragoza de 25 de Enero de 1.999.

"...Este antecedente es indicativo reflejarlo para, a continuación, afirmar categóricamente que el parentesco colateral hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes y la permanencia del bien inmueble en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente concurren en este caso..".

La última limitación especial que la Compilación exige expresamente, en el artículo 149.1, discurre en que solamente aquellos parientes colaterales dentro del cuarto grado, que pertenezcan a la línea familiar de procedencia de los bienes, estarán legitimados para promover el derecho de abolorio o de la saca.

De acuerdo con esta exigencia, un pariente que pertenezca a la línea familiar paterna del disponente, podrá ejercitar este derecho de preferente adquisición, cuando los bienes enajenados procedan de dicha línea familiar, pero no así, cuando los mismos procedan de la línea materna y, viceversa. Podrían estar inmersos en el anterior supuesto, los hermanos de la madre del enajenante o también llamados tíos carnales, además de los primos hermanos y los hermanos únicamente de madre, denominados hermanos de vinculo sencillo, siempre que los bienes procedan de la línea familiar materna y viceversa. En cambio, otros parientes como pueden ser los hermanos del enajenante de padre o de doble vinculo (es decir, hijos de padre y madre), sus sobrinos carnales (hijos de hermanos), sus sobrinos- nietos (hijos de sobrinos carnales), sus tíos carnales (hermanos de padres) y sus primos hermanos (hijos de tíos carnales), no podrán ser excluidos del ejercicio del retracto de abolorio, pues éstos en todo caso, por compartir un ascendiente común, siempre pertenecerán a la misma línea familiar, de procedencia de los bienes.

Esta cuestión aparentemente clara, en nuestra legislación, no lo fue tanto para el derecho antiguo.

En un primer momento, los Fueros, concretamente el ya estudiado en cuestiones anteriores, Fuero 4º *De communi dividundo*, desconocía esta exigencia en su primer inciso, al referirse únicamente a los hermanos y parientes, sin ahondar más en la materia. Para establecer posteriormente el segundo inciso, mediante los términos"..., *vel parentibus ex illa parte unde venit hereditas,....*", un

problema de interpretación, por la contradicción manifiesta en la primera parte del texto.

Comenta ISÁBAL Y BADA, refiriéndose a esta contradicción que *"para el ofrecimiento a los parientes no se hace designación de línea ni grado; luego, cuando del tanteo se pasa al retracto no se concede el derecho a ejercitarlo sino con sujeción al principio de troncalidad tan arraigado en Aragón, esto es a los parientes por la línea de donde proceden los bienes..."*[104].

Las ideas expuestas por este ilustre jurista, tienden a resolver la contradicción manifiesta en el antiguo Fuero, fundándose en una delimitación entre las dos fases de que consta el derecho de abolorio. Propuesta, que no era adecuada en opinión de otros autores, entre ellos MERINO HERNÁNDEZ[105], que estima razonable que la pertenencia a la línea familiar de procedencia de los bienes atañe, en el antiguo derecho tanto para una primera fase de tanteo, anterior a la venta, como para una posterior, de retracto.

El Apéndice de 1.925, siguiendo el perfil definido por sus predecesores, no se pronuncio sobre esta cuestión, dejando así, sin zanjar las dudas planteadas a su alrededor.

Serán los Anteproyectos preparatorios de la vigente Compilación los que pondrán fin a las dudas planteadas hasta el momento. Al hablar de Anteproyectos entendemos tanto los de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1.961 (ASCJA), de 1.962 (ACJA), y 1.963 (ACJA) y, el de la Sección Especial de la Comisión General de la Codificación de 1.965 (ASECGC); pues todos ellos, se remitían a la regulación aplicable a la sucesión troncal, como vimos al estudiar la naturaleza del parentesco, para determinar las personas legitimadas para promover una demanda de abolorio; y

---

104. Marcelíano ISÁBAL Y BADA, *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, cit. pág. 546.

105. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit, pág. 44.

como resultado de esta remisión, exigían que tales personas perteneciesen a la línea familiar de la que provienen los bienes objeto de retracto.

De manera independiente a los Anteproyectos citados, él del año 1.966, sin realizar ninguna remisión para determinar los sujetos legitimados, dispone expresamente la exigencia de pertenecer a la línea familiar de donde los bienes implicados en el retracto proceden. Criterio que fue traspasado al articulado de la Compilación de 1.967 y que se mantiene en la actualidad tras la consiguiente reforma de 1.985.

Tras un estudio detallado del derecho positivo, no podemos olvidarnos de la jurisprudencia que afecta a esta cuestión; entre las declaraciones judiciales sobre este retracto, la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991[106], matiza esta exigencia, sobre la base del principio de troncalidad en torno al cual gira el derecho de abolorio.

Antes de finalizar nuestro estudio sobre la legitimación activa del presente retracto, abordaremos un último supuesto, que fácilmente puede ocurrir en la practica; nos referimos a la colisión de titulares en el ejercicio del retracto de abolorio. Es decir, cuando son varios los parientes legitimados, que pretenden ejercitar este derecho, respecto de unos bienes ya enajenados o que se enajenarán en un futuro inmediato.

En un primer momento, el Apéndice de 1.925, resolvía esta concurrencia, priorizando el criterio de proximidad de grado, otorgándose así preferencia a aquellos parientes que gozasen de

106. Sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.

"...; Pudiendo ejercitarlo únicamente aquellos parientes que perteneciendo a la misma línea familiar de la que los bienes que se enajenan provienen, de donde se infiere que, un pariente de la línea paterna del disponente no podrá ejercitar el derecho de abolorio contra los bienes que procedan de la línea materna, exigiendo la tenencia de un pariente común con el disponente de los bienes....".

mejor grado, y en su defecto, al primero de ellos en presentar la demanda de abolorio.

Hoy la vigente **Compilación** dispone, con una redacción poco afortunada, en el apartado tercero del artículo **149. 3**: *"Si concurren dos o más parientes, la preferencia se determinará por el orden establecido en los números 1.º y 3.º del artículo 132, y en igualdad de grado la tendrá el primero en ejercitarlo"*.

Establece por tanto, la Compilación una remisión al artículo 132 del mismo cuerpo legal, referente a la esfera de la sucesión troncal; separándose así del criterio mantenido por la regulación anterior, al sustituir, en palabras de MERINO HERNÁNDEZ,".. la idea de proximidad de parentesco, por la que podríamos llamar la proximidad afectiva del parentesco".[107]

En efecto, a través de este criterio normativo aplicable en la actualidad, podrán ser preferidos en determinados supuestos parientes de grado más remoto al disponente de los bienes, en lugar de parientes de grado más próximo.

La remisión del artículo 149. 1 al orden establecido para la sucesión troncal en el artículo 132[108], ha planteado ciertas dudas, pues este artículo admite en su inciso 1.º el derecho de representa-

---

107. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 60.

108. **Artículo 132 de la Compilación.**

Cuando no haya lugar a la aplicación del artículo anterior la sucesión intestada en aquellos bienes que al causante sin descendencia le hubieran provenido por cualquier título de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado, se deferirá:

1.º- A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, representando a los fallecidos sus descendientes. Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

2.º- Al padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

3.º- A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado entre los que descienden de un ascendiente común propietario de los bienes y en su defecto entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del causante, los primeros serán excluidos por los sobrinos.

ción para el caso de fallecer el primer llamado a la sucesión o también llamado sustitución legal.

Pronto surgieron voces detractoras de la aplicabilidad de dicha facultad al derecho de abolorio, ya que su aplicación facultaría a los descendientes de los hermanos (que ocuparían el puesto del primer llamado, si éste hubiese fallecido), para ejercer el retracto con carácter prioritario, aún concurriendo al derecho cualesquiera otros parientes colaterales.

Aurora LÓPEZ AZCONA, en concordancia con esta negativa inicial, apoya los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en sentencia de 4 de Noviembre de 1.992, *"invoca la aplicación de los límites de parentesco específicamente previstos para el derecho de abolorio por tratarse de un derecho sin relación alguna con la sustitución legal"*[109].

La Compilación fija en el cuarto grado de parentesco colateral, la naturaleza exigible a todo pariente que pretenda ejercitar el derecho de la saca, razonamiento que justificaría la no aplicabilidad de la sustitución legal a esta institución, por no permitirse su ejercicio por los descendientes del enajenante.

---

109. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes jurisprudenciales", cit. pág. 169. Véase también la nota 100 de dicho artículo, que recoge el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia, referente a la cuestión que nos ocupa; del que especialmente merece resaltar, entre otras, las siguientes afirmaciones: "el alegado derecho de representación que se invoca....no impide que la situación del actual tenedor de la citada parte demandada sea de pariente en 5º grado, siendo independiente de que haya heredado por premoriencia de sus progenitores o lo hubiera hecho por primera herencia de ascendiente. " y, más adelante, "P.G.C recibió los bienes en representación de su madre (art. 141 de la Compilación) pero para el ejercicio de otros derechos, de naturaleza diferente, habrá de estarse a lo expresamente regulado para ellos, y en el ejercicio del derecho de retracto de abolorio este no puede ejercitarse *in finitum* o por los ulteriores descendientes sino limitado al cuarto grado por imperativo legal".

Explica MERINO HERNÁNDEZ, que *"Cuando el artículo 149 de la Compilación aragonesa se remite al orden del artículo 132, referido a la sucesión troncal, creo que con ese término orden, el legislador no solamente quiere referirse a los criterios de mera proximidad de parentesco, sino que abarca a todos los demás, que ese precepto foral prevé para la sucesión troncal aragonesa"*[110].

De la aplicación rigurosa del artículo 132 de la Compilación para solucionar el problema estudiado, se deriva entre otros, que para el supuesto de concurrencia de un sobrino carnal y un tío carnal, se le otorgara preferencia al sobrino, situado en el tercer grado, respecto al tío que ocupara un tercer grado.

Esta preferencia viene apoyada por dos argumentos contemplados en el artículo anterior, y que son la ya apuntada facultad de representación, para el caso de premoriencia de ascendientes, recogida en su apartado numero 1, y la afirmación de que"..concurriendo tíos y sobrinos los primeros serán excluidos por los segundos..", a la que hace mención en su último apartado.

Esta última afirmación, del artículo 132, no operara en el supuesto de que todavía viva el padre u otro ascendiente del sobrino, pues serian estos los legítimos titulares del derecho de abolorio.

No debemos olvidarnos, que en la actualidad el Libro segundo (artículos 88 a142) de la Compilación Aragonesa, entre el que se incluye el artículo 132, ha sido derogado por la Ley 1/ 1.999, de 24 de Febrero, de sucesiones por causa de muerte. Ante esta situación, podemos plantearnos si seguir aplicando el artículo 132 de la Compilación, o bien, el artículo 211[111] equivalente en la nueva regulación) de la Ley 1/1.999

110. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit, pág. 277.

111. **Artículo 211 de la Ley de Sucesiones.** Sucesión troncal.

Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores, la sucesión en los bienes troncales se deferirá:

Con carácter previo, DELGADO ECHEVARRIA, en sus comentarios a la Ley de Sucesiones, abogaba por que la remisión al artículo 132 de la Compilación sea una remisión dinámica: *"La remisión que el artículo 149. 2 de la Compilación hace a los números 1º y 3º del artículo 132 de la misma habrá de entenderse ahora que tiene como objeto iguales ordinales del artículo 211 de la Ley de Sucesiones".*[112]

Sin embargo, este problema quedó resuelto con la entrada en vigor de la **ley 2/2.003 de 12 de Febrero**, de Régimen económico matrimonial y viudedad, que en su **Disposición final 2ª, aptdo 3º**, dispone que el artículo **149. 3** de la Compilación de Derecho Civil Aragonés quedará redactado en los siguientes términos: *3. Si concurren dos o más parientes se determinará por el orden establecido en los números 1º y 3º del artículo 211 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte y en igualdad de derecho la tendrá el primero en ejercitarlo.*

A este problema de interpretación, podemos añadir la exigencia de presentación, por los sujetos legitimados, de la demanda de abolorio dentro del plazo previsto para ello por la legislación, pues solamente en esa situación estaremos ante una posible concurrencia de titulares del retracto, que se resolverá, con el consiguiente otorgamiento de preferencia entre los mismos.

1.º A los hermanos por la línea de procedencia de los bienes, sustituidos por sus respectivas estirpes de descendientes. Habiendo sólo hijos o sólo nietos hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

2.º Al padre o la madre, según la línea de donde procedan los bienes.

3.º A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto si se trata de bienes troncales de abolorio, entre los que descienden de un ascendiente común al propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del transmitente, cuando unos y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.

112. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, "Comentario al Título VII, De la sucesión legal "en "Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1.999-V, núm. 1.

A estos efectos, es indiferente la prioridad en el tiempo a la hora de ejercicio de la correspondiente acción, siempre y cuando todas ellas se ejerciten dentro de los plazos establecidos por la Compilación. Transcurridos éstos, será cuando podrá valorarse la existencia o no de colisión de titulares y, de ser así pasar a aplicar lo dispuesto en el artículo 149. 3.

No será aplicable dicha afirmación para la concurrencia de titulares de igual grado, regulada en el artículo 149 *in fine*, como veremos a continuación.

Son escasas las declaraciones judiciales que se pronuncian sobre esta problemática, destacando hasta el momento la vieja sentencia de la A.T.Z de 6 de Febrero de 1.953.

Como ya hemos advertido con anterioridad puede ocurrir que los sujetos que concurran al ejercicio de este derecho de preferente adquisición, gocen del mismo grado de parentesco, respecto al enajenante de los bienes. El artículo 149. 3 *in fine*, se ocupa de esta cuestión, otorgando preferencia a favor de quien primero ejercite el derecho.

En efecto, vuelve a resaltarse la importancia del ejercicio de la acción, dentro de los plazos legales contemplados en la Compilación en el artículo 150, para promover la demanda correspondiente a este retracto.

No puede desconocerse, el que en determinadas ocasiones coincida el momento elegido por los diferentes parientes legitimados, todos ellos de igual grado, para iniciar la acción de este derecho.

La solución a esta posible situación no se encuentra en la asignación por suerte o azar, como explica MERINO HERNÁNDEZ, sino que "la verdadera solución debe encontrarse en la mis-

ma discrecionalidad judicial a la que se refiere el párrafo 2 del artículo 149".[113]

Justifica esta solución explicando que, *"Si en supuestos de mayor importancia los tribunales pueden moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, mucho más podrán hacerlo en casos como éste de concurrencia en el tiempo de dos o más parientes de igual grado familiar"*.[114]

Supuesto diferente, sería el ejercicio del derecho por una pluralidad de parientes de mutuo acuerdo, para el que, pese a no existir normativa legal al respecto, la jurisprudencia se ha manifestado desde diferentes perspectivas, así, la sentencia del J.P.I número 1, de Huesca de 26 de Octubre de 1.991 no pone impedimento alguno para el ejercicio de mutuo acuerdo de la preferente adquisición, por dos hermanas frente a la enajenación ya consumada por su hermano. Por otro lado, la sentencia del T.S.J de Aragón, de 4 de Noviembre de 1.992, establece unas limites más restringidos para su ejercicio, ya que autoriza únicamente la adquisición conjunta, invocando la finalidad del derecho de abolorio, en dos supuestos: cuando los actores sean consortes de Casa Aragonesa o, subsidiariamente, cuando exploten conjuntamente inmuebles rústicos o urbanos.

SUJETO PASIVO

Nos referimos con este término a la persona frente a la que puede ejercitarse el derecho de abolorio, que no es otro que el propietario actual de los bienes objeto de retracto.

Es decisivo el momento en el que se ejercita el derecho, para concretar la persona a la que ira dirigida la acción de retracto. Este retracto, como todo derecho de adquisición preferente, puede ejer-

113. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 64.
114. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 64.

citarse en dos fases diferenciadas, para cada una de las cuales habrá distintos destinatarios:

En fase de tanteo, es decir antes de realizarse la enajenación de los bienes, el titular del derecho de abolorio deberá ejercer su acción contra el propietario de los bienes, que es el futuro vendedor.

En fase de retracto, el sujeto titular del derecho se dirigirá contra el adquirente de los bienes una vez realizada la enajenación de los mismos. En este segundo momento hay que distinguir a su vez:

1.- Cuando sólo se ha realizado una sola enajenación, siendo el sujeto pasivo el primer y único adquirente de los bienes, y por tanto deberá dirigirse contra él la acción de abolorio y no contra el vendedor de los bienes de abolorio, ya que el comprador viene a sustituir al vendedor en todos sus derechos y acciones, como se deriva de lo dispuesto en el Código Civil[115] para los retractos legales.

En el supuesto de fallecer el adquirente de los inmuebles, podrá dirigirse la demanda de abolorio contra su sucesor a título universal o particular.

Si son varios los sujetos que adquieren conjuntamente el inmueble, la acción de preferente adquisición deberá dirigirse contra todos ellos, incluso cuando el bien haya sido adquirido *pro indiviso*. En este supuesto, de la lectura de las sentencias de la A.T.Z

---

115. El Código Civil en su Artículo1.525, remite a lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518; al disponer *En el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518.*

Artículo 1.511.

El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y obligaciones.

Artículo 1.518.

El vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de venta, y además:

1.°- Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta.

2.°- Los gastos necesarios y útiles hechos para la venta.

de 23 de junio de 1.989[116], y, del J.P.I.I de Boltaña de 1 de Septiembre de 1.993[117], se presume la necesaria interposición de la demanda contra todos los adquirentes del inmueble.

La misma solución se adoptara para las adquisiciones verificadas a favor de una sociedad conyugal, debiendo dirigirse la demanda contra ambos esposos. Exigencia que confirma la sentencia del J.P.I número 1, de Huesca de 26 de Octubre de 1.991.[118]

Una última situación, se encuentra en las ventas en las que el titular de la nuda propiedad del bien o de los bienes, no coincide con la persona titular del usufructo de los mismos, en donde la demanda deberá dirigirse tanto contra el nudo propietario, como contra el usufructuario del bien en cuestión.

2.- Cuando se han realizado sucesivas enajenaciones, es decir cuando tras la trasmisión al primer comprador de los bienes, éste decide volver a enajenarlos a un tercer adquirente y así sucesivamente, siendo indiferente el numero de trasmisiones verificadas

Estas sucesivas enajenaciones configuran lo que en el ámbito procesal se denomina, *litisconsorcio pasivo necesario;* es decir el titular del derecho de abolorio deberá dirigirse contra todos los sujetos que hayan sido destinatarios de las diferentes trasmisiones que

---

116. Sentencia de la A.T.Z de 23 de Junio de 1.989.

"Que por todo lo que antecede corresponderá dar lugar a la demanda, en el bien entendido que como se ha probado que los demandados han comprado por mitad e iguales partes no sabe (sic) hace el repartimiento de la consignación que se pretende en el suplico de la demanda el demandante....".

117. Sentencia del J.P.I.I de Boltaña de 1 de Septiembre de 1.993.

"....Los codemandados compraron por igual y mitades pro indivisas la referida finca por precio de..... Los compradores demandados son extraños a la familia del vendedor, es decir no son parientes de este...".

118. Sentencia del J.P.I número 1 de Huesca de 26 de Octubre de 1.991.

"En el presente caso la acción se ejercita sobre tres fincas trasmitidas por el hermano de las actoras, y por título de compraventa, a los demandados y para su sociedad conyugal....".

los inmuebles de abolorio hayan sido objeto, a este extremo se refiere la antigua sentencia de la A.P.Z de 24 de Enero de 1.912[119], advirtiendo la exigencia de dirigir la demanda tanto contra el primer adquirente de los bienes, como contra los que le suceden. En igual sentido se pronuncia la sentencia de la AT.Z de 28 de Abril de 1.970[120].

Dada la eficacia *erga omnes* de la que goza el derecho, un sujeto titular del mismo podrá recuperar los bienes, con independencia de que éstos se encuentren en manos de un primer o sucesivos adquirentes. Esta facultad de recuperación operará, en todo caso incluso aunque el actual titular de los bienes haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad[121].

En otro orden de cosas, el sujeto que ostente la legitimación pasiva habrá de ser un sujeto extraño a la familia, o pariente más allá del cuarto grado; es decir cuando el comprador de los bienes de abolorio se encuentre dentro de los límites de parentesco exigidos por el artículo 149. 1 de la Compilación, el demandante a pe-

---

119. Sentencia de la A.T.Z de 24 de Noviembre de 1.912, citada por Ramón SAINZ DE VARANDA, en "Jurisprudencia de Derecho Civil Aragonés "(años 1.896 a 1.926), en *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo IV, pág. 354. "Es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en varias resoluciones, que la segunda venta de una finca no es óbice para que prospere la demanda de retracto entablada por un tercero en cuanto a la primera enajenación, porque desde el otorgamiento de esa primera escritura nace el derecho de retraer, sin que pueda afectarle el hecho de la segunda enajenación, siendo de necesidad en tal caso que se dirija la acción no sólo contra el primitivo comprador, sino también contra el segundo..".

120. Sentencia de la A.T.Z de 28 de Abril de 1.970.

Esta sentencia dispone que "Por ser su carácter el de acción real, la de retracto esta bien dirigida contra quien tiene la cosa en su poder, al tiempo de presentarse la demanda, aunque haya habido diferentes trasmisiones dentro del plazo en que, a partir de la primera, nació el derecho de retracto a favor del demandante, quien inclusive puede ampliar la demanda o acumular otra nueva, si tras dicho momento procesal se produjeron nuevas trasmisiones".

121. Véase nota 35, en la página 20 del presente trabajo, donde se transcribe el artículo 37.2 de la Ley Hipotecaria.

sar de estar activamente legitimado no podrá ejercitar la acción de retracto.

Dicha exclusión se producirá, aunque el actor del retracto gozase de grado más próximo que, el adquirente de los bienes. Explica MERINO HERNÁNDEZ, su poco agrado a esta imposición legal, diciendo que *"Cierto es que con la adquisición de los bienes por parte de un pariente colateral de hasta cuarto grado, los inmuebles parece que siguen perteneciendo a la casa de origen, no obstante, también parece más fácil que estos lleguen a perder la consideración de familiares si van a parar a manos de parientes más alejados, que si, por el contrario, los adquiere parientes más próximos del vendedor"*.[122]

Destaca este extremo en la sentencia del J.P.I de Calamocha de 15 de Abril de 1.969[123] o la posterior de la A.T.Z de 25 de Enero de 1.973[124].

Hasta ahora nos hemos referido a esta imposición legal, incluyendo dentro del término "parientes más allá del cuarto grado", a los de la línea colateral, entre los que media un vínculo de consanguinidad. Ciertas opiniones doctrinales, como la de MERINO HERNÁNDEZ, niegan que *"La Compilación al hablar de parientes, en general haya querido referirse a los parientes por afinidad"*.[125] Continúa esta autor diciendo *"Que sí en cambio, deben estar incluidos los derivados de la adopción, pues hoy cuando el artículo 176.2 del*

---

122. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit, pág. 86.

123. En la presente sentencia, el comprador de los bienes, era primo hermano del vendedor de los mismos, es decir se encontraba dentro del cuarto grado de parentesco colateral exigido por la Compilación.

124. En la citada sentencia, la acción de retracto es desestimada por no darse los requisitos exigidos en los artículos 149 a 152 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, ya que exigiendo la venta de las fincas de carácter troncal a un extraño o pariente más allá del cuarto grado, resulta que en el presente caso la trasmisión se hizo al demandado sobrino carnal de la propietaria.

125. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "El derecho de abolorio aragonés", cit. pág.85.

Código Civil dice que la adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra, las consecuencias de ello habrán de reflejarse en toda suerte de instituciones civiles; también por tanto, en el derecho de abolorio aragonés".

Una última cuestión relacionada con los sujetos que no pueden ejercer el derecho de abolorio, versa sobre la falta de precisión de la Compilación, pues ésta habla de modo general refiriéndose al término parientes, sin entrar a especificar si los mismos han de pertenecer o no a la línea de procedencia de los bienes. Teniendo en cuenta las consecuencias que se podrían derivar, quizá la solución más razonable seria el pensar que dicha imprecisión es una mera omisión del legislador, y que en el término parientes se encuentran incluidos solamente los pertenecientes de la misma línea de procedencia de los bienes.

ELEMENTOS REALES

La Compilación de Derecho Civil Aragonés, determina expresamente, en el **artículo 149. 1** de la Compilación, los bienes sobre los que el mismo podrá ejercitarse. Así el derecho de abolorio no recaerá sobre cualquier clase de bienes, sino sobre unos previamente señalados y tasados por la ley; es decir, inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

Además de la naturaleza inmobiliaria de los bienes y la previa permanencia en la familia de éstos, la Compilación, en el artículo 149.1, complementa estos factores, con un último factor subjetivo, ya estudiado, referido a que el sujeto que ejercita este derecho sea un pariente legitimado, por la línea de procedencia de los bienes.

Es decir, estamos ante una preferente adquisición que ha de ejercitarse sobre:

1.- Un bien de naturaleza inmueble.

2.- Un bien de procedencia familiar. Dentro de este carácter en el que analizaremos:

2.1.- Clase de familiares de los que han de proceder los bienes.

2.2.- Títulos de adquisición de los bienes por el enajenante.

2.3.-Permanencia en la familia durante, al menos, dos generaciones anteriores.

3.- El dominio pleno, útil y directo de los bienes.

1.- BIEN INMUEBLE.

El carácter de inmueble de los bienes de abolorio, para ser susceptibles de retracto, ha sido tradicionalmente exigido por el derecho aragonés.

En el derecho histórico, los antiguos fueros y observancias, se referían al objeto del derecho, mediante *hueredítates*, dicción que ha sido interpretada por diversas voces doctrinales[126] a favor de bienes inmuebles o raíces[127]. Término este ultimo que empleaba el Apéndice de 1.925.

---

126. Se manifiestan en este sentido opiniones como las de MOLINO, BARDAJI, RIPOLLES, FRANCO Y GUILLÉN.

127. Ramón SAINZ DE VARANDA, da una definición descriptiva de bienes inmuebles o raíces, en su estudio "El retracto gentilicio", cit. pág. 271-272, a los que se refiere como *"aquellas cosas que no pueden moverse por sí, ni por los hombres sin alterar su naturaleza, aunque habrá que tener en cuenta las modificaciones que a este respecto introdujo la Ley Hipotecaria. Lo que forma parte de un inmueble por naturaleza o destino de los hombres, aunque pueda moverse sin alteración de su ser. Los frutos pendientes de las plantas, las cosas que estén destinadas al perpetuo uso de un inmueble, como los canales, las llaves de las puertas, las minas"*.

Destaca entre las anteriores la argumentada por SAINZ DE VARANDA[128], que considera que los Fueros hablan de heredad, integrando bajo éste término el concepto de inmuebles y de adquisición por herencia. Refuerza su interpretación, afirmando que era indudable que no cabría el retracto gentilicio-como así lo cita-respecto a los muebles.[129]

Fácil es observar por tanto, que ya en los primeros momentos de vida del derecho, se excluía su ejercicio sobre los bienes muebles, permitiéndose exclusivamente su acción sobre los inmuebles.

Explica MERINO HERNÁNDEZ refiriéndose a este carácter, que SAINZ DE VARANDA encontraba la causa de la no atribución del abolorio a los bienes muebles *"en la tradicional situación de tales bienes. En el derecho privado siempre se han tenido en poca consideración, contra lo que hoy la realidad implica. Además son bienes sometidos de modo más directo a la persona que los demás. Son los primeros que entran en la porción del muerto, son los primeros respecto a los que se permite la libertad de disposición. En la sociedad conyugal su régimen es distinto del que tienen los inmuebles"*[130].

Cabe señalar, las manifestaciones sobre este criterio sostenidas por los antiguos Tribunales Aragoneses, así la sentencia de 20 de Febrero de 1.873 excluye expresamente del objeto del retracto gentilicio a los bienes muebles y derechos universales, quedando únicamente como retraibles las fincas e inmuebles.

A pesar de su inclinación a favor de los inmuebles, SAINZ DE VARANDA[131] discrepa al sostener, que este derecho debería ampliarse respecto a determinados bienes muebles, que gozan de

128. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 270

129. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 270.

130. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "El derecho de abolorio aragonés", cit. pág. 90.

131. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 270.

un notable valor, entre los que detalla a los bienes de valor artístico o histórico, tales como podrían ser las joyas, pinturas, etc.

MERINO HERNÁNDEZ no de acuerdo con las ideas sustentadas por SAINZ DE VARANDA, observa que "Ciertamente el legislador de la vigente Compilación ha tenido en cuenta la importancia y valor de ciertos bienes muebles"[132]. Invoca a este respecto el artículo 39[133] de la vigente Compilación, referido a la sociedad conyugal; pero finalmente acaba por considerar este autor, que dicho precepto no es oportuno aplicarlo a otras instituciones forales diferentes, tal como podría ser nuestro derecho de abolorio.

A pesar de estos argumentos a favor y en contra de la inclusión de los bienes inmuebles en el derecho, la Compilación es firme al considerar a los inmuebles como únicos bienes retraibles. El indicado cuerpo legal, siguiendo la línea previamente marcada por los Anteproyectos, utiliza la genérica expresión de inmuebles, sin entrar a especificar el significado concreto de esta dicción.

A la vista de esta situación cabe preguntarse, ¿Qué bienes son considerados como bienes inmuebles a efectos del derecho de abolorio consagrado en el artículo 149 de la Compilación aragonesa?,

132. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "El derecho de abolorio aragonés", cit. pág. 90.

133. **Artículo 39 de la Compilación**. Presunción de muebles por sitos.

A los efectos del artículo anterior se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitos, salvo pacto en contrario:

1°.- Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectados a unas y otras.

2°.- Los vehículos y maquinaria cuya titularidad debe constar en documentación intervenida por oficina pública.

3°.- Los valores mobiliarios, las participaciones en sociedad y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y créditos consignados en documento público

4°.- Los derechos de propiedad intelectual e industrial.

5°.- Los archivos de familia, así como las alhajas y demás objetos preciosos.

6°.- El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro.

SAINZ DE VARANDA, considera *"como bienes inmuebles a los que recoge el artículo 334 del Código Civil"*.[134] No obstante considera que dicho precepto[135] requiere una matización pues, *"si bien sólo se deberá referir a los inmuebles por naturaleza, a las fincas rústicas y urbanas"*.[136]

El artículo indicado contiene, en un primer momento, todos aquellos inmuebles por naturaleza, sobre los que no es dudable su carácter de bienes retraibles a los efectos de esta institución, creando confusión, en sus últimos apartados dedicados a los llamados inmuebles por destino, entorno a su posible aplicación al derecho de abolorio.

---

134. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 271.

135. **Artículo 334 del Código Civil**.

Son bienes inmuebles:

1°.- Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

2°.- Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formen parte integrante de un inmueble.

3°.- Todo lo que éste unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

4°.- Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble en tal forma que el revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.

5°.- Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de explotación de la misma.

6°.- Los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente.

7°.- Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.

8°.- Las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, y las aguas vivas o estancadas.

9°.- Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.

10°.- Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

136. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 271.

Llegado a este punto de nuestra exposición podría resurgir un nuevo interrogante, es decir ¿ Serían retraibles todos los inmuebles contemplados por el artículo 334 de nuestro Código Civil, o bien sólo lo serian los bienes catalogados como bienes por naturaleza, y no los bienes por destino o analogía?.

A pesar de su exposición, ya indicada, Ramón SAINZ DE VARANDA[137], llega a manifestar una última matización en torno a sus afirmaciones, de manera que los bienes denominados inmuebles por destino podrán ser sometidos al retracto de abolorio en aquellos supuestos, en que los anteriores se vendieran junto a los llamados inmuebles por naturaleza.

Por tanto, en base a estos argumentos podemos sostener que incluso los bienes muebles podrán llegar a ser objeto de este derecho cuando se hallen unidos o integrados por destino dentro de determinados inmuebles, con los que se enajenen formando un todo unitario. Pero es conveniente aclarar, que sólo podrá ejercitarse el derecho de abolorio sobre esta clase de bienes cuando formen parte de un patrimonio unitario, constituido por un bien inmueble, integrado a su vez, por una serie de muebles, como un todo orgánico que se enajena, pero no cuando se trate únicamente de un conjunto de bienes de naturaleza mobiliaria.

En este sentido, se pronunció SAINZ DE VARANDA, al sostener que *"cuando se trate de una universalidad de bienes muebles no se admitirá el retracto gentilicio"*.[138]

En el supuesto de bienes semovientes, es decir, cuando el bien de abolorio esté no sólo conformado por un inmueble o finca, sino también por bienes que pueden moverse por si mismos, tal como las ganaderías, se aplicará la solución aportada para los

137. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 271.
138. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 273.

bienes muebles unidos por destino a determinados inmuebles, como si de éstos se tratara.

2.- PROCEDENCIA FAMILIAR DE LOS BIENES

A la naturaleza inmobiliaria de los bienes de abolorio se le une un nuevo carácter, por nuestra Compilación al exigir en su artículo 149, que los bienes hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

Con este requerimiento, se pone de manifiesto la necesidad de que los bienes que integren el objeto del presente retracto reúnan el carácter de bienes troncales de abolorio, siendo el carácter troncal la esencia objetiva del derecho de abolorio, como así lo define MERINO HERNÁNDEZ[139].

Esta fórmula, ha llegado a nuestra actual regulación, tras su paso por las distintas etapas del derecho de la saca, no desconociéndose en ninguno de los textos legales, a pesar de no mantener un criterio uniforme común a todos ellos.

En este apartado nos referiremos al significado actual de bienes troncales en la regulación actual del derecho de abolorio, para lo que seguiremos el criterio seguido por el propio MERINO HERNÁNDEZ[140] -adoptado posteriormente por otros autores[141] y, ya indicado al iniciar el estudio de los elementos objetivos- basado en varios puntos de reflexión, entre los que destaca:

- La clase de familiares de los que han de proceder los inmuebles.

139. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 107.
140. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 107.
141. Autores como Gabriel GARCÍA CANTERO en "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág. 197.

- La clase de título por la que se han podido trasmitir y adquirir tales bienes.
- Qué debemos entender por permanencia familiar de los bienes y si ésta, ha de ser mediata o inmediata.

2.1.- Clase de familiares de los que han de proceder los bienes.

Los autores del siglo XIX, mantenían diferentes posturas, respecto a las personas de las que debían provenir los bienes. Una parte de ellos[142] interpretaban restrictivamente que los bienes debían proceder exclusivamente de los ascendientes del enajenante. Otros autores[143], considerando esta postura excesivamente estricta, abogaban por que pudieran proceder incluso de los tíos carnales, admitiéndose así la procedencia colateral de los bienes.

El Apéndice de 1.925, en su artículo 76, se refería a tales bienes como fincas heredadas de ascendiente común al enajenante y titular del derecho.

En relación a este precepto, se manifestaron diversas voces doctrinales de la época, todas ellas manifestando la no necesaria procedencia de la línea recta de tales bienes. Así, explica el ilustre SAINZ DE VARANDA, que los bienes que procedan de un pariente colateral, común al enajenante y al retrayente, estarán sometidos al retracto, *"pues si bien el Apéndice se refiere a fincas que proceden de ascendiente común y el colateral no lo es, dado que este derecho se basa en una expectativa hereditaria y dada la aplicabilidad de las normas de la sucesión intestada creo tendrá lugar"*[144].

En igual sentido, pero con diferentes argumentos se manifestó, BERMÚDEZ ACERO, que estima no admisible, *"el que para de-*

142. Mantienen esta postura DIESTE, RIPOLLES.
143. Se inclina por esta posición BARDAJI, entre otros autores.
144. Ramón SAINZ DE VARANDA, " El retracto gentilicio", cit. pág. 272.

terminar si los bienes son troncales, haya que demostrar una relación inmediata y directa entre el ascendiente, que trasmite la finca y el que adquiere a título lucrativo". Continua explicando que *"Es suficiente, con que la finca a retraer, pertenezca a la familia, no haya salido de ella, sea adquirida por el vendedor de sus antepasados, proceda de un ascendiente común para que mantenga su carácter troncal"*.[145]

MERINO HERNÁNDEZ refleja en su estudio, que a pesar de las argumentos negativos referidos al artículo 76 del Apéndice, la jurisprudencia, fiel a este cuerpo legal exigía el que la finca procediera por herencia directa de ascendiente común a vendedor y retrayente. Para ello, cita como ejemplo la sentencia de la A.T.Z de 7 de Mayo de 1.956[146].

Los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses[147] aportaron una definición sobre el concepto de bienes de abolorio o bienes troncales, diseñada bajo el mismo criterio que mantenían sus predecesores en la materia.: *"Son bienes de abolorio los inmuebles que proceden, mediata o inmediatamente y por cualquier título, de un ascendiente común, y que no han salido, desde su común origen, del tronco familiar"*.

Si bien esta definición tuvo escaso éxito, pues desapareció una vez finalizado la redacción del primero de los Anteproyectos de la Sección Especial de la Comisión Especial de Codificación de

---

145. Luis BERMÚDEZ ACERO, "Retracto de abolorio en Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, cit. pág. 249.

146. La sentencia de la A.T.Z de 7 de Mayo de 1.956, no admitió el ejercicio del derecho de abolorio o de la saca, sobre una finca adquirida por el enajenante por herencia de su hermano, es decir, por provenir de la línea colateral del disponente del bien.

147. La presente definición se contempla en:

- El artículo161 del ASCJA-61.
- El artículo 167 del ACJA-62.
- El artículo 162 del ACJA-63.

1.965, que optó por exigir la permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente[148].

Este criterio fue el que se traslado a los posteriores Anteproyectos[149] y a la vigente Compilación. El artículo 149.1 de la Compilación referente a este criterio, no fue redactado con gran acierto, pues no especifica el alcance dado a la dicción familia.

El catedrático GARCÍA CANTERO, considera que el artículo 132[150], precepto en la actualidad derogado por los artículos 209 y siguientes, de la Ley 1/ 1.999 de 24 de Febrero, de Sucesiones por causa de muerte, es el más adecuado para definir el concepto familia. Pues según sus palabras, *"resulta más amplio y comprensivo referirse al "tronco familiar" y no a la "casa"...Entre el colateral de quien proceden los bienes y el pariente que enajena tiene que haber un ascendiente común, que constituye el origen del tronco familiar"*.[151]

MERINO HERNÁNDEZ identifica el término familia al concepto de casa, explica que *"el término familia tiene para el derecho aragonés en un sentido claro e inequívoco, en cuanto equivale al tradicional casa"*.[152]

Este autor encuentra la conexión entre ambos términos, en el artículo 133[153] de la Compilación, también derogado por la indicada ley. Si siguiéramos la correlación propuesta por el anterior

---

148. El ASECGC-65, contempla esta exigencia en su artículo 147.

149. Artículo 149 del ASECGC-66 y 149 de ACGC-PL, cuyo tenor literal coincide con el artículo 149 de la vigente Compilación.

150. Véase este artículo trascrito en la nota 103 de la página 51.

151. Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág.200.

152. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit pág. 110.

153. **Artículo 133 de la Compilación**.

Sucesión en bienes troncales de abolorio.

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

autor, llegaríamos a la conclusión de que aquellos bienes que hubieren permanecido en la casa del enajenante y el propio retrayente, equivaldrán a los bienes que a efectos de este derecho han de haber permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

El sentido del término familia queda aclarado tras la aprobación de la **Ley de Sucesiones**, por el **artículo 212**:

1. Son bienes troncales de abolorio todos aquellos que han permanecido en la casa o en la familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sean su procedencia y modos de adquisición inmediatos.

2. Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualesquiera que haya sido el número de trasmisiones intermedias.

2.2.- Títulos de adquisición de los bienes.

Es este el segundo punto a analizar dentro de la procedencia de los bienes, que difiere del criterio adoptado por la legislación actual.

En el derecho de los Fueros y Observancias, se utilizo como hemos apuntado con anterioridad, el término haereditates, en el que se apoyó estrictamente parte de la doctrina destacada[154], para considerar el título jurídico de la herencia, como el único admisible, para que tras este acto *mortis causa* los bienes conservasen su carácter de bienes de abolorio.

154. Se manifiestan a favor de la sucesión como único título admisible a estos efectos, DIESTE y BARDAJI.

Otras voces[155], lejos de esta interpretación restrictiva, abogaban por ampliar el carácter de abolorio a todos los bienes adquiridos a título gratuito, es decir no sólo mediante herencia sino también mediante legado y donación.

Decía LACRUZ BERDEJO, en apoyo de las interpretaciones de los autores clásicos que *"los bienes excluidos del abolorio son los no adquiridos por sucesión"*.[156]

Sin dejar a un lado el derecho clásico, el Apéndice de 1.925 volvía a reiterar la necesaria procedencia de los bienes mediante herencia, al exigir su artículo 76, que se trate de una finca heredada.

No faltaron comentarios contrarios a esta exigencia, como el que sostuvo BERMÚDEZ ACERO[157] al admitir no sólo la herencia sino cualquier título de carácter gratuito o el propio SAINZ DE VARANDA que *"no cree que ese concepto de herencia al que se refiere el Apéndice aragonés deba interpretarse restrictivamente, sino por el contrario considerar como bienes adquiridos por título hereditario los que proceden de sucesión particular o universal mortis causa. Y aun más de ciertos actos inter vivos...pues no creo haya razón alguna para no admitir cualquier caso de trasmisión de que se trate, pues lo interesante es que no salga de la familia"*.[158]

Disidiendo del criterio adoptado hasta el momento por los distintos cuerpos forales, los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses[159] no se ceñían a un título de adquisición concreto, sino que al definir los bienes de abolorio, daban por valido "cualquier título".

---

155. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, cit.

156. José Luis LACRUZ BERDEJO, "Una cuestión de derecho histórico en retracto gentilicio", cit. pág. 454.

157. Luis BERMÚDEZ ACERO, "Retracto de abolorio en Aragón", cit. pág. 245.

158. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 274.

159. Nos referimos al ASCJA-61, ACJA-62, ACJA-63.

En nuestra legislación, hasta la aprobación del artículo 212 de la Ley de Sucesiones, no se contenía referencia a esta materia, pero como explica MERINO HERNÁNDEZ, refiriéndose a al regulación anterior *"en materia de derecho de abolorio, el título adquisitivo de los bienes no tiene de por sí trascendencia alguna en orden a determinar la procedencia o improcedencia de tal derecho"*[160]. Nosotros nos sumamos a la opinión manifestada por el jurista, pues en base a la regulación actual es de estimar que la verdadera importancia reside en que los bienes hayan permanecido en la familia, pero no el camino a través del cual han llegado a menos del enajenante.

3.- Permanencia en la familia de los bienes.

Es ésta la más importante cuestión de las que integran la procedencia familiar de los bienes. La Compilación se refiere a ella exigiendo en su artículo **149. 1**, que los inmuebles hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

Como punto inicial de este apartado conviene aclarar el alcance del término generación. La Compilación se refiere a él, como un conjunto de personas que comparte un mismo grado de parentesco, más concretamente a las personas con igual grado de parentesco respecto al sujeto enajenante. Así, es fácil observar que forman una generación un determinado sujeto con sus hermanos, sus padres con sus tíos carnales y, sus abuelos con sus tíos-abuelos.

El término generación ha sido delimitado de igual modo por nuestra jurisprudencia, así la reciente sentencia del T.S.J de Aragón, de 26 de Abril de 2.002, establece "que la palabra generación ha de entenderse en sentido natural como conjunto de parientes de un determinado grado de parentesco con respecto al titular de los bienes".

---

160. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág.115.

De esta forma, solamente se cumplirá la exigencia contemplada por el artículo 149.1 de la Compilación, cuando los bienes hayan pertenecido a la generación de los abuelos del disponente; siendo unos respecto a los otros la generación inmediatamente anterior. La nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte ha aclarado cuando nos encontramos ante esta permanencia, al establecer en el **artículo 212. 2** que *"se entiende que el bien ha permanecido en la familia del durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de trasmisiones intermedias"*.

En este sentido se ha manifestado la sentencia de la A.T.Z de 10 de Julio de 1.973[161], al exigir la permanencia de los bienes no incluso en toda la generación de los abuelos.

Constata MERINO HERNÁNDEZ[162] que la dicción generación, se entiende en sentido de "verticalidad "pero nunca de "horizontalidad". Entendemos que con ello quiere referirse a que en el supuesto de realizarse varias trasmisiones de un bien en línea horizontal, sólo se computará a estos efecto del derecho de abolorio una única generación. Esta situación podría plantearse en el supuesto de varias trasmisiones entre sujetos que integran un mismo grado de parentesco, tal como los hermanos.

En otro orden de cosas, es importante destacar la importancia de que los bienes hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores al disponente, para así

161. Sentencia de la A.T.Z de 10 de Julio de 1.973.
"y es evidente que la generación del que adquirió bienes de otro por virtud de contrato o acto inter vivos no puede contarse,pues que no han sido bienes que hayan permanecido en el patrimonio de la familia durante dicha generación sino que han advenido posteriormente a la constitución del cual vivían él y su familia al principio".

162. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón "cit. pág. 284.

poder aclarar dos cuestiones relevantes que podrían plantearse en relación a este supuesto:

- No puede confundirse la anterior exigencia con la necesidad de computar el número de personas integrantes de una generación a las que haya pertenecido el bien de abolorio, puesto que generación de ningún modo, puede identificarse con el término persona, es decir lo que si habrá de tenerse en cuenta será el numero de generaciones anteriores al disponente, que han disfrutado de el bien.

- La locución permanencia en la familia, no debe interpretarse en el sentido de que el bien haya estado presente en ésta durante todo el tiempo de duración de la generación. Bastará como señala MERINO HERNÁNDEZ[163], *"con que los bienes hayan permanecido el tiempo suficiente como para poder considerarlos incluidos normalmente en el mismo"*. Refiriéndose con "el mismo", al período de actividad normal laboral de una persona, que para este autor comprendería unos 30 años aproximadamente. Afirmación discutible, al poder discurrir las dos generaciones en un periodo inferior, motivado por el fallecimiento prematuro de los sujetos integrantes de ambas generaciones, situación ante la cual estaría validado el derecho.

A través del término *permanencia* se exige igualmente que los bienes no hayan salido de la familia, al menos durante las dos generaciones inmediatamente anteriores.

A la vista de este criterio, un bien dejará de ser troncal o de abolorio en el supuesto de que un determinado bien haya salido de la familia, aunque con posterioridad haya regresado a la mis-

---

163. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág.122.

ma. A ello se refiere la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991[164].

Podríamos plantearnos que ocurría con aquellos bienes que son adquiridos mediante derecho de abolorio: ¿Llegarán a perder éstos su condición familiar ?.

La respuesta a este interrogante reside en el momento en que se ejercite la preferente adquisición, es decir, antes de la enajenación de los bienes o una vez que ya fueron enajenados: Si se recuperan en fase de tanteo, consideraremos que no han salido de la familia, pues aunque ya esta proyectada una futura enajenación, todavía no se ha consumado. Si por el contrario se ejercita en fase de retracto, pueden plantearse más dudas, puesto que una vez realizada la trasmisión, el bien se encuentra ya en manos de un extraño. Algunos autores consideran aplicable la subrogación subjetiva en la venta ya efectuada, desde esta posición explica MERINO HERNÁNDEZ, que *"por ello puede pensarse que los bienes no han llegado salir jurídicamente del marco familiar a que pertenecían, conservando el mismo carácter de abolorio que antes tenían"*.[165]

Distinta situación sería el caso de permuta de un bien de abolorio por otro, para la que entiende MERINO HERNÁNDEZ[166], no aplicable la subrogación subjetiva. Esta postura es compartida por otros juristas, como Gabriel GARCÍA CANTERO[167]. Hay quien sin embargo discrepa de estas opiniones, como SAINZ DE VARAN-

164. Sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.

"Surge como única conclusión jurídicamente viable, la que deba rechazarse el recurso de apelación confirmando la resolución recurrida, al quedar acreditado que los bienes habían salido ya de la rama troncal, en la que pudo ser ejercitado el derecho de abolorio, puesto que habían sido deferidos a la vendedora por el esposo de la misma, por vía hereditaria...".

165. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 119.

166. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 119.

167. Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág. 202 y 203.

DA[168], que con anterioridad a los citados autores, aboga por el mantenimiento del carácter familiar de los bienes en caso de permuta. En nuestra opinión, los bienes adquiridos en permuta, no gozarán de afección familiar que, en su momento se sentía sobre los bienes sustituidos, sentimiento que pude ser causa importante entre los argumentos negativos al mantenimiento de la condición familiar de dichos bienes.

Otra cuestión que ha generado distintas consideraciones por parte de nuestra doctrina, versa sobre la conservación del carácter de abolorio en aquellos bienes que fueron donados y posteriormente recobrados por el propio donante. Favorable al mantenimiento de dicho carácter, tanto para la revocación, como para el recobro de liberalidades se ha manifestado SAINZ DE VARANDA[169], mientras que MERINO HERNÁNDEZ[170], defiende el mantenimiento de los bienes en el tronco familiar en el primero de los supuestos, pero no en el segundo.

Al margen de la anteriores disidencias, la doctrina es unánime en la conservación del carácter de abolorio de los bienes donados con derecho de reversión, con independencia de que se trate de una donación bajo condición suspensiva o resolutoria.

3.- ENAJENACIÓN DEL DOMINIO PLENO, ÚTIL Y DIRECTO DE LOS BIENES.

El **artículo 149** de la Compilación, recoge en un primer momento esta exigencia, con poco acierto, al disponer: "En toda venta o dación en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado del dominio pleno, útil y directo de los inmuebles....".

168. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 273.
169. Ramón SAINZ DE VARANDA, " El retracto gentilicio", cit. pág. 274.
170. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 120 y 121.

Decimos poco acierto, puesto que no han faltado voces que se han manifestado sobre la redacción de dicho precepto. En entre ellas, destaca MERINO HERNÁNDEZ, que considera *"que en este punto se encuentra el mayor fallo del legislador de 1.967"*. Continua: *"En primer lugar, por hacer una diferenciación -la de dominio útil y directo- que, además de estar hoy superada alude a una figura jurídica, la enfiteusis, desaparecida de la practica negocial aragonesa; y por otro lado, y en contrapartida, por no regular una cuestión tan importante cual es la de la enajenación de inmuebles de abolorio sólo en nuda propiedad"*.[171]

Nosotros centraremos nuestra atención en el segundo de los supuestos, pues el primero de ellos podría calificarse de anacrónico y desfasado, respecto de nuestra legislación actual.

Los antiguos Fueros y Observancias, ni mucho menos el Apéndice de 1.925 contenían mención alguna directa e indirecta, sobre la posibilidad de ejercicio del derecho de abolorio únicamente sobre la nuda propiedad de los bienes.

La primera vez que aparece regulada esta expresión en nuestra legislación, es en el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1.961[172], reiterándose su presencia en los posteriores Anteproyectos, hasta llegar al articulado de la vigente Compilación.

Entre los autores del siglo XIX, hubo quien alzo su voz para manifestar la negativa a este supuesto, entre ellos RIPOLLÉS y BARANDA, afirmaba a propósito de la sentencia de 20 de Febrero

---

171. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 285.

172. **Artículo 162. 1 del ASCJA-61.**

Cuando tiene lugar.

1. *Este derecho tiene lugar en los actos y contratos que suponen trasmisión a un extraño o parientes más allá del cuarto grado, del dominio pleno, útil o directo de los indicados bienes familiares, mediando contraprestación fungible.*

de 1.873, que *"no es objeto de retracto la propiedad inmueble cuando no es plena ni está todavía en el dominio del demandado"*.[173]

A pesar de argumentos como éste, la jurisprudencia desde un primer momento ha venido admitiendo el retracto sobre la nuda propiedad, muestra de ello es la sentencia de la A.T.Z de 24 de Febrero de 1.953[174], que no ve obstáculo alguno en el ejercicio del retracto, a pesar de que el disponente pueda enajenar solamente la nuda propiedad, reservando el usufructo el sujeto instituyente. En defecto de manifestaciones judiciales sobre este particular, tras la entrada en vigor de la Compilación, merecen especial interés las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 1.925, 5 de Junio de 1.929 y 3 de Diciembre de 1.946.

En la actualidad autores como MERINO HERNÁNDEZ[175], se muestran a favor del derecho de abolorio cuando el bien enajenado sea únicamente la nuda propiedad de los inmuebles. Explica el citado autor que *"Si se ejercita el derecho de abolorio sobre la nuda propiedad de determinados inmuebles, lo único que sucederá será que estos serán adquiridos por el demandante con la carga o peso del usufructo mientras viva"*.

La situación es distinta, cuando lo que se enajena es el usufructo. Los argumentos sostenidos hasta el momento nos llevan a la conclusión de la inaplicabilidad del retracto sobre esta situación, ya que la nuda propiedad a diferencia del usufructo, confie-

---

173. Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, Tomo III, Imp. Ariño, Zaragoza, 1.987, Zaragoza.

174. Sentencia de la A.T.Z de 24 de Febrero de 1.953.

"No es obstáculo que impida el éxito de la acción ejercitada el hecho de que la vendedora no pudiera trasmitir más que la nuda propiedad por haberse reservado el usufructo el instituyente".

175. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 92 y 93.

re la verdadera titularidad una vez que el sujeto adquiera la plenitud de derechos sobre el bien.

Podemos englobar bajo este epígrafe dos cuestiones que pueden plantearse fácilmente en la práctica, nos referimos en primer lugar, al ejercicio del derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de inmuebles y en segundo lugar, sobre venta conjunta de inmuebles:

1.- EJERCICIO DEL DERECHO DE ABOLORIO SOBRE CUOTAS INDIVISAS DE INMUEBLES.

Bajo esta locución, se reseña la posible viabilidad del derecho de abolorio sobre partes alícuotas de bienes, cuestión que a su vez se plantea para dos supuestos diferentes:

Uno, si para el caso de enajenarse la totalidad de un inmueble perteneciente a su propietario por abolorio y en parte por otro título diferente, podrían los parientes tronqueros del enajenante ejercitar la acción de preferente adquisición sobre la totalidad del bien, sobre parte del mismo o si por el contrario no habría lugar a dicha acción sobre esta clase de bienes.

Y otro, que ocurrirá cuando lo que se enajena no es la totalidad del inmueble, sino solamente una participación indivisa del mismo.

En Derecho Aragonés se desconoce una solución legal a la primera estas cuestiones. Sí se ha ocupado de ella nuestra Jurisprudencia, negando en la mayoría de ocasiones planteadas, la validez de la acción ejercitada por la totalidad del inmueble.

Como antes hemos indicado, el derecho de abolorio es ejercitado sobre un bien que, en parte tendría carácter troncal y ordinario o no troncal, en el resto.

Se manifiestan sobre este criterio, denegando el ejercicio del derecho sobre parte indivisa del inmueble, la sentencias de la

A.T.Z de 7 de Diciembre de 1.955[176] y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1.954[177].

Frente a esta postura, sin embargo las sentencias de la A.T.Z de 12 de Diciembre de 1.947 y 11 de Mayo de 1.959, conceden la acción de retracto para tal situación.

MERINO HERNÁNDEZ, explica que con ayuda de la jurisprudencia se pueden extraer los siguientes principios generales en orden a esta materia; que no dejan de ser un resumen de las soluciones aportadas en las declaraciones judiciales consultadas en la materia:

"1ª.- Que no podrá ejercitarse el derecho de abolorio sobre la totalidad de la finca vendida, cuando esta sea en parte troncal y en parte no, porque de admitirse, sólo se cumpliría la finalidad y esencia de este derecho en una parte del inmueble, no teniendo justificación alguna la acción de preferente adquisición por el resto de la finca.

2ª.- Que en general, tampoco podrá ejercitarse la saca sobre la parte indivisa troncal de la finca, porque ello determinará una suerte de comunidad ordinaria entre el demandante y comprador de los bienes que, ni habría sido pedida, ni conviene al criterio general que impera en nuestro ordenamiento jurídico, contrario a la permanencia de esta clase de comunidades, mucho más a su nueva creación.

---

176. Sentencia de la A.T.Z de 7 de Diciembre de 1.955.

"Que tampoco cabría el retracto por lo que se refiere a la mitad indivisa de la nuda propiedad de la casa, ya que este solo cabe sobre la totalidad de la finca, no sobre parte de ella, mucho más cuando es indivisa, estableciendo una comunidad con el titular de la otra parte, sin haber sido citado ni oído en el juicio ni prestado su conformidad".

177. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1.954.

"si se decretase el retracto respeto de la porción indivisa trasmitida por herencia, con exclusión de la cuarta parte restante, se impondría a los litigantes por la Autoridad judicial de régimen de comunidad de bienes que ni ha sido pedido, ni es bien visto por nuestro derecho, pues lejos de fomentar situaciones de comunidad de bienes, tiende a facilitar su extinción".

3º.- Que por excepción, podrá admitirse el derecho de abolorio sobre la parte indivisa familiar del inmueble vendido cuando de su ejercicio no resulte la creación de una situación de comunidad, por estar ya ésta previamente establecida". [178]

Supuesto diferente es el caso de enajenación de una parte indivisa troncal de la finca, donde no parece haber obstáculo alguno a la admisibilidad del derecho de abolorio, pues nada impediría la creación de una comunidad ordinaria de bienes, para la que el vendedor y el adquirente habrían prestado su consentimiento y de la que se derivará el carácter divisible del inmueble. Además como señala MERINO HERNANDEZ [179], siempre será preferible la comunidad que formarían el vendedor y el demandante, de admitirse este retracto, por ser personas próximas entre sí, a diferencia del vendedor y adquirente entre los que no mediará lazo alguno de parentesco.

2.- VENTA CONJUNTA DE VARIOS INMUEBLES.

Es esta otra de las situaciones que pueden plantearse en el ejercicio del derecho de abolorio, pues no es extraño que nos encontremos ante una enajenación de un conjunto de inmuebles.

El problema se plantea ante la posibilidad de que sólo algunos de ellos, tengan carácter familiar o troncal, o cuando en este supuesto, se fije un precio alzado para todos o bien se determine individualmente el que corresponda a cada uno de ellos.

Ante esta situación, veremos los distintos supuestos que podrían plantearse, de la mano de la doctrina y Jurisprudencia, pues la Compilación, de manera coincidente al apartado anterior, no contiene regulación legal sobre esta cuestión. A diferencia de nues-

178. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 97.
179. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 98.

tra legislación, sí la regulan el Fuero Nuevo de Navarra[180] y la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco[181].

Antes de entrar a analizar las distintas posturas en la materia, conviene advertir que en ningún caso podrá ejercitarse el derecho de abolorio sobre bienes de carácter no familiar o troncal, pues como hemos apuntado en otros momentos de la exposición, la troncalidad es la esencia del derecho de abolorio. De acuerdo con esta afirmación en el supuesto de enajenación de fincas tróncales y no troncales de manera independiente y aislada, podrá ejercitarse el derecho solamente sobre aquellas que tengan carácter troncal.

De otra parte, el hecho de que los bienes se enajenen bajo un precio global, en principio no se conformaría en un obstáculo para el ejercicio de la acción de retracto, ya que bien por tasación pericial o mediante la oportuna prueba en juicio podría obtenerse el precio individualizado de cada uno de los inmuebles.

Sin embargo, son varios los autores[182], entre ellos SAINZ DE VARANDA[183], que afirman, que en caso de venta de varias fincas bajo un mismo precio, deberán retraerse todas ellas por quien ejercita el derecho. Pero continua el citado autor, *"se podría aceptar, en principio, que se retrajera una finca por separado, asignando a cada una su precio"*. Parece por tanto que podría ejercitarse el derecho, cuando los bienes se vendieran conjuntamente, pero a cada uno se le otorgase un precio independiente del resto.

Sustentando las anteriores posturas, se encuentran entre otras la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 1.889, que en re-

---

180. En la Ley 457 del Fuero Nuevo de Navarra.

181. En el artículo 115 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

182. Entre ellos destaca José IGNACIO MARTÍNEZ DE VELASCO, *Colisión entre derechos de adquisición preferente*, Edit. Bosch, 1.978, Barcelona, en relación al derecho tradicional castellano y Mariano RIPOLLÉS y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, cit. en relación al derecho clásico.

183. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 275.

lación al retracto gentilicio del Derecho Castellano, se muestra contraria a su admisión, por haber sido enajenadas todas las fincas bajo un mismo precio.

Mas recientemente MERINO HERNÁNDEZ, minora la importancia de la distinción sostenida hasta el momento, en torno a la venta de un conjunto de inmuebles por un precio alzado o individualizado para cada una de las fincas. Para él, *"lo importante no es que se haya señalado un precio alzado para todas ellas o que por el contrario, se haya individualizado para cada una de las mismas. Lo verdaderamente trascendente es que tales inmuebles formen o no entre sí un todo único, un patrimonio unitario afecto a la casa familiar"*. Continua diciendo: *"De no formarlo, cabrá admitir la acción de abolorio sobre sólo parte de las fincas, incluso aunque no tengan precio individualizado..".*[184]

Por tanto, nada impediría el ejercicio del derecho de abolorio, sólo sobre alguna y no todas de las fincas troncales vendidas, siempre que éstas no formen parte de una unidad patrimonial, cuya existencia determinaría la necesidad de retraer la totalidad de las fincas vendidas.

Proclama este criterio, la sentencia de la A.T.Z de 10 de Octubre de 1.956[185] y más explícitamente la de la A.P.Z de 5 de abril de 1.990[186], que deniega el ejercicio de la acción de preferente ad-

184. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 100 y 101.

185. Sentencia de la A.T.Z de 10 de Octubre de 1.956.

"....o que no cupiera retraer estas dos fincas sin retraer las demás, porque, si bien no está demostrado tampoco que las demás sean de abolorio, no es posible sostener que todas se complementan formando un sólo todo, y constituyendo un patrimonio afecto a la casa aragonesa..".

186. Sentencia de la A.P.Z de 5 de Abril de 1.990.

"....constituyendo los diez mencionados predios una unidad patrimonial y habiendo sido comprados por los demandados como un conjunto patrimonial unitario, es patente que no procede el retracto sobre siete de las mismas fincas...".

quisición, por formar los predios objeto de sentencia una unidad patrimonial.

Sostiene igualmente esta postura MERINO HERNÁNDEZ, al explicar que *"si tales fincas forman un patrimonio unitario, aunque se haya fijado precio propio para cada una de ellas, la acción de abolorio deberá ejercitarse en su totalidad"*.[187]

Resuelto el supuesto anterior, puede plantearse un último interrogante: ¿Que ocurrirá si la unidad patrimonial comprende fincas de abolorio y otras con un carácter distinto?. Para ello, MERINO HERNÁNDEZ[188] estima que no sería necesario que todas ellas fueran de abolorio, bastando con que lo fueran la mayor parte de las mismas.

Incluso puede suceder en la práctica del derecho, que el patrimonio unitario objeto de enajenación, este constituido además de por las fincas inmuebles, por otro tipo de bienes muebles afectos a la explotación. Para estos casos, debería admitirse nuevamente el derecho, siempre que la unidad patrimonial se conforme por la anterior universalidad de derechos, pero no cuando ésta sea de tal índole que nada tenga que ver con el patrimonio unitario referido. En apoyo de esta tesis, destaca la sentencia de la A.T.Z citada por el anterior autor, que deniega el derecho sobre una universalidad de derechos integrada por partes alícuotas sobre bienes inmuebles, muebles y otros[189].

187. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 101.
188. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 100.
189. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 102.

NEGOCIOS JURÍDICOS ORIGINADORES DEL DERECHO DE ABOLORIO.

El artículo **149.1** de la **Compilación**, concreta la validez del ejercicio derecho de abolorio o de la saca, en dos únicos supuestos, como son la venta o dación en pago de inmuebles troncales de abolorio. Así *"En toda venta o dación en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado del dominio pleno, útil y directo de inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes gozan del derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto."*

Con carácter igualitario, la Jurisprudencia no demasiado explicita en las enajenaciones que originan el derecho, reproduce en numerosas ocasiones el sentido literal del citado precepto, consagrando en todo caso la efectividad del derecho del mismo cuando se produzca una venta o dación en pago. Da muestras de ello, la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.[190]

Observa MERINO HERNÁNDEZ que *"Si bien esta materia no es precisamente donde más variaciones legales y discrepancias doctrinales ha habido, conviene sin embargo analizar cuidadosamente los diferentes y posibles negocios de trasmisión que el titular de los inmuebles puede otorgar y de los cuales pueda nacer el derecho de adquisición preferente por parte de sus parientes".*[191]

---

190. Sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.
"... debiendo señalar que el derecho de abolorio solo podrá ejercitarse cuando se produzca una venta o dación en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado....".

191. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 143.

Estudiaremos ambas modalidades por separado, ya que cada una de ellas plantea diversas cuestiones, que requieren una diferente interpretación:

1.- LA COMPRAVENTA.

Es este el negocio más característico a partir del cual se presupone la efectividad del derecho de abolorio.

A ella se referían los Fueros, concretamente el ya estudiado, Fuero 4º: *"...et aliquis eorum voluerit vendere partem haereditatis...."*.

Son varios los autores del siglo XIX[192] que encuentran en la venta de bienes troncales, el negocio exclusivo a partir del cual nace el derecho de la saca.

Otros[193] sin embargo, amplían con la dación en pago las modalidades contractuales motivadoras del presente retracto.

El Apéndice de 1.925, en la regulación dedicada al derecho de abolorio, lo confiere tanto para lo vendido, como a lo dado en pago.

Los Anteproyectos preparatorios de la Compilación de 1.967 utilizan diferentes términos, así el **Anteproyecto del Seminario de 1.961**, en su **artículo 161** utiliza la dicción enajenar, especificando posteriormente en su siguiente artículo, que tendrá lugar *"...en los actos y contratos que suponen trasmisión...del dominio pleno, útil o directo.....mediando contraprestación fungible."*

La misma fórmula se reiterará en los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1.962 y 1.963. Posteriormente la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, en su **Anteproyecto de 1.965**, utiliza únicamente la dicción

192. Entre estos destacan FRANCO Y LÓPEZ y GUILLÉN Y CARAVANTES e ISÁBAL Y BADA.

193. Nos referimos a DIESTE y RIPOLLÉS.

enajenación, entre los negocios originadores de esta preferente adquisición. Finalmente este criterio fue desterrado por el Anteproyecto de 1.966, que aboga por la dualidad de negocios formada por la venta y dación en pago.

La vigente Compilación como ya hemos expuesto al principio de este apartado, retoma los negocios de venta y dación en pago, que desconocieron los Anteproyectos de 1.961, 1.962 y 1.963.

La compraventa en cualquiera de los casos se configura como un negocio jurídico adecuado para el derecho de abolorio, así lo considera entre otros, el profesor GARCÍA CANTERO[194], quien lo conceptúa como una enajenación patrimonial por precio que constituye el ámbito natural para el ejercicio de este retracto.

Tal es la importancia de este negocio en la esfera jurídica del presente retracto, así como en el resto de los derechos de preferente adquisición, que no se desconoce su presencia en la regulación establecida para cada uno de ellos.

El contrato de compraventa, lo podemos definir de acuerdo con el artículos 1.445 y ss del Código Civil, como un negocio jurídico consensual, en el que su perfección y consumación pueden promoverse en dos momentos diferentes en el tiempo. Es éste un aspecto, que a efectos del derecho de abolorio plantea diferentes modalidades de compraventa, no escasas de interés para nuestro estudio:

1.1. *Venta consumada.*

Como hemos señalado pueden ser diferentes los momentos en que puede perfeccionarse y consumarse una determinado negocio de compraventa. Así, conviene aclarar el sentido de los citados términos:

---

194. Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág. 205.

La perfección de un contrato se alcanza tras el acuerdo de voluntades entre el comprador y vendedor, partes integrantes de dicho negocio, y que versará sobre el propio objeto así, como sobre el precio del mismo.

En cambio para la consumación de un contrato de compraventa, se requerirá que una vez perfeccionado, medie la *traditio*, o lo que es lo mismo, la trasmisión del bien objeto del negocio al sujeto comprador.

En concordancia con lo anterior, es importante aclarar que como el derecho de abolorio puede plantearse en dos fases, en las que unas veces será obligada una compraventa consumada y otras no. Es decir, en el caso de propósito de enajenar un bien de abolorio, con el consiguiente ofrecimiento del mismo, junto a la indicación del precio y las condiciones esenciales del contrato, no puede hablarse de compraventa perfeccionada, sino simplemente de una oferta que requiere únicamente de la aceptación del sujeto activo del derecho para lograr la perfección. Para llegar a una compraventa consumada, se requerirá que la venta haya pasado del periodo de perfeccionamiento al de consumación mediante la tradición real o ficticia del bien.

Son diversas las manifestaciones judiciales que contemplan la consumación de la compraventa para poder ejercitar el derecho de abolorio en fase de retracto, entre ellas la sentencia de la A.T.Z de 10 de Julio de 1.973[195] y la de la A.P.H de 14 Enero de 1991[196].

---

195. Sentencia de la A.T.H de 10 de Julio de 1.973.

"Como primera cuestión esencial aparece la de examinar si se ha producido la caducidad del derecho invocado, caducidad que sin distinción de hipótesis ocurre "a los dos años de la enajenación", como literalmente señala el articulo 150..., locución que debe entenderse como a los dos años de haberse consumado y no meramente perfeccionado la venta, pues con la tradición la cosa pasa al patrimonio del comprador dado el carácter consensual dela compraventa....".

196. Sentencia de la A.T.H de 14 de Enero de 1.991.

"....caducidad....debe entenderse a los años de haberse consumado, y no meramente perfeccionado la venta, pues sólo por la tradición la cosa pasa a poder del com-

En lo que a la venta consumada se refiere, son admisibles todas las formas de tradición, tanto real como ficticia[197]. En lo que a la primera de ellas se refiere, trae su causa en la efectiva puesta en posesión del bien objeto del contrato por parte del vendedor al sujeto comprador. Entre las segundas, más acordes al actual tráfico jurídico, encontramos diferentes modalidades, entre las que destaca el otorgamiento de escritura pública notarial, contemplada por el artículo 1.462 de nuestro Código Civil.

1.2. *Venta judicial.*

Dentro de la venta consumada merece un estudio diferenciado las ventas verificadas mediante subasta judicial.

Si aludimos a los antecedentes históricos, observamos que la Observancia 9ª de consortibus eiusdem rei, excluía la venta judicial del retracto de abolorio. En relación a ello sostiene SAINZ DE VARANDA[198], que motivada por la omisión expresa de la venta judicial en los Fueros 4º y 5º, la citada Observancia excluía dicha venta porque era así de *consuetudine Regni.*

El **Fuero Único de 1.678**, en atención a los problemas planteados por las compraventas verificadas mediante este subasta judicial, implanta por primera vez una disposición referida a esta cuestión bajo el título *"Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones de bienes sitos que se hicieren por corte".*[199]

---

prador, dado el carácter consensual de la compraventa en nuestro derecho civil, común o foral, y así, antes de la entrega o tradición la cosa no es todavía "ajena "para el vendedor sino todavía propia, si bien ha de entregarla por la fuerza de la ley del contrato perfeccionado, haciéndola ajena por la tradición en cualquiera de los modos admitidos en derecho, en cuyo momento sólo puede decirse que la cosa ha sido enajenada...".

197. Así lo establece el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Febrero de 1.954.

198. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 277.

199. Dice esta disposición: *"Es natural la proyensión a conservar en las familias los bienes sitos que de antiguo han poseído, por cuya causa añadiendo a lo dispuesto en los Fueros de este Reino, acerca del beneficio de la saca: Su Majestad, y en su Real Nombre el Excmo. Don*

La doctrina a partir de este precepto inserta a esta venta entre los títulos jurídicos válidos para llevar a efecto este derecho de adquisición preferente.

Advierte SAINZ DE VARANDA, en relación a la regulación mantenida por el Apéndice de 1.925[200], que *"La venta judicial es un acto susceptible de subrogación, y es una forma de contrato de compraventa. Siendo que la ley no se refiere más que a vender, no es necesario distinguir cuando la ley no lo hace"*.[201]

Ni los Anteproyectos preparatorios de la Compilación de 1.967, ni dicho cuerpo legal, contienen referencia expresa sobre esta cuestión. A pesar de ello no es posible citar obstáculo alguno para considerar a la subasta judicial valida para motivar el derecho de abolorio. La sentencia de la A.P.Z de 19 de Septiembre de 1989 y la más reciente de 16 de Noviembre de 2.001[202], entienden aplicable el derecho de abolorio a este tipo de ventas.

Pedro Antonio de Aragón, de voluntad de Corte y Cuatro Brazos de ella, estatuye y ordena, que si transados o vendidos algunos bienes sitos por Corte judicial, el señor de los bienes dentro del término de 10 días que tiene por Fuero no los recobrase, valiéndose del privilegio del derecho de moderación, puedan sus parientes y consanguíneos, a quienes por Fuero y derecho pertenecíere el beneficio de la saca, o de retracto, jurando que quieren dichos bienes para sí, y no para otros, recobrándolos dentro de dos meses, pues en estos no se perjudica al comprador de Corte, a quien se le ha de restituir el precio, y para que corra el término de los dos meses para el recobro de los bienes judicialmente subastados, no sea necesario hacer intimas, o notificación a los parientes a quienes pertenecíere el dicho beneficio de la saca".

200. El Artículo 76 de dicho Cuerpo Legal sostiene que procede el ejercicio del derecho de abolorio en el caso de que medie subasta judicial:*"...tendrá lugar el de abolorio... por virtud del cual los hermanos y los demás colaterales hasta el sexto grado de consanguinidad legítima dl que haya vendido o dado en pago, sea en privado, sea mediante subasta judicial,....."*

201. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 278.

202. Sentencia de la AP.Z de 16 de Noviembre de 2.001.

"..puede parecer excesivo privar del derecho en los supuestos de subastas públicas, cuando pueda tenerlo en alguna de las otras formas de realización de la finca embargada aunque pueda ser deseable que el legislador matice las consecuencias en los derechos sustantivos derivados de las enajenaciones voluntarias y forzosas, por no ser situaciones en sí parangonables".

Al margen de su admisión o no entre los negocios existentes para promover validamente este retracto, hay quien como MERINO HERNÁNDEZ que va más allá, profundizando en la ventas verificadas judicialmente, pues en sus palabras *"El problema más importante no es el de su admisibilidad como negocio originador del derecho de la saca sino precisamente el determinar en qué momento nace con ellas la posibilidad de ejercicio del derecho"*.[203]

Centramos a partir de este momento, nuestra atención dar respuesta al interrogante planteado por el citado autor, en torno al momento en que podrá llevarse a efecto este retracto.

De la mano de la jurisprudencia[204] podemos señalar a esta cuestión que las ventas judiciales mediante subasta pública, a pesar de que habitualmente se consideraban consumadas mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en la actualidad se opta por situar en la adjudicación del propio remate la consumación de las mismas.

MERINO HERNÁNDEZ, centra este momento no en la adjudicación del propio remate, sino cuando con posterioridad a él se realiza la entrega ficticia o real de los bienes. Nosotros apoyándonos en la sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1.992 y 8 de Junio de 1.995[205], entendemos que a través de la aprobación y consiguiente adjudicación del remate, opera la tradición ficticia de los bienes.

---

203. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit, pág. 146.

204. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1.991, que fija este momento"...cuando se aprobó definitivamente el remate del bien... por exigirlo así la ley".

205. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Julio de 1.992 y 8 de Junio de 1.995.

"...a la referida adjudicación que hace el juez al remate no hay obstáculo alguno en atribuirle el carácter de tradición simbólica o "ficta", al no ser "numerus clausus" la enumeración de formas espiritualizadas de tradición que hacen los artículos 1462.2 a 1464 del Código Civil...".

1.3. *Ventas a la Administración.*

En estas ventas forzosas a la administración, también conocidas como expropiaciones podemos afirmar rotundamente la negativa al ejercicio del derecho de abolorio, por primar un determinado interés público, sobre otro de carácter familiar que funda el retracto.

En relación a estas ventas SAINZ DE VARANDA, afirma que *"En los casos de expropiación forzosa no se podrá ejercitar este derecho pues cede al interés publico. Aunque si podrá tener lugar en caso de venta posterior por la administración"*[206]. Es decir, según el citado autor si podría ejercitarse el retracto en el caso de que se tuviere que realizar una venta forzosa a la administración, y ésta con posterioridad vendiere tales bienes.

La segunda de las anteriores locuciones no es admitida unánimemente por nuestra doctrina, existiendo autores como MERINO HERNÁNDEZ[207], que estiman que por no pertenecer dichos bienes a la rama familiar de origen tras la venta a favor de la administración, no podrá operar en ninguno de los casos este derecho. Nosotros nos sumamos a esta exposición pues dichos bienes no reunirían el carácter de bien troncal de abolorio, que les habilita como bienes necesarios para el ejercicio del derecho de abolorio.

Observa además de lo anterior, el citado autor que en relación a este tipo de ventas, no hay que obviar la posible reversión[208] de los bienes expropiados a favor de su anterior titular, conforme a la que si en el supuesto de reversión de los inmuebles el beneficiario de la misma decide enajenar los mismos, sus parientes no gozarán

206. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El Retracto gentilicio", cit. pág. 278.

207. José Luis Merino HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 148 y 149.

208. Véase los artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1.954 y los artículos 63 a 70 del Reglamento de la Ley de expropiación Forzosa de 26 de Abril de 1.957.

ya del ejercicio del derecho de abolorio. Razón que se funda al igual que el anterior supuesto, por dejar de pertenecer a la línea o rama familiar de los bienes.

1.4. *Ventas con pacto de retro.*

Para el estudio de este tipo de venta, antiguamente conocida como *carta de gracia*, debemos realizar un breve análisis de sus antecedentes históricos, destacando la importancia que adquirió entre los autores del siglo XIX.

El **artículo 76** del **Apéndice de 1.925**, la preveía expresamente entre los negocios que desencadenan el nacimiento del derecho de abolorio: *"Entre los retractos legales tendrá lugar, respecto de bienes raíces, el de abolorio,...por virtud del cual los hermanos y los demás colaterales hasta el sexto grado de consanguinidad legítima del que haya vendido o dado en pago, sea en privado, sea mediante subasta judicial o aunque medie carta de gracia...".*

Sin embargo los Anteproyectos anteriores a la Compilación de 1.967, y ésta misma, omiten en los artículos encargados de regular este retracto, toda referencia a la cuestión.

Nuestra doctrina ha venido admitiendo este tipo de ventas, entre los autores del siglo XIX en donde mayor grado de importancia adquirió, hablaban de ella autores como FRANCO Y GUILLÉN[209], RIPOLLÉS[210], SUELVES[211], entre otros[212]. Pero entre estos autores clásicos surge una discusión que lejos de aproximarse a su validez, versa sobre el momento a partir del cual podrá ejer-

209. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, cit, pág. 247.

210. Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, cit. pág. 334.

211. Citado por MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 150.

212. Otros autores que adoptan esta postura son Lorenzo VIDAL TOLOSANA en "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas", cit. pág. 244; Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA en "Derecho de bienes. Derecho de obligaciones", *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm.26, 1.967, pág. 216.

citarse el derecho de abolorio, cuando medien este tipo de ventas. FRANCO Y GUILLÉN y RIPOLLÉS abogaban por situar el momento en que el derecho de abolorio podía ejercitarse, en el instante de verificarse la venta bajo pacto de retro. MERINO HERNÁNDEZ[213], acepta esta primera postura.

Otros de los autores clásicos admitían igualmente la validez de este contrato a efectos del derecho de abolorio, pero discutían a sus contemporáneos, el momento en el que los anteriores fijaban su nacimiento. Entre ellos destaca SUELVES, quien estimaba que mientras no transcurriera el plazo señalado en la venta para el ejercicio del retro, no podría ejercitarse el retracto. Opinión a la que se somete entre la doctrina actual, GARCÍA CANTERO[214]. Nosotros discrepamos de estas afirmaciones doctrinales y apoyamos la primera de las tesis, al entender que desde el instante mismo en que la venta se efectúa, cabe ejercitar el derecho de abolorio respecto de un bien vendido con pacto de retro.

Las distintas manifestaciones judiciales sin diferir de las opiniones doctrinales, son unánimes en admitir el derecho de abolorio o de la saca a partir de este tipo de ventas; ya han considerado que el pacto de retro o carta de gracia no era más que una condición accesoria al contrato de compraventa, validamente admitido, para el ejercicio del retracto. Entre esta jurisprudencia nos referimos a antiguas sentencias, puesto que la jurisprudencia más reciente no se ha pronunciado sobre esta cuestión, entre ellas la A.T.Z de 5 de Abril de 1.865 y 1.889[215] y la sentencia de la A.T.Z de 9 de Junio de 1.897[216].

---

213. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit, pág. 151.

214. Gabriel GARCÍA CANTERO, "El derecho de abolorio en Aragón", cit. pág. 207.

215. Sentencias de la A.T.Z de 5 de Abril de 1.865 y 1.889, citadas por Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, en *Jurisprudencia Civil de Aragón*, números 1.084 y 1.089, pág. 343-344 y 348-349.

216. Sentencia de la A.T.Z de 9 de Junio de 1.897, citada por Ramón SAINZ DE VARANDA, en "Jurisprudencia de Derecho Civil Aragonés",cit. número 10, pág. 202-203.

Podemos plantearnos un último interrogante: ¿Qué ocurriría si el vendedor con pacto de retro recupera los bienes?; es decir, si dichos bienes conservarán su carácter de bienes troncales de abolorio.

Creemos que la respuesta debería ser negativa[217], de acuerdo que los bienes en el momento en que son enajenados salen de la línea familiar, y aunque posteriormente sean recuperados no volverán a ser familiares y por con ocasión de una nueva venta no podría ejercitarse el derecho de abolorio por los parientes del sujeto enajenante.

La sentencia de la A.T.Z, de 7 de Diciembre de 1.909[218], afirmó que los bienes pierden el carácter familiar cuando salen de la familia, aunque con posterioridad vuelvan a ella.

1.5. *Venta bajo condición.*

Debemos realizar una distinción, en primer lugar, entre dos tipos de condiciones, una resolutoria y otra suspensiva. La primera de ellas, presupone la posibilidad de ejercicio del derecho de abolorio frente al adquirente de los bienes, desde la consumación de la venta, si bien la adquisición que él haga estará ligada igualmente al cumplimiento de dicha condición.

De manera que la anterior condición afectará a cualquier adquirente, entre los que se incluye, aquel que lo sea por derecho de abolorio.

---

217. En el mismo sentido se pronuncia José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 153.

218. Sentencia de la A.T.Z de 7 de Diciembre de 1.909.

"...es preciso que la finca objeto del retracto gentilicio permanezca constantemente en la familia....y que los bienes patrimoniales pierden tal carácter y no están sujetos a retracto cuando aquellos salieron de la familia, aunque volviesen a ella por retracto".

Mayores dificultades de interpretación puede plantear la compraventa bajo condición suspensiva; ante esta situación podríamos optar por esperar a ejercitar el derecho de abolorio en el momento en que la condición se cumpla, o bien, ejercitarlo a partir del momento de la celebración del contrato. Nosotros abogamos por considerar que el sujeto que pretenda ejercitar la preferencia adquisitiva de abolorio, deberá esperar a que se cumpla la condición para poder llevar a efecto el derecho.

Apoyamos la anterior afirmación en que, una vez cumplida la condición, situaremos la perfección del contrato, en el momento de la celebración del negocio y, su consumación en el instante mismo del cumplimiento de dicha condición. De esta suerte, los negocios celebrados mediante escritura pública suspenderán los efectos de la *traditio*, hasta el momento de cumplimiento de la condición, suspensión que encuentra su justificación en el artículo 1.462 del Código Civil.

1.6. *Venta a término.*

En este tipo de compraventa habrá que distinguir también si la dicción término será determinante del nacimiento o extinción del contrato mismo o bien afectará al cumplimiento de alguna de las obligaciones que se deriven del contrato.

Para el primero de los casos, es decir el supuesto de que fijemos con *término* el momento de nacimiento del contrato, el titular del derecho de abolorio deberá esperar a que se cumpla el plazo de tiempo, que conforma el término previamente fijado.

Para el caso de que mediante *término* se determine el momento de resolución del contrato, el titular del derecho podrá promoverlo desde la consumación de la venta por la entrega de la cosa y el precio. Se trata de un supuesto similar a la compraventa con pacto de retro, con la única diferencia que en éste, la resolución del contrato dependerá de la voluntad del titular del derecho

de retro, mientras que en la compraventa a término la resolución se ocasionará automáticamente.

Además de las dos anteriores, la dicción término puede jugar también como determinante del cumplimiento de alguna de las obligaciones que se derivan del contrato, como ya hemos señalado con anterioridad.

En el contrato de compraventa son dos las obligaciones que deben cumplirse recíprocamente a efectos del derecho de abolorio. En primer lugar, cuando el término se fije para determinar el cumplimiento de la obligación dineraria o lo que es lo mismo el pago del precio previamente fijado.

En principio entendemos que el precio debería haber sido satisfecho para poder promover el derecho de abolorio, pero nada impediría su ejercicio en el caso de que no hubiese sido integramente consignado. En este sentido SAINZ DE VARANDA señala que *"respecto a la venta a plazos no habría ningún inconveniente en que se someta a retracto"*[219].

Así nada impediría el que en las compraventas a plazos o con precio aplazado, pueda ejercitarse el derecho de la saca desde el momento de la trasmisión del bien, subrogándose su titular en los mismos derechos y obligaciones que el primer adquirente.

El principal inconveniente del pago aplazado, se presenta cuando el mismo estuviere garantizado, bien mediante fianza personal, condición resolutoria o hipoteca:

- Fianza personal: Si se hubiera garantizado el pago mediante una fianza personal, el fiador del primer adquirente quedará liberado de su obligación, pero el titular del derecho de abolorio deberá ofrecer otro fiador que, en principio po-

219. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 277.

drá ser cualquier persona siempre que tenga capacidad de obligarse y bienes suficientes para responder a la obligación a la que se compromete[220]. En el caso, que el enajenante exigiera una determinada persona como fiador y el adquirente no pudiese lograr el afianzamiento por su parte, deberá pagar lo que adeude del precio al contado.

- Hipoteca: Si la garantía se llevare a cabo mediante hipoteca, el titular del abolorio adquirirá los bienes con dicho gravamen, en el caso de que fueran estos bienes sobre los que se hubiere constituido la hipoteca. Si por el contrario el gravamen no recayese sobre los bienes vendidos sino sobre otros, pertenecientes al comprador o a un tercero, el primer comprador de los bienes hipotecados tendrá derecho a la cancelación del gravamen y el titular del abolorio tendrá que ofrecer una nueva hipoteca a satisfacción del vendedor.

- Condición resolutoria: El adquirente del bien por derecho de abolorio, estará sujeto a la resolución del contrato en iguales términos, que lo estuviera el primer adquirente.

En último lugar, podemos hablar de la garantía del precio bajo reserva de dominio a favor del vendedor. Mientras esta reserva esté vigente, el titular del derecho de abolorio no podrá llevarlo a efecto, a no ser que el precio haya sido satisfecho totalmente o el vendedor renuncie al dominio reservado.

2.- DACIÓN EN PAGO.

Es éste el segundo de los negocios, a través de los cuales la Compilación confiere el ejercicio del derecho de abolorio.

Se reconoció anteriormente por el **artículo 76 del Apéndice de 1.925** *(datio in solutum)* y en los Anteproyectos preparatorios de

220. Así lo contempla el artículo 1.828 del Código Civil.

la Compilación, en los que se utilizaron expresiones diferentes a su nominación actual, así, en los **Anteproyectos de 1.961, 1.962 y 1.963**, queda incluida en la categoría de *"actos y contratos que suponen trasmisión....mediando contraprestación fungible"*, o en el de 1.965, mediante el término enajenación.

A ella se refirieron igualmente los autores del siglo XIX. Unos de ellos de manera expresa, como DIESTE[221], que menciona entre los negocios que pueden motivar el derecho de abolorio, la *insolutundación voluntaria* de lo que se debe en dinero. Otros autores se alejan del criterio anterior, reconociendo esta figura de modo indirecto, como RIPOLLÉS[222] o FRANCO Y GUILLÉN[223], al establecer su improcedencia en las permutas, salvo que se pruebe que les precedió un contrato de compraventa.

MERINO HERNÁNDEZ, señala con referencia a lo expuesto por los autores clásicos, que la dación en pago va más allá da la sustitución del precio debido en una compraventa por la entrega de una cosa distinta. Lo define como *"un contrato nominado y atípico, celebrado entre acreedor y deudor, con posterioridad al nacimiento entre ellos de una determinada obligación, por virtud del cual convienen en que se haga a favor del primero una prestación distinta de la convenida en la primera relación obligatoria"*.[224]

Entendemos por nuestra parte, que a pesar de ser el contrato de compraventa el más característico para hacer surgir la sustitución de la prestación dineraria del comprador por la entrega de una cosa distinta al vendedor, esta figura jurídica puede manifestarse en otro tipo de contratos en los que medie una deuda de

221. Manuel DIESTE Y JIMENÉZ, *Diccionario de Derecho Civil Aragonés*, 2ª Edición, Librería Cecilio Gasca, 1.898, Zaragoza, pág. 505.

222. Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, cit. pág. 352.

223. Luis FRANCO Y LÓPEZ y Felipe GUILLÉN Y CARAVANTES, *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, cit. pág. 248.

224. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 168.

cualquier clase de una persona para con otra, como puede ser la permuta, el arrendamiento de obra o de empresa, entre otros.

De manera que, la dación en pago es una modalidad contractual independiente y capaz de producir efectos por si misma en el ámbito de las relaciones jurídicas.

En relación al derecho de abolorio, será la primera de las prestaciones la que trascenderá a la hora de promover esta preferencia adquisitiva. De manera que ante un contrato de compraventa, en el que posteriormente la prestación dineraria viene a ser sustituida, de mutuo acuerdo, por la entrega de otra cosa distinta, es el valor dinerario lo que el retrayente deberá entregar al primer adquirente de los bienes.

Además de los anteriores modalidades contractuales podemos preguntarnos que ocurrirá con la permuta o la donación, es decir, ¿Sería posible el ejercicio del derecho de abolorio frente a un donación y una permuta?.

3. PERMUTA.

El contrato de la permuta fue excluido por las interpretaciones de la doctrina sobre la regulación de los Fueros y Observancias. El Apéndice de 1.925 tampoco se refirió a esta cuestión, limitándose a conferir expresamente el derecho de abolorio sobre al venta y la dación en pago.

Desde entonces no se ha tratado esta cuestión en las distintas regulaciones del derecho, ni mucho menos por vigente Compilación.

Por su parte la doctrina se ha manifestado mayoritariamente reacia a su admisión, argumentando que al entregar cosas distintas, el retrayente no podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del adquirente de los bienes. Admitiéndose, únicamente, la

salvedad de que a una permuta le precediese un contrato de compraventa, manifestación ya señalada con anterioridad[225].

Otros sin embargo difieren de lo anterior, al señalar la admisión del derecho de abolorio, ante permutas de bien inmueble por objetos fungibles en los que la subrogación si es posible. Adoptan este criterio, SAINZ DE VARANDA[226] y MERINO HERNÁNDEZ[227]. De hecho, los Anteproyectos de 1.961, 1.962 y 1.963[228] hablan, entre su articulado, de contraprestación fungible.

Ante esta disyuntiva, quizá la mejor solución sería someter todo supuesto de permuta bajo unas determinadas características al consejo final de los Tribunales, a través del ejercicio de la facultad moderadora que les confiere la Compilación, en su artículo 149.3.

Ante ello, no faltan decisiones jurisprudenciales que deniegan el ejercicio del derecho de abolorio frente a la permuta, como ejemplo la antigua sentencia citada por RIPOLLÉS[229], de la A.T.Z de 28 de Octubre de 1.881, que admite como única excepción el que hubiese precedido una venta, atendiendo entonces a la verdadera naturaleza del contrato y no a la apariencia de este.

4. DONACIÓN.

Debemos comenzar diciendo que la donación en principio es un contrato en el que no se admite el ejercicio del derecho de abolorio.

225. Véase página 96, referente a la modalidad contractual de dación en pago.

226. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 279.

227. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 172-173.

228. En los artículos 162 del ASCJA-61, 168 del ACJA-62, 163 del ACJA-63.

229. Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia Civil de Aragón*, cit. número 1.094, pág. 352.

La sentencia del J.PI. número 2, de Huesca de 1.990, desde una posición restrictiva excluye del derecho de abolorio "todos los actos trasmisorios de dominio -*inter vivos y mortis causa*- distintos de la compraventa y de la dación en pago".

Además de la exclusión anterior, otras sentencias como la de J.P.I número 1 de Huesca de 26 de Octubre de 1.991, se refiere únicamente a las "trasmisiones a título oneroso", concretándolas con posterioridad en la venta y dación en pago. Otro supuesto, es el de la compraventa simulada, es decir, cuando bajo la apariencia de compraventa se encierra un contrato de donación. En el plano jurisprudencial, puede mencionarse la sentencia de la A.T.Z de 1 de Abril de 1.954, que deniega el retracto por estimar que bajo la venta que ha motivado el retracto subyace un verdadero contrato de donación.

Frente al anterior supuesto MERINO HERNÁNDEZ[230], señala dos posturas referentes a este supuesto: Una de ellas niega la validez de la compraventa simulada, pero admite la validez del contrato subyacente, en este caso la donación. Otra sin embargo, opta por la nulidad absoluta del negocio realizado, no admitiendo la existencia de una compraventa ni de una donación. Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, en ningún caso será admisible el derecho de abolorio.

A la inversa de la donación simulada, podemos encontrarnos cuando bajo un negocio de donación se encuentra un verdadero negocio de compraventa. En este supuesto a diferencia del anterior, si optamos por admitir como valido el contrato subyacente, si podemos afirmar la validez del derecho de abolorio. Pero, sin embargo no será así, en el caso de optar por el contrato simulado.

---

230. José Luis MERINO HERNÁNDEZ. *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 177.

La jurisprudencia también se ha ocupado de estudiar la procedencia o improcedencia, del derecho de abolorio frente a un contrato de donación.

Ante este orden de cosas, a pesar de carácter mayoritariamente restrictivo[231] adoptado por las decisiones judiciales, podemos encontrar determinadas sentencias que optan por su validez. Así, la sentencia de la A.T.Z de 25 de Enero de 1.973, admite la validez del derecho de abolorio frente a una donación, a pesar de que finalmente niegue la procedencia del derecho fundándose en la carencia del demandado de legitimación pasiva y no por el tipo de enajenación.

ELEMENTOS FORMALES

El ejercicio del derecho de abolorio, se encuentra sometido al cumplimiento de unos determinados requisitos de carácter formal, consagrados en los artículos **150 y 151** de la propia **Compilación**. Hablamos del plazo para su ejercicio, pago o consignación del precio y compromiso de no enajenar.

1. PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ABOLORIO.

La Compilación, tras la polémica suscitada en el Derecho anterior[232] sobre esta cuestión, prevé en sentido idéntico a los anti-

231. En esta línea restrictiva se sitúa la sentencia de la A.T.Z de 1 de Abril de 1.954, que deniega el derecho de abolorio por estimar que la venta que origina el mismo, es un negocio simulado que encubre una donación, supuesto en el que no tendría validez el derecho de acuerdo con el entonces vigente, artículo 76 del Apéndice de 1.925, para el que solo operará el derecho en el caso de venta o dación en pago.

232. Los Fueros *De communi dividundo*, admitían tres clases de plazos diferenciados en función de las circunstancias de cada caso: Cuando el propietario de los bienes ofreciese éstos a sus parientes o los mismos tuviesen conocimiento de la enajenación, se establecía un plazo de diez días a contar desde la enajenación de los inmuebles. Por el contrario si el pariente no tuviese conocimiento de la venta por estar ausente o por

guos Fueros, dos plazos diferentes para el ejercicio del derecho de abolorio, según haya habido o no notificación al titular del derecho, del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, o de la enajenación ya realizada. Vamos a ver cada uno de ellos:

1.1. *Plazo habiendo notificación fehaciente.*

El artículo **150. 1** de la **Compilación** establece que, *"El derecho de abolorio se ejercitará entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar desde la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento en venta, bien de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a los parientes, con expresión, en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato".*

Observamos que la Compilación exige necesariamente que se haya realizado una notificación fehaciente.

MERINO HERNÁNDEZ[233], con ayuda de FUENTES LOJO, en su estudio sobre los arrendamientos urbanos, afirma la poca importancia de la forma de realizar una notificación, siempre y cuando la fehaciencia sea clara y evidente. De manera que para poder hablar de una notificación fehaciente valida, no tiene por que haberse realizado mediante notificación notarial, admitiéndose cualesquiera otras.

---

no habérsele ofrecido los bienes, el plazo establecido era de un año y un día. Por último, para el supuesto de ventas judiciales, el plazo de ejercicio eran dos meses.

A diferencia de los anteriores, el Apéndice de 1.925 no condicionó el ejercicio del derecho de abolorio a ningún plazo, por lo que se entendía aplicable el Derecho común. Motivo éste que generó entre la doctrina distintas opiniones tendentes a propugnar un plazo de ejercicio del derecho. Como SAINZ DE VARANDA ("El retracto gentilicio", cit. pág. 283), que entendió aplicable el plazo de nueve días fijado por el artículo 1.524 del Código Civil o VICTORIA GARCES ("Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio", cit. nota 12, pág. 95.), que por estimar escaso el anterior, aplicable el plazo de dos meses del Fuero de 1.678

233. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 187.

De otra parte, es importante el supuesto de notificación verificada por correo certificado con acuse de recibo, a través del cual queda acreditado que la misma ha llegado a poder del notificado, pero no el contenido de dicha notificación[234]. Contenido, que según los términos consagrados por la vigente Compilación, ha de versar sobre la expresión del precio y demás condiciones esenciales del contrato.

Por todo ello, ante la anterior situación a pesar de no ser el término notificación fehaciente equivalente a notificación notarial, será esta la práctica más usual, pues como señala la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 1 de Abril de 1.965, las actas notariales, aún cuando se envíen por correo certificado, dan fe del contenido de la cédula, entre otras cuestiones.

La jurisprudencia, también se ha referido en numerosas ocasiones a la notificación fehaciente. Entre otras las sentencias de la A.T.Z de 31 de Octubre de 1.986, de la A.P.Z de 23 de Junio de 1.989 y la de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991, definen este término como la notificación "por un medio que haga fe por si mismo y constituido en el momento de la notificación sin posibilidad leal de ser sustituido por otras pruebas practicadas en el juicio".

Entre los anteriores medios, otras declaraciones judiciales se refieren a la notificación realizada mediante carta, siempre que se acepte como fehaciente por el retrayente, como la sentencia de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970.

Por el contrario, otras sentencias no incardinan entre los medios admitidos, a la notificación verbal o telefónica, entre ellas la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991, o la mera manifes-

234. Del requisito de fehaciencia, tanto a la fecha de recepción como al contenido de la notificación, se ha referido también la sentencia de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970.

tación de la facultad de enajenar, como la sentencia del J.P.I de Calamocha de 24 de noviembre de 1.969.

Cuando la anterior notificación se realice con anterioridad a la venta, entendemos que deberá ser realizada por el propietario de los bienes. En cambio, cuando se produzca con posterioridad, podrá realizarse tanto por el propietario o vendedor de los bienes, como por el adquirente de los mismos.

Como ya hemos señalado anteriormente, la Compilación exige en el artículo 150. 1, que la notificación formalmente ha de hacer expresión del propósito de enajenación del vendedor de los inmuebles así, como del ofrecimiento de compra para el notificado. De manera que, la simple comunicación al titular del derecho de abolorio del propósito de vender, no supone un ofrecimiento en venta.

Además de lo anterior, la notificación ha de ser completa, pues así lo requiere el artículo 150 de la Compilación al exigir que la notificación haga mención al *"precio y demás condiciones esenciales del contrato"*.

La presente notificación ha de reunir las anteriores condiciones tanto para el supuesto de notificación de la enajenación ya consumada, como para la comunicación del propósito de venta.

Estima MERINO HERNÁNDEZ, que lo que normalmente entendemos por condiciones esenciales de un contrato son, *"además del precio en si, forma de pago, garantías, datos personales completos del comprador previstas para el caso de aplazamiento y descripción suficiente del inmueble"*.[235]

---

235. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág.189 y 190.

1.2. *Plazo no habiendo notificación.*

Para el caso de que no haya notificación, dispone el artículo **150.2** *"A falta de dicha notificación fehaciente, el término será de noventa días a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció de la enajenación y sus condiciones esenciales"*.

En este supuesto de falta de notificación tanto del propósito de enajenar como de la enajenación ya realizada, se extiende el plazo a 90 días. Este plazo igualmente entrará en juego cuando la notificación carezca de fehaciencia[236]. Entiende acertadamente MERINO HERNÁNDEZ[237], que a falta de notificación fehaciente, ha de equipararse aquella notificación carente de uno o varios de los requisitos esenciales o trascendentales del contrato.

Ante esta situación debemos diferenciar entre las dos formas que establece el artículo 150. 2, para el computo del plazo de ejercicio de 90 días: En primer lugar, a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, o en segundo término, cuando no hay inscripción, a partir del día que el retrayente conoció de la enajenación y de las condiciones esenciales del contrato. Veamos cada uno de ellos[238]:

a) Cómputo del plazo cuando hay inscripción.

En el caso de existir inscripción registral, el plazo de noventa días se computará, a partir de la inscripción del asiento registral y

236. La sentencia de la A.T.Z de 31 de Octubre de 1.986, niega el carácter de fehaciencia de la notificación practicada verbalmente de la intención de enajenar, por parte del trasmitete al retrayente.

237. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 191 y 192.

238. Nuestros Tribunales se han limitado en relación a esta cuestión a interpretar literalmente el artículo 150.2 de la Compilación, como las sentencia de la A.P.Z de 23 de Junio de 1.989 o la sentencia de la A.P.H de 14 de Enero de 1.991.

no de la mera presentación. Ramón SAINZ DE VARANDA[239], afirmaba en relación a los retractos legales que el plazo se computará a partir del asiento propiamente de inscripción y no desde la presentación en el Registro.

Planteaba VIDAL TOLOSANA, el problema de la anotación preventiva por defecto subsanable de título, al sostener que la anotación *"es una verdadera notificación universal, congruente con el carácter público del Registro de la Propiedad"*.[240]

Discrepa de la anterior afirmación SAINZ DE VARANDA[241], al entender que la anotación tiene carácter temporal, y además podría ser que no se subsanase el defecto, no realizándose de esta manera la inscripción. Hoy el problema queda resuelto, al considerar como indica MERINO HERNÁNDEZ[242], que al gozar la anotación preventiva de un plazo de vigencia de sesenta días, en el supuesto de que no se subsanara el defecto, quedarían aún treinta días para ejercitar el derecho.

b) Cómputo del plazo cuando no hay inscripción.

En ausencia de inscripción en el Registro de la Propiedad, el plazo de noventa días se computará desde que el retrayente tuviera conocimiento de la enajenación y de las demás condiciones esenciales del contrato.

Atendiendo al carácter de venta consumada requerido, para dar lugar al derecho, el plazo deberá contarse, no desde el conocimiento de la venta, sino de la enajenación, es decir, desde la trasmisión del dominio al adquirente del inmueble.

---

239. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 284.

240. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas."cit. pág. 245.

241. Ramón SAINZ DE VARANDA, "El retracto gentilicio", cit. pág. 284.

242. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 193.

En lo referente al sujeto retrayente, deberá afirmar el día en que tuvo conocimiento de la consumación de la venta, sin exigírsele demostración de ello. En el caso de discrepar de ello, el adquirente de los bienes deberá probar lo contrario, es decir que la enajenación no fue conocida por el retrayente en el día que él declara, sino con anterioridad. Sobre ello se ha manifestado la sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 1.995 y 7 de Marzo de 1.996[243].

El conocimiento del sujeto pasivo del precio y demás condiciones esenciales del contrato, ha de ser completo, no bastando la mera noticia. La sentencia del Tribunal de 20 de Mayo de 1.991[244], entre otras, contempla la exigencia de conocimiento completo y cabal.

Una vez finalizado el estudio de los plazos contemplados por la Compilación en el artículo 150. 1 y 2, debemos señalar que en el computo de ambos se tendrán en cuenta los días inhábiles. Véase a este respecto el artículo 5.1 del Código Civil, conforme al cual *"en el computo civil de los plazos no debe excluirse a los días inhábiles"*.

De otro lado, el artículo **150. 3** de la **Compilación** dispone que *"En todo caso el derecho de abolorio caduca a los dos años de la enajenación"*.

Un precepto similar al anterior apareció por primera vez en el Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de

243. Ambas sentencias del Tribunal Supremo, contemplan que "es doctrina constante de la sala la concerniente a que sobre la fecha de conocimiento de la venta ha de estarse a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiéndole al demandado, en base al artículo 1.214 del Código Civil, la prueba de un conocimiento en fecha anterior, así como la apreciación en que el retrayente conoció la venta y sus condiciones esenciales es cuestión reservada al Tribunal de instancia,..."

244. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 1.991.

"No bastando ciertas referencias de la trasmisión, o datos incompletos".

1.962, fijándose en cuatro años a partir de la enajenación del inmueble.

Con la anterior afirmación se establece que con independencia de que haya habido o no notificación, haya tenido o no conocimiento el titular del derecho, pasados dos años desde la enajenación, este retracto ya no podrá ejercitarse.

Parece que el anterior plazo de dos años deberá contarse desde la efectiva consumación de la enajenación y no de la mera perfección, de la misma manera que el ejercicio del derecho no podrá hacerse efectivo hasta el momento de la consumación, tal como venimos reiterando.

El carácter de caducidad, determina la imposibilidad de interrupción de dichos plazos, como señalan las sentencia de la A.T.Z de 12 de Febrero de 1.969[245].

Para concluir con el apartado referente al plazo de ejercicio del derecho, hemos de advertir como señala la profesora LÓPEZ AZCONA[246], que la propia práctica judicial nos demuestra el carácter excepcional de que el titular del derecho de abolorio sea notificado fehacientemente del propósito de enajenar; dejan constancia de ello las sentencias analizadas por la anterior jurista en su estudio, entre las que, solamente una de ellas[247], contenía notificación de la intención de enajenar y tres de ellas aluden a la notificación fehaciente de la venta[248].

---

245. Sentencia de la A.P.Z de 12 de Febrero de 1.969.

"...es visto que se produjo la extinción de la acción, ejercitada en la demanda, por el transcurso del tiempo fijado por la Ley, plazo que por ser de caducidad y no de prescripción no es susceptible de interrupción alguna".

246. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", cit. nota 30, pág. 147.

247. Se refiere a la sentencia de la A.T.Z de 19 d Febrero de 1.985.

248. Son las sentencias de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970, de 22 de Diciembre de 1.977 y la del J.P.I de Calamocha, de 24 de Noviembre de 1.969.

2. PAGO O CONSIGNACIÓN DEL PRECIO.

El artículo **150.1** de la **Compilación** dispone que *"El derecho de abolorio se ejercitará entregando o consignando el precio....".*

El inicio del derecho de abolorio se ejercitará, por tanto mediante la entrega o consignación del precio señalado para la venta, dentro de los plazos, que para ello indica el citado artículo 150 de la Compilación. Así lo entiende igualmente la sentencia de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970, para la que el presente derecho se ejercita "por el acto real de entregar o consignar el precio de la enajenación".

Con dicha consignación se trata de evitar todas aquellas demandas temerarias, reforzando la voluntad del retrayente demostrativa de su recta intención, de querer y poder ejercitar su derecho de abolorio, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Julio de 1.994.

La ley de Enjuiciamiento Civil[249] admite dos formas para dar curso a este requisito: una de ellas mediante la consignación del precio, siempre que este fuere conocido o en caso contrario el afianzamiento de pago.

La consignación o pago, deberá realizarse a favor del adquirente de los bienes, actual propietario del inmueble y, dentro de los plazos establecidos para el ejercicio del retracto. Dan prueba de la importancia del cumplimiento de dichos plazos, las sentencias de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970 y la de 19 de Enero de 1.987[250].

---

249. En el artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881. No debemos olvidar que este artículo ha sido derogado por la Ley 1/ 2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil (Véase el artículo 266.3, equivalente al artículo 1618 de la LECciv 81).

250. De las dos sentencias citadas, la primera de ellas (sentencia de la A.T.Z de 16 de Abril de 1.970), se refiere a la consignación dentro de plazo: "..este acto real en su modo de consignación no tuvo lugar hasta el día 22 de Enero de 1.969, esto es, mucho después de transcurrir la fecha final del plazo legal de treinta días"; la segunda (sen-

La cantidad objeto de consignación dependerá del momento procesal en que el derecho de abolorio se ejercite: Si es durante la fase de tanteo la cantidad que el propietario de los bienes fije para los bienes por él ofertados; si el derecho se ejercita en fase de retracto, independientemente de la cantidad real de la operación, el retrayente deberá consignar la cantidad expresada en la escritura pública, acompañada de la promesa de consignación de una mayor cantidad, si se demostrase la certeza de la misma.

Como señala la sentencia de la A.T.Z de 11 de Mayo de 1.959 "por precio de venta hay que estimar, no el que figure en la escritura, sino el que el realmente haya sido convenido y pagado en la compraventa".

Habida cuenta de que, en la práctica el precio que figure en la escritura, pueda no corresponder al precio real de la venta; como ya hemos indicado, el retrayente pondrá interponer la demanda de abolorio, consignando previamente el precio escriturado, sin perjuicio de que posteriormente, en el proceso, la parte demandada demuestre que el precio fue otro. Así, lo mantiene igualmente la sentencia de la A.T.Z de 14 de Enero de 1.981, que centra el problema esencial del pleito en la determinación del precio: El retrayente debe apoyarse en el que figure en la escritura de venta en que la demanda se apoye, el cual prevalece sobre el clandestino salvo demostración cumplida en juicio de que el precio no consignado en la escritura es el real.

---

tencia de la A.T.Z de 19 de Enero de 1.987), alude a la consignación realizada dentro de plazo: "..el derecho de retracto de abolorio se entiende ejercitado en el momento en que se efectúa la consignación del precios según expone el artículo 150.1 de la Compilación de Aragón; más como en el supuesto contemplado el actor consignó el precio de la venta en 5 de Julio de 1.985 ante el Juzgado...es evidente que finalizado el plazo de noventa días el 7 de Julio de 1.985 a partir de la inscripción el 8 de Abril de 1.985 del título en el Registro de la Propiedad la mentada consignación fue llevada a cabo dentro del plazo y, en consecuencia, no puede admitirse la caducidad de la acción".

En vistas del reembolso total del precio por parte del retrayente, hay sentencias que exigen que, la consignación ha de ir acompañada de la promesa de consignar la mayor cantidad que se demostrare, como la sentencia de la A.T.Z de 22 de Diciembre de 1.977.

Para conocer el precio consignado en el documento de venta, el retrayente, haciendo uso de sus derechos[251], puede solicitar al notario ante el cual se otorgó la correspondiente escritura, una copia de la misma.

Si no se hubiere otorgado escritura pública, desde el momento en que el retrayente conociere de la enajenación y a su vez desconociere el precio verificado en la misma, bastará con afianzar judicialmente para consignar la cantidad precisa o en el caso de ejercicio extrajudicial ofrecer el pago que corresponda al adquirente de los bienes, una vez que éste lo hubiere demostrado.

La prueba del precio real de la venta corresponde por tanto al adquirente de los bienes o demandado, a través de los diferentes medios de prueba admitidos en Derecho.

Para el supuesto de ejercicio judicial del derecho, el acto de conciliación, será previo a la interposición de la demanda. Éste, en todo caso ha de ir precedido de la consignación del precio o afianzamiento si el anterior fuese desconocido. En el supuesto de alcanzar un acuerdo amistoso entre el actor y el adquirente de los bienes, surge el compromiso de entregar una determinada cantidad por parte del primero y la entrega del inmueble o devolución por el segundo.

---

251. El artículo 244 del Reglamento Notarial de 1.944 señala que podrán pedir copias de escrituras, además de sus otorgantes, *"todas aquellas personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho....y quienes acrediten, a juicio del notario, tener interés legítimo en el documento...".*

Señala MERINO HERNÁNDEZ[252], que la normalidad sería plasmar este acuerdo en el correspondiente otorgamiento de escritura pública a favor del titular del derecho de abolorio. Pero fácilmente podría ocurrir que no mediase esta escritura, situación a la que da respuesta el autor citado *"afirmando la efectiva realización, en su fase inicial del derecho de abolorio, fase equivalente a la resolución judicial firme en la que se accede a las pretensiones del demandante cuando de realización contenciosa se trata"*. Será entonces, cuando el titular de los bienes deberá otorgar escritura a favor del titular del derecho y en caso de negarse a ello, será la autoridad judicial la que decida sobre dicho otorgamiento.

En defecto de conciliación, el titular del derecho, podrá interponer la demanda de adquisición preferente, siempre que su pretensión no hubiese caducado, por el transcurso del plazo legal establecido para ello. La demanda deberá acompañarse del titulo en el que el retrayente funde su derecho. MERINO HERNÁNDEZ entiende que *"la justificación de este título ha de ser doble: de una parte, la condición de bienes troncales de abolorio de los bienes; y de otra, el carácter de pariente tronquero de quien pretende el ejercicio del derecho."*[253]

Por lo demás, podemos preguntarnos si los gastos realizados en la cosa vendida y los causados por el contrato deberán ser pagados por el retrayente. En principio la Compilación no contempla la obligación de reintegro a favor del demandado. Esta misma postura, ha sido la mantenida por la jurisprudencia dominante, entre la que destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1.997[254]. Hay otras declaraciones judiciales, en las que si

252. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 203.

253. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 296.

254. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Julio de 1.997.

"...es jurisprudencia reiterada, que la obligación de consignar mencionada en el artículo 1618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refiere únicamente al precio de la venta y no abarca los gastos del contrato y demás pagos legítimos, que pueden ser abo-

parece exigirse el compromiso de abono como la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1.991[255].

Para el caso de que dichos gastos sean reembolsables[256], el retrayente cumplirá con acompañar a la demanda el compromiso de abonarlos, sin perjuicio de que la ausencia del mismo no sea motivo de desestimación de la demanda, por considerarse un mero defecto formal, como así, lo entiende la sentencia del J.P.I de Calamocha de 25 de Octubre de 1.990[257].

Debemos indicar que entendemos con la locución *"gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta"*, en aplicación del artículo 1518. 1 del Código Civil, que contempla en sede de derecho de retracto la obligación de abono de los anteriores, por el titular del derecho. Normalmente en el término gastos del contrato se incluyen, los honorarios notariales, los de gestión, el impuesto de trasmisiones, el de plusvalía, si corría a cargo del comprador y los de inscripción registral si se llevó a cabo.[258]

---

nados con posterioridad cuando sean conocidos". Esta misma línea jurisprudencial sigue la sentencia del J.P.I de Calamocha de 25 de Octubre de 1.990.

255. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1.991.

"El demandante consignó el precio y formuló el compromiso de pagar los gastos del contrato y los demás pagos legítimos hechos para la venta. No puede obligarse al retrayente a calcularlos con exactitud, por muy determinados que sean los impuestos que gravan las compraventas". Exigen igualmente la consignación de los gastos las sentencias de la A.T.Z de 12 de Mayo de 1.973 y la sentencia del J.P.I de Ejea de 10 de Marzo de 1.976.

256. A pesar de que la Compilación no establece la obligación de consignar dichos gastos, si extiende ésta entre su articulado, el artículo 1518.1 y 2 del Código Civil, conforme al cual el titular de un derecho de adquisición que vence al adquirente de los bienes familiares deberá abonar a éste, *los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta*, así como *los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida*.

257. Sentencia del J.P.I de Calamocha de 25 de Octubre de 1.990.

"...basta con la consignación del precio de venta para dar curso a la demanda de retracto, sin perjuicio del reembolso al comprador de los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho por la venta, así, como los gastos necesarios y útiles hechos en la casa vendida, cuyo ofrecimiento no se hizo en la demanda, defecto puramente formal incapaz por sí sólo de provocar la repulsión de la demanda".

Por otro lado, bajo el término *"gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida"*, igualmente exigido por el artículo 1518. 2 del Código Civil, debemos diferenciar dentro de los necesarios, aquellos que la doctrina llama ordinarios y extraordinarios. Entre los primeros, se encuentran los gastos naturales de la cosa, a cargo del comprador sin derecho de reintegro. Entre los segundos se centran aquellos, que sin embargo si correrán por cuenta del retrayente[259]. En relación a los gastos útiles, son aquellos que serían necesarios para la subsistencia de la cosa y que a su vez equiparán al comprador con el poseedor de buena fe.

2. COMPROMISO EXPRESO DE NO ENAJENAR.

El **artículo 151** de la **Compilación** impone que *"El inmueble adquirido por derecho de abolorio es inalienable por actos inter vivos aun a favor de parientes durante cinco años, a no ser que el adquirente venga a peor fortuna"*.

En el Derecho anterior la inalienabilidad era menor. La Ley de Enjuiciamiento Civil de en su artículo 1.618[260], establecía un plazo de dos años, sin perjuicio de que en sus artículos anteriores, otorgaba al comprador vencido en el juicio la posibilidad de liberar al retrayente de este gravamen.

---

258. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 241.

259. En este sentido se pronuncia la sentencia del J.P.I número 2, de Zaragoza de 25 de Enero de 1.999.

"El artículo 1.518.2 del C.c reconoce el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. La doctrina considera más correcto hablar de gastos ordinarios y extraordinarios, corriendo a cargo del dueño definitivo los segundos, ya que los primeros los debe sufragar el comprador sin derecho a reintegro".

260. Artículo 1618.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 (derogado por la Ley 1/2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil).

"Para que pueda darse curso a las demandas de retracto se requiere: 4. Que se contraiga si el retracto es gentilicio el compromiso de conservar la finca retraída a lo menos dos años, a no ser que alguna desgracia hiciere venir a menor fortuna al retrayente y le obligare a la venta".

El Apéndice, en su artículo 76 in fine, disponía igualmente que el retrayente *"Quedará, además, obligado expresamente a conservar la finca retraída durante dos años por lo menos, si no sobreviene desgracia que le haga de peor fortuna y le compela a la enajenación"*.

Nuestra Compilación establece esta prohibición bajo el término de *limitación de la facultad dispositiva*, intentando evitar todo fraude legal y perjuicio que pudiese producirse a terceras personas.

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la limitación podemos declarar su carácter legal y no judicial. Es decir, viene impuesta al retrayente directamente de la ley y no como consecuencia de una resolución judicial. Así, lo entiende MERINO HERNÁNDEZ[261] siguiendo a ROCA SASTRE.

La limitación es clara, todo aquel que haya recobrado por derecho de abolorio un determinado bien inmueble, no podrá enajenarlo seguidamente a favor de otra persona, incluidos los miembros de su familia. De no establecerse la anterior, podemos imaginar que un sujeto haga uso del derecho de abolorio, sin ningún tipo de interés familiar, bajo el único pretexto burlar el orden parental establecido por la ley, y así, poder trasmitir los bienes recobrados a aquellas personas más alejadas en parentesco al vendedor de los bienes, en detrimento de otras de grado más próximo.

Entendemos de la lectura del artículo 151, que dicha limitación alcanza a todos los actos de enajenación *inter vivos*, quedando fuera de ella todos los actos *mortis causa*. Mayores dudas pueden plantear, los actos *inter vivos* de gravamen, para los que MERINO HERNÁNDEZ, señala que quizás deberían incluirse entre los actos que comprende la limitación: *"la hipoteca en la que se prevea la*

261. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 258.

posibilidad de ejecución en plazo inferior a los cinco años contados desde el recobro de los bienes por el ejercicio del derecho de abolorio".[262]

La Compilación no determina el término a partir del cual habrá de computarse el plazo de cinco años. Entendemos, fundándonos en la finalidad de la limitación, que el mismo empezará a contarse desde el momento mismo que el titular del abolorio adquiera los bienes, tanto para el caso de efectuarse esta adquisición, en fase de tanteo, como en la de retracto.

Al ser una prohibición de carácter legal, conforme decíamos al hablar de su naturaleza jurídica, de acuerdo con la Ley Hipotecaria[263], la misma tiene eficacia jurídica y no necesita de inscripción registral separada.

En el caso de realizarse una enajenación por el retrayente de los inmuebles, durante los cinco años en que los mismos gozan de carácter inalienable, la misma será nula de pleno derecho[264]. De manera, que no tendrá eficacia alguna. Esta nulidad se manifestará ipso iure, es decir, no se requerirá ningún tipo de intervención judicial, para considerar ineficaz el negocio realizado. Ello, sin perjuicio de la necesaria intervención de los Tribunales cuando se sostenga la validez del negocio, para declarar la realidad de la situación jurídica existente.

---

262. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 300.

263. Artículo 26, norma 1ª, de la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1.946.

Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1. Las establecidas por la ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica, no necesitan inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.

264. Véase el artículo 1630. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 (derogado por la Ley 1/2.000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil), en defecto de precepto foral aplicable.

La enajenación que se hiciere antes del vencimiento de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador vencido, será nula, quedando también sin efecto el retracto, si dicho comprador lo solicitare.

La Compilación recoge un único supuesto, en el que se puede dispensar de esta limitación, es decir que el adquirente de los bienes por abolorio no podrá enajenarlos antes del transcurso de cinco años *"...a no ser que venga a peor fortuna"*.

MERINO HERNÁNDEZ, señala que bajo la expresión venir a peor fortuna debemos entender *"...no el simple decrecimiento económico del adquirente, con relación a la situación anterior al ejercicio del abolorio, sino el efectivo estado de necesidad del mismo, equivalente a situación de manifiesta insuficiencia económica que le obliga a disponer de los bienes para con ello poder sufragar los gastos de su ordinario sustento y el de su familia"*.[265]

El *venir a peor fortuna*, deberá diferenciarse del llamado *estado de necesidad*, en el sentido de que el primero debe ser una situación sobrevenida, mientras que el segundo puede ser sobrevenido pero también originario.

Dada la dificultad de interpretación de estos términos, lo más adecuado sería dejar éstos a la apreciación de los Juzgados y Tribunales, en vía judicial, y a los notarios en vía extrajudicial.[266]

Para finalizar el estudio del artículo 151 de la Compilación, debemos reseñar en lo que a los requisitos formales del derecho interesa, el titular del derecho de abolorio deberá hacer constar en la demanda *"el compromiso de conservar la finca retraída durante al menos cinco años a no ser que alguna desgracia hiciere venir a peor fortuna al retrayente y le obligare a la venta"*.[267]

---

265. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 301.

266. Así lo considera MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 273.

267. Ello en aplicación del artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 (derogado por la Ley 1/ 2.000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil).

En la práctica procesal son varias las sentencias que verifican la presencia en la demanda del compromiso de no enajenar, entre ellas destaca la ya citada, sentencia del J.P.I de Calamocha de 25 de Octubre de 1.990.[268]

Al margen de las anteriores, debemos advertir, la existencia de determinadas declaraciones judiciales que sostienen el carácter no imperativo de la formulación del citado compromiso, como la sentencia de la A.T.Z de 23 de Junio de 1.989[269]

FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

Nos encontramos ante un apartado de singular importancia en el ejercicio del derecho de abolorio, consagrado legalmente por el artículo **149.2** de la **Compilación**, conforme al cual: *"Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho"*.

En otras palabras, cuando el titular del derecho de abolorio cumpla los requisitos legales exigidos, los Tribunales podrán, en uso de la facultad que les confiere la ley, apreciar si se cumple o no un requisito adicional, consistente en la denominada *finalidad familiar*, es decir, si dicho sujeto actúa el derecho fundándose en el *interés familiar*.

El interés familiar, no es un de los requisitos exigidos legalmente, sino que es un elemento en donde encuentra su principal razón de ser la facultad moderadora que el artículo 149.2 concede a los órganos judiciales. Podemos calificarlo como un "concepto

---

268. Sentencia del J.P.I de Calamocha, de 25 de Octubre de 1.990.

"...contrayendo el compromiso de conservar la casa durante el plazo de cinco años, a no ser que el retrayente venga a peor fortuna".

269. Sentencia de la A.T.Z de 23 de Junio de 1.989.

"...como tampoco basta para enervar la acción el que el demandante no haya hecho concreta mención del contenido del artículo 151 de la Compilación...".

jurídico indeterminado"[270], que requiere de una interpretación suficiente del propio término.

En este sentido, importa advertir la vinculación existente entre el interés familiar y un tipo de organización familiar muy concreto, como es la familia rural agro-pecuaria[271]. Hablamos de la institución rural, de la Casa Aragonesa[272], hoy inmersa en una crisis, motivada por el contexto social vigente. No podemos desconocer los elementos integrantes de esta institución, de índole personal y patrimonial, sin los cuales, la misma, pierde toda su esencia. En concordancia, con el derecho de abolorio, señala MARTÍN- BALLESTERO Y COSTEA, que *"La casa es una conjunción de personas y bienes y para procurar su mantenimiento y perduración es preciso que en cada caso de enajenación de fincas a individuos extraños a la casa, la casa misma, sus órganos representativos, puedan, en cualquiera de sus ramas, recobrar y retraer la finca enajenada a extraños pagándoles a éstos el precio e impidiendo que el inmueble salga de la comunidad doméstica"*.[273]

---

270. Así, lo califica Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", cit. pág. 152.

271. A este respecto es ilustrativa la sentencia del J.P.I de Boltaña de 1 de Septiembre de 1.993.

"..el retracto de abolorio pretendido está fuera del supuesto de hecho histórico que dio origen a la figura jurídica en la que se basa la pretendida acción..ya que es presupuesto necesario la existencia de la institución rural de la *Casa Aragonesa* y no se puede hablar por lo tanto de ésta cuando su heredero no justifica que ésta siga la tradición necesaria de explotación agrícola ganadera, por lo que no tendrá objeto retraer una finca que no estuviera sujeta e esas circunstancias productivas".

272. Esta institución ha sido definida por Luis MARTÍN- BALLESTERO Y COSTEA, *La casa en Derecho Aragonés*, cit. pág. 107: *"Es la casa en Aragón, la unidad formal y patrimonial formada por el conjunto de individuos que viven bajo la jefatura de un señor, generalmente el padre, en un espacio delimitado por una unidad económica de explotación y cultivo, aunque no sea continua territorialmente, sustentándose de unos bienes, que han sido recibidos por tradición de generaciones anteriores con los que el jefe estaba generalmente unido por vínculos directos de sangre"*.

273. Luis MARTÍN- BALLESTERO Y COSTEA, *La Casa en Derecho Aragonés*, cit. pág. 123.

Sobre este particular, se han manifestado de modo no uniforme, diversas declaraciones judiciales al delimitar el interés familiar, desde tres perspectivas diferentes: unas con cierto carácter subjetivo, otras patrimonial y en último lugar, las que adoptan una postura intermedia entre las dos anteriores.

Entre las primeras, destaca la sentencia de la A.T.Z de 13 de Febrero de 1.975, que conceptúa como interés familiar"..el de evitar que los bienes salgan de la familia por el cariño del retrayente a los bienes familiares enajenados y el sentimiento de que pasen a manos extrañas". Estos términos jurisprudenciales han sido reiterados, por varias sentencias posteriores, como la de la A.P.H de 17 de Octubre de 1.996.

Con un alcance patrimonial, encontramos la sentencia del J.P.I. de Boltaña de 1 de Septiembre de 1.993, que habla de él como".. el engrandecimiento de la economía rural altoaragonesa".

En último lugar, entre las declaraciones que adoptan una postura intermedia sobre una doble perspectiva, subjetiva y patrimonial, la sentencia de la A.P.Z de 6 de Junio de 1.989, califica al derecho de abolorio como, "....un derecho de adquisición basado en un interés familiar....., ya una afección sentimental hacia los bienes, ya el interés que supone la conservación o ampliación del patrimonio familiar como base de sustentación de la familia, en orden a un mayor engrandecimiento económico social de la casa aragonesa". En igual sentido, pero con diferentes términos se pronuncia la sentencia del J.P.I número 1, de Huesca de 26 de Octubre de 1.991.

En definitiva, el derecho de abolorio, viene justificado por la existencia de un claro interés familiar, tendente a evitar que salgan de la familia determinados bienes que han permanecido tradicionalmente vinculados a ella. Es aquí, donde encuentra su principal vía de aplicación la facultad moderadora de los Tribunales.

El artículo 149.2 de La Compilación, podemos calificarlo de innovación legislativa, pues no es posible encontrar precedentes legislativos al mismo en la anterior legislación aragonesa. Ni los Fueros y Observancias, ni el Apéndice de 1.925, contienen disposiciones de contenido similar a este precepto.

Es en el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1.961[274], donde se prevé por primera vez la intervención moderadora de los órganos judiciales en el ejercicio del derecho. Idéntica redacción se mantiene en los Anteproyectos de la Comisión de jurisconsultos Aragoneses de 1.962 y 1.963[275].

La Comisión General de Codificación, posteriormente, cambia la redacción de este precepto, en los Anteproyectos de 1.965 y 1.966[276], utilizando términos similares, a los de la actual Compilación.

Es interesante indicar, el diferente alcance conferido a la facultad moderadora de los Tribunales, en cada uno de los textos anteriores. Interpreta MERINO HERNÁNDEZ, que *"en el Anteproyecto de 1.961, no se está previendo la moderación judicial en aras del carácter restrictivo del derecho de abolorio, sino que por el contrario se está protegiendo al mismo de otros negocios de disposición de los familiares en los que se trate de evitar el ejercicio legítimo del derecho"*.[277] Continua diciendo, en relación al sentido literal de precepto, que *"los términos fijar y moderar- utilizados por el artículo 162.2 del ASCJA-61-*

---

274. **Artículo 162.2 del ASCJA-61**.

"En cualquier enajenación de tales bienes encaminada, a juicio del Tribunal, a eludir el derecho de la saca, podrá éste concederlo aun no mediando las condiciones señaladas en el párrafo anterior, y, en todo caso, fijar o moderar equitativamente sus términos".

275. En el artículo 168. 2 del ACJA-62 y el artículo 163. 2 del ACJA-63.

276. Artículo 147. 2 del ASECGC-65 y artículo 149. 2 del ASECGC-66.

277. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 229 y 230.

no son idénticos, y por ello, la conjunción "o" no debería estar planteada como término de equivalencia, sino como verdadera disyuntiva....mientras "fijar" equivale a determinar o precisar, el término "moderar" es sinónimo de templar, corregir o mitigar el exceso".

Quiere decir con ello, el citado autor, que la anterior redacción aludía a esta facultad de manera más extensa que la actual regulación, pues al utilizar únicamente el término moderar, en lugar de ampliarla, la restringe.

Además debemos partir de la premisa inicial de que el artículo 149.2 de la Compilación, otorga la facultad moderadora, a partir, del cumplimiento de todas las condiciones señaladas por el párrafo anterior; posición contraria a la del Anteproyecto de 1.961 que, otorga la posibilidad de conceder el derecho, en defecto, de cumplimiento de las condiciones previstas por las ley, o, lo que es lo mismo, cuando pueda advertirse una cierta actuación fraudulenta por parte del vendedor y comprador de los bienes, o uno de ellos.

Dejando a un lado, los antecedentes legislativos de la facultad moderadora de los Tribunales, es de importancia señalar que, el artículo 149. 2 de la Compilación, planteo distintas opiniones sobre su conveniencia, que muestran en algunas ocasiones la poca acogida del precepto.

CAMÓN AZNAR[278] es uno de los comentaristas que se opuso a la introducción de la moderación judicial, a la que reputa como peligrosa. Funda sus argumentos sobre la base de que *"ahora se trata de dejar para el juicio de los Tribunales el abuso del derecho y el que se puedan poner obstáculos al ejercicio del retracto cuando se vea que no tiene un origen y un fin digno".*

278. Leonardo CAMÓN AZNAR, en "Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, en coloquio de la ponencia: Derecho de bienes y derecho de obligaciones", cit. pág. 566 y 567.

GARCÍA ATANCE, desde un punto de vista favorable decía: *"Y aún cuando no hay posibilidad de calcular o prever el alcance de esta facultad moderadora en jueces y tribunales, no hay duda que la disposición puede ser muy fecunda en el porvenir, permitiendo en el juicio sumario del retracto resolver en equidad los abusos que retrayente, pariente vendedor o extraño comprador hayan cometido".*[279]

En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, sostenía que, *"concurriendo las condiciones señaladas, es decir, en cualquier planteamiento normal, pueden moderarlo los Tribunales con un arbitrio judicial que yo en principio no veo peligroso y que en cambio lo veo muy oportuno y útil, no por lo que la institución tiene de abolorio sino por lo que tiene de retracto".*[280]

Por su parte, GARCÍA CANTERO, parte de un interpretación de la norma, *"en el sentido que no debe utilizarse como comodín jurisprudencial, de precepto para todo, de norma de cierre que enmascare insuficiencias probatorias. Del precepto no puede deducirse un criterio exegético restrictivo de la institución del derecho de abolorio,..Tampoco puede apoyar una denegación de la demanda que reúna todos los requisitos legales.."*.[281]

MERINO HERNÁNDEZ, desde un punto de vista favorable a la norma, estima que, *"el precepto puede tener en la práctica más de positivo que de negativo. La peligrosidad o inocuidad de la norma no dependerá de ella misma, sino de su aplicación correcta por parte de Jueces y Tribunales".*[282]

---

279. Manuel GARCÍA ATANCE, "El retracto de abolorio o de la saca", cit, pág. 456.

280. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, "Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, ponencia: Derecho de bienes y Derecho de obligaciones", cit. pág. 567.

281. Gabriel GARCÍA CANTERO, "Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el Derecho de abolorio", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año 1996- II, núm. 1, Zaragoza,1.996, pág. 30.

282. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 221.

Señala igualmente el anterior autor que *"con ella se podrá paliar en alguna medida el carácter limitativo del dominio que el derecho de abolorio tiene, al mismo tiempo que servirá no pocas de las actuaciones fraudulentas y abusivas en que, con alguna frecuencia, consiste el ejercicio del derecho de abolorio aragonés"*.[283]

En nuestra opinión, es conveniente el uso de la facultad atendiendo a la realidad social del momento, para así advertir ciertas actuaciones fraudulentas que aconsejen no concesión, es decir, en último lugar, considerar la aplicación de la moderación judicial como el medio más razonable para encontrar la solución conveniente a cada caso concreto.

Distintos problemas de interpretación causa el término *moderar equitativamente* del que habla el artículo 149. 2 de la Compilación. Considera MERINO[284] que, sobre ello no se ha alcanzado un criterio uniforme en la doctrina, pasando la opinión mayoritaria, por admitir una interpretación amplia del arbitrio judicial.

Frente a esta postura, hay autores como SANTOS BRIZ[285] que, proponen reducir la actividad judicial a una simple apreciación de los elementos propios del derecho de abolorio, debiendo proceder atendiendo a criterios objetivos de equidad.

No de acuerdo con lo anterior argumenta MERINO HERNÁNDEZ que dichas facultades interpretativas *"nada tienen que ver con la de moderación equitativa a que se refiere el párrafo 2 del artículo 149. Precisamente, este precepto presupone que tales circunstancias se dan, y es a partir de ahí cuando,...autoriza a los juzgadores para que..puedan moderar el ejercicio del derecho.."* [286]

---

283. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, "Comentario a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón", cit. pág. 297.

284. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 224.

285. Jaime SANTOS BRIZ, "Derecho civil. Teoría y práctica", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.972, pág. 767.

286. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 225.

En cualquiera de los casos, la conclusión a la que se llegaría tras la lectura del citado precepto, y que corrobora la práctica judicial del derecho, es que cabe negar la posibilidad de ejercicio del derecho de abolorio, aun cuando se den los requisitos legales previamente exigidos, siempre que las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen.

La jurisprudencia se ha ocupado también de determinar el alcance del término moderar equitativamente; tal es el caso de la sentencia de la A.T.Z de 13 de Febrero de 1.975 que sostiene que lo que establece el artículo 149. 2 es "la facultad discrecional del juzgador para regular y ajustar a la realidad el ejercicio de aquel privilegio "o la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1.976, que confirmando la anterior, afirma que "moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que fue establecida".

En otro orden de cosas, debemos señalar que la tendencia actual de la actividad judicial, es establecer un planteamiento limitativo para la apreciación del interés familiar. Es decir, la práctica judicial atiende a dos circunstancias, como son el lugar de residencia y profesión del titular del derecho. En base a ello, serán varias las sentencias que se denegarán por tener el retrayente una ocupación distinta a la agricultura o ganadería y por residir en un lugar diferente a donde radique los bienes inmuebles en cuestión. Es ilustrativa sobre esta tendencia judicial, la sentencia del J.P.I número 4, de Zaragoza de 25 de Octubre de 1.996[287], otras sentencias,

287. Sentencia del J.P.I número 4, de Zaragoza de 25 de Octubre de 1.996.

"En el presente caso, las especiales circunstancias de la retrayente, nacida en 1.917...., con residencia en Zaragoza, soltera, sin hijos y cuyos parientes más próximos son la vendedora de las fincas y sus hermanas...., que nunca se ha dedicado a la agricultura...y que es propietaria de otras tierras en el mismo lugar... cultivadas por terceras personas en régimen de terraje o aparcería, el mismo que pretende dar a las objeto de este procedimiento de prosperar la demanda, unido todo ello al hecho de que la fa-

sin embargo estiman que lo anterior no es suficiente para presumir una falta de interés familiar, tal es la sentencia del J.PI número 1, de Huesca de 10 de Marzo de 1.999[288].

Dejando a un lado la tendencia anterior, observamos que pueden encontrarse manifestaciones judiciales que conceden el derecho de abolorio sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana que radican en ciudades, y a los que no les une ningún tipo de vinculación al medio rural y a la explotación agropecuaria para la que nació el derecho de abolorio[289]. A título de ejemplo sobre ello, pude citarse, la sentencia de la A.T.Z de 31 de Octubre de 1.986, que permite el derecho sobre un local tienda ubicado en Zaragoza.

CONCURRENCIA DEL DERECHO DE ABOLORIO CON OTROS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

El ejercicio del derecho de abolorio sobre una determinada cosa, según decíamos al explicar las notas definitorias de la naturaleza del derecho, puede concurrir con otros derechos de preferente adquisición de la misma cosa, generándose una colisión, que requerirá del establecimiento de un orden de prelación en su aplicación.

---

milia de los demandados han venido cultivando estas fincas por el mismo sistema desde hace más de 50 años..., conduce a aplicar la facultad moderadora antes descrita y, en consecuencia, y por la interpretación restrictiva que debe hacerse de esta institución y la finalidad de la misma, denegar la pretensión de la demandante".

288. Sentencia del J.P.I número 1 de Huesca de 10 de Marzo de 1.999.

"la falta de afecto por el patrimonio familiar que el demandado achaca al actor se basa en que éste ni es agricultor, ni vive en Ayerbe y que arrendó la finca ahora retraída. Pero los sentimientos de apego hacia los bienes recibidos de los antepasados...no se miden con la proximidad física de los mismos ni con la explotación directa, ni tal criterio basta por sí sólo para presumir el despego hacia el patrimonio familiar en el que se ha cimentado la riqueza de la familia".

289. Sobre este particular se manifestó la sentencia de la A.T.Z de 19 de Febrero de 1.985, que declaro que "nació y se desarrollo en la parte montañosa principalmente, de haciendas campesinas, con el fin de evitar el desmembramiento del patrimonio familiar y en aras o bien de la Casa que había de hacer frente alas obligaciones de quienes permanecían en ella, trabajando para la misma con el hereu o heredero...".

La **Compilación**, en el **artículo 152**, reconoce que *"El derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente"*.

En el Derecho anterior, los Fueros y Observancias, así como en el Apéndice de 1.925, desconocían cualquier tipo de norma sobre este particular.

Ante la ausencia de disposiciones reguladoras del concurso de derechos de adquisición, surgieron importantes voces doctrinales, que apostaban por suplir dicha omisión del Derecho Aragonés con otras regulaciones de Derecho Castellano. DE LA FUENTE PERTEGAZ[290], estimaba que había de remitirse al derecho anterior, de la Novísima Recopilación[291]. Otros autores, como VIDAL TOLOSANA[292], sin embargo, manifestaron su disconformidad por la aplicación al derecho de abolorio aragonés, de las disposiciones de la Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.

El primer Anteproyecto del Seminario de Jurisconsultos Aragoneses, de 1.961[293], contenía un precepto sobre la materia, que dista de la regulación actual mantenida por la vigente Compilación. La misma redacción se mantuvo durante los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1.962[294] y 1.963[295].

---

290. Pedro DE LA FUENTE PERTEGAZ, citado por MERINO HERNÁNDEZ, en *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 275.

291. Ley 8ª, título 13, libro X de la Novísima Recopilación (Ley 74 de las Leyes de Toro): *"Cuando concurran en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente más propincuo con el señor del directo dominio o del superficcionario, o con el que tiene parte en ella porque era común prefiérase en dicho retracto al Señor del directo dominio o superficcionario y al que tiene parte en ella al pariente más propincuo"*.

292. Lorenzo VIDAL TOLOSANA, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas", cit. pág. 244.

293. Artículo **166 del ASCJA-61.**

El derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de preferencia, reconocidos en el C.c o en leyes especiales.

294. En el artículo **172 del ACJA-62.**

295. En el artículo **167 del ACJA-63.**

Los posteriores Anteproyectos de la Comisión General de Codificación, dejan a un lado todas las referencias al Derecho común que se habían mantenido hasta el momento. Así, ya desde el Anteproyecto de la Sección Especial de 1.965[296], se establece una redacción idéntica al artículo 152 de la vigente Compilación.

De otro lado, la solución aportada por el Derecho aragonés, al establecer la prioridad, en todo caso, de la institución foral del derecho de abolorio, difiere de la regulación mantenida por las diferentes disposiciones de Derecho común.

De un lado, el Código Civil, en el artículo 1.524.2[297], otorga preferencia al retracto de comuneros sobre el de colindantes. Otras Leyes especiales, como la de Arrendamientos Urbanos de 24 de Noviembre de 1.994[298], establece su preferencia frente a cualquier otro derecho, a excepción del derecho reconocido que corresponde al condueño de la vivienda; o la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1.880[299], que reconoce preferencia en igual sentido que la

---

296. En el artículo **150 del ASECGC-65**, artículo **152 del ASECGC-66** y artículo **152 del ACGC-PL**.

297. Artículo 1.524. 2 del Código Civil.

El derecho de comuneros excluye el de colindantes.

298. Artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de Noviembre de 1.994.

El derecho de tanteo o de retracto del arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, excepto el retracto reconocido al condueño de la vivienda o el convencional que figurase inscrito en el Registro de la Propiedad al tiempo de celebrarse el contrato de arrendamiento.

299. Artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de Diciembre de 1.980.

Los derechos establecidos en el presente capítulo serán preferentes a cualquier otro derecho de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido en el artículo 1.523 del C.c que prevalecerá sobre los derechos regulados en esta sección cuando no excedan de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente.

Tanto la Ley de Arrendamientos Rústicos, como la de Arrendamientos Urbanos, son normas posteriores a la Compilación, pero la referente a los arrendamientos rústicos, contiene una salvedad en la Disposición 1ª, al sostener que tiene vigencia para todo el territorio nacional, sin perjuicio de *"la aplicación preferente de los derechos civiles forales o especiales en todos los territorios del Estado donde existan normas peculiares al respecto"*

anterior, a los derechos por ella regulados con la excepción del retracto de colindantes regulado en el artículo 1523.1[300] del Código Civil.

A pesar de las anteriores regulaciones, debemos destacar la preferencia del Derecho aragonés sobre cualquier otra disposición de derecho común. Fundamos esta preferencia, en el artículo 1 de la Compilación aragonesa, que al tratar la fuentes del Derecho Civil de Aragón, establece en primer término, la Ley, es decir, las normas de la propia Compilación, la costumbre, y los principios generales en que tradicionalmente se inspira nuestro ordenamiento jurídico, y en segundo término y, con carácter supletorio, el Derecho Civil General del Estado.

MERINO HERNÁNDEZ, encuentra la causa de esta preferencia *"en que si el legislador aragonés ha querido conceder al derecho de abolorio una prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente, es debido, precisamente, al hecho mismo de haber considerado que el interés que aquel protege es, en relación con la sociedad aragonesa a la que el mismo se dirige, de mayor entidad que el tutelado por cualquiera otros derechos de similar naturaleza"*.[301]

Por su parte, la jurisprudencia más reciente solamente se ha ocupado de la colisión del derecho de abolorio con el derecho de adquisición preferente del arrendatario rústico[302]. Entre estas declaraciones judiciales analizadas por Aurora LÓPEZ AZCONA encontramos la sentencia del J.P.I número 1, de Huesca de 26 de

---

300. Artículo 1.523.1 del Código Civil.

También tendrán derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

301. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. pág. 281.

302. Entre la Jurisprudencia anterior, podemos citar sentencias que se pronuncian sobre la preferencia del derecho de abolorio sobre otro tipo de derechos de adquisición preferente, como el de colindantes, en la sentencia de la A.T.Z de 19 de Diciembre de 1.963 y, sobre el de Aparcero, en la sentencia de la A.T.Z de 2 de Julio de 1.964.

Octubre de 1.991[303] y la ya no tan reciente, de la A.T.Z de 12 de Mayo de 1.973[304], que deniegan el retracto ejercitado por el arrendatario de una finca sobre el titular del derecho de abolorio. En relación a estas sentencias, señala la citada autora que *"...resulta paradójico que ambas, dictadas por órganos judiciales aragoneses, no invoquen el artículo 152 de la Compilación, sino únicamente la legislación de arrendamientos rústicos, tradicionalmente respetuosa con la prioridad del retracto gentilicio sobre el arrendaticio".*[305]

Por todo ello, al ser el Derecho Aragonés un Ordenamiento Jurídico autónomo, en el que se regula expresamente la institución foral del derecho de abolorio, se aplicará con carácter prioritario al resto de las Legislaciones Españolas.

Pero, no podemos predicar con carácter rotundo la prioridad del derecho de abolorio, respecto de otros derechos de adquisición preferente contemplados en el Ordenamiento Jurídico Aragonés. Entre éstos, merecen especial atención el derecho del que goza la Comunidad Autónoma de Aragón para el caso de enajenación de bienes, que en su origen hayan pertenecido en propiedad al patrimonio agrario autonómico, contemplado en el artículo 31 de la Ley 14/ 1.992, de 28 de Diciembre, de Patrimonio Agrario; el derecho de preferente adquisición para el caso de bienes culturales, en el artículo 40, de la Ley 3/ 1.999 de 10 de Marzo, de Patrimonio Cultural Aragonés y el derecho contemplado en el artículo 93 (bis), de la Ley 5/ 1.999 de 25 de Marzo, Ley Urbanística Aragonesa.

---

303. Sentencia del J.P.I numero 1, de Huesca de 26 de Octubre de 1.991.
"...y ser preferente el derecho de abolorio sobre el derecho arrendaticio....".

304. La referida sentencia razona que el retracto gentilicio es de índole preferente sobre el retracto arrendaticio que pretende el actor, conforme al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de Marzo de 1. 935.

305. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", cit. pág. 155.

Todos ellos, otorgan a la Comunidad Autónoma de Aragón la posibilidad de preferente adquisición del bien, bien en un primer momento mediante tanteo, en el caso de notificación fehaciente por parte del propietario, o en su defecto, mediante retracto. La situación se complica en el supuesto de concurrencia de los derechos citados, con el derecho de abolorio, nosotros entendemos, que este último pasará a ocupar un segundo plano, en función de un interés publico dominante sobre el interés particular de los parientes troncales, que otorga a la Comunidad Autónoma una posición aventajada en la adquisición del bien. Solamente en el supuesto que la Diputación General de Aragón no hiciere efectiva la adquisición del bien, podrá el titular del retracto de abolorio, ejercitar su derecho.

Además del carácter predominante del interés público sobre cualquier interés de índole privada, abundan en la preferencia de dichos retractos otros argumentos como es el estar regulados por normas especiales en la materia, a diferencia de nuestro derecho regulado en una norma general como es la Compilación. En último término, se trata de leyes aprobadas con posterioridad a la Compilación, sin salvedad alguna respecto al derecho de abolorio.

SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE ABOLORIO

Llegados a este punto, y una vez analizados los orígenes, y metodología del derecho de abolorio, es momento de realizar algunas reflexiones sobre su estado actual y perspectivas de futuro.

El derecho de abolorio es una institución eminentemente familiar, que nació en la zona montañosa para salvaguardar la figura jurídica de la *Casa Aragonesa*, entendida como unidad familiar compuesta de abuelos, hijos, nueras y "tiones" que habitan y trabajan para la misma, con el hereu o heredero.

Hoy, esta unidad familiar se concibe en términos diferentes, debido a la despoblación del medio rural, y la escasa dedicación de la Casa (la familia) a la explotación agro-pecuaria, que justificaría en gran medida el retracto de un inmueble sometido a esas circunstancias productivas. Entre la doctrina, MERINO HERNÁNDEZ[306], propone un concepto amplio de Casa Aragonesa más acorde con las circunstancias socio-económicas actuales, comprensivo de patrimonios mercantiles e industriales, en donde encontraría participación efectiva el derecho de abolorio.

No es casual que una institución arraigada al territorio Aragonés, como es el derecho de la saca, tenga firmes partidarios que aboguen por evitar su decadencia. La evolución lógica de la sociedad y más concretamente de la organización familiar, no acompañada de la adaptación del derecho a las nuevas circunstancias, incide negativamente en su conservación y utilidad. Por ello, los aragoneses tenemos que luchar por que instituciones tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico, como es el derecho de abolorio no caigan en el olvido, pues ellas son la muestra más clara de nuestros orígenes y costumbres.

Hemos visto, a lo largo de la exposición que la principal finalidad del derecho de abolorio discurre en evitar que determinados bienes salgan de una familia, protegiéndose así, el apego sentimental de ésta hacia los mismos. Por todo ello, es lógico que se favorezca el acceso a los bienes que han permanecido en la familia durante generaciones, con carácter preferente a otros sujetos.

La práctica judicial del derecho ha demostrado, que en ocasiones pueden producirse abusos en el ejercicio del retracto, al simular un interés familiar, bajo el cual únicamente pervive un interés económico en el derecho. Sin embargo, la Compilación apostó

306. José Luis MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, cit. págs. 67-71.

por su mantenimiento, incorporando a su favor, en el **artículo 149.2**, la discutida facultad moderadora de los Tribunales con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos y finalidad de la figura y evitar los posibles fraudes que de ella podrían derivarse.

La jurisprudencia, en la mayoría de las ocasiones adopta una posición negativa al reconocimiento del derecho de abolorio, prueba de ello son la mayor parte de las declaraciones judiciales analizadas sobre el particular, en las que no puede obviarse un predominio de sentencias que se pronuncian en sentido desestimatorio. Los tribunales tras la respectiva comprobación de los elementos personales, reales y formales, invocan un elemento adicional al derecho tendente en la comprobación de la finalidad familiar a la que debe responder el derecho. Un sector doctrinal –fundamentalmente Aurora LÓPEZ AZCONA[307]- desde un punto de vista crítico, encuentra en la facultad moderadora un comodín jurisprudencial en el que apoyarse para rechazar sistemáticamente el retracto, cuando concurren los requisitos legales exigidos.

Por otro lado, en atención a la naturaleza jurídica del derecho, la jurisprudencia en la generalidad de las ocasiones considera esta preferencia adquisitiva como una limitación del derecho de propiedad y de la libertad de contratación, pero la función social del derecho de propiedad (formada por derechos y deberes conectados a necesidades sociales), consagrada en el artículo 33 de la Constitución, no se ve vulnerada por el ejercicio de este derecho.

En cualquier caso, entendemos que debe acometerse la reforma del derecho de abolorio, para adaptarlo a las nuevas circuns-

---

307. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "Breve noticia sobre la última jurisprudencia del derecho de abolorio", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1.997-IIII, núm. 1, pág. 155. El ejercicio de la facultad moderadora ha sido igualmente interpretado negativamente por Gabriel GARCÍA CANTERO, "Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el Derecho de abolorio", cit. pág. 30-31.

tancias económico- sociales de la organización familiar aragonesa, así, podría aplicarse a cualquier contexto social, en amparo de la organización familiar de la que proceden, reconocida por el artículo 39 de la Constitución. Ello sin olvidar el la facultad moderadora de los Tribunales para resolver todas aquellas cuestiones de dudosa interpretación, sin hacer de ello, una salida para posibilitar el rechazo del retracto.

La adaptación de la institución al presente, evitaría en último término su desaparición por el devenir del tiempo, pudiendo así, resucitar las posibilidades que nos presta, al permitir mantener en la familia bienes de indudable valor sentimental. Aurora LÓPEZ AZCONA[308], partidaria de la reforma del derecho invoca la reciente Ley Federal Suiza sobre Derecho Inmobiliario rural de 4 de Octubre de 1.991, en la que se adopta una nueva regulación de un derecho de adquisición preferente, llamado droit de préemption des parents, que puede servir de fundamento al mantenimiento de las preferencias adquisitivas españolas, que a su vez están justificadas por ser instituciones integrantes de la tradición jurídica de las Comunidades Autónomas con Derecho propio, como es nuestro derecho de abolorio.

308. Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, "La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del *droit de préemption des parents*", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVII, Noviembre-Diciembre, núm. 668.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, Manuel, "Derechos reales de adquisición", *Derecho Civil III, Derecho de bienes*, Librería Bosch, S.L, Barcelona, 2.002, cap. VI, págs. 799 yss.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, "Antecedentes históricos del retracto gentilicio (Estudio paralelo de las fuentes castellanas y navarras)", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio 1.990, núm. 9, págs. 99-149.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, "Retracto gentilicio ante enajenación por parientes afines", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio 1.993, núm. 15, págs. 27-34.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, "Comentario a las Leyes 452 a 459 (Del retracto gentilicio)", en *Comentarios al Fuero Nuevo* (Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra), Dtor. Enrique Rubio Torrano, Ed. Aranzadi, 2.002, cap. III, págs. 1495-1523.

BERMÚDEZ ACERO, Luis, "Retracto de abolorio en Aragón", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo X, 1.959-1.960, págs. 247-250.

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho civil español, común y foral, Tomo IV, Ed. Reus, Madrid, 1961.

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, "Comentario al Título VII, De la sucesión legal" en "Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1.999-V, núm.1.

DIEZ PICAZO, Luis, Lecciones de Derecho civil, Derecho de las cosas, Valencia, 1.967.

DOLADO PÉREZ, Ángel, "El derecho de abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 149. 2º de la Compilación Aragonesa", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2.000-VI, núm 1, págs. 155-181.

FRANCO Y LÓPEZ, Luis, y GUILLÉN Y CARAVANTES, Felipe, Instituciones de Derecho Civil Aragonés, Imp. M. Peiró, Zaragoza, 1.841, págs. 246-249.

GARCÍA ATANCE, Manuel, Crisis de los derechos de preferencia legal (Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, el día 7 de Enero de 1.950), Valencia, 1.951.

GARCÍA ATANCE, Manuel, "Aspectos concretos de la evolución del derecho aragonés", *Separata del Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 14, 1.964, págs. 23-34.

GARCÍA ATANCE, Manuel, "El retracto de abolorio o de la saca", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XIII, 1.965, 1.966, 1.967, págs. 454-457.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "El derecho de abolorio en Aragón", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero- Junio 1.998, Nº 25,págs. 151 y ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el derecho de abolorio", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996-II, núm. 1, págs. 23-31.

GASSIOT MAGRET, José, "Comentario al artículo 329 (De la tornería)", *en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Bosch, Casa editorial, S.A, Barcelona, 1.980, pág. 401.

INFORME del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores de las tres provincias aragonesas, sobre el Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, Talleres Editoriales "El Noticiero", Zaragoza, 1.963, págs. 53-58.

ISÁBAL Y BADA, Marceliano, Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón, Imp. Heraldo de Aragón, Zaragoza, 1.926, págs. 545-554.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Notas para el estudio de la" promissio sine causa "en los Fueros de Aragón", *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1.943, págs. 203-242.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Una cuestión de Derecho histórico en tema de retracto gentilicio", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo X, 1.959-1.960, págs. 453-456.

LARRAGA MARTÍNEZ, Sergio; y, NAVARRO MAURÉS, Mª Teresa (Asociación Cultural IDEA), Propuesta de modificación del derecho de abolorio.

LÓPEZ AZCONA, Mª Aurora, "El Derecho de abolorio o de la saca: Apuntes Jurisprudenciales", *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-Diciembre 1.993, núm. 16, págs. 137-175.

LÓPEZ AZCONA, Mª Aurora, "Breve noticia sobre la última jurisprudencia sobre el derecho de abolorio", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1.997-III, núm. 1, págs. 143-156.

LÓPEZ AZCONA, Mª Aurora, "Tribunal Superior de Justicia de Aragón y derecho de abolorio: La primera jurisprudencia (comentario a la sentencia de 22 de Enero de 1.990)", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1.995-I, núm. 1, págs. 115-136.

LÓPEZ AZCONA, Mª Aurora, "La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del droit de préemption des parents", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2000- VI, num. 1, págs. 195-199.

LÓPEZ AZCONA, Mª Aurora, "La consolidación de los derechos familiares contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del droit de préemption des parents", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXVII, Noviembre- Diciembre, núm. 668, págs. 2279-2306.

LORENTE SANZ, José, "Proyección de las instituciones forales en el Derecho de arrendamientos", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XI, 1.961-1.962, págs. 13-28.

LORENTE SANZ, José, "Los arrendamientos y el Derecho foral", *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 2, 1.962, págs. 7-14.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, *La Casa en el Derecho aragonés*, *Artes Gráficas*, E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1.944.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico (C.S.IC), Zaragoza, 1.980.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Comentarios a los artículos 149 a 152 (Derecho de Obligaciones) de la Compilación de Aragón", *en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dtor. M. Albadalejo, Tomo XXXIV, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1.988. págs. 263- 301.

PALA MEDIANO, Francisco, "La insinuación de donaciones en Aragón", *Homenaje a la Memoria de Juan Moneva y Puyol, Estudios de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1.954, págs. 413-478.

ROCA SASTRE, Ramón Mª, *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 6ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1.968.

SAINZ DE VARANDA, Ramón, "El retracto gentilicio", *Anuario de Derecho Aragonés*, 1.946, págs. 227 y ss.

SAINZ DE VARANDA, Ramón, "El retracto gentilicio", *Ponencia Algunas instituciones de Derecho civil aragonés y navarro*, Zaragoza, 1.952, págs. 14-17.

SAINZ DE VARANDA, Ramón, "Troncalidad y el retracto gentilicio", *Jornadas de Derecho Aragonés*, 1.961, págs. 35-36.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "Derecho de bienes. Derecho de obligaciones", *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26, 1.967, págs. 195-218.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés, ponencia: Derecho de bienes y derecho de obligaciones", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo XIV, 1.968-1.969, págs. 557-568.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, "El derecho de la saca en la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco", *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-Junio 1.995, núm. 19, págs. 45-90.

SERENA PUIG, Santiago, "El derecho de abolorio", *en Octavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, 1.999, págs. 133-163.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Dictamen sobre la subrogación real en la institución de bienes de origen familiar", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2.000-VI, núm. 1, págs. 11-35.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, "Derecho de abolorio, bienes de abolorio y comunidad conyugal", *en Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa, Centro de Estudios Registrales de Aragón*, Zaragoza, 2.000, págs. 85-112.

VICTORIA GARCÉS, Manuel, "Dos cuestiones sobre el retracto de abolorio", *Primera Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1.942, págs. 93-96.

VIDAL TOLOSANA, Lorenzo, "Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas", *Segunda Semana de Derecho Aragonés*, Jaca, 1.943, págs. 243-246.

RECOPILACIONES DE JURISPRUDENCIA

1.854 – 1.895.

RIPOLLÉS Y BARANDA, Mariano, Jurisprudencia Civil de Aragón, recopilada y ordenada según el plan del Código Civil, Tomo III. Imp. Ariño, Zaragoza, 1.987.

1.896 – 1.926.

SAINZ DE VARANDA, Ramón, "Jurisprudencia de Derecho Civil Aragonés", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo IV, 1.947-1.948.

1.926 – 1.946.

SANCHO DRONDA, José Joaquín; y, VALENZUELA LA ROSA, José, "El Apéndice Foral Aragonés a través de la Jurisprudencia", *Anuario de Derecho Aragonés*, Tomo IV, 1946.

1.946 – 1.989.

Colegio de Abogados de Zaragoza, Colección de Jurisprudencia Civil de Aragón.

LORENTE SANZ, José, "Crónica de Jurisprudencia...", en *Anuarios de Derecho Aragonés*.

1.989 – 2.002.

Informes del Justicia de Aragón.

12. Historia del Reinado de Don Pedro III El Grande, de Aragón, y de los orígenes de la penetración aragonesa en Italia.
Manuel de Soroa y Pineda

13. El Protonotario de Aragón, 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna.
Juan Francisco Baltar Rodríguez

14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803).
Manuel Gómez de Valenzuela
Ana L. Navarro Soto

15. El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.
José Luis Calvo Miranda

16. Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.
Gabriel García Cantero (Coordinador)

17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730)
Manuel Gómez de Valenzuela

18. La responsabilidad penal del menor.
Carmen Samanes Ara (Coordinadora)

19. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego. (1428-1895)
Manuel Gómez de Valenzuela

20. Capitulaciones matrimoniales de Jaca. (1420-1791)
Manuel Gómez de Valenzuela

EL JUSTICIA DE ARAGON